
Le droit de dissolution unilatérale dans le contrat de société : avenues nouvelles

Michel Généreux*

Cet article présente une étude approfondie et détaillée du droit de dissolution unilatérale de l'associé en droit civil québécois et remet en question la prétention voulant que la protection des droits individuels de l'associé puisse justifier la dissolution de la société par la volonté d'un seul de ses membres. L'auteur explique que cette prétention découle d'une confusion immémoriale entre le droit de dissolution unilatérale et le droit de retrait de l'associé. Il propose donc d'éclaircir la situation en redéfinissant le droit de dissolution unilatérale de façon à empêcher que l'associé soit forcé de mettre fin à la société pour s'en libérer. L'auteur préconise, en outre, le recours aux principes généraux du droit des obligations afin d'en dégager un véritable droit de retrait qui, tout en protégeant les droits individuels de l'associé, ne compromettrait pas l'existence de la société.

En premier lieu, l'auteur dresse un historique du droit de dissolution unilatérale. Il explique qu'à l'origine, l'importance particulière accordée à l'intégrité continue de la confiance que se vouaient les associés les uns envers les autres justifiait que chacun d'entre eux puisse dissoudre la société à tout moment par sa seule volonté. Puis, l'auteur fait un bref exposé des développements historiques ayant entraîné, au fil des siècles, un rétrécissement du champ d'application du droit de dissolution unilatérale, aujourd'hui limité au seul cas où la société serait formée pour une durée supérieure à la vie de l'associé.

Dans un deuxième temps, l'auteur trace les balises juridiques délimitant les questions soulevées par le présent texte. Il propose d'abord une qualification juridique de la société, à mi-chemin entre le contrat et la personne morale. Puis, il analyse les dispositions pertinentes du *Code civil du Bas-Canada*, pour finalement examiner l'impact des modifications apportées par le *Code civil du Québec* sur les questions de dissolution et de retrait telles qu'envisagées dans le cadre du régime des sociétés du *Code civil du Bas-Canada*.

En troisième lieu, l'auteur se penche sur les fondements et la portée du droit de dissolution unilatérale : premièrement, la part de l'associé dans la société étant un droit personnel, l'auteur s'intéresse à la nature temporaire des droits personnels conventionnels dans le contexte des contrats à exécution successive et examine les différentes sanctions possibles lorsqu'il existe une indétermination dans leur durée. Puis, il analyse et délimite la portée actuelle du droit de dissolution unilatérale de l'associé en droit québécois.

Finalement, l'auteur rejette la position actuelle par rapport au droit de dissolution, selon laquelle la société formée pour une durée supérieure à la vie de ses membres pourra être anéantie unilatéralement par tout associé, au motif qu'elle ne protège pas les droits individuels de l'associé de façon satisfaisante en plus de générer une instabilité contractuelle non négligeable. En conclusion, l'auteur suggère de restreindre le domaine du droit de dissolution unilatérale à des frontières qui lui sont mieux adaptées et propose de recourir au droit de retrait qu'offre le droit commun des contrats à exécution successive ou, alternativement, de faire appel à un mécanisme de dissolution judiciaire, afin d'assurer une meilleure protection des droits individuels de l'associé dans le respect de l'institution sociale.

This article consists of a thorough and detailed study of a partner's right of unilateral dissolution in the civil law of Quebec and questions the claim that the protection of a partner's individual rights justifies the unilateral dissolution of a partnership at the will of one partner. The author explains that this claim results from an age-old confusion between the right of unilateral dissolution and the right of withdrawal. The author sets out to clarify this situation by redefining the right of unilateral dissolution so as to prevent any partner from being forced to terminate a partnership in order to leave it. Moreover, the author advocates that recourse be made to general principles of the law of obligations in order to extract a true right of withdrawal which, while protecting the individual rights of the partners, would not compromise the existence of the partnership.

The author first sketches the historical development of the right of unilateral dissolution. He explains that initially the justification for allowing any partner to unilaterally dissolve the partnership at any time was the particular importance attached to the continuing integrity of the mutual trust between partners. The author goes on to briefly outline the historical developments which, over the centuries, resulted in a narrowing of the scope of application of the right of unilateral dissolution, such that today it is limited exclusively to the case where the duration of a partnership is greater than the life of a partner.

The author then sets out the juridical framework within which to analyze these issues. He first proposes a juridical qualification of partnership, midway between a contract and a moral person. He then analyzes the relevant provisions of the *Civil Code of Lower Canada*, followed by an examination of the impact of the amendments made by the *Civil Code of Quebec* regarding dissolution and withdrawal, as contemplated within the scope of the partnership regime of the *Civil Code of Lower Canada*.

The author next turns his attention to the foundation and the scope of the right of unilateral dissolution. Noting that each partner's share in a partnership is a personal right, the author examines the temporary nature of contractual personal rights within the context of contracts of successive performance and examines the different sanctions which are possible when these are of indeterminate duration. The author goes on to analyze and define the actual scope of the right of unilateral dissolution of a partner under Quebec law.

Finally, the author rejects the current legal position with respect to the right of dissolution, whereby a partnership formed for a duration greater than the lives of its members may be unilaterally dissolved by any partner, on the basis that this does not satisfactorily protect the individual rights of a partner and generates significant contractual instability. In conclusion, the author suggests that the right of unilateral dissolution be limited to the cases to which it is better suited. He proposes instead that recourse be made to the right of withdrawal as expressed in the common law relating to contracts of successive performance, or in the alternative, to a judicial mechanism of dissolution, in order to better ensure the protection of the individual rights of the partners while still respecting the institution of partnership.

* L'auteur s'est vu décerner le *Wainwright Essay Prize 1993* pour une version antérieure de ce texte. Il tient à remercier M. le professeur J.E.C. Brierley pour ses recommandations et son support dans la rédaction des différentes ébauches de ce texte, ainsi que Mme le professeur M. Cantin Cumyn pour avoir lu et commenté une version antérieure de cet article. L'auteur tient aussi à remercier Mme Caroline Bélair pour sa patience et son soutien constants, sans lesquels cette entreprise n'aurait pas été possible.

Sommaire

Introduction

- I. Historique du droit de dissolution unilatérale
- II. Le cadre juridique de la problématique
 - A. *La qualification juridique de la société*
 - B. *Les dispositions pertinentes du Code civil du Bas-Canada*
 - C. *Les dispositions pertinentes du Code civil du Québec*
- III. Le droit de dissolution unilatérale de l'associé : fondements et portée eu égard aux questions de durée
 - A. *La nature temporaire des droits personnels conventionnels et la sanction d'une indétermination dans leur durée*
 - B. *La portée actuelle du droit de dissolution unilatérale de l'associé*
- IV. Critique de la portée actuelle du droit de dissolution unilatérale et solutions de rechange
 - A. *Critique de la portée actuelle du droit de dissolution unilatérale*
 - B. *Solutions de rechange à la règle actuelle*
 - 1. Le droit de retrait du droit commun
 - 2. L'absorption du droit de dissolution unilatérale par le mécanisme de dissolution judiciaire

Conclusion

* * *

Of all the ships that sail at sea, partnership is the least seaworthy¹.

Introduction

La volonté d'un associé de ne plus être en société doit-elle inéluctablement en provoquer la dissolution ? Les auteurs et la jurisprudence affirment depuis toujours que l'associé membre d'une société de durée indéterminée peut provoquer unilatéralement la dissolution de celle-ci afin de protéger sa liberté individuelle. C'est donc un régime où la volonté et les besoins du groupe deviennent subordonnés au bon vouloir de l'individu. Cet imbroglio est le fruit d'un malentendu immémorial selon lequel on assimile erronément le droit de dissoudre la société au droit de protéger sa liberté en s'en retirant.

¹M. le juge Boucher nous rappelait ce vieux dicton anglais dans l'affaire *Latendresse c. Bertrand* (24 mai 1979), Hull 05-001-160-75, J.E. 79-622 (C.S.) [ci-après *Latendresse*].

Le *Code civil du Québec*² atténue enfin ce malentendu en adoptant expressément, pour les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite, des dispositions distinctes relativement au retrait de l'associé et à la dissolution de la société. Mais qu'en est-il de la société en participation, au sein de laquelle le législateur a essentiellement maintenu le régime général de dissolution unilatérale tel qu'on le retrouve dans le *Code civil du Bas-Canada* ? Doit-on paresseusement continuer à assimiler le droit de dissolution unilatérale à un outil de protection de la liberté de l'associé ou n'est-il pas plutôt temps de redéfinir notre compréhension de ce mécanisme, d'en ramener la portée à des dimensions plus raisonnables et de lui proposer des solutions de rechange afin que la protection de la liberté de l'associé ne soit plus automatiquement cause d'éclatement de la société ? C'est précisément à cet exercice que nous nous livrons dans le cadre de la présente étude.

La société, comme tout autre contrat, doit s'en remettre au droit commun des obligations afin de suppléer aux carences de son régime juridique particulier. À cette fin, le droit commun des obligations prévoit, pour toute partie à un contrat à exécution successive de durée indéterminée, la faculté de résilier unilatéralement la convention. Nous soutenons que ce droit de résiliation unilatérale, lorsque appliqué à la société dans le respect de sa nature, à mi-chemin entre le contrat et la personne morale, permet à l'associé de se libérer du contrat sans pour autant détruire l'édifice social dont il se sépare.

Notre exposé se divise en quatre grandes sections. Après avoir tracé dans un premier temps les grandes lignes de l'historique du droit de dissolution unilatérale (I), nous définirons le cadre juridique de la problématique (II) pour ensuite nous attarder aux fondements et à la portée du droit de dissolution unilatérale de l'associé eu égard aux questions de durée (III). Finalement, nous critiquerons la règle actuelle et y proposerons brièvement quelques solutions de rechange (IV).

I. Historique du droit de dissolution unilatérale

La société est une institution millénaire dont l'origine remonte au droit romain. Étant le fruit du rapprochement entre des institutions d'origine et d'esprit différents (le vieux consortium romain et la société pratiquée par les peuples commerçants de l'Orient méditerranéen reçue sous l'influence du droit hellénique), la société aura été, dès ses débuts, une institution juridique fondée davantage sur le caractère personnel du lien entre ses membres que sur le caractère commercial de son entreprise³.

Depuis toujours, la formation d'une société repose sur trois éléments essentiels : l'intention de s'associer fondée sur la confiance entre associés (*animus societatis*, *affectio societatis* ou encore *jus fraternatis*), l'apport des asso-

²Rappelons que le *Code civil du Québec* (L.Q. 1991, c. 64) de même que la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* (L.Q. 1992, c. 57) sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1994 (D. 712-93, G.O.Q. 1993.II.3589).

³J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986 à la p. 168.

ciés et la participation aux bénéfiques⁴. Aussi, l'importance particulière que la société du droit romain attachait à la personnalité des associés se manifestait principalement dans l'*affectio societatis*, véritable fondement du droit de dissolution unilatérale de l'associé. En effet, la société reposait sur la permanence de l'*affectio societatis*. Vu la responsabilité illimitée entre associés, le maintien de la société exigeait une intégrité continue de la confiance que se vouaient les associés entre eux. Il en résultait donc que la société pouvait être éteinte à tout moment par la volonté unilatérale d'un associé, en autant que le tout fut fait dans le respect de la bonne foi exigée entre associés⁵.

Aux XVII^e et XVIII^e siècles, l'importance de la confiance entre les associés au sein des sociétés générales (ancêtres des sociétés en nom collectif actuelles) n'était pas moins grande. Alors que le capital y jouait un rôle négligeable, l'accent étant sur le savoir-faire des associés, les sociétés générales avaient souvent un caractère familial très marqué. Bien qu'il fût possible, à cette époque, de stipuler une société pour une durée illimitée⁶, les sociétés générales étaient habituellement formées pour une durée brève, ce qui était parfaitement compatible avec la durée généralement courte de l'entreprise qui en justifiait la création de même qu'avec leur caractère familial⁷.

Puis, la Révolution française vint sonner le glas des sociétés stipulées perpétuelles par l'entremise de la prohibition des baux d'une durée supérieure à 99 ans. Il devint toutefois fréquent pour les associés de choisir la durée maximale de 99 ans. Cette habitude prit naissance à l'époque où la prorogation de la

⁴*Ibid.* Voir à cet effet les articles 1830 C.c.B.-C. et 2186 C.c.Q. Pour un arrêt de principe sur les trois conditions nécessaires à l'existence d'une société, voir *F.L. c. G.B.* (1988), 13 Q.A.C. 233. Voir aussi *136837 Canada Inc. c. Entreprises Madikap Ltée*, [1987] R.D.J. 106 à la p.111 (C.A.); *Canuel c. Fournier*, [1990] R.J.Q. 2253 à la p. 2256 et s. (C.S.). Voir aussi la jurisprudence, *infra* note 18. «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, *La notion d'associé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1978 à la p. 156, cité dans P.P. Côté, «Considérations sur la conception et l'élaboration du contrat de société» (1985) 15 R.D.U.S. 487 à la p. 499). Certains voient par contre le critère de l'*affectio societatis* comme ne revêtant que peu d'intérêt, d'où l'emploi de l'expression latine; en effet, tout comme il n'y a pas de société sans intention de s'associer, on pourrait aussi bien dire qu'il n'y a pas de mandat sans intention de mandater (N. Antaki, «Commentaires concernant le contrat de société» (1988) 29 C. de D. 1019 aux pp. 1029-30). Quant à la notion de bénéfice, il y a un consensus très net en droit civil québécois «à l'effet qu'il doive s'agir d'un gain ou d'un avantage patrimonial qui soit susceptible d'être évalué en argent» (Côté, *ibid.* à la p. 497). L'article 2186 C.c.Q. réfère d'ailleurs expressément à la nature pécuniaire des bénéfices résultant du contrat de société.

⁵Hilaire, *ibid.* à la p. 169.

⁶Le législateur français vint limiter cette durée à 99 ans en 1966 pour les sociétés commerciales et généralisa cette mesure à toutes les sociétés en 1978 par l'adoption du nouvel article 1838 C. civ. (A.P.S., «La durée de vie des sociétés» *Gaz. Pal.* 1^{er} sem. 1979.Chron.18). Par contre, il n'existe toujours pas de telle limite en droit québécois. Sur la réforme du droit des sociétés en France, voir Y. Chartier, «La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978» *J.C.P.* 1978.I.2917; J. Foyer, «La réforme du Titre IX du Livre III du Code civil» (1978) 1 *Rev. soc.* 1; M. Hamiaut, *La réforme des sociétés commerciales*, t. 3, Paris, Dalloz, 1966; J. Hémar, F. Terré et P. Mabilat, *La réforme des sociétés commerciales*, Paris, Dalloz, 1967; J. Hémar, F. Terré et P. Mabilat, *Sociétés commerciales*, t. 1, Paris, Dalloz, 1972; M. Jeantin, «La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 janvier 1978» *D.*1978.Chron.173.

⁷Hilaire, *supra* note 3 à la p. 191.

société entraînait le paiement d'importants droits d'enregistrement⁸. Bien que l'adoption de la durée de 99 ans ne posait pas de problèmes pour les sociétés dont les associés pouvaient céder librement leurs parts (telle la société par actions), cette pratique devint problématique pour les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite de même que pour les sociétés civiles. En effet, l'*intuitus personæ* à la source du contrat de société, en empêchant la libre cession des parts par les associés, compromettait ainsi leur liberté individuelle en liant les associés à la société pour une durée de 99 ans.

Bien qu'une telle durée ne fût point interdite, «les Tribunaux considéraient cette durée comme supérieure à celle de la vie humaine et l'assimilaient à une durée illimitée»⁹. Il en résultait l'application de l'ancien article 1869 C. civ. qui prévoyait un droit de dissolution unilatérale pour l'associé membre d'une société dont la durée était illimitée.

De nos jours cependant, le rôle de la société a évolué et celle-ci est devenue un véhicule privilégié pour opérer un regroupement d'entreprises ou de ressources techniques, financières, humaines ou de matières premières, à des fins pouvant être fort variables¹⁰. La société moderne n'a donc, sauf exception, souvent plus le visage familial qui la caractérisait autrefois.

Dans ce contexte, il est pertinent de s'interroger sur la portée et l'importance actuelle du droit de dissolution unilatérale de l'associé. L'article 1895 C.c.B.-C., comme l'ancien article 1869 C. civ. l'avait fait, a grandement atténué la portée du droit de dissolution unilatérale de l'associé. En effet, alors que ce droit se justifiait autrefois par la permanence de l'*affectio societatis* nécessaire à l'existence de la société, sa raison d'être contemporaine semble fondée sur la prohibition pour l'associé de s'engager à perpétuité, et son utilisation dans le contexte de l'article 1895 C.c.B.-C. reste limitée aux cas où la durée de la société ne serait pas «fixée». Quant au *Code civil du Québec*, il restreint davantage la portée du droit de dissolution unilatérale de l'associé. Alors que l'article 1895 C.c.B.-C. offrait un régime général de dissolution¹¹, l'article 2260 C.c.Q. confine ce régime aux sociétés en participation¹².

⁸Voir A.P.S., *supra* note 6 à la p. 18.

⁹*Ibid.*

¹⁰Pour un traitement minutieux des utilisations conjointes possibles de la société et de la compagnie, voir Côté, *supra* note 4 à la p. 505 et s.

¹¹Toutes les sociétés du *Code civil du Bas-Canada*, sauf la société en commandite, peuvent être dissoutes unilatéralement quand les conditions prévues à l'article 1895 C.c.B.-C. sont présentes (art. 1892, al. 2 C.c.B.-C.).

¹²L'article 1895 C.c.B.-C. et son interprétation demeureront pertinents suite à l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*. En effet, l'article 1895 C.c.B.-C. sera premièrement une source interprétative privilégiée relativement aux articles 2228 et 2260 C.c.Q. L'article 1895 C.c.B.-C. sera de plus une règle supplétive pour déterminer l'étendue des droits et obligations des associés. À cet effet, les articles 4 et 9(1) de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, *supra* note 2, disposent que :

4. Dans les situations juridiques contractuelles en cours lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, la loi ancienne survit lorsqu'il s'agit de recourir à des règles supplétives pour déterminer la portée et l'étendue des droits et des obligations des parties, de même que les effets du contrat.

Cependant, l'incertitude résultant de la compréhension générale du droit de dissolution unilatérale n'a malheureusement pas été amoindrie dans la même mesure que l'accessibilité à celui-ci. En effet, l'existence de ce droit étant conditionnelle à la non-détermination de la durée de la société, c'est précisément la qualification de ce qui constitue une société à durée indéterminée qui sera source d'inquiétude pour les personnes morales et physiques se regroupant en société. Dans le cas où la durée de la société *n'est pas fixée*, l'associé aura droit à la dissolution unilatérale en vertu des articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. Dans le cas d'un *excès* dans la détermination de la durée (c'est-à-dire la stipulation d'une durée très longue¹³), la possibilité d'invoquer le droit de dissolution unilatérale dépendra de la position doctrinale que l'on adopte relativement à ce que constitue une *durée excessive*¹⁴. On prendra donc soin dans chaque cas de prévoir un terme au contrat de société (afin d'éviter que la durée ne soit indéterminée), tout en évitant de stipuler une durée trop longue (vu le risque qu'elle ne soit *qualifiée* d'indéterminée au motif qu'elle équivaut à un engagement perpétuel pour les associés).

II. Le cadre juridique de la problématique

Avant d'aborder directement la question du droit de dissolution unilatérale, il est important de situer la société dans le cadre global du droit civil afin que les réponses suggérées à notre problématique soient cohérentes avec la nature de la société et respectent l'esprit des codes civils. Cet exercice requiert que soit étudiée la nature juridique de la société, puis que soient brièvement analysées les dispositions pertinentes des codes civils du Bas-Canada et du Québec. Cette étude sera faite séparément pour chacun des codes vu les profondes modifications apportées au régime de la société par le *Code civil du Québec*.

A. La qualification juridique de la société

La société est régie par des règles relevant à la fois du domaine contractuel et du domaine institutionnel. En effet, bien qu'elle soit formée par une convention, plusieurs aspects de son fonctionnement ne peuvent être expliqués par le droit des contrats. La société, par opposition à d'autres contrats tels le louage de services ou le mandat, est, en quelque sorte, une entité autonome distincte

Cependant, les dispositions de la loi nouvelle s'appliquent à l'exercice des droits et à l'exécution des obligations, à leur preuve, leur transmission, leur mutation ou leur extinction.

9. Les instances en cours demeurent régies par la loi ancienne.

[...].

Cependant, même à l'égard des litiges régis par le *Code civil du Bas-Canada*, le *Code civil du Québec* exerce une influence prépondérante quant aux dispositifs adoptés par les tribunaux. Voir, en matière de preuve, l'arrêt *Ste-Anne-des-Plaines (Ville de) c. Tremblay* (14 mai 1993), Montréal 500-09-000419-895, J.E. 93-1070 (C.A.).

¹³Par exemple, et dépendamment des auteurs, 50, 100 ou 150 ans selon la perception que l'on a de la pérennité.

¹⁴En effet, selon qu'on attribue à l'expression «dont la durée n'est pas fixée» une signification positiviste et littérale ou, à l'opposé, un sens se conformant davantage aux préoccupations subjectives de l'associé, la portée du droit de dissolution variera grandement.

des parties qui ont participé à sa création. Voyons ces deux aspects d'un peu plus près.

La conception contractuelle de la société était à son apogée au XIX^e siècle, alors que «[l]e dogme de l'autonomie de la volonté [a] conduit à rattacher à la volonté individuelle le plus grand nombre de solutions juridiques»¹⁵ (le mariage et la société en sont deux exemples). Pothier qualifiait même le contrat de société de «contrat de droit naturel, qui se forme et se gouverne par les seules règles du droit naturel»¹⁶. Bien que de nos jours le régime de la société soit plus encadré par le droit positif qu'il ne l'était à l'époque de Pothier, le contrat de société demeure assujéti aux principes généraux du droit des obligations à titre de régime supplétif¹⁷.

Le contrat de société est consensuel en ce qu'il est formé par le simple consentement mutuel des parties¹⁸ sans qu'aucune forme spéciale ne soit exigée

¹⁵P. Merle, *Droit commercial : Sociétés commerciales*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1992 au n^o 21.

¹⁶M. Bugnet, *Œuvres de Pothier*, t. 4, 3^e éd., Paris, E. Plon, Nourrit, 1890 à la p. 242.

¹⁷H. Roch et R. Paré, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 13, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952 à la p. 335; *Lamarre c. Damien Boileau Ltd.*, [1953] 2 R.C.S. 456 à la p. 463 [ci-après *Lamarre*]. Au surplus, l'article 1841 C.c.B.-C. prévoit expressément l'applicabilité des règles énoncées au titre «Des obligations» à la dissolution de la société. Le premier alinéa de l'article 1377 C.c.Q., au sein du titre «Des obligations», dispose d'ailleurs que «[l]es règles générales du présent chapitre s'appliquent à tout contrat, quelle qu'en soit la nature».

¹⁸L'existence d'une société en vertu du *Code civil du Bas-Canada* n'est assujéti à aucune formalité. Voir à cet effet l'article 1832 C.c.B.-C. Voir aussi *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1979] C.S. 406, inf. par [1982] C.A. 66, conf. par [1984] 1 R.C.S. 2 à la p. 14, 37 R.F.L. (2^e) 225 [ci-après *Beaudoin-Daigneault* avec renvois aux R.C.S.]; *R.Z. c. A.G.* (1989), 31 Q.A.C. 12; *Masse c. Legault* (18 mars 1993), Montréal 500-02-020358-912, J.E. 93-875 (C.Q.); *Baigne c. Gabias* (1912), 18 R.L. 503 (C.S.); *Carstens c. Bork*, [1962] C.S. 210; *Tanguay c. Tanguay* (1913), 44 C.S. 253 [ci-après *Tanguay*]; *Sigouin c. Lavoie* (26 mars 1993), Montréal 500-05-005603-913, J.E. 93-1098 (C.S.); *Sabourin c. Charlebois*, [1982] C.A. 361, Mme le juge L'Heureux-Dubé; *Re Dedam*, [1993] R.L. 319 (C.S.) [ci-après *Dedam*]. On pourra même conclure à l'intention de s'associer à partir d'une appréciation générale des faits (*Dubé c. Dubé* (6 juin 1989), Québec 200-09-000789-856, 200-09-000788-858, J.E. 89-1070 (C.A.) [ci-après *Dubé*]). La participation dans les profits d'une société par un tiers ne fait pas de ce dernier un associé à moins qu'on ne prouve que telle a été l'intention des parties (*Lecompte c. Duclos* (1893), 4 C.S. 336; *Kungl c. Great Lakes Reinsurance Co.*, [1969] R.C.S. 342 [ci-après *Kungl*]; *Bourboin c. Savard* (1926), 40 B.R. 68. Voir aussi P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 8, Montréal, Wilson et Lafleur, 1909 aux pp. 182-87; J.-C. Thivierge, *La société en commandite et le placement immobilier*, Montréal, Claude Ananou, 1991 à la p. 38). La présomption de société créée par le partage des profits est détruite par la manifestation d'une volonté contraire (*Pinsky c. Poitras* (1937), [1938] 44 R.J. 63 (C.S.)). Sur la preuve d'une société commerciale par témoin, voir L. Ducharme, «La société commerciale peut se prouver par témoin entre associés» (1974) 34 R. du B. 392. Ajoutons que les règles de la *common law* relativement à la formation du contrat de société sont identiques à celles du droit québécois (*Kungl, ibid.* à la p. 352; *Perron c. Laporte*, [1945] C.S. 375).

Le *Code civil du Québec* confirme le consensualisme du contrat de société à l'égard de la société en participation en disposant à l'article 2250 C.c.Q. que le contrat constitutif de la société en participation est «écrit ou verbal» et peut aussi résulter «de faits manifestes qui indiquent l'intention de s'associer». Quant à la société en nom collectif et à la société en commandite, l'article 2187 C.c.Q. reproduit essentiellement le texte de l'article 1832 C.c.B.-C. et dispose que la société «est formée dès la conclusion du contrat, si une autre époque n'y est pas indiquée». Toutefois, la mention expresse de la possibilité d'un contrat de société en participation «verbal» ou «résultant de faits manifestes» indiquant l'intention de s'associer, semble suggérer l'exigence d'un écrit à l'égard des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite. C'est qu'il faut distinguer

pour sa validité¹⁹. C'est aussi un contrat synallagmatique multilatéral en ce qu'il crée des obligations réciproques à charge de chaque personne qui y est partie²⁰. Il s'agit, de plus, d'un contrat à titre onéreux «en ce que chaque associé poursuit la réalisation d'un bénéfice commun à charge d'effectuer un apport»²¹. Cette convention est aussi faite *intuitu personæ* (c'est-à-dire en considération des qualités particulières de la personne). Finalement, le contrat de société est un contrat à exécution successive. En effet, c'est un contrat dont les obligations doivent s'exécuter de façon répétée et échelonnée dans le temps²², et non dans un laps de temps très court (comme dans les contrats à exécution instantanée)²³.

Ainsi, comme la société tire son origine d'un contrat, son fonctionnement s'explique en partie par le droit des contrats²⁴. On pourrait parler, en effet, d'un mandat réciproque entre les associés d'une société²⁵. C'est aussi parce que la

l'existence de la société face aux tiers, de l'existence de la société face aux associés. Le contrat de société en participation est opposable aux tiers comme aux associés par le simple accord de volonté, qu'il soit verbal, écrit ou qu'il résulte de faits manifestes. Par contre, le contrat de société en nom collectif et de société en commandite, tout en existant *entre les associés* dès leur accord de volonté, ne sera opposable *aux tiers* qu'à partir du moment où ces sociétés seront déclarées conformément à l'article 2189 C.c.Q.

¹⁹La société en commandite, à la différence des autres sociétés du *Code civil du Bas-Canada*, est cependant un contrat formaliste. L'article 1877 C.c.B.-C. prévoit la nécessité pour les personnes qui contractent une société en commandite d'enregistrer une déclaration indiquant notamment l'époque à laquelle la société commence et celle où elle doit se terminer, le tout conformément à la *Loi sur les déclarations des compagnies et sociétés*, L.R.Q. c. D-1, ann. 5. Par le jeu de l'article 1878 C.c.B.-C., la société en commandite n'est formée à l'égard des tiers qu'à compter de la date d'enregistrement de la déclaration. Cependant, tant que cet enregistrement n'aura pas été fait et que toutes les formalités n'auront pas été respectées, la société sera, à l'égard des tiers, réputée en nom collectif (*Gagnon c. Beaulieu*, [1977] C.P. 250 [ci-après *Gagnon*]); il ne fait toutefois pas de doute qu'à l'égard des parties au contrat de société, la société en commandite existe dès la conclusion du contrat.

Dans le *Code civil du Québec*, les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite qui ne se seront pas déclarées seront réputées être des sociétés en participation à l'égard des tiers (art. 2189 C.c.Q.). Ainsi la société en nom collectif du *Code civil du Québec* semble devenir, au même titre que la société en commandite, un contrat formaliste. L'existence de ces deux types de sociétés résultera donc, d'une part, de la convention entre les associés (art. 2187 C.c.Q.) et, d'autre part, de l'enregistrement d'une déclaration (art. 2189 C.c.Q.). Relativement à l'enregistrement de cette déclaration en vertu du régime du *Code civil du Québec*, voir le P.L. 95, *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*, 2^e sess., 34^e lég., Québec, 1993, art. 2(2), 2(8), 2(9), 2(10), 2(11).

²⁰J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1993 au n° 55.

²¹Roch et Paré, *supra* note 17 à la p. 335. Côté, *supra* note 4. Voir aussi l'article 2186 C.c.Q. qui réfère expressément à la nature pécuniaire des bénéfices résultant du contrat de société.

²²M. Cantin Cumyn, «Essai sur la durée des droits patrimoniaux» (1988) 48 R. du B. 3 à la p. 24. Voir aussi J. Azéma, *La durée des contrats successifs*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969 à la p. 3.

²³Cantin Cumyn, *ibid.* à la p. 23.

²⁴À cette fin, l'introduction dans le *Code civil du Québec*, aux articles 2226 à 2229 C.c.Q., d'un mécanisme élaboré de retrait pour les sociétés en commandite et les sociétés en nom collectif atteste, sous certains aspects, du caractère contractuel de la société. L'idée de liberté domine : l'associé était libre d'adhérer, il est libre de démissionner (*Juris-classeur civil*, art. 1845 à 1870-1, fasc. 50, par A. Viander, n° 7 [ci-après *J.-cl. civ.*]).

²⁵Merle, *supra* note 15 au n° 21. Voir aussi Roch et Paré, *supra* note 17 à la p. 448. La responsabilité des associés vis-à-vis leurs coassociés, dans le *Code civil du Bas-Canada*, est d'ailleurs sujette, à titre supplétif, aux règles contenues au titre «Du Mandat» (art. 1856 C.c.B.-C. Voir aussi

société est un contrat que les règles relatives aux obligations lui sont applicables²⁶.

Cependant, si la société n'était qu'un contrat, il y aurait peu à dire du droit d'un associé de s'en retirer par sa seule volonté.

L'individu est la racine du groupe [...] et les membres d'un groupement n'ont *a priori* aucune raison de s'opposer au départ d'un des leurs puisque, par définition, un rassemblement n'est pas bâti sur l'antagonisme.

De prime abord, il semblerait donc plus facile de se retirer d'une société, où les objectifs convergent, que d'un contrat ordinaire, où les intérêts sont en compétition²⁷.

Mais tel n'est pas le cas. Or, comment peut-on expliquer «que la volonté individuelle soit soumise à la volonté du groupe dont elle a permis l'éclosion»²⁸ ? C'est tout simplement à cause du caractère institutionnel de la société. D'une certaine manière, la société quitte le cadre contractuel et, «au-delà des volontés qui l'ont créée, elle vit par sa seule force»²⁹. Il semble en effet acquis en droit québécois que la société, à défaut d'avoir une personnalité juridique «complète», est néanmoins dotée d'un patrimoine autonome³⁰. Ce caractère ins-

l'art. 1897 C.c.B.-C.). Toutefois, dans la société en commandite, comme seuls les commandités sont autorisés à administrer les affaires de la société et à l'obliger, il semble qu'on ne puisse parler de mandat présumé à l'égard des commanditaires (*Entreprises Gamelec Inc. c. Consortium Berthier Tremblay Inc.*, [1993] R.D.I. 443 (C.S.)).

²⁶Voir *supra* note 17.

²⁷C. Lapoyade-Deschamps, «La liberté de se retirer d'une société» D.1978.Chron.123 à la p. 123. L'auteur mentionne d'ailleurs le caractère fort représentatif de la terminologie utilisée : «[O]n dénonce un contrat, on renonce à sa qualité d'associé».

²⁸*Ibid.*

²⁹*Ibid.* Voir aussi l'article 2232 C.c.Q. qui maintient la société selon certaines conditions malgré la réunion de toutes les parts sociales entre les mains d'un seul associé.

³⁰M. Wilhelmson, «The Nature of the Quebec Partnership : Moral Person, Organized Indivision or Autonomous Patrimony ?» (1992) 37 R.D. McGill 995 ; J.C. Thivierge, «Le débat sur la personnalité morale de la société est-il clos ?» dans *Développements récents en droit commercial 1993*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1993, 105 ; M. Cantin Cumyn, «Les personnes morales dans le droit privé du Québec» (1990) 31 C. de D. 1021. Voir aussi *Legault c. Gaumond* (27 décembre 1991), Montréal 500-02-032304-904, J.E. 92-338 (C.Q.) ; *Rosen c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1991] R.J.Q. 1152 (C.Q.) ; *Impregilo Canada Ltée c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [1984] R.D.F.Q. 206 (C.P.) ; *Simabus Inc. c. Daoust* (10 janvier 1994), Montréal 500-05-012277-883, J.E. 94-195 (C.S.).

En vertu du *Code civil du Bas-Canada*, une société peut être poursuivie en justice, mais ne peut intenter une action sous ses propres noms et raisons sociales (*Leblanc c. Société en commandite Notre-Dame*, [1989] R.D.J. 524 (C.A.) ; *Lalumière c. Moquin* (31 août 1993), Montréal 500-06-000012-928, J.E. 93-1616 (C.S.)). Voir aussi *Galipeault c. Currie*, [1951] R.P. 53 (B.R.). La société en nom collectif du *Code civil du Québec* peut être assignée et poursuivie sous le nom qu'elle déclare (*Denem Ltée c. Greenshields Inc.* (18 mars 1994), Montréal 500-05-017188-929, J.E. 94-655 (C.S.)).

Le *Code civil du Québec*, quant à lui, confère aux sociétés en nom collectif et aux sociétés en commandite, la capacité d'ester en justice et d'être poursuivies sous le nom qu'elles déclarent (art. 2225 C.c.Q.). Quant à la société en participation, les articles 2252, 2253, 2256 et 2257 C.c.Q. semblent suggérer qu'elle ne puisse ester en justice de quelque façon que ce soit. Cela ne veut pas dire pour autant que la société en participation soit dépourvue d'un patrimoine. En effet, ces dispositions législatives font partie d'une section réglant les rapports des associés avec les tiers. Comme l'indique l'article 2252 C.c.Q., ce n'est qu'à l'égard des tiers que chaque associé demeure

titutionnel, joint aux enjeux économiques modernes (particulièrement au sein des sociétés commerciales), introduit une distinction importante entre le désengagement contractuel et le désengagement social³¹. Selon cette conception de la société, les droits et les intérêts privés deviennent en quelque sorte subordonnés au but social qu'il s'agit d'atteindre³². Comme le fait si bien remarquer un auteur :

Le retrait de l'associé est donc étroitement lié à l'éternel conflit entre l'intérêt particulier et l'intérêt social, entre la conception civiliste (contractuelle et individualiste) et la conception commerciale (institutionnelle et économique) de la société³³.

B. Les dispositions pertinentes du Code civil du Bas-Canada

La disposition centrale du *Code civil du Bas-Canada* relativement au présent sujet est sans contredit l'article 1895³⁴. Celui-ci prévoit que la société «dont la durée n'est pas fixée» est la seule qui puisse être dissoute au gré de l'un des associés³⁵. L'article 1895 C.c.B.-C. correspond à l'ancien article 1869 du *Code civil français*³⁶ et la règle qu'il énonce, déjà admise en droit romain, est tradi-

propriétaire des biens constituant son apport à la société. Entre eux, les rapports des associés sont régis (sauf convention contraire) par les règles relatives aux sociétés en nom collectif (art. 2251 C.c.Q.). Ainsi, les associés en participation entretiennent une relation débiteur-créancier avec le patrimoine social (art. 2198, 2199 C.c.Q.). Le droit de propriété des biens mis en société semble donc avoir deux titulaires selon qu'on analyse la situation des associés entre eux ou que l'on envisage les rapports des associés avec les tiers ! Voir sur cette question précise, M. Cantin Cumyn, «L'indivision» dans E. Caparros, dir., *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, 326 à la p. 332, n. 23.

³¹Lapoyade-Deschamps, *supra* note 27 à la p. 123. On remarquera que le caractère contractuel sera plus marqué dans les sociétés en nom collectif que dans les sociétés par actions (*corporations*) où l'institution fait reculer le contrat. Par exemple, dans ces dernières, les droits et les intérêts des associés (actionnaires) sont fréquemment affectés par les décisions de la majorité au nom de l'intérêt supérieur de la société par actions (Merle, *supra* note 15 au n° 22).

³²Merle, *ibid.*

³³Lapoyade-Deschamps, *supra* note 27 à la p. 123. Cette dichotomie se reflète d'ailleurs dans la rédaction du nouvel article 1832, 1^{er} alinéa C. civ. : «[L]a société est *instituée* par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un *contrat* d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter».

³⁴ 1895. La société dont la durée n'est pas fixée est la seule qui puisse être dissoute au gré de l'un des associés, et cela en donnant à tous les autres avis de sa renonciation. Mais cette renonciation doit être faite de bonne foi et non dans un temps préjudiciable à la société.

Il est à noter que le droit de dissolution unilatérale prévu à l'article 1895 C.c.B.-C. s'applique à toutes les sociétés, sauf aux sociétés en commandite (art. 1892, al. 2 C.c.B.-C.).

³⁵La société dont la durée n'est pas mentionnée dans la déclaration est susceptible de dissolution au gré de l'un des associés (*Garon c. Paquet*, [1971] C.S. 715. Voir aussi *Dedam*, *supra* note 18 ; *Latendresse*, *supra* note 1). Une société formée pour une durée indéterminée peut être dissoute au gré de l'un ou l'autre des associés (*Scott c. Dufresne*, [1973] C.S. 31). Une société sans durée déterminée peut se dissoudre soit judiciairement soit par la volonté ou les actes des associés (*Boustany c. Boustany* (20 janvier 1993), Montréal 500-05-006226-870, 500-05-008833-889 (C.S.), portée en appel (C.A.M. 500-09-000357-939) [ci-après *Boustany*]. Voir aussi *In Gibeau* (1953), 33 C.B.R. 197 (C.S.) ; *Lardon c. Valade* (1911), 13 R.P. Qué. 438 (C.S.) [ci-après *Lardon*]). Dans une société de fait entre concubins, la volonté d'un des conjoints de ne plus faire vie commune manifeste l'intention de dissoudre la société (*Beaudoin-Daigneault*, *supra* note 18 à la p. 409).

³⁶Québec, *Sixième et septième rapport des commissaires chargés de la codification du Code civil du Bas-Canada*, Québec, Desbarats, 1865 à la p. 33 [ci-après *Rapport des commissaires*].

tionnellement associée par les auteurs «au même ordre d'idées que celui qui prohibe le louage de services personnels à perpétuité»³⁷. On comprendra que la question-clé, afin de déterminer dans quels cas l'associé pourra, par sa seule volonté, dissoudre la société en vertu de 1895 C.c.B.-C., consiste à établir la signification et la portée des mots «dont la durée n'est pas fixée». Doit-on comprendre cette expression comme signifiant que la durée est «fixée» dès qu'un terme est indiqué au contrat, ou comme indiquant plutôt que la durée doit être inférieure à un maximum quelconque, faute de quoi elle sera considérée comme étant «non fixée»³⁸ ?

Le deuxième article qui nous intéresse est l'article 1896 C.c.B.-C.³⁹. Aux termes de celui-ci, la dissolution d'une société «dont la durée est limitée» pourra être demandée par un associé avant l'expiration du temps stipulé, pour une cause légitime ou dans certaines circonstances — se rattachant toutes à la personne des associés — justifiant cette demande⁴⁰. Sans conférer un droit de dissolution à l'associé, cet article instaure un mécanisme de dissolution judiciaire

³⁷Mignault, *supra* note 18 à la p. 259 ; G. Baudry-Lacantinerie et A. Wahl, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3^e éd., Paris, Larose et Tenin, 1907 au n° 438 ; Roch et Paré, *supra* note 17 à la p. 469.

³⁸Le second volet des articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q., qui ne fait toutefois pas principalement l'objet du présent texte, dispose que la renonciation à la société doit être faite de bonne foi et non dans un temps préjudiciable à celle-ci. Ces dispositions sont un exemple ponctuel du principe général de bonne foi inscrit aux articles 1024 C.c.B.-C. et 1434 C.c.Q., selon lesquels on ne peut exercer un droit contractuel de façon abusive (P.-A. Crépeau, «Le contenu obligationnel du contrat» (1965) R. du B. can. 1 à la p. 25 ; A. Perrault, «La théorie de l'abus des droits» (1949) 9 R. du B. 361 à la p. 369 ; D. Angus, «Abuse of Rights in Contractual Matters in the Province of Quebec» (1962) 8 R.D. McGill 150 à la p. 154). Sur l'exercice abusif d'un droit contractuel en général, voir les arrêts *Houle c. Banque nationale du Canada*, [1990] 3 R.C.S. 122, 74 D.L.R. (4^e) 577 ; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554 à la p. 583, [1992] R.R.A. 673. Sur l'obligation implicite contractuelle, voir P. Legrand Jr., «L'obligation implicite contractuelle : Aspects de la fabrication du contrat par le juge» (1991) 22 R.D.U.S. 109.

Ainsi, une renonciation faite de mauvaise foi ou à contretemps sera frappée de nullité relative et pourra donner lieu à un recours en dommages-intérêts contre l'associé renonçant (Baudry-Lacantinerie et Wahl, *ibid.* aux pp. 278-82 ; F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 26, 5^e éd., Paris, Bruylant-Christophe, 1893 au n° 398 et s. ; Guilloiard, *Traité du contrat de société*, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1891 au n° 330). Un retrait ou une dissolution subite et inopportune susceptible de causer un préjudice donne ouverture à un recours en dommages-intérêts (*Montgrain c. St. Germain*, [1992] R.J.Q. 1864 à la p. 1867 (C.S.) [ci-après *Montgrain*] ; *Savard c. Laperrrière*, [1954] B.R. 650 aux pp. 656-57 (C.A.) [ci-après *Savard*] ; *Dedam*, *supra* note 18). On notera que cette exigence de bonne foi n'oblige pas l'associé qui veut se retirer d'une société dont la durée n'est pas déterminée à se justifier par un motif légitime de dissolution (*Lardon*, *supra* note 35 à la p. 439 ; *Boustany*, *supra* note 35 à la p. 9). Il sera fait référence, au sein de la dernière partie du présent texte, aux conséquences d'un exercice abusif ou fautif du droit de dissolution unilatérale à la lumière de l'interprétation que nous préconisons des articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q.

³⁹ 1896. La dissolution d'une société dont la durée est limitée peut être demandée par un associé avant l'expiration du temps stipulé, pour une cause légitime ; ou lorsqu'un autre associé manque à l'accomplissement de ses obligations, ou se rend coupable d'inconduite flagrante, ou par suite d'une infirmité chronique ou d'une impossibilité physique devient inhabile aux affaires de la société, ou lorsque sa condition et son état sont essentiellement changés, et autres cas semblables.

⁴⁰Voir Mignault, *supra* note 18 aux pp. 266-68. L'auteur suggère qu'il serait même possible d'utiliser l'article 1896 C.c.B.-C. pour demander la dissolution de la société *sans durée déterminée* pour les causes mentionnées dans cet article.

qui, bien que d'application limitée jusqu'à présent en jurisprudence⁴¹, demeure pertinent aux fins du présent texte.

Quant à l'article 1892 C.c.B.-C., il réfère aux événements par lesquels la société prend fin⁴². Les causes de dissolution qui y sont énoncées témoignent de l'importance attachée par le législateur tant à l'intention des parties au contrat de société qu'à la nature particulière de cette institution. En ce qui a trait à la fin de la société par l'expiration du terme convenu (article 1892, alinéa 1, paragraphe 1 C.c.B.-C.), il s'agit de donner effet à l'entente intervenue entre les associés⁴³. Évidemment, l'expiration du terme convenu provoquera la fin de la société bien que l'affaire pour laquelle elle a été formée ne soit pas terminée. Toutefois, cette règle doit être comprise avec certaines nuances. En effet, dans le cas où les associés, en prévoyant le terme de la société, se sont préoccupés davantage de fixer le délai à l'intérieur duquel ils espéraient réaliser le projet entrepris, plutôt que de déterminer la durée de la société, on interprétera le contrat de société en respectant l'intention des parties plutôt qu'en s'attardant aux expressions maladroites utilisées par les associés pour exprimer leur volonté, et la société se poursuivra jusqu'à la fin de l'entreprise⁴⁴.

⁴¹Voir par ex. *Connecticut and Passumpsic Rivers Railroad Company c. Comstock* (1870), [1869] 1 R.L. 589 (B.R.); *Chapdelaine c. Astor Sweets Inc.* (1937), 43 R.P. Qué. 148 (C.S.); *Mendelsohn c. Mendell* (1927), 33 R.L. 470 (C.S.); *Ollier c. Hadley* (1910), 39 C.S. 166 (C. rév.); *Howard c. Findlay* (1918), 27 B.R. 375; *Ruel c. Roy* (1914), 46 C.S. 422; *Tourigny c. Croteau*, [1944] C.S. 241; *Tremblay c. Bergeron*, [1948] C.S. 20; *Whimbey c. Clark* (1902), 22 C.S. 453; *Tétu c. Association de chasse et de pêche Marcel Inc.* (23 janvier 1984), Québec 200-05-001931-836, J.E. 84-376 (C.S.); *Productions Réjean Lefrançois Inc. c. Entreprises M.P. Inc.* (20 juin 1985), Montréal 500-09-000835-827, J.E. 85-686 (C.A.).

⁴² 1892. La société finit :

1. Par l'expiration du terme ;
2. Par l'extinction ou la perte des biens appartenant à la société ;
3. Par la consommation de l'affaire pour laquelle la société a été formée ;
4. Par la faillite ;
5. Par la mort naturelle de quelqu'un des associés ;
6. Par l'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle à l'égard de l'un des associés majeurs ;
- 6a. Par la faillite de l'un des associés ;
7. Par la volonté qu'un seul ou plusieurs des associés expriment de n'être plus en société, suivant les dispositions des articles 1895 et 1896 ;
8. Lorsque l'objet de la société devient impossible ou illégal.

Les causes de dissolution énoncées dans les paragraphes 5, 6, et 7 du premier alinéa ne s'appliquent pas aux sociétés en commandite.

La société commerciale se termine aussi par un jugement maintenant la saisie de la part d'un associé.

Toutefois, la société en commandite ne se termine pas pour les causes prévues par le paragraphe 6a du premier alinéa et par le troisième alinéa si les autres associés ou un tiers assument la dette de l'associé saisi ou failli jusqu'à concurrence du montant nécessaire pour qu'il subsiste suffisamment de biens en vue d'acquitter les dettes de la société.

⁴³Voir Mignault, *supra* note 18 à la p. 250 ; Roch et Paré, *supra* note 17 aux pp. 455-56. Pour un cas où la société fut dissoute par l'arrivée du terme, voir *Banque Royale du Canada c. 105-594 Canada Inc.* (6 novembre 1984), Chicoutimi 150-05-000843-82, 150-05-000277-832, J.E. 84-1055 (C.S.). Notons que la preuve du terme convenu sera laborieuse s'il n'a pas été stipulé dans l'écrit qui constate le contrat (*Miller c. Blouin* (1940), 78 C.S. 197).

⁴⁴Mignault, *ibid.* ; Roch et Paré, *ibid.* Voir aussi Baudry-Lacantinerie et Wahl, *supra* note 37 au

L'énumération des événements mettant fin à la société en vertu de l'article 1892 C.c.B.-C. consacre, sous d'autres aspects, le rôle central que joue l'expiration du terme comme cause de dissolution de la société. En effet, la consommation de l'affaire pour laquelle la société a été formée (article 1892, alinéa 1, paragraphe 3 C.c.B.-C.) n'est qu'une application particulière de l'expiration de la société par l'arrivée du terme, «car la consommation de l'affaire est en fait un terme incertain que se sont implicitement proposé les parties»⁴⁵.

Les causes de dissolution que constituent l'interdiction (article 1892, alinéa 1, paragraphe 6 C.c.B.-C.) ou la faillite (article 1892, alinéa 1, paragraphe 4 C.c.B.-C.) d'un associé sont uniquement fondées sur l'*intuitus personæ*, intention présumée des parties de ne continuer leurs affaires qu'avec les personnes en considération desquelles elles ont contracté : l'associé failli ou interdit n'offre plus à ses coassociés les qualités qu'ils ont compté trouver chez lui et la société ne peut plus désormais fonctionner dans les conditions d'égalité entre associés qui existaient jusqu'alors⁴⁶. L'*intuitus personæ* du lien social explique aussi la dissolution de la société par la mort d'un associé (article 1892, alinéa 1, paragraphe 5 C.c.B.-C.). En effet, le contrat de société est conclu *intuitu personæ* et s'appuie sur la confiance que les associés ont les uns envers les autres en raison de leurs qualités respectives⁴⁷. Il est donc de prime abord contraire à l'intention présumée des associés de les contraindre à maintenir la société avec des tiers tels les successeurs de l'associé décédé⁴⁸.

L'article 1894 C.c.B.-C.⁴⁹ vient, quant à lui, nuancer les remarques qui précèdent en disposant qu'il est permis de stipuler que, dans le cas du décès de l'un des associés, la société pourra continuer avec les représentants légaux du *de cuius* ou entre les associés survivants. Ce procédé milite en faveur de la position selon laquelle l'*intuitus personæ* dans le contrat de société doit être considéré comme dérivant de l'intention des parties plutôt que de considérations d'ordre

n° 371 et s. Une société en nom collectif, créée pour une durée de six mois, n'est pas dissoute à l'expiration de son terme, s'il était prévu au contrat qu'elle se transformerait automatiquement en société par actions. Il s'agit alors de la même société qui continue sous une autre forme (*Gauvin c. Langelier*, [1963] B.R. 206).

⁴⁵Voir Baudry-Lacantinerie et Wahl, *ibid.* au n° 381. De la même manière, une société ne peut exister sans objet (art. 1892, al. 1, para. 8 C.c.B.-C. ; *Consortium Interfor Inc. c. Groupe-Conseil G.B.G.M. Ltée* (18 décembre 1992), Québec 200-09-000346-889, J.E. 93-283 (C.A.) ; *Lamarre*, *supra* note 17).

⁴⁶Baudry-Lacantinerie et Wahl, *ibid.* aux n° 418, 426. Voir aussi Mignault, *supra* note 18 à la p. 255 et s. ; Roch et Paré, *supra* note 17 à la p. 258.

⁴⁷Voir Baudry-Lacantinerie et Wahl, *ibid.* au n° 383 et s. ; Mignault, *ibid.* à la p. 252.

⁴⁸C'est la nature *intuitu personæ* des conventions tel le contrat de société, le mandat ou le louage de service personnel qui justifie cette exception à la règle voulant que les contrats conclus par une personne se continuent au profit ou à la charge de ses héritiers (voir art. 1030, 1138 C.c.B.-C. ; art. 1441, 1517 C.c.Q.).

⁴⁹ 1894. Il est permis de stipuler que, dans le cas du décès de l'un des associés, la société continuera avec ses représentants légaux, ou entre les associés survivants. Dans le second cas les représentants de l'associé défunt ont droit au partage des biens de la société seulement telle qu'elle existait au moment du décès de cet associé. Ils ne peuvent réclamer le bénéfice des opérations subséquentes, à moins qu'elles ne soient la suite nécessaire de quelque chose accomplie avant le décès.

public. Une clause selon laquelle la société continuera entre les associés survivants, loin de mettre en échec l'*intuitus personæ* du contrat de société, en est au contraire la consécration, car elle confirme la suprématie de l'intention des parties en écartant de la société les héritiers de l'associé décédé⁵⁰.

Finalement, l'article 1833 C.c.B.-C.⁵¹ vient compléter les articles 1894 et 1892, alinéa 1, paragraphe 5 C.c.B.-C. en disposant que la société dont la durée n'est pas déterminée «est censée contractée pour la vie des associés [...]». Cette règle se fonde aussi sur la confiance que les associés ont les uns envers les autres, confiance qui provient de leurs qualités respectives. Il serait, comme on l'a vu, contraire au *jus fraternatis* que consacre le contrat de société de forcer les associés survivants à continuer la société avec les représentants de l'associé décédé⁵². La durée de la vie des associés est donc un terme incertain fixé implicitement par la convention de société eu égard à sa nature *intuitu personæ*. On remarquera que la durée de la société, tout en n'ayant pas fait l'objet d'une stipulation expresse au contrat de société, pourra être implicitement limitée par les usages constants entre associés ou dans un secteur d'activité particulier, ou par la nature temporaire de l'entre-

⁵⁰Baudry-Lacantinerie et Wahl, *supra* note 37 aux n° 387-401. Les conventions de continuation de société entre les associés survivants ou avec les héritiers ont toujours été qualifiées de pactes sur succession future, car elles disposent d'une partie de la succession de l'associé avant qu'elle ne soit ouverte, portant ainsi atteinte à la liberté de tester de l'associé. L'article 1894 C.c.B.-C., substantiellement reproduit à l'article 2259 C.c.Q., crée l'une des rares exceptions législatives à la prohibition des pactes sur succession future prévue aux articles 1061, alinéa 2 C.c.B.-C. et 631 C.c.Q. (l'institution contractuelle en est une autre (art. 778, 820, 830 C.c.B.-C.)). Ce n'est que dans l'intérêt économique des associés, et vu la nature particulière du contrat de société, que le législateur permet cette dérogation à la prohibition par l'entremise des articles 1894 C.c.B.-C. et 2259 C.c.Q. (*J.-cl. civ.*, art. 1126 à 1130, par P. Veaux-Fourmerie et D. Veaux au n° 98 et s. ; G. Bévin, *Les nouveaux aspects de la théorie des pactes sur succession future*, thèse de doctorat en droit, Université de Paris, 1942 [non publiée] à la p. 66 et s. ; H. Souleau, *Les successions*, 3^e éd., Paris, Armand Colin au n° 240.10 ; A. Lucas, «Le recul de la prohibition des pactes sur succession future en droit positif» (1976) 74 Rev. trim. dr. civ. 455 au n° 9 et s. ; *Contra* : Labadie c. Labrecque, [1981] C.A. 401 (autorisation d'appeler refusée, [1981] 2 R.C.S. XI) ; Labrie c. Tardif-Métivier, [1977] C.S. 359, inf. par (13 juillet 1977), C.A.Q. 09-000283-777 ; Sellock c. Citrom (29 juin 1993), Montréal 500-05-009796-929 (C.S.)). Les textes des articles 1894 C.c.B.-C. et 2259 C.c.Q. ne sont que déclaratoires et ne présentent pas la seule manière légale de continuer une société après le décès d'un associé. La continuation de la société avec les héritiers pourra être tacite lorsque la succession de l'associé défunt continue la société, dans les faits, avec les associés survivants, même si aucune clause à ce sujet n'a été prévue au contrat de société (*Laviolette c. Éthier* (1922), 32 B.R. 337 ; *Tanguay*, *supra* note 18. Voir aussi *Dubé*, *supra* note 18 à la p. 22).

⁵¹ 1833. Si la durée n'en est pas déterminée, la société est censée contractée pour la vie des associés, sous les modifications contenues dans le cinquième chapitre de ce titre.

⁵²Voir Mignault, *supra* note 18 à la p. 252 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *supra* note 37 au n° 383. Cette disposition n'est pas reprise dans le *Code civil du Québec*. On peut d'ailleurs se questionner sur la nécessité d'une disposition telle l'article 1833 C.c.B.-C. En effet, toute société ne prend-elle pas fin (sauf stipulation contraire (art. 1894 C.c.B.-C.)) par la mort d'un associé, en vertu de l'article 1892, alinéa 1, paragraphe 5 C.c.B.-C. ? En disposant que la société dont la durée n'est pas déterminée est censée contractée pour la vie des associés, la raison d'être de l'article 1833 C.c.B.-C. peut-elle être autre que de manifester l'intention du législateur de conférer à la société le terme le plus long qu'il soit possible de lui assigner, sans violer l'*intuitus personæ* à la base de cette convention ?

prise pour laquelle la société a été formée⁵³. En outre, l'article 1833 C.c.B.-C. n'est pas complet, comme le rapporte Mignault :

En principe, il faut consulter la convention pour déterminer la durée de la société. Si aucune époque n'y est fixée, il faut avoir égard à la nature de l'affaire qui fait l'objet de la société, et décider que la société durera tant que cette affaire ne sera pas consommée. Si l'affaire est de nature à pouvoir durer indéfiniment, alors la société est censée contractée pour la vie des associés [...]⁵⁴.

C. *Les dispositions pertinentes du Code civil du Québec*

Le *Code civil du Québec* opère de profondes transformations au régime des sociétés tel qu'on le connaît dans le *Code civil du Bas-Canada*⁵⁵. En effet, le *Code civil du Québec* élimine la distinction entre les sociétés particulières et les sociétés universelles⁵⁶. Il en va de même de la distinction entre les sociétés civiles et commerciales⁵⁷. Ainsi, outre une brève mention de l'existence des sociétés par actions⁵⁸, le *Code civil du Québec* ne régit que le fonctionnement de trois types de société : la société en nom collectif⁵⁹, la société en commandite⁶⁰ et la société en participation⁶¹.

⁵³En effet, une société formée pour édifier un pont se terminera par l'achèvement de la construction bien qu'aucun terme ne soit stipulé au contrat. Voir Mignault, *ibid.* à la p. 259.

⁵⁴*Ibid.* à la p. 188. Baudry-Lacantinerie et Wahl apportent toutefois la nuance suivante : «Elle n'est pas non plus à durée illimitée si les parties ne se sont pas entendues sur la durée ; dans ce cas, la société est nulle faute de consentement» (*supra* note.37 au n° 439).

⁵⁵Voir de façon générale *Commentaires détaillés sur les dispositions du Projet de loi 125, Livre V : Des obligations, Titre Deuxième : Des contrats nommés*, vol. 2, 1992 ; Barreau du Québec, *Mémoire du Barreau du Québec sur le Code civil du Québec (Projet de loi 125) : Livre V – Des obligations (Du mandat, de la société et de l'association)* (présenté à la Commission des institutions), Montréal, Service de recherche et de législation, 1988 ; Barreau du Québec, *Mémoire du Barreau du Québec sur l'Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations (Du mandat, de la société et de l'association)* (présenté à la Commission des institutions), Montréal, Service de recherche et de législation, 1988.

⁵⁶Voir l'article 2188 C.c.Q., les articles 1857, 1864, 1870, 1889, 1891 C.c.B.-C., de même que les articles 116 à 118 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, *supra* note 2.

⁵⁷*Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, *ibid.* Une telle caractérisation conservera cependant son importance de façon ponctuelle dans le *Code civil du Québec*. En effet, la distinction que faisait le *Code civil du Bas-Canada* entre les activités de nature commerciale et civile est en quelque sorte maintenue dans le *Code civil du Québec* par la biais de la notion d'«exploitation d'une entreprise». Ainsi, la transformation de la responsabilité conjointe de l'associé en nom collectif et de l'associé en participation, en responsabilité solidaire, s'effectuera sur la base de la notion d'exploitation d'une entreprise (auquel cas, la responsabilité sera solidaire) (art. 2221, 2253, 2254 C.c.Q. Voir aussi l'art. 2224 C.c.Q.). Ce mécanisme est d'ailleurs cohérent avec l'article 1525 C.c.Q. qui établit une présomption de solidarité entre les débiteurs d'une obligation contractée pour le service ou l'exploitation d'une entreprise. L'article 1525 C.c.Q. dispose, de plus, que constitue l'exploitation d'une entreprise «l'exercice, par une ou plusieurs personnes, d'une activité économique organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial, consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services». Ces dispositions ne sont pas sans importance pour les sociétés civiles actuelles, telles les sociétés d'avocats, qui verront leurs membres passer de la responsabilité conjointe à la responsabilité solidaire.

⁵⁸Elles sont, comme le précise maintenant le *Code civil du Québec*, des personnes morales (art. 2188 C.c.Q.).

⁵⁹Voir les articles 2198 à 2235 C.c.Q.

⁶⁰Voir les articles 2236 à 2249 C.c.Q.

⁶¹Voir les articles 2250 à 2266 C.c.Q.

Pour sa part, le droit de dissolution unilatérale n'est plus, comme cela était le cas dans le *Code civil du Bas-Canada*, une faculté d'application générale⁶² et il n'est maintenu que pour la société en participation. Arrêtons-nous donc brièvement sur le rôle que le *Code civil du Québec* réserve au droit de dissolution unilatérale de l'associé dans le contexte des sociétés en nom collectif, en commandite et en participation.

Dans le cas des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite, le législateur transforme profondément la mécanique du *Code civil du Bas-Canada* et fait volte-face relativement aux questions qui nous intéressent. L'article 2230 C.c.Q.⁶³ ne reconnaît plus que deux causes de dissolution de plein droit de la société : l'accomplissement et l'impossibilité d'accomplir l'objet de la société⁶⁴. Cet article dispose aussi que la société sera dissoute du consentement de tous les associés ou par le tribunal, pour une cause légitime⁶⁵. Finalement, l'article 2230 C.c.Q. consacre la liberté contractuelle des parties en leur permettant de prévoir les causes de dissolution de leur choix dans le contrat de société. C'est donc uniquement sous cet aspect et selon la volonté des associés que le droit de dissolution unilatérale de l'associé pourra survivre au sein du contrat de société en nom collectif et de société en commandite⁶⁶.

Pour compléter cette réforme des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite, et par souci des conséquences draconiennes et de l'inadéquation du droit de dissolution unilatérale comme protecteur de la liberté individuelle de l'associé, le législateur introduit aux articles 2226 à 2230 C.c.Q. un régime de droit nouveau qui dispose des circonstances entraînant la perte de la

⁶²Merle, *supra* note 15. Voir aussi le texte correspondant aux notes 138 à 146.

⁶³2230. La société, outre les clauses de dissolution prévues par le contrat, est dissoute par l'accomplissement de son objet ou l'impossibilité de l'accomplir, ou, encore, du consentement de tous les associés. Elle peut aussi être dissoute par le tribunal, pour une cause légitime. [...].

⁶⁴Ces deux causes de dissolution correspondent à la consommation de l'affaire pour laquelle la société a été formée (art. 1892, al. 1, para. 3 C.c.B.-C.) et à l'impossibilité ou l'illégalité de l'objet (art. 1892, al. 1, para. 8 C.c.B.-C.) dans le *Code civil du Bas-Canada*. On peut toutefois déduire de l'article 2231 C.c.Q. que la société sera aussi dissoute de plein droit par l'arrivée du terme. En effet, si tel qu'en dispose l'article 2231 C.c.Q., «[l]a société constituée pour une durée déclarée peut être continuée du consentement de tous les associés», il en résulte *a contrario* que faute de ce consentement unanime, la société sera dissoute en respect du terme prévu au contrat. Il semble au surplus inutile de préciser que le droit de continuer la société est limité aux sociétés constituées pour une durée déclarées puisqu'en vertu de la *Loi sur les déclarations des compagnies et sociétés* (*supra* note 19), les sociétés qui doivent s'immatriculer (telles les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite auxquelles l'article 2231 C.c.Q. fait référence) ont l'obligation d'indiquer dans la déclaration, l'époque à laquelle la société se terminera. Le P.L. 95, *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*, 2^e sess., 34^e lég., Québec, 1993, qui doit remplacer la *Loi sur les déclarations des compagnies et sociétés*, *ibid.*, réitère essentiellement cette exigence à l'article 10, alinéa 2, paragraphe 9.

⁶⁵L'article 2230 C.c.Q. reprend sous ce dernier aspect le mécanisme de dissolution judiciaire prévu à l'article 1896 C.c.B.-C.

⁶⁶À cet effet, voir en France l'article 1844-7 C. civ. ; Lapoyade-Deschamps, *supra* note 27 à la p. 125.

qualité d'associé sans détruire l'édifice social⁶⁷. Ainsi, on observe une mutation de plusieurs causes de dissolution en vertu du *Code civil du Bas-Canada* en simples causes de perte de la qualité d'associé dans le *Code civil du Québec*. De plus, l'article 2228 C.c.Q., en conférant un droit de retrait à l'associé membre d'une société de durée non fixée, semble codifier en quelque sorte le droit de résiliation unilatérale du droit commun des contrats à exécution successive de durée indéterminée⁶⁸, tout en assurant la survie du contrat de société⁶⁹. Finalement, l'article 2229 C.c.Q. confère à l'associé un droit de retrait judiciaire

⁶⁷ 2226. Outre qu'il cesse d'être membre de la société par la cession de sa part ou par son rachat, un associé cesse également de l'être par son décès, par l'ouverture à son égard d'un régime de protection, par sa faillite ou par l'exercice de son droit de retrait ; il cesse aussi de l'être par sa volonté, par son expulsion ou par un jugement autorisant son retrait ou ordonnant la saisie de sa part.

2228. L'associé d'une société dont la durée n'est pas fixée ou dont le contrat réserve le droit de retrait peut se retirer de la société en donnant, de bonne foi et non à contretemps, un avis de son retrait à la société.

L'associé d'une société dont la durée est fixée ne peut se retirer qu'avec l'accord de la majorité des autres associés, à moins que le contrat ne règle autrement ce cas.

2229. Les associés peuvent, à la majorité, convenir de l'expulsion d'un associé qui manque à ses obligations ou nuit à l'exercice des activités de la société.

Dans les mêmes circonstances, un associé peut demander au tribunal l'autorisation de se retirer de la société ; il est fait droit à cette demande, à moins que le tribunal ne juge plus approprié d'ordonner l'expulsion de l'associé fautif.

Voir aussi les articles 2209 et 2210 C.c.Q. relativement à la cession des parts par l'associé. Le principe qu'on retrouve à l'article 2226 C.c.Q. s'inspire et généralise la portée de la solution exceptionnelle de l'article 1894 C.c.B.-C. qui reconnaît déjà la possibilité pour les associés de convenir de la continuation de la société nonobstant le décès de l'un d'eux (*supra* note 50). De façon générale, le *Code civil du Québec* adopte substantiellement, pour la société en nom collectif et la société en commandite, le régime de retrait et de dissolution qui était proposé par l'Office de révision du Code civil (Québec, Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec : Projet de Code civil*, vol. 1, Québec, Éditeur officiel, 1978, art. 764 et s. [ci-après *Projet de Code civil*]). Il est intéressant de noter que les dispositions sur la société dans le *Projet de Code civil* ont servi de source principale aux commissaires chargés de la révision des dispositions du Code civil de la Louisiane relatives à la société. Voir les commentaires des commissaires dans *La. Civ. Code Ann.* art. 2801-3034 (West 1992).

⁶⁸ Voir ci-dessous, la partie III.A. Il est cependant regrettable que le législateur ait choisi d'attribuer ce droit, réservé en droit commun aux contrats à exécution successive de durée indéterminée, par l'utilisation du vocabulaire retrouvé à l'article 2228 C.c.Q. En effet, en conférant ce droit à l'associé d'une société dont la durée n'est pas fixée, on a recours à une terminologie différente de celle utilisée depuis toujours en droit commun pour attribuer un droit de résiliation unilatérale aux parties à un contrat à exécution successive de durée indéterminée (voir l'article 2091 C.c.Q. et l'article 771 du *Projet de Code civil (ibid.)*), ainsi que la discussion et la jurisprudence citées dans la partie III.A. du présent article). On se demande, au surplus, si l'utilisation de l'expression «dont la durée n'est pas fixée» à l'article 2228 C.c.Q., dans le cadre du retrait de l'associé, n'est pas simplement due à une copie mécanique et non réfléchie des termes utilisés aux articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. pour disposer de la dissolution unilatérale de la société.

⁶⁹ L'associé voulant se prévaloir de ce droit de retrait doit donner, de bonne foi et non à contretemps, un avis à cet effet à la société. Par cette précision, l'article 2228 C.c.Q. ajoute aux arguments établissant l'existence d'un patrimoine social. Quant aux articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q., ils n'apportent pas cette précision et exigent plutôt que l'avis de dissolution soit donné aux autres associés. Voir aussi l'article 2261 C.c.Q. qui fait référence à «l'exercice de l'activité des associés» et non à l'exercice de l'activité de la société.

dans le cas où un autre associé manque à ses obligations ou nuit à l'exercice des activités de la société⁷⁰.

Donc, pour les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite, le droit de dissolution unilatérale ne pourra revivre que par le biais d'une stipulation contractuelle. Le souci du législateur de protéger conjointement la liberté de l'associé et la stabilité de la société a sonné le glas, pour ces deux types de sociétés, d'un régime favorisant l'usage systématique du droit de dissolution unilatérale par un associé pour protéger sa liberté, au profit d'un régime gouvernant la perte de la qualité d'associé et d'une meilleure harmonie entre l'intérêt social et individuel⁷¹.

Mais le droit de dissolution unilatérale ne disparaît pas pour autant du *Code civil du Québec*.

En effet, la société en participation⁷² est, quant aux questions de dissolution, la descendante directe des sociétés du *Code civil du Bas-Canada*. L'article 2258 C.c.Q.⁷³ reprend l'essentiel des dispositions de l'article 1892 C.c.B.-C.⁷⁴. Le contrat de société en participation prend donc fin, outre sa résiliation du consentement de tous les associés, par l'arrivée du terme, l'avènement d'une condition apposée au contrat, l'accomplissement ou l'impossibilité d'accomplir l'objet du contrat, le décès, la faillite ou l'ouverture, à l'égard d'un associé, d'un

⁷⁰Ce qui n'est pas sans ressembler au retrait judiciaire pour juste motif prévu à l'article 1869 C. civ. À cet effet, il a récemment été décidé par la première chambre civile de Nancy (Cass. civ. 1^{re}, 27 septembre 1989) que :

Le juste motif de retrait d'une société civile n'a pas nécessairement à se rattacher de façon exclusive à l'existence et au fonctionnement de la société elle-même, mais peut aussi s'entendre d'un élément touchant à la situation personnelle de l'associé (*J.-cl. civ.*, *supra* note 24 au n° 21 et s.).

⁷¹Voir aussi l'article 2232 C.c.Q. qui s'inspire de l'article 1844-5 C. civ. et qui est de droit nouveau. En vertu de cet article, la réunion de toutes les parts sociales entre les mains d'un seul associé n'emportera pas automatiquement la dissolution de la société, comme c'est le cas en vertu du *Code civil du Bas-Canada*. On assiste donc, dans le but de protéger à tout prix l'institution sociale, au maintien exceptionnel et temporaire d'un «contrat» qui n'est plus la rencontre de plusieurs volontés.

⁷²Contrairement aux sociétés en commandite et aux sociétés en nom collectif (art. 2189 C.c.Q.), la société en participation n'est pas tenue de se déclarer. Le texte anglais du *Code civil du Québec* la qualifie d'ailleurs de «undeclared partnership». De plus, le contrat constitutif de la société en participation, comme en dispose le premier alinéa de l'article 2250 C.c.Q., est écrit ou verbal et peut aussi résulter de faits manifestes qui indiquent l'intention de s'associer. Seront donc des sociétés en participation, les actuelles sociétés de fait ou inorganisées, de même que les groupements secrets désireux d'évoluer en toute discrétion selon les modalités de leur convention ou souhaitant éviter les coûts de l'immatriculation.

⁷³ 2258. Le contrat de société, outre sa résiliation du consentement de tous les associés, prend fin par l'arrivée du terme ou l'avènement de la condition apposée au contrat, par l'accomplissement de l'objet du contrat ou par l'impossibilité d'accomplir cet objet.

Il prend fin aussi par le décès ou la faillite de l'un des associés, par l'ouverture à son égard d'un régime de protection ou par un jugement ordonnant la saisie de sa part.

⁷⁴À l'exception de l'extinction ou de la perte des biens appartenant à la société (art. 1892, al. 1, para. 2 C.c.B.-C.) et de la volonté d'un seul associé (art. 1892, al. 1, para. 7 C.c.B.-C.). Ce dernier aspect fait cependant l'objet de l'article 2260 C.c.Q.

régime de protection. Il prend aussi fin par un jugement ordonnant la saisie de la part d'un associé. L'article 2259 C.c.Q. reproduit pour sa part l'article 1894 C.c.B.-C. et permet de stipuler dans le contrat de société qu'advenant le décès de l'un des associés, la société continuera avec ses représentants légaux ou entre les associés survivants⁷⁵. Quant au droit de dissolution unilatérale de l'associé, c'est l'article 2260 C.c.Q. qui en dispose⁷⁶. Cet article reprend la substance de l'article 1895 C.c.B.-C. en permettant à un associé membre d'une société dont la durée n'est pas fixée, de mettre fin au contrat de société à tout moment moyennant un avis à cet effet, donné de bonne foi et non à contretemps.

Mais l'innovation majeure de l'article 2260 C.c.Q. vient du fait qu'il confère aussi cette faculté de dissolution unilatérale à l'associé dont le contrat réserve le droit de retrait. Ainsi, alors que depuis toujours, le droit de dissolution unilatérale de l'associé est assimilé à un outil de protection de la liberté de l'associé, l'article 2260 C.c.Q., en donnant le bénéfice du droit de dissolution à l'associé dont la liberté est déjà garantie par un droit de retrait, vient clairement confirmer la distinction fondamentale existant entre un droit de dissolution unilatérale et un droit de retrait. L'étonnement n'est pas mince dans le contexte actuel, car le droit de dissolution unilatérale était depuis toujours assimilé à un outil de protection de la liberté de l'associé. En conférant cette faculté à l'associé se voyant réserver un droit de retrait dans le contrat de société, le législateur confirme l'absence de connexité entre le droit de dissolution unilatérale et la protection de la liberté de l'associé. Nous y reviendrons.

Finalement, l'article 2261 C.c.Q.⁷⁷ maintient au profit de la société en participation, un peu comme le fait l'article 2230 C.c.Q. pour les sociétés en commandite et les sociétés en nom collectif, le mécanisme de dissolution judiciaire pour cause légitime tel qu'on le retrouve à l'article 1896 C.c.B.-C. Cependant, alors que la technique prévue à l'article 1896 C.c.B.-C. est réservée aux sociétés de durée limitée, l'article 2261 C.c.Q. procure le bénéfice de ce mécanisme aux sociétés en participation de toute durée, que cette dernière soit fixée ou non.

III. Le droit de dissolution unilatérale de l'associé : fondements et portée en égard aux questions de durée

Avant d'être en mesure d'analyser et de critiquer l'application actuelle du droit de dissolution unilatérale de l'associé, il est d'abord essentiel d'en définir

⁷⁵ 2259. Il est permis de stipuler qu'advenant le décès de l'un des associés, la société continuera avec ses représentants légaux ou entre les associés survivants. Dans le second cas, les représentants de l'associé défunt ont droit au partage des biens de la société seulement telle qu'elle existait au moment du décès de cet associé. Ils ne peuvent réclamer le bénéfice des opérations subséquentes, à moins qu'elles ne soient la suite nécessaire des opérations faites avant le décès.

⁷⁶ 2260. Le contrat de société dont la durée n'est pas fixée ou qui réserve un droit de retrait peut prendre fin à tout moment sur simple avis adressé par un associé aux autres associés, pourvu que cet avis soit donné de bonne foi et non à contretemps.

⁷⁷ 2261. Le contrat de société peut être résilié pour une cause légitime, notamment si l'un des associés manque à ses obligations ou nuit à l'exercice de l'activité des associés.

les fondements et la portée en droit positif. À cette fin, on doit noter une particularité fort importante de la coexistence des règles de type contractuel et de type institutionnel. Comme la société a un patrimoine autonome, elle est, face aux associés, seule propriétaire des biens mis en société. Aussi, les sociétaires détiennent-ils une part, un droit personnel mobilier, dans le patrimoine social⁷⁸. Cette relation créancier-débiteur entre la société et l'associé se manifeste aussi par le biais des articles 1839 C.c.B.-C. et 2198 C.c.Q. en vertu desquels l'associé est réputé être débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter.

Comme la part de l'associé dans le patrimoine social est un droit personnel, il est essentiel de nous pencher sur la nature temporaire des droits personnels conventionnels de même que sur les sanctions d'une indétermination dans leur durée en vertu du droit commun des obligations. Ce n'est qu'une fois cet exercice terminé que nous nous attarderons à la portée du droit de dissolution unilatérale de l'associé en vertu des dispositions sur la société dans les codes civils du Bas-Canada et du Québec.

A. *La nature temporaire des droits personnels conventionnels et la sanction d'une indétermination dans leur durée*

Comme le fait remarquer Azéma⁷⁹, «[a]lors que la loi étatique a vocation, au moins en théorie, à la perpétuité, la loi contractuelle semble au contraire par essence temporaire». Les conventions naissent de l'accord de volontés individuelles libres, on voit donc mal comment un engagement perpétuel pourrait être compatible avec notre conception du contrat.

Bien qu'il n'existe pas dans nos codes civils de disposition prohibant de façon générale les engagements perpétuels, la doctrine a généralisé la reconnaissance ponctuelle des codes civils à l'égard de certains contrats à exécution successive, du caractère essentiellement temporaire de l'obligation contractuelle⁸⁰.

⁷⁸Cantin Cumyn, *supra* note 22 à la p. 23 ; Côté, *supra* note 4 à la p. 501 ; Roch et Paré, *supra* note 17 à la p. 341 ; Wilhelmson, *supra* note 30 à la p. 1004 et s. Comme le fait remarquer Cantin Cumyn :

L'expression droit personnel décrit le rapport juridique entre deux personnes par lequel l'une d'elle, le créancier, peut exiger de l'autre, le débiteur, l'exécution d'une prestation qu'il est traditionnel de qualifier d'obligation de faire, de ne pas faire ou de donner. La durée du lien d'obligation, lorsqu'il est créé par contrat, peut découler tant de la nature de l'opération juridique envisagée que de la volonté des parties. C'est ainsi que la durée fournit un mode de classification des contrats, selon qu'ils sont à exécution instantanée, ou à exécution successive (*ibid.*).

Il est donc, selon nous, inapproprié de qualifier l'associé d'indivisaire tant que la société n'est pas dissoute. Pour une décision adoptant toutefois cette position, voir *Woods c. Lord* (29 janvier 1992), Montréal 500-05-001474-921 (C.S.). Pour les distinctions entre la société et l'indivision, voir *infra* note 136.

⁷⁹*Supra* note 22 à la p. 13.

⁸⁰Azéma, *ibid.* Voir aussi Cantin Cumyn, *supra* note 22 aux pp. 36-38. À cet effet, voir les dispositions des codes civils sur le louage de choses (art. 1629-31 C.c.B.-C. ; art. 1877, 1880 C.c.Q.), le louage de services (art. 1667 C.c.B.-C. ; art. 2086, 2091 C.c.Q.), le mandat général (art. 1755, 1756, 1759 C.c.B.-C. ; art. 2176, 2178 C.c.Q.), le prêt (art. 1774, 1783 C.c.B.-C. ; art. 2319 C.c.Q.), l'administration du bien d'autrui (art. 1356 et s. C.c.Q.) et l'obligation à terme (art. 1783 C.c.B.-C. ; art. 1512 C.c.Q.).

Cette prohibition des engagements perpétuels n'a cependant pas pour effet de frapper de nullité tout contrat à exécution successive dont la durée est indéterminée ou stipulée perpétuelle. Dans ces cas, il existe pour chaque partie une faculté générale de mettre fin au contrat à exécution successive de durée indéterminée, en tout temps, moyennant un avis de congé raisonnable de façon à ce que la résiliation unilatérale ne cause pas un préjudice grave au cocontractant⁸¹. Cette faculté implicite de résiliation unilatérale du contrat, déjà admise en droit romain, «apparaît non seulement comme le droit commun des contrats à durée indéterminée, mais encore participe à leur essence»⁸². Nier ce droit équivaldrait à sanctionner une obligation de durée perpétuelle, chose interdite en droit civil.

Mais d'où vient cette prohibition ? Les justifications contemporaines à la prohibition des droits personnels conventionnels perpétuels sont essentiellement de deux types.

Le premier fait référence à la liberté individuelle des parties à une convention⁸³. Le contrat constitutif de droits personnels a pour effet d'obliger un débiteur en faveur d'un créancier. Il en résulte un assujettissement d'une personne à une autre⁸⁴. Admettre un engagement perpétuel équivaldrait en quelque sorte à sanctionner un rapport de dépendance permanent entre deux personnes⁸⁵, ce qui est inacceptable en droit civil.

Le deuxième type de justification à la prohibition des droits personnels conventionnels perpétuels fait référence à la théorie générale des contrats ou l'intérêt économique des parties⁸⁶. En effet, comme l'écrit Cantin Cumyn :

[L]e principe de la force obligatoire du contrat auquel les parties ont librement consenti emporte l'adhésion lorsque les engagements qui en découlent sont exécutés dans des circonstances que les parties ont pu envisager et apprécier. Il suffit que le temps d'exécution s'étire pour que surviennent des circonstances nouvelles qui

⁸¹Cantin Cumyn, *ibid.* à la p. 25. L'obligation, pour la partie qui désire mettre fin au contrat de durée indéterminée, de donner un avis raisonnable de résiliation découle de l'obligation de bonne foi dans l'exercice des droits contractuels (art. 1024 C.c.B.-C. ; art. 1434 C.c.Q.). Voir, dans le contexte des contrats innommés, *E & S Salsberg Inc. c. Dylex Ltd.*, [1992] R.J.Q. 2445 à la p. 2451 (C.A.) [ci-après *E & S Salsberg Inc.*] ; *Dami Sport Co. c. Sun Ice Ltd.*, [1993] R.R.A. 379 (C.S.) [ci-après *Dami Sport Co.*] ; *Groupe Master Ltée c. Dunham-Bush of Canada Ltd.* (8 décembre 1987), Montréal 500-05-014789-828, J.E. 88-250 (C.S.), en appel (C.A.M. 500-09-000017-889)). Dans le contexte du contrat individuel de travail, voir *Asbestos Corporation c. Cook*, [1933] R.C.S. 86 à la p. 91 [ci-après *Asbestos Corporation*] ; *Drouin c. Electrolux Canada Ltée*, [1988] R.J.Q. 950 (C.A.) [ci-après *Drouin*].

⁸²Azéma, *supra* note 22 à la p. 153. Voir aussi Cantin Cumyn, *ibid.* à la p. 27 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *supra* note 37 au n° 438 ; J. Ghestin, *Traité de droit civil : Les obligations, les effets du contrat*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992 à la p. 259 et s. Les codes civils prévoient spécifiquement cette faculté pour les contrats de louage de choses (art. 1629-31 C.c.B.-C. ; art. 1877, 1880 C.c.Q.), de louage de services (art. 1667 C.c.B.-C. ; art. 2086, 2091 C.c.Q.), de mandat (art. 1755, 1756, 1759 C.c.B.-C. ; art. 2176, 2178 C.c.Q.), de société (art. 1895 C.c.B.-C. ; art. 2260 C.c.Q.), d'administration du bien d'autrui (art. 1356 et s. C.c.Q.), ainsi que pour les autres contrats nommés, mais de façon moins explicite (Cantin Cumyn, *ibid.* Voir aussi la jurisprudence citée en note 81).

⁸³Voir Azéma, *ibid.* à la p. 19 et s. ; Cantin Cumyn, *ibid.* à la p. 36 et s.

⁸⁴Cantin Cumyn, *ibid.* à la p. 37.

⁸⁵*Ibid.*

⁸⁶*Ibid.* aux pp. 39-40. Voir aussi Azéma, *supra* note 22 à la p. 19.

viennent modifier substantiellement les prévisions des parties. [...] La révision du contrat par application de la théorie de l'imprévision n'est pas admise ni en doctrine ni en jurisprudence. Face à une observation stricte de la maxime *pacta sunt servanda*, justifiée par la nécessité d'assurer la stabilité du contrat ou par la crainte de l'arbitraire judiciaire, il n'est pas dans l'intérêt des parties de s'engager pour une période à l'égard de laquelle il ne leur est pas possible de prévoir toutes les circonstances importantes [nos italiques]⁸⁷.

Les deux fondements invoqués à l'appui de la prohibition des droits personnels perpétuels, soit la liberté individuelle et la théorie générale des contrats, sont intimement liés à la conception que l'on se fait de la perpétuité. En effet, selon qu'on adopte une conception objective⁸⁸ ou subjective⁸⁹ de la perpétuité, la portée et l'impact de cette prohibition varieront grandement⁹⁰. On doit donc se demander si la prohibition des contrats à exécution successive perpétuels fait référence aux contrats *subjectivement* perpétuels ou *objectivement* perpétuels.

Il faut noter tout d'abord que l'essence même des justifications à l'interdiction des engagements perpétuels, soit la liberté individuelle et la théorie générale des contrats, milite en faveur d'une conception essentiellement subjective de la perpétuité⁹¹. En effet, la liberté individuelle, principal fondement du caractère temporaire des droits personnels conventionnels, est avant tout préoccupée par la personne du contractant. Invoquer la liberté individuelle pour interdire la perpétuité des engagements serait donc illusoire si on n'adoptait pas simultanément une conception de la perpétuité elle aussi centrée sur l'individu. Or, la conception subjective de la perpétuité répond justement à ces préoccupations. En vertu de celle-ci, il faut apprécier le caractère perpétuel ou temporaire d'une obligation par rapport à la vie des personnes qui l'ont contractée. Par exemple, une société de personnes physiques constituée pour 99 ans sera considérée à durée illimitée et perpétuelle du fait qu'elle existera pour une durée supérieure à la vie de ses membres. Au fond, un contrat à exécution successive est perpétuel dans sa durée lorsque les cocontractants ne peuvent pas réellement espérer y survivre⁹².

Cette conception de la perpétuité, centrée sur les libertés individuelles, semble aujourd'hui être dominante en droit civil québécois⁹³. L'hégémonie de la conception subjective de la perpétuité n'a cependant pas toujours été consacrée. Jusqu'aux années soixante en France, on admettait que la durée maximale d'une société pouvait être, comme pour le bail, de 99 ans. Au-delà de cette durée, on considérait la société comme étant perpétuelle. La perpétuité était donc appréciée selon des balises objectives⁹⁴.

⁸⁷*Ibid.*

⁸⁸Par exemple, est perpétuel un bail susceptible de durer plus de 99 ans. Une autre expression de la conception objective de la perpétuité a été formulée par Baudry-Lacantinerie et Wahl, lorsqu'ils disaient : «Une société est à durée illimitée si le terme de son expiration est tellement éloigné et incertain qu'on ne puisse le prévoir» (*supra* note 37 au n° 442).

⁸⁹Par exemple, un bail est perpétuel du seul fait que l'une des parties est liée à vie.

⁹⁰Azéma, *supra* note 22 aux pp. 18-19.

⁹¹Voir de façon générale Azéma, *ibid.* ; Cantin Cumyn, *supra* note 22.

⁹²Azéma, *ibid.* aux pp. 19-22.

⁹³Cantin Cumyn, *supra* note 22 à la p. 36 et s.

⁹⁴Azéma, *supra* note 22 à la p. 21.

L'étude de l'origine de cette durée maximale de 99 ans relativement aux baux, desquels les contrats à exécution successive telle la société se sont inspirés en matière de durée, est fort instructive à nos fins⁹⁵.

Au Québec, c'est l'abolition du système seigneurial et la prohibition des rentes perpétuelles qui ont eu pour effet d'établir une limite objective de 99 ans à la durée du bail⁹⁶. La genèse de cette évolution nous vint de France. Jusqu'à la Révolution française de 1789, le louage perpétuel était le droit commun de la propriété en France⁹⁷. Mais on y abolit cette pratique par l'adoption de la loi des 18-29 décembre 1790 qui prohibait les baux d'une durée supérieure à 99 ans⁹⁸. Le choix du terme maximum de 99 ans s'expliquait par la préoccupation première des rédacteurs de cette loi de faire disparaître toute référence à la féodalité et à l'ancien régime⁹⁹. Le mobile premier de la prohibition des baux perpétuels étant d'ordre politique (et non centré sur les droits de l'individu), le choix d'une limite objective à la durée des engagements était tout à fait défendable.

Mais la menace d'un retour à la féodalité devint de plus en plus improbable¹⁰⁰. Et, si la prohibition des baux perpétuels demeura pertinente, c'est qu'on lui insuffla une nouvelle âme en la justifiant par d'autres considérations : l'intérêt économique et la liberté individuelle des parties¹⁰¹. Une fois révélées ces «nouvelles» justifications à la prohibition des baux perpétuels, la table était mise pour qu'on s'oriente vers une conception plus subjective de la perpétuité. Comme le rapporte Azéma lorsqu'il complète les paroles de Voirin :

En effet si «le maximum de quatre vingt dix neuf [sic] ans peut suffire à la sauvegarde d'un régime politique, il est beaucoup trop long pour s'adapter aux besoins économiques», et a fortiori [sic] pour protéger [sic] la liberté individuelle.

Il faut rechercher si le contractant n'est pas lié sa vie durant et c'est par rapport à lui qu'il faut déterminer si l'engagement est ou non perpétuel : la conception est toute subjective¹⁰².

Ainsi, la prohibition des engagements personnels conventionnels perpétuels est aujourd'hui principalement motivée par le respect de la liberté de la

⁹⁵On notera cependant que la question de la durée maximale du bail en vertu du *Code civil du Bas-Canada*, fait, au Québec, l'objet de prises de position opposées et très fermes. Une partie des autorités permet le bail perpétuel alors que l'autre limite la durée du bail à 99 ans (le *Code civil du Québec* règle la question en limitant le bail à 100 ans (art. 1880 C.c.Q.)). Cette divergence de points de vue prend sa source dans les appréciations contradictoires de la portée des décisions jurisprudentielles sur la question. Pour un exemple de la position selon laquelle le bail est limité à 99 ans, voir Cantin Cumyn, *supra* note 22 aux pp. 27-35. Pour un exemple de la position selon laquelle le bail perpétuel est admis, voir P.-G. Jobin, *Traité de droit civil : Le louage de choses*, Montréal, Yvon Blais, 1989 aux pp. 667-71.

⁹⁶Cantin Cumyn, *ibid.* à la p. 30.

⁹⁷*Ibid.* aux pp. 29-30.

⁹⁸Azéma, *supra* note 22 à la p. 17.

⁹⁹*Ibid.* à la p. 19.

¹⁰⁰*Ibid.*

¹⁰¹*Ibid.* On peut avancer que cette nouvelle qualification des justifications à la prohibition des baux perpétuels n'était, en vérité, que l'autre facette d'une même idéologie : ne voulait-on pas éviter un retour à l'ancien régime pour protéger la liberté et l'intérêt économique des individus, tous deux mal servis par les engagements perpétuels ?

¹⁰²*Ibid.* aux pp. 19-20.

personne. La conception subjective de la perpétuité qui en résulte entraînera donc une prohibition des engagements portant atteinte de façon importante à cette liberté. Selon cette approche, le contrat de travail, les clauses de non concurrence, et de moindre façon le contrat de société ne devront donc pas être d'une durée perpétuelle aux yeux des parties au contrat.

En revanche, il est certains contrats dans lesquels la prohibition de perpétuité se manifeste toujours conformément à une conception objective de la perpétuité. Le louage de choses, par exemple, est limité à 99 ans en vertu du *Code civil du Bas-Canada*¹⁰³ et à 100 ans en vertu du *Code civil du Québec*¹⁰⁴. L'article 389 et suivants C.c.B.-C. incorporent, quant à eux, la prohibition des rentes perpétuelles en les limitant à 99 ans ou trois vies successives. Le *Code civil du Québec* limite pour sa part ces dernières à 100 ans¹⁰⁵.

Mais qu'advient-il d'un contrat prévoyant une durée jugée excessive ou perpétuelle ?

Selon que la nature du contrat commande une conception de la perpétuité plutôt subjective (la société, le contrat de travail, le mandat) qu'objective (le bail, les rentes)¹⁰⁶, la spécification au contrat d'une durée jugée illimitée ou perpétuelle n'entraînera pas les mêmes sanctions. La variété de ces sanctions correspond à l'évolution de la notion même de perpétuité.

D'une part, la réduction de la durée d'un contrat à exécution successive «n'est possible que lorsqu'un terme objectif est fixé, au-delà duquel le contrat doit être considéré comme perpétuel»¹⁰⁷. On pourra donc, en vertu du *Code civil du Bas-Canada*, en prenant appui sur les règles établies en matière de rentes, considérer que la durée extrême d'un bail doit être de 99 ans et alors réduire à cette durée le bail stipulé perpétuel ou d'une durée excédant 99 ans¹⁰⁸. Le *Code civil du Québec* reprend d'ailleurs expressément cette technique en dispo-

¹⁰³Cantin Cumyn, *supra* note 22 à la p. 45. *Contra* Jobin, *supra* note 95.

¹⁰⁴Art. 1880 C.c.Q.

¹⁰⁵Art. 2376 C.c.Q. Par opposition aux droits personnels, le caractère temporaire des servitudes personnelles, droits réels de jouissance constitués au profit d'une personne sur la chose d'autrui, ne découle pas du lien entre le droit et la personne, mais plutôt de la notion de propriété. Permettre la perpétuité des droits réels de jouissance, tels l'emphytéose et l'usufruit (emportant l'*usus* et le *fructus*), réduirait le droit du propriétaire à une propriété nue, dépouillée de la plupart de ses avantages pour une période perpétuelle, ce qui ferait renaître le double domaine de propriété qui prévalait sous le régime seigneurial (Cantin Cumyn, *supra* note 22 aux pp. 31-32).

¹⁰⁶La Cour de cassation nous rappelait d'ailleurs récemment qu'une rente consentie la vie durant du bénéficiaire ne devait pas être considérée comme un contrat à durée indéterminée aux fins du droit de résiliation unilatérale. La Cour s'exprimait de la façon suivante :

[E]st pris pour une durée déterminée l'engagement dont le terme est fixé par un événement certain, même si la date de sa réalisation est inconnue, dès lors que cette réalisation est indépendante de la volonté d'une partie ; qu'en l'espèce, après avoir fait ressortir que l'avantage consenti devait être versé au bénéficiaire sa vie durant ou jusqu'au décès de son conjoint survivant, soit jusqu'à un terme certain dont la réalisation ne dépendait pas de la volonté de l'une des parties, la cour d'appel [...] a, en décidant qu'il ne pouvait être résilié que par le consentement mutuel des parties, légalement justifié sa décision (Cass. soc., 28 octobre 1992, cité dans J. Ghestin, G. Virassamy et M. Billaud, «Droit des obligations» J.C.P. 1993.I.129 à la p. 130).

¹⁰⁷Azéma, *supra* note 22 à la p. 24.

¹⁰⁸Cantin Cumyn, *supra* note 22 aux pp. 34-35.

sant à l'article 1880 que lorsque la durée du bail excède 100 ans, elle est réduite à cette durée.

Par contre, dans les cas où un terme objectif de 99 ou 100 ans «a été abandonné pour faire place à une notion plus subjective de la perpétuité, la réduction est devenue une sanction impossible, faute de base solide pour l'opérer»¹⁰⁹. On a alors recours à deux sanctions plus compatibles avec la conception subjective de la perpétuité. La première, infiniment plus protectrice de la liberté des parties, consiste à prononcer la nullité du contrat. La seconde, et c'est celle qui fut retenue en matière de société, consiste à transformer la société jugée perpétuelle aux yeux de ses membres en une société dont on qualifie la durée d'illimitée ou d'indéterminée¹¹⁰.

Qualifier de société à durée indéterminée une société perpétuelle devrait entraîner l'application du droit commun des contrats à exécution successive de durée indéterminée : comme nous l'avons vu, chaque partie à ce type de contrat disposera d'un droit de résiliation unilatérale¹¹¹. Cependant, faisant fi de la nature contractuelle de la société en s'obstinant à ne pas lui appliquer le droit commun des obligations en matière de résiliation, le droit positif a depuis toujours nié l'existence d'un droit de *résiliation* unilatérale à l'associé partie à un contrat de société perpétuel à ses yeux. On a préféré voir dans le droit de *dissolution* unilatérale, tel qu'on le retrouve aux articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q., l'équivalent du droit de résiliation unilatérale du droit commun. C'est par cet artifice qu'on a fait du droit de dissolution unilatérale de l'associé un mécanisme protecteur de sa liberté.

Il est donc maintenant approprié de déterminer selon quelles modalités et dans quelles circonstances un associé pourra se prévaloir de ce droit. C'est ce dont nous traitons dans les lignes qui suivent.

B. La portée actuelle du droit de dissolution unilatérale de l'associé

Comme nous l'avons vu, la société est instituée par un contrat à exécution successive. À ce titre, et n'eût été l'intervention du législateur, le contrat de société stipulé perpétuel ou pour une durée supérieure à la vie de ses membres serait résiliable de plein droit par tout associé, en vertu du droit commun des contrats à exécution successive.

Mais, plutôt que de s'en remettre aux règles du droit commun, le législateur a préféré mettre en place un ensemble de dispositions devant régir les questions de durée et de dissolution unilatérale de la société¹¹².

La première difficulté quant à l'interprétation des codes civils se rapporte aux différences importantes dans le vocabulaire utilisé pour désigner des con-

¹⁰⁹Azéma, *supra* note 22 à la p. 24.

¹¹⁰Voir de façon générale Azéma, *ibid.* aux pp. 24-25 ; Cantin Cumyn, *supra* note 22 aux pp. 34-35.

¹¹¹Azéma, *ibid.* à la p. 153 ; Cantin Cumyn, *ibid.* à la p. 25. Voir aussi *supra* notes 81, 82 et texte correspondant.

¹¹²On fait ici référence aux articles 1833, 1892, 1894, 1895, 1896 C.c.B.-C. et aux articles 2258 à 2261 C.c.Q..

cepts similaires. En effet, l'article 1833 C.c.B.-C. dispose que la société dont la durée n'est pas *déterminée* est censée contractée pour la vie des associés. Pour leur part, les articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. confèrent un droit de dissolution à chaque membre d'une société dont la durée n'est pas *fixée*. Quant à l'associé membre d'une société dont la durée est *limitée*, il peut, en vertu de l'article 1896 C.c.B.-C., demander à la cour la dissolution pour des motifs légitimes, bien qu'une durée soit stipulée au contrat¹¹³.

Le rapport des codificateurs du *Code civil du Bas-Canada*, bien que silencieux quant à l'origine de l'article 1833 C.c.B.-C.¹¹⁴, indique, à titre de source de l'article 1895 C.c.B.-C., l'ancien article 1869 C. civ.¹¹⁵. Or, celui-ci s'exprimait en des termes différents de ceux utilisés aux articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. L'ancien article 1869 C. civ. permettait en effet aux associés de dissoudre unilatéralement la société de durée *illimitée*. Ce changement de terminologie ne fut malheureusement pas motivé par les codificateurs de 1866. Ceux-ci, en limitant le droit de dissolution aux seules sociétés dont la durée n'est pas *fixée*, ont-ils voulu permettre aux sociétaires de stipuler au contrat de société, en toute sécurité, une durée répondant à leurs objectifs particuliers (20, 50 ou 100 ans), ou n'était-ce là que le résultat d'une inattention de leur part ?

Les auteurs de doctrine, pour leur part, ne perdirent point de temps pour atténuer ce changement de terminologie en l'interprétant comme étant équivalent à l'esprit de l'ancien article 1869 C. civ. Les tenants de cette position ne pourraient mieux s'exprimer que par l'entremise de Mignault, qui écrivait à ce sujet :

Notre code se sert du terme «société dont la durée n'est pas fixée», l'article 1869 du code Napoléon envisage au contraire «la société dont la durée est illimitée». À première vue il y aurait là une différence, car en stipulant que la société durera toujours on en fixe la durée. Cependant l'idée du législateur paraît être la même. Que le contrat soit silencieux sur le terme de la société ou qu'il stipule que cette société durera toujours, il n'en est pas moins vrai que le pacte social ne fixe aucun temps où la société devra cesser. Donc, en ce sens, sa durée n'est pas fixée ou est illimitée, et un tel engagement ne peut lier l'associé pour toujours¹¹⁶.

On ne peut que partager cette proposition. En effet, stipuler un contrat de société perpétuel, à durée indéterminée, ou ne pas en fixer la durée ne sont que trois facettes d'une même réalité : dans les trois cas, l'associé sera prisonnier du contrat à moins de ne pouvoir s'en libérer d'une quelconque façon.

Ainsi, quand la durée aura été stipulée perpétuelle ou n'aura pas été prévue au contrat, l'associé pourra sans aucun doute se prévaloir des articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. pour dissoudre la société. Il en sera ainsi d'une société formée pour l'exploitation d'une entreprise, telle une mine, dont il est de la nature de durer très longtemps, voire indéfiniment. En effet, on se rappellera

¹¹³Dans le *Code civil du Québec*, ce mécanisme n'est plus circonscrit aux sociétés dont la durée est limitée. En effet, les articles 2230 et 2261 C.c.Q. donnent le pouvoir au tribunal de dissoudre toute société, y compris la société en commandite, pour une cause légitime.

¹¹⁴Voir *Rapport des commissaires*, supra note 36 à la p. 27.

¹¹⁵*Ibid.* à la p. 33.

¹¹⁶Supra note 18 à la p. 259.

que même en l'absence d'une convention expresse quant à la durée de la société, cette durée pourra être limitée par la nature de l'exploitation projetée¹¹⁷. Or, dans le cas d'une mine, par exemple, bien qu'il paraisse certain qu'elle finira par s'épuiser, son exploitation est de nature à durer tellement longtemps qu'elle peut être assimilée à une exploitation de durée illimitée¹¹⁸. En somme, une société sera à durée illimitée quand les associés entendront rester engagés indéfiniment. Par contre, elle ne sera pas à durée illimitée si les parties ne se sont pas entendues sur sa durée, car dans un tel cas le contrat sera nul faute de consentement¹¹⁹.

Mais qu'en est-il de la délicate question de savoir si le principe selon lequel on ne peut s'associer de façon perpétuelle s'applique à une société dont la durée, expressément stipulée, dépasse la durée de la vie de ses membres ou tout autre maximum jugé tolérable pour un associé ? Un excès dans la détermination de la durée entraînera-t-il la transformation du contrat en un engagement à durée indéterminée au motif que cette durée n'est pas *fixée* aux yeux de l'associé¹²⁰ ? L'associé restera-t-il au contraire membre à vie d'une société contractée pour une durée supérieure à sa vie (en supposant que ne survienne pas une autre des causes de dissolution énumérées aux articles 1892 C.c.B.-C. et 2258 C.c.Q.) ?

Comme on l'a vu, les auteurs préconisent aujourd'hui une conception subjective de la perpétuité pour le contrat de société. Il semble en effet que, dans la mesure où une société pourra durer au-delà de la vie de ses membres, soit par le jeu d'une stipulation expresse au contrat ou par la nature de l'exploitation projetée, la société sera réputée être à durée indéterminée et chaque associé pourra unilatéralement dissoudre la société¹²¹.

Les auteurs justifient cette conclusion principalement en invoquant la liberté de l'associé. Interdire à l'associé de mettre fin à la société dont le terme dépasse, en toute probabilité, la vie de ses membres serait équivalent à permettre qu'un associé aliène pour toujours sa liberté de travail¹²². Or, c'est parce que le contrat de société est conclu *intuitu personæ*, en considération des qualités de la personne, qu'il risque d'entraver la liberté individuelle¹²³.

¹¹⁷Voir *supra* note 53 et texte correspondant.

¹¹⁸Mignault, *supra* note 18 à la p. 259 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *supra* note 37 au n° 442.

¹¹⁹Baudry-Lacantinerie et Wahl, *ibid.* au n° 439.

¹²⁰Azéma, *supra* note 22 à la p. 23.

¹²¹Mignault, *supra* note 18 à la p. 260 ; Roch et Paré, *supra* note 17 aux pp. 469-70 ; Azéma, *ibid.* aux pp. 22-23. *Contra* Baudry-Lacantinerie et Wahl, *supra* note 37 au n° 440 ; Hamiaut, *supra* note 6 à la p. 42 ; Hémar, Terré et Mabilat, *Sociétés commerciales*, *supra* note 6 à la p. 131 ; Lapoyade-Deschamps, *supra* note 27 à la p. 124. Par ailleurs, une minorité d'auteurs, invoquant l'*intuitus personæ* à la base de la société de personnes et la liberté des associés, avance la proposition selon laquelle une telle société ne pourrait être formée pour une période excédant 30 ans sans risquer la qualification de société à durée indéterminée (Cantin Cumyn, *supra* note 22 à la note 110 ; M. de Juglart et B. Ippolito, *Traité de droit commercial : Les sociétés*, vol. 2, 1^{re} partie, 3^e éd., Paris, Montchrestien, 1980 au n° 484-2).

¹²²L'équivalence faite par certains auteurs entre la situation d'un associé et celle d'un employé est cependant douteuse (voir *infra* note 160).

¹²³La confiance persistante entre les associés, intimement liée à l'*intuitus personæ* du contrat de société, a longtemps été le fondement du droit pour tout associé de se retirer d'une société dont

On ne sera donc pas surpris d'apprendre que les articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. ne s'appliquent pas en principe aux sociétés par actions¹²⁴. En effet, contrairement au membre d'une société de personnes¹²⁵, l'associé d'une société par actions (l'actionnaire) n'est qu'un pourvoyeur de capitaux pouvant en tout temps se libérer en cédant ses actions¹²⁶. De toute façon, la vocation à la perpétuité étant de mise pour ce type de société, un droit de dissolution pour cause de durée illimitée leur est incompatible¹²⁷.

Le fait que l'actionnaire d'une société par actions puisse en tout temps céder ses actions est sans aucun doute un critère décisif pour empêcher que les articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. ne leur soient applicables. En effet, comme les auteurs invoquent la liberté de l'associé à l'appui de l'utilisation des articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q., il est normal que, dans les cas où l'associé peut céder ses titres en toute liberté, le droit de dissolution unilatérale ne puisse être invoqué. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si le *Code civil du Québec* a soustrait du domaine d'application du droit de dissolution unilatérale les sociétés en nom collectif et en commandite. Les associés de ces deux sociétés bénéficiant d'un régime élaboré de retrait aux articles 2226 à 2229 C.c.Q., le

les membres ne méritent plus sa confiance. Mais comme on l'a vu plus tôt, cette justification n'a plus vraiment d'intérêt de nos jours dans le contexte des articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. De plus, comment pourrait-on justifier par l'*intuitus personæ*, que le droit de dissolution d'un associé soit réservé au cas où la durée de la société est indéterminée ? Une règle de dissolution fondée sur la confiance persistante entre associés n'exigerait-elle pas, pour être cohérente, qu'on l'applique également aux sociétés à terme fixe ? Voir Baudry-Lacantinerie et Wahl, *supra* note 37 au n° 438.

¹²⁴Voir Roch et Paré, *supra* note 17 à la p. 459 ; Mignault, *supra* note 18 à la p. 261. Voir aussi Azéma, *supra* note 22 à la p. 24.

¹²⁵Les sociétés de personnes sont celles où l'*intuitus personæ* est primordial, à l'opposé des sociétés de capitaux (c'est-à-dire société par actions) où la personne des associés est sans importance (Merle, *supra* note 15 au n° 12). Si on considère les sociétés du *Code civil du Québec*, il ne fait pas de doute que la société en nom collectif et la société en participation sont des sociétés de personnes. Par contre, le cas de la société en commandite est moins clair. Pour le commandité, qui est dans la situation de l'associé en nom collectif, la société est une société de personnes. En revanche, pour les commanditaires, qui sont dans une situation analogue à celle des actionnaires, la société est davantage une société de capitaux.

¹²⁶Cependant, les articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. pourraient être invoqués par l'actionnaire dont le droit de céder ses actions serait paralysé par un droit d'agrément au profit de la société par actions prévu aux statuts de celle-ci (Azéma, *supra* note 22 à la p. 152). Sur l'introduction de l'*intuitus personæ* dans les sociétés par actions, voir Merle, *ibid.* au n° 13 ; M. Azoulai, «L'élimination de l'*intuitus personæ* dans le contrat» dans P. Durand, dir., *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, 1. La jurisprudence fait aussi état de la possibilité d'invoquer la doctrine de la société (*partnership analogy*) pour provoquer la dissolution d'une société par actions de type privé. Toutefois, pour invoquer les articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. à cette fin, il faudrait que ces dispositions ne contredisent aucune des lois régissant les compagnies, qu'il ne soit plus possible pour l'associé (l'actionnaire) de disposer librement de ses parts et que cette dissolution ne soit pas préjudiciable à la société (*Bannerman c. Concrete Column Clamps*, [1953] C.S. 107 ; *Mathieu c. Distributions Gillandré Inc.*, [1980] C.S. 57 ; *Nadeau c. Nadeau*, [1988] R.J.Q. 2058 (C.A.) ; *Placements G. Grondin Inc. c. Louis-G. Vignault Inc.* (12 mai 1986), Drummond 405-05-000 155-853, J.E. 86-627 (C.S.) ; *Western Quebec Investment Ltd. c. J.G. Bisson Construction & Engineering Ltd.*, [1972] C.S. 331 ; *Rosenstein c. Agence de Vente MC 75 Ltd.* (21 février 1985), Montréal 500-05-015389-826, 500-05-008357-830, J.E. 85-362 (C.S.). Voir aussi sur cette question, P. Martel, «La liquidation judiciaire des compagnies et le 'partnership analogy doctrine'» (1986) 46 R. du B. 311.

¹²⁷Art. 352 C.c.B.-C. ; art. 314 C.c.Q.

droit de dissolution unilatérale ne semblait plus avoir sa place, du moins à titre de mécanisme de protection de la liberté des associés.

Mais les articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. sont-ils d'ordre public eu égard aux sociétés de personnes¹²⁸ ? En d'autres mots, les associés d'une société de personnes peuvent-ils convenir qu'ils ne pourront dissoudre la société, même si celle-ci est d'une durée illimitée ?

Certains auteurs prétendent que les articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. ne sont pas d'ordre public¹²⁹ et qu'il est possible de convenir que l'on ne pourra se retirer de, ou dissoudre, la société de durée illimitée¹³⁰. Ces auteurs prônent la souplesse de la convention de société et préconisent la suprématie de l'intention des parties. Ceux-ci maintiennent de plus, que la nature personnelle du lien social, l'*intuitus personæ*, doit être plutôt considérée comme dérivant de l'intention des parties, que comme étant inspirée par des considérations d'ordre public¹³¹.

Une autre partie de la doctrine et de la jurisprudence considère cependant que, bien qu'il ne soit pas possible de convenir de façon absolue que l'on ne pourra se retirer de la société sans durée fixée, les articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. ne s'appliqueront pas aux sociétés dont la convention prévoit la possibilité pour tout associé de ne plus faire partie de la société¹³². À l'appui de

¹²⁸Car dans celles-ci, on ne peut vraiment se retirer sans le consentement des autres associés. En effet, l'article 1853 C.c.B.-C. édicte que «[c]haque associé peut, sans le consentement de ses coassociés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société. Il ne peut pas, sans ce consentement, l'associer à la société».

¹²⁹Les articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. ne sont pas impératifs, contrairement aux articles 1667 C.c.B.-C. et 2085 C.c.Q. qui prohibent clairement le louage de services perpétuel.

¹³⁰Baudry-Lacantinerie et Wahl, *supra* note 37 aux n^{os} 440, 445. La règle de la responsabilité vis-à-vis des tiers (art. 1854-55 C.c.B.-C.) et le principe de la non-exclusion d'un associé des profits (art. 1831 C.c.B.-C.) sont, par contre, incontestablement d'ordre public (Côté, *supra* note 4 à la p. 495).

¹³¹Baudry-Lacantinerie et Wahl, *ibid.* au n^o 338. De plus, Baudry-Lacantinerie et Wahl soutiennent que le consentement des coassociés, nécessaire à l'admission de nouveaux membres en vertu de l'article 1853 C.c.B.-C., pourra n'être qu'implicite ou donné à l'avance dans le contrat, une telle clause n'étant pas contraire à l'ordre public (*ibid.* aux n^{os} 224, 255, 301). Le pouvoir d'accepter de nouveaux membres pourra aussi être délégué à un associé, à condition que le tout soit fait expressément. Azoulaï enseigne, pour sa part, que dans le cas où un associé céderait la totalité de ses droits sociaux sans le consentement des autres sociétaires, l'opération passée entre l'associé et le tiers (le croupier) n'en resterait pas moins valable (*supra* note 126 aux pp. 11, 21). Il en résulterait cependant une solution pour le moins paradoxale selon laquelle la société comprendrait un membre qui n'a plus aucun intérêt à la bonne marche des affaires sociales, tout en conservant le droit de participer à la gestion et au contrôle alors que le principal intéressé, le croupier, n'aurait aucun droit de s'immiscer dans la société. Cette situation entraînerait une scission des aspects personnels et pécuniaires du droit social. On voit donc que seuls les droits pécuniaires pourront être aliénés au croupier sans le consentement des coassociés. Voir à cet égard les articles 2209 à 2211 C.c.Q.

¹³²C. Aubry et C. Rau, *Droit civil*, t. 4, 6^e éd. par P. Esmein, Paris, Librairies technique, 1954 à la p. 571, n^o 384 ; C. de Lorimier, *Bibliothèque du Code civil de la province de Québec*, vol. 15, Montréal, Cadieux et Delorme, 1886 aux pp. 730-31 ; C. Houpin et H. Bosvieux, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, t. 1, 5^e éd., Paris, Sirey, 1919 à la p. 223. Pour un exemple jurisprudentiel d'une telle clause, voir *Delisle c. Hébert* (24 juillet 1992), Montréal 500-05-019949-914, J.E. 92-1216 (C.S.). Voir aussi *Dubé*, *supra* note

leur position, ces autorités soulignent que la dissolution et le partage ne sont pas des voies sacrées pour sortir de la société, et, dans la mesure où les parties se sont mises d'accord sur une forme de retrait n'entraînant pas la dissolution, la force obligatoire de leur convention doit prévaloir¹³³.

Finalement, certains auteurs considèrent la règle énoncée aux articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. comme étant d'ordre public¹³⁴. Ils invoquent notamment à leur soutien la différence fondamentale entre le droit de céder ses parts sociales et le droit de mettre fin à la société (qui ouvre droit au partage)¹³⁵. Le partage permet en effet à l'associé de se faire mettre en possession de sa part sociale, alors que la cession de celle-ci ne lui procurera que le prix de ses droits¹³⁶.

18 à la p. 24 et s., où la Cour d'appel a décidé que le départ d'un associé par retrait volontaire ne mettait pas nécessairement fin à la société. Un associé peut, en effet, sans renoncer à sa part sociale, renoncer à demander la dissolution de la société. Dans cette affaire, deux des cinq associés avaient cédé leur part respective à un troisième associé sans le consentement des quatrième et cinquième associés. Bien que ce procédé n'eût pas été prévu au contrat, la Cour valida cette transaction et ordonna le partage sur une base de $\frac{3}{5}$, $\frac{1}{5}$ et $\frac{1}{5}$. Comme l'indique Azoulay, la jurisprudence française conclut elle aussi que l'agrément n'est pas nécessaire en cas de cession de parts sociales à un associé (*supra* note 126 aux pp. 20, 23). Pour une jurisprudence ne considérant pas l'article 1895 C.c.B.-C. comme étant d'ordre public dans la mesure où l'associé n'est pas prisonnier de la société, voir *Bertrand c. Mercure* (9 octobre 1990), Montréal 500-09-000879-866, J.E. 90-1448 (C.A.); *Savard, supra* note 38; *Kerr c. Marwick* (1916), 26 B.R. 226 [ci-après *Kerr*]; *Cardiac c. Vaillant*, [1969] C.S. 284 [ci-après *Cardiac*].

¹³³de Lorimier, *ibid.* à la p. 732. Notons que les règles du partage ne sont pas d'ordre public (*Québec (Curateur public) c. Salomon* (23 octobre 1992), Montréal 500-09-000774-893, J.E. 92-1627 (C.A.); *Boustany, supra* note 35).

¹³⁴Azéma, *supra* note 22 aux pp. 149-56; Mignault, *supra* note 18 aux pp. 259-61; Roch et Paré, *supra* note 17 à la p. 459. Azéma enseigne que «pour que le droit de dissolution disparaisse, il faut qu'aucune entrave ne soit apportée au droit de céder les parts sociales» (*ibid.* à la p. 151). Or, pour qu'une telle cession unilatérale soit possible, il faut imaginer un contrat dépourvu de tout *intuitus personæ* et dans lequel le cédant n'a aucune obligation. Il n'y a qu'un seul contrat à exécution successive à durée indéterminée qui réunisse ces deux conditions : la société par actions. De toute façon, comme le fait remarquer Côté, le statut de débiteur de l'associé face à la société est difficilement conciliable avec le concept de cession unilatérale (*supra* note 4 à la p. 502).

¹³⁵Mignault, *ibid.* à la p. 260. Pour une position opposée, voir Baudry-Lacantinerie et Wahl, *supra* note 37 au n° 446.

¹³⁶Pour une discussion sur les nuances entre le retrait et la cession, voir de façon générale Jeanfin, *supra* note 6 au n° 48; Lapoyade-Deschamps, *supra* note 27. Cependant, bien que la dissolution et le partage permettent, en théorie, à un associé d'être mis en possession de sa part sociale, la dissolution d'une société se fait souvent dans la discorde et entraîne trop souvent des manipulations frauduleuses d'actifs sociaux. Pour une jurisprudence sur la possibilité, pour un associé, de saisir par mesure de prévention, sa part indivise des actifs de la défunte société, voir *Maguire c. Bradley* (1846), 1 R.L.J. 367 (B.R.); *McDowell c. Wilcock* (1907), 16 B.R. 459; *Hoffman c. Baynes* (1909), 37 C.S. 435; *Taylor c. Charokin* (1911), 13 R.P. Qué. 73 (C.S.); *Guay c. Duval* (1911), 13 R.P. Qué. 92 (C.S.); *Tourigny c. Croteau*, [1944] C.S. 241; *Harisson c. Leclerc*, [1956] R.P. Qué. 283 (C.S.); *Boutin c. Corron*, [1963] R.P. Qué. 113 (C.S.); *Alary c. Vaillancourt*, [1977] C.S. 81; *Caisse Populaire Pontmain c. Couture*, [1983] C.P. 149; *Droit de la Famille - 358*, [1987] R.D.F. 167 (C.S.); *Desautels c. Connolly* (11 août 1988), Saint-François 470-02-000118-886, J.E. 88-1180 (C.P.); *Hindle c. Cornish*, [1991] R.J.Q. 1723 (C.S.), en appel (C.A.M. 500-09-000959-916); *Latulippe c. Cliche* (28 septembre 1992), Beauce 350-05-000088-904, J.E. 93-313 (C.S.); *Pneus Dominic Inc. c. Cloutier* (6 avril 1992), Arthabaska 415-05-000047-919, 415-18-000005-910, J.E. 92-714 (C.S.). Pour une jurisprudence relative à la nomination d'un séquestre judiciaire en cas de dissolution, voir *Bonneville c. Salvat* (1916), 49 C.S. 253; *Timrod*

On voit donc qu'outre une certaine réticence doctrinale sur la question, la protection de la liberté de l'associé par le biais d'un droit de retrait ou de cession prévu au contrat de société est généralement jugée satisfaisante et permet d'écarter contractuellement l'application des articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q., dans la mesure où ceux-ci sont assimilés à des instruments de protection de la liberté individuelle de l'associé. À cet égard, en substituant au droit de dissolution et au partage un mécanisme de retrait avec remise de la valeur de la part sociale pour les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite¹³⁷, le *Code civil du Québec* indique clairement que la dissolution et le partage ne sont pas des droits sacrés. Cette prise de position du législateur relativement aux sociétés en nom collectif et aux sociétés en commandite devrait guider les tribunaux dans leur appréciation du caractère d'ordre public des articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. afin qu'ils continuent, à l'avenir, de permettre aux associés d'écarter conventionnellement l'application de ces dispositions.

La discussion qui précède a gardé, jusqu'à la fin des années soixante-dix, une grande pertinence relativement au cas des sociétés en commandite. Mais depuis 1979, date à laquelle le législateur a soustrait la société en commandite de l'application de l'article 1895 C.c.B.-C.¹³⁸, la société en commandite du *Code civil du Bas-Canada* semble pouvoir être formée pour une très longue durée¹³⁹ sans désormais courir les risques d'une dissolution unilatérale. Avant cette date, les mêmes questions de durée et de dissolution se posaient quant à cette société. Cependant, comme la déclaration des associés nécessaire à la formation de la société en commandite¹⁴⁰ devait obligatoirement faire mention de l'époque à laquelle la société commençait et à laquelle elle devait se terminer (article 1877 C.c.B.-C.), ce n'était que dans les cas où la durée fixée était pour une période excédant la durée de la vie humaine qu'il pouvait être question d'une dissolution avant terme par le commanditaire ou le commandité. La doctrine appréciait cependant cette question différemment selon qu'on parlait du commandité ou du commanditaire.

En effet, en plus de fournir à la société sa personne et ses services, le commandité est responsable personnellement des dettes sociales. Il n'est donc en vérité rien d'autre qu'un associé en nom collectif¹⁴¹. *L'intuitus personæ* qui pré-

Mining Co. c. Société minière Louvem Inc., [1972] C.S. 361. Pour des commentaires sur les distinctions entre la société et l'indivision, voir Cantin Cumyn, *supra* note 30 aux pp. 331-33 ; M. Deschamps, «Vers une approche renouvelée de l'indivision» (1984) 29 R.D. McGill 215 à la p. 234 et s. ; F. Caporale, «Société et indivision» (1979) 2 Rev. soc. 265.

¹³⁷Voir, entre autres, l'article 2227 C.c.Q.

¹³⁸P.L. 75, *Loi modifiant le Code civil et la Loi des déclarations des compagnies et sociétés*, 3^e sess., 31^e lég., Québec, 1978 (sanctionné le 22 décembre 1978). On retrouve cette modification à l'article 1892, alinéa 2 C.c.B.-C.

¹³⁹«La durée de la société sera suffisamment longue s'il s'agit de financer un projet immobilier. Généralement, on prévoit une période de cent ans [...]» (Thivierge, *supra* note 18 à la p. 58). Voir aussi *supra* note 11.

¹⁴⁰Le fait de se comporter en associé en commandite ne suffit pas à la formation de ce type de société à l'égard des tiers. L'omission de déposer et d'enregistrer une déclaration (art. 1878 C.c.B.-C.) fera que l'associé sera réputé être un associé ordinaire à l'égard des tiers, et non un commanditaire (voir *supra* note 19).

¹⁴¹Roch et Paré, *supra* note 17 aux pp. 435, 460.

side à son statut de sociétaire commandait donc qu'il puisse invoquer l'article 1895 C.c.B.-C. pour dissoudre la société en commandite formée pour une durée excessive à son égard¹⁴².

Il en va autrement des commanditaires. Ceux-ci ne fournissent que leurs capitaux à la société, et leur responsabilité se limite à leur mise sociale¹⁴³. Comme les commanditaires n'engagent ni leurs services ni leurs personnes, et vu leur droit de retrait de la société (article 1882 C.c.B.-C.), il était compréhensible qu'ils ne puissent demander à leur gré la dissolution de la société en vertu de l'article 1895 C.c.B.-C.¹⁴⁴.

La décision du législateur en 1979 de soustraire complètement la société en commandite du régime de l'article 1895 C.c.B.-C. est un indicatif de la vocation particulière de cette institution, à mi-chemin entre la société par actions et la société en nom collectif, et témoigne de la stabilité qu'on désire lui insuffler¹⁴⁵.

Cependant, cette solution semble étrange à l'égard du commandité. En effet, dans la société en commandite formée après 1979 en vertu du *Code civil du Bas-Canada*, le commandité ne peut invoquer l'article 1895 C.c.B.-C. pour dissoudre la société afin de s'en libérer. La solution étonne vu le caractère *intuitu personæ* de son lien social. Ainsi, le commandité, cet associé en nom collectif choisi en considération de ses qualités personnelles, pourrait, en vertu du *Code civil du Bas-Canada*, être partie à une société dont la durée excéderait sa vie, sans qu'il ne puisse recourir à l'article 1895 C.c.B.-C. pour s'en libérer. Le *Code civil du Bas-Canada* permettrait-il donc que le commandité puisse aliéner sa liberté indéfiniment ? Le commandité est-il prisonnier de la société à laquelle il est partie¹⁴⁶ ?

En vérité, ces questions ne sont que l'expression ponctuelle d'une question beaucoup plus fondamentale relativement au droit de dissolution unilatérale en

¹⁴²*Ibid.* à la p. 460 ; Mignault, *supra* note 18 à la p. 262.

¹⁴³On ne saurait cependant qualifier le commanditaire de simple prêteur. Le commanditaire fait acte de commerce en s'associant à une société (Roch et Paré, *ibid.*). Les commanditaires sont les bailleurs de fonds de la société en commandite et, s'ils respectent les formalités prescrites par la loi et ne s'immiscent pas dans l'administration de la société, ils ne peuvent devenir responsables envers les tiers au-delà de leur mise de fonds. Cependant, une décision a déjà jugé que lorsque le seul bien de la société en commandite a été vendu et que le produit de la vente a été distribué, le recours en dommages pour vices de construction devient illusoire s'il ne peut être exercé contre les commanditaires. L'objet pour lequel les commanditaires sont poursuivis ne provient donc pas de l'administration des affaires de la société, mais de la disposition des biens de la société (*Brennan c. Alepin* (26 mars 1991), Montréal 500-05-017995-901, J.E. 91-751 (C.S.)).

¹⁴⁴Roch et Paré, *ibid.* ; Mignault, *supra* note 18 à la p. 262.

¹⁴⁵On peut lire le passage suivant au sein des commentaires accompagnant la *Loi modifiant le Code civil et la Loi des déclarations des compagnies et sociétés* : «[S]auf convention contraire, la société ne pourra plus être dissoute du fait d'une seule personne, mais du consentement de la majorité des associés» (*supra* note 138).

¹⁴⁶À cette fin, les dispositions transitoires de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* (*supra* note 2) ne semblent pas d'un grand secours au commandité du *Code civil du Bas-Canada*. En effet, l'article 4 de cette loi dispose que les situations contractuelles en cours lors de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, telle la société en commandite créée sous le régime du *Code civil du Bas-Canada*, ne seront soumises à la nouvelle loi que relativement à l'exercice des droits et non quant à l'existence de tels droits.

vertu des codes civils du Bas-Canada et du Québec : est-il possible d'interpréter les dispositions des codes civils de façon à protéger la liberté de l'associé sans remettre en cause l'existence de la société ? C'est précisément cette question qui fait l'objet de la dernière partie du présent article.

IV. Critique de la portée actuelle du droit de dissolution unilatérale et solutions de rechange

Nous nous sommes efforcé, dans les pages qui précèdent, d'exposer aussi succinctement que possible la portée du droit de dissolution unilatérale d'un associé en droit positif. Premièrement nous avons vu qu'en vertu des articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q., la société dont la durée n'est pas fixée peut être dissoute au gré de l'un des associés. La doctrine, assimilant ce droit de dissolution à un droit de retrait, a interprété l'article 1895 C.c.B.-C. à la lumière d'une conception subjective de la perpétuité. Les auteurs ont donc établi une règle («la règle») selon laquelle une société de personnes formée pour une durée manifestement supérieure à la vie de ses membres pourra être dissoute au gré de chacun d'entre eux, au motif que sa durée n'est pas fixée et ce, conformément aux articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q.

Nous essaierons dans les pages qui suivent de démontrer que cette règle est sans véritable fondement et ne résiste pas à l'analyse. Nous proposerons, dans un premier temps, que les prétendues justifications à la règle (la liberté individuelle, la théorie générale des contrats et la confiance essentielle entre associés), bien que toutes fort louables, ne peuvent de façon convaincante être invoquées à l'appui de la règle telle qu'elle existe. Bref, le droit de dissolution unilatérale tel qu'appliqué en droit positif, ne remplit pas le rôle qu'on lui attribue et n'est en pratique qu'une source additionnelle d'instabilité contractuelle et économique. Dans un deuxième temps, nous tenterons d'expliquer l'incongruité de la règle actuelle et suggérerons brièvement quelques esquisses de solutions de rechange.

A. Critique de la portée actuelle du droit de dissolution unilatérale

La règle actuelle est sans fondement et son application relève de l'exploit vu l'incongruité des facteurs en jeu. Notons d'abord l'incroyable arbitraire d'une notion telle la durée de la vie humaine, qui constitue la limite au-delà de laquelle les auteurs considèrent le contrat de société comme étant de durée «non fixée» et susceptible d'être dissous au gré de tout associé et ce, conformément aux articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. En effet, comment est-il possible de déterminer si la durée spécifiée au contrat excède ou non celle de la vie humaine¹⁴⁷ ? Le fait que la vie humaine marque un constant et progressif allongement ne facilite en rien cette détermination fort aléatoire¹⁴⁸. La durée de la vie humaine est-elle une limite fixe s'appliquant uniformément dans tous les cas, ou doit-on, comme certains le proposent, «aller plus loin dans l'appréciation subjective et juger *in concreto*, en fonction de l'âge et de la santé des membres de

¹⁴⁷Voir Baudry-Lacantinerie et Wahl, *supra* note 37 au n° 440.

¹⁴⁸A.P.S., *supra* note 6 à la p. 18.

la société considérée»¹⁴⁹ ? En somme, la durée limite que constitue la vie des membres est une unité de mesure fort capricieuse et aléatoire qui génère une grande incertitude pour les parties voulant organiser à long terme leurs relations d'affaires en société.

Cette règle pose un problème particulier aux sociétés dont les membres sont des personnes morales¹⁵⁰. Le terme stipulé au contrat de société contracté par des personnes morales doit-il lui aussi être inférieur à la vie humaine ou peut-on au contraire, vu la nature potentiellement perpétuelle¹⁵¹ des personnes morales, stipuler un terme d'une durée supérieure à la vie humaine ? Selon la conception subjective de la perpétuité, c'est en fonction de la vie des membres de la société qu'il doit être déterminé si la durée de la société excède le maximum tolérable¹⁵². Si le débiteur est une personne morale, alors ses caractéristiques propres deviendront pertinentes afin d'établir ce qui est, pour lui, une durée excessive¹⁵³. Ainsi, puisqu'une société formée par des personnes physiques a comme durée limite la vie humaine (la vie de ses membres), une société formée par des personnes morales potentiellement perpétuelles doit pouvoir exister pour un terme de durée supérieure à la vie humaine. Tant que la durée de la société est inférieure à la vie potentielle des sociétés par actions qui en sont membres (c'est-à-dire la perpétuité), nous ne voyons pas comment il serait possible d'avoir recours aux articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. pour dissoudre la société. En d'autres mots, dans la mesure où la durée stipulée au contrat de société est inférieure à la perpétuité, la société par actions sociétaire ne pourra invoquer les articles 1895 C.c.B.-C. ou 2260 C.c.Q. pour dissoudre la société dont elle est membre. Au surplus, notons que contrairement à une personne physique, on ne peut porter atteinte à la liberté d'une personne morale par la stipulation d'un terme de grande durée¹⁵⁴.

¹⁴⁹Azéma, *supra* note 22 à la p. 22.

¹⁵⁰Pour un exposé complet de l'utilisation conjointe de la société et de la compagnie, voir Côté, *supra* note 4 à la p. 505 et s. Voir aussi Thivierge, *supra* note 18.

¹⁵¹*Supra* note 127 et texte correspondant.

¹⁵²Azéma, *supra* note 22 à la p. 22.

¹⁵³Cantin Cumyn, *supra* note 22 à la p. 38.

¹⁵⁴Cantin Cumyn est plutôt d'avis que les règles restrictives de la durée des obligations valent même lorsque le débiteur de l'obligation est une personne morale, au motif qu'il importe de distinguer la durée de leur existence en tant que personnes juridiques de la durée des obligations qu'elles contractent (*ibid.*). Or, l'auteur invoque Azéma à l'appui de sa proposition, lorsqu'il affirme :

Les seuls engagements perpétuels valables [sont] ceux pris par des personnes morales publiques ou reconnues d'utilité publique [...]. Les personnes privées ne doivent assurer que des engagements temporaires [...] (*supra* note 22 aux pp. 29-30).

Cependant, cette proposition mérite quelques commentaires. Les personnes morales privées françaises à but lucratif, telle la société, sont par nature temporaires. Elles ne peuvent être formées que pour une durée inférieure à 99 ans (voir, entre autres, l'article 1838 C. civ.). Bien qu'elles puissent être prorogées au-delà de cette période, elles n'aspirent pas à la perpétuité comme le font nos sociétés par actions. Il est donc normal qu'on limite la longueur des engagements qu'elles contractent. Par contre, comme le souligne Azéma, les personnes morales publiques (l'état, les communes, les établissements publics) ou reconnues d'utilité publique (les associations, les fondations) pourront assurer des engagements perpétuels (*ibid.*). Les premières sont par nature perpétuelles, les secondes sont déclarées d'utilité publique et se voient conférer la personnalité par décret (comme nos sociétés par actions). Ainsi, la compagnie québécoise, se voyant conférer la personnalité par

Il semblerait donc que même en adoptant l'interprétation de l'article 1895 C.c.B.-C. dominante en droit positif¹⁵⁵, les sociétés par actions pourraient former une société pour toute durée inférieure à la perpétuité, sans risquer une dissolution unilatérale en vertu des articles 1895 C.c.B.-C. ou 2260 C.c.Q. Cependant, le droit n'étant pas fixé sur cette question, il existe toujours un risque qu'une société formée par des sociétés par actions soit à la merci du droit de dissolution unilatérale dès que le terme stipulé dépasse potentiellement la durée de la vie humaine¹⁵⁶. Tant que la question n'aura pas été soumise aux tribunaux, les personnes morales et les personnes physiques demeureront donc dans la même position d'incertitude face aux articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. Ces deux types de personnes ne peuvent donc stipuler en toute sécurité la durée de leur choix au contrat de société, car il leur est impossible de définir avec certitude ce que constitue une durée «non fixée» au sens des articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q.

Or, c'est la conception subjective de la perpétuité, centrée sur la protection de la liberté individuelle et de l'intérêt économique des parties, qui est la source de cette solution juridique fort insatisfaisante et créatrice d'instabilité. Si la portée actuelle du droit de dissolution unilatérale n'est pas justifiable, c'est que les justifications invoquées à son soutien sont artificielles dans le contexte des articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. Ainsi, le droit de dissolution unilatérale de l'associé ne se prête pas à la protection de la liberté individuelle, pas plus qu'à celle de l'intérêt économique des parties. Le droit de dissolution unilatérale n'est pas davantage le véhicule indiqué pour assurer la sauvegarde de l'*intuitus personæ* du contrat de société.

Donc, tout s'explique. Si la règle dégagée des articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. par les auteurs est absurde¹⁵⁷, c'est parce que ces articles n'ont pas pour fonction de protéger les principes et les fondements qu'on a traditionnellement invoqués pour justifier la portée du droit de dissolution unilatérale et ne devraient pas être utilisés à cette fin. En effet, comment peut-on justifier en invoquant la liberté individuelle, une règle qui permettrait à l'associé de dissoudre une société formée pour un terme excédant la durée probable de sa vie (70 ans ?), mais qui laisserait à son sort le malheureux ayant contracté une société pour une durée moindre que sa vie (50 ans ?) ? Car comprenons-nous bien, personne ne devrait être prisonnier d'un contrat de société auquel il ne veut plus être partie. Cependant, dans la mesure où le législateur a choisi de

une loi (un peu comme la personne morale d'utilité publique en France), est potentiellement perpétuelle. Ne devrait-on pas tolérer à son égard des engagements centenaires ? Voir de façon générale J. Rivero, *Droit administratif*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 1990 aux pp. 49-61 ; G. Braibant, *Le droit administratif français*, 2^e éd., Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques et Dalloz, 1988 aux pp. 39-47.

¹⁵⁵Celle-ci veut que, dans la mesure où la société est contractée pour une durée potentiellement supérieure à la vie de ses membres, chacun d'entre eux pourra se prévaloir du droit de dissolution unilatérale pour se libérer de la société. Voir ci-dessus, la partie III.B.

¹⁵⁶*Supra* note 154.

¹⁵⁷Théoriquement, en vertu de l'interprétation faite de l'article 1895 C.c.B.-C. par la doctrine, une société formée pour la vie de ses membres serait qualifiée de société à durée non fixée, mais une société formée pour une durée équivalant à la vie des membres moins une année ne le serait pas !

limiter le régime du droit de dissolution unilatérale aux sociétés dont la durée n'est *pas fixée*, nous préférons de loin un respect intégral du terme stipulé au contrat (quelle que soit sa durée) à la solution actuelle, qui en plus d'être inéquitable dans son application, est source d'une grande incertitude pour les parties au contrat de société de longue durée. Ainsi, l'expression «dont la durée n'est pas fixée» dans les articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. devrait être comprise comme signifiant «dont la durée n'est pas stipulée»¹⁵⁸.

Comme nous l'avons vu, les auteurs justifient leur interprétation des articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. en invoquant la liberté individuelle des parties, la théorie générale des contrats (ou l'intérêt économique des parties) et l'*intuitus personæ* à la base du contrat de société. Or, nous n'hésitons pas à admettre qu'en permettant aux associés de s'engager pour une durée supérieure à leur vie, on porte gravement atteinte aux trois principes mentionnés ci-haut. En revanche, on ne peut sérieusement prétendre que l'interprétation dégagée des articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. par les auteurs protège ces principes de façon satisfaisante. De plus, la solution actuelle a le désavantage de générer une importante instabilité contractuelle.

Vérifions donc le bien-fondé de nos allégations en étudiant l'efficacité des articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. à titre de protecteurs de ces trois principes.

La liberté individuelle, loin d'être à la base des articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q., est en vérité le fondement d'une règle d'application générale à tous les contrats à exécution successive de durée indéterminée¹⁵⁹. C'est en traitant le droit de dissolution *comme* un droit de retrait que les auteurs y ont vu une cristallisation de la protection de la liberté des parties. Mais la solution à laquelle ils sont arrivés au nom de la liberté individuelle ne sert cette liberté que de façon mitigée. En effet, comment peut-on invoquer la liberté individuelle pour justifier une règle qui n'accorderait fort probablement pas à un associé le droit de dissoudre une société formée pour une durée de 50 ans, au motif qu'il a l'espoir d'en voir la fin, vu son excellente santé ?

À plus forte raison, un engagement d'une telle durée est la négation même des principes à la base de la théorie générale des contrats, pourtant aussi invoquée pour justifier l'interprétation actuelle des articles 1895 C.c.B.-C. et 2260

¹⁵⁸À cette fin, on ne peut qu'être insatisfait de la terminologie utilisée dans le *Code civil du Québec* pour tenter de codifier, au sein des dispositions sur la société, le droit de résiliation unilatérale du droit commun des contrats à exécution successive de durée indéterminée. En effet, on se souvient que l'associé en nom collectif et l'associé en commandite se voient conférer, dans le *Code civil du Québec*, un droit de retrait dans les cas où sa société est d'une durée qui n'est pas «fixée» (art. 2228 C.c.Q.). Le législateur parle-t-il ici d'un contrat à durée indéterminée ou d'un contrat dont la durée n'est pas stipulée ? Et si le législateur tente de codifier ici le droit commun des contrats à exécution successive, pourquoi ne pas avoir utilisé, à l'instar de l'article 2091 C.c.Q. dans le cadre du contrat de travail, l'expression «contrat à durée indéterminée» ? Le législateur ne parle pas pour rien dire, et s'il choisit des termes différents, c'est qu'ils reflètent des significations différentes. Mais que sont-elles ? Voir aussi la terminologie utilisée aux articles 1851 C.c.Q., dans le contexte du louage, et 2086 C.c.Q., dans le contexte du contrat de travail.

¹⁵⁹On sait déjà qu'il existe une faculté générale de résiliation unilatérale pour les contrats à exécution successive de durée indéterminée. Cette règle découle principalement de la prohibition des engagements perpétuels au nom de la liberté individuelle (*supra* notes 81, 82).

C.c.Q. Il ne fait pas de doute qu'un engagement d'une durée supérieure à quelques années, voir quelques mois, brime d'une certaine façon la liberté individuelle et l'intérêt économique des parties s'il n'est accompagné d'une faculté quelconque de résiliation. De telles conventions à durée fixe de plusieurs années, tel le bail immobilier, sont pourtant fréquentes en pratique. Une règle tolérant des engagements pouvant aller jusqu'à 40, 50 ou 60 ans (sinon plus), mais interdisant ceux qui dépassent la durée de la vie humaine (en supposant que les experts s'entendent sur cette durée) ne peut donc être justifiée par la liberté individuelle ou la théorie générale des contrats¹⁶⁰. Dans ses effets, elle ne participe pas davantage à la promotion de ces deux valeurs.

Quant à l'*intuitus personæ*, cet élément essentiel à la confiance donnant naissance à l'*affectio societatis* (c'est-à-dire à l'intention de s'associer), il ne peut lui non plus justifier l'interprétation actuelle des articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q.¹⁶¹. En effet, dans les contrats où la considération de la personne du contractant est un élément déterminant, tel le mandat, il est normal que la convention puisse être révoquée en tout temps¹⁶². Bien qu'il ne fasse pas de doute que la société implique un mandat réciproque entre chaque associé¹⁶³, on ne peut sérieusement invoquer l'*intuitus personæ* pour justifier qu'un recours aux articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. soit limité aux cas où la durée de la société dépasse la durée de la vie humaine. En effet, l'*intuitus personæ* implique une confiance constante et réciproque entre les associés. Une règle de dissolution fondée sur cette confiance devrait donc s'appliquer aux sociétés à termes fixes (aussi brefs soient-ils) comme aux sociétés à durée illimitée¹⁶⁴. On ne peut justifier en se basant sur l'*intuitus personæ* une règle qui donne un droit de dissolution aux associés d'une société formée pour une durée supérieure à la vie humaine, mais le refuse aux membres d'une société formée pour une durée inférieure à celle-ci. La confiance *est importante à tout moment*, et non seulement dans les cas où la durée de la société dépasse la durée de la vie humaine. Le législateur, en limitant le droit de dissolution unilatérale aux sociétés dont la durée n'est pas fixée, ne se préoccupait manifestement pas de l'*intuitus personæ* du contrat de société¹⁶⁵.

¹⁶⁰Cette insistance des auteurs sur le rôle de la liberté individuelle comme fondement des articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. vient en partie des rapprochements exagérés que certains d'entre eux ont faits entre le contrat de travail et le contrat de société (Mignault, *supra* note 18 à la p. 260). En effet, ces deux conventions diffèrent à maints égards. La collaboration entre les associés exclut toute subordination et est égalitaire par nature. Les dirigeants ne sont que des mandataires et non des chefs. L'associé n'est pas dans la situation inférieure et subordonnée qui caractérise les rapports employé-employeur. De plus, l'employé, contrairement à l'associé, n'est pas tenu des pertes de l'entreprise et n'a évidemment pas de droit de contrôle à exercer sur les actes de l'employeur. Voir Baudry-Lacantinerie et Wahl, *supra* note 37 aux n° 29, 445 ; de Juglart et Ippolito, *supra* note 121 au n° 414-1. Voir aussi la jurisprudence citée en note 81.

¹⁶¹Sur l'importance de ces notions dans l'évolution du droit de dissolution unilatérale, voir le texte correspondant aux notes 3 à 8.

¹⁶²Baudouin, *supra* note 20 au n° 421.

¹⁶³Voir Roch et Paré, *supra* note 17 à la p. 448. Voir aussi l'article 2219 C.c.Q. et les articles 1856, 1897 C.c.B.-C.

¹⁶⁴Baudry-Lacantinerie et Wahl, *supra* note 37 au n° 438.

¹⁶⁵Nous nous devons ici de commenter certains propos de Mignault. On se souviendra qu'en vertu de l'article 1833 C.c.B.-C., la société dont la durée n'est pas déterminée est censée contractée

On voit donc que la règle actuelle, en plus d'être inéquitable dans son application et d'être source d'instabilité économique et contractuelle, ne peut être justifiée en brandissant les arguments classiques traditionnellement invoqués à son soutien.

Mais quelle est la cause de ce non-sens ? Si la règle actuelle est absurde, c'est parce que le droit de dissolution prévu aux articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. est erronément assimilé par les auteurs à un droit de retrait. Or, voilà le grand malentendu à l'origine de la portée déraisonnable conférée au droit de dissolution unilatérale de l'associé.

Les articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. sont respectivement insérés dans des sections qui traitent de la dissolution et de la fin du contrat de société. Bien loin d'avoir pour objet de conférer un droit de retrait aux associés, ces articles *posent avant tout une limite* aux circonstances permettant à la volonté d'un associé de dissoudre la société. En effet, l'article 1895 C.c.B.-C. dispose que : «La société dont la durée n'est pas fixée est la seule qui puisse être dissoute au gré de l'un des associés [...]» [nos italiques]. Quant à l'article 2260 C.c.Q., il vient écarter toute possibilité de confusion entre le droit de dissolution et le droit de retrait. En effet, non seulement l'article 2260 C.c.Q. confère-t-il, à l'instar de l'article 1895 C.c.B.-C., un droit de dissolution à l'associé membre d'une société dont la durée n'est pas fixée, mais il confère aussi ce droit à l'associé

pour la vie des associés. L'article 1833 C.c.B.-C. ajoute ensuite «sous les modifications contenues dans le cinquième chapitre de ce titre». Or, l'article 1895 faisant partie du cinquième chapitre, Mignault a voulu justifier de la façon suivante l'application de l'article 1895 C.c.B.-C. aux sociétés dont le terme dépasse la vie de ceux qui les ont créées. Mignault nous dit, au sujet des sociétés à durée indéterminée (qui deviennent, par l'effet de l'article 1833 C.c.B.-C., censées contractées pour la vie des associés) :

[P]uisqu'une société contractée pour la vie des associés laisse intact ce droit de renonciation, à plus forte raison doit-il en être ainsi d'une société dont le terme dépassera certainement la durée de la vie de ceux qui la contractent (*supra* note 18 à la p. 260).

Nous ne pouvons être en accord avec une telle analyse. Les articles 1833 et 1895 C.c.B.-C. répondent à des préoccupations fondamentalement différentes. Certains auteurs, dont Mignault, invoquent à l'appui de l'article 1895 C.c.B.-C. la protection de la liberté individuelle. Par contre, on reconnaît à l'article 1833 C.c.B.-C. le rôle de protecteur ultime de l'*intuitus personæ* du contrat de société ; il confère au contrat de société sans durée stipulée un terme égal à la vie des associés (un terme plus long mettrait en danger l'*intuitus personæ* du contrat, dans l'éventualité où il pourrait être continué avec les héritiers, qui sont des tiers au contrat initial). L'article 1833 C.c.B.-C. confère donc à une société à durée indéterminée le terme *maximal* qu'il soit possible de lui conférer sans remettre en question l'*intuitus personæ* du contrat de société.

Ainsi, le fait pour une société d'être à durée indéterminée comporte deux conséquences distinctes fondées sur deux justifications indépendantes. Elle pourra, d'une part, être dissoute par chaque associé au nom de sa liberté individuelle, et elle sera, d'autre part, réputée contractée pour la vie des associés en raison de l'*intuitus personæ* du contrat. Rien dans l'article 1833 C.c.B.-C. ne nous permet de conclure, contrairement à ce que soutient Mignault, qu'une société formée pour la durée de la vie des associés ou pour une durée plus grande, soit soumise à l'article 1895 C.c.B.-C. L'article 1833 C.c.B.-C., quand il emploie l'expression «sous les modifications contenues au cinquième chapitre de ce titre», ne vise qu'à préserver le droit de dissolution reconnu par l'article 1895 C.c.B.-C. aux associés d'une société à durée indéterminée. Il ne cherche pas à conférer aux sociétaires de sociétés viagères le droit de dissolution prévu à l'article 1895 C.c.B.-C. Sinon, pourquoi le législateur n'en a-t-il pas fait mention à l'article 1895 C.c.B.-C., comme l'Office de révision du Code civil avait d'ailleurs pris soin de le faire ? Voir *Projet de Code civil, supra* note 67, art. 771.

dont le contrat de société *réserve le droit de retrait*. Le *Code civil du Québec*, en conférant le droit de dissolution à l'associé dont la liberté est déjà protégée par un droit de retrait, vient une fois pour toutes confirmer que le droit à la dissolution et le droit au retrait sont deux choses fondamentalement différentes.

On ne peut sérieusement prétendre le contraire. En réalité, les articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. proposent un mécanisme par lequel le supposé retrait de l'associé entraîne la destruction de la société¹⁶⁶. En fait, les articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. ne permettent «pas dans le fond de se 'retirer' à proprement parler de la société [...] puisque celle-ci en meurt»¹⁶⁷. On voit donc que les codes civils envisagent, aux articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q., non pas une faculté de retrait pour l'associé, mais tout simplement l'unique circonstance où la volonté d'un associé de ne plus être en société provoque la dissolution de la société. Puisque les articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. ne traitent pas du retrait ou du départ de l'associé, mais bien de la dissolution de la société, c'est ailleurs qu'il faut trouver une faculté de retrait pour l'associé.

On aura compris à ce stade-ci que nous préconisons une interprétation des articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. qui soit avant tout respectueuse de l'intention des parties. Les associés auraient-ils stipulé un terme centenaire à leur convention qu'il nous apparaîtrait préférable, pour les raisons indiquées précédemment, de donner effet à leur volonté plutôt que de les soumettre aux aléas d'une règle doctrinale inéquitable et peu fondée. Toutefois, notre approche ne mène pas nécessairement à l'emprisonnement social de l'associé qui n'a pu obtenir le consentement de ses coassociés, nécessaire à son retrait.

B. Solutions de rechange à la règle actuelle

Plusieurs solutions peuvent être proposées face à cette problématique. Cependant, comme chacune d'elles mériterait une étude approfondie dépassant le cadre de la présente réflexion, nous nous contenterons ici d'en tracer les grandes lignes et laisserons à d'autres le soin d'en vérifier le bien-fondé.

1. Le droit de retrait du droit commun

Les articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. ne font pas référence à un droit de retrait, mais bien aux seuls cas où la volonté d'un associé provoquera la dissolution de la société. Loin d'interdire le retrait d'un associé, les articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. ne font que limiter à des circonstances bien précises la dissolution de la société par la volonté d'un associé. En fait, ils édictent simplement les circonstances bien précises où la volonté d'un associé de ne plus être en société provoquera *aussi* sa dissolution.

Mais d'où provient donc le droit de retrait de l'associé ? Comme les dispositions du *Code civil du Bas-Canada* de même que celles du *Code civil du Québec* (relativement à la société en participation) ne traitent pas spécifiquement du droit de retrait de l'associé, c'est au sein des principes généraux du droit des obligations qu'il faut rechercher un éventuel droit de retrait.

¹⁶⁶Lapoyade-Deschamps, *supra* note 27 à la p. 124.

¹⁶⁷*Ibid.*

Comme nous l'avons vu, le contrat de société est soumis à la théorie générale des obligations dans la mesure où celle-ci n'est pas en contradiction avec les règles particulières du régime de la société¹⁶⁸. Or, le droit commun des contrats à exécution successive de durée indéterminée prévoit une faculté de résiliation unilatérale pour les parties au contrat¹⁶⁹. La résiliation met fin au contrat et donc aux obligations pour l'avenir, sans toucher aux effets que le contrat a produits dans le passé¹⁷⁰. Cependant, dans la plupart des cas où cette règle est invoquée (le mandat, le louage de services, le contrat de construction), le contrat résilié est un contrat bilatéral n'ayant aucune force indépendante des parties à la convention. En effet, le contrat de mandat ne crée aucun patrimoine autonome et n'engendre aucune personnalité juridique. Le mandataire est débiteur du mandant et non du mandat comme tel. Bref, à l'opposé de la société, le mandat n'est pas une institution et n'a aucune existence indépendante de celle des parties au contrat. Ces réalités, propres à l'institution que crée le contrat de société, doivent être prises en considération au moment de lui appliquer les règles du droit commun des contrats à exécution successive¹⁷¹.

La situation juridique d'un individu en société est particulière. Il est partie à un contrat de société qui régit le fonctionnement de l'institution ainsi que les droits et obligations des associés. Cependant, une fois la société formée, celle-ci prend vie et devient à plusieurs égards une entité autonome¹⁷². L'associé devient débiteur envers le patrimoine social de tout ce qu'il a promis d'y apporter (article 1839 C.c.B.-C. et article 2198 C.c.Q.) et détient une part sociale (une créance personnelle dans le patrimoine social). L'associé semble donc entretenir des relations juridiques à deux niveaux : il est partie à un contrat de société (qu'il peut toujours modifier avec le consentement de ses associés) et il entretient des relations débiteur-créancier avec la société. En somme, la relation d'assujettissement pouvant éventuellement brimer la liberté d'un individu *ne se retrouve pas entre les associés* au niveau du contrat qui crée la société, *mais bien entre chaque associé et le patrimoine social créé par le contrat*.

Ainsi, dans la mesure où le droit de résiliation unilatérale des contrats à exécution successive de durée indéterminée a pour fondement la protection de la liberté des individus, cette faculté de droit commun appliquée au «contrat-institution» qu'est la société, ne doit viser *que la relation de droit entre l'associé et le patrimoine social*, puisqu'elle est seule susceptible d'entraver la liberté de l'associé. De cette manière, le contrat à la base de l'institution demeure intègre et la liberté de l'individu est sauvegardée¹⁷³. Ce mécanisme est d'ailleurs fort bien décrit par un auteur :

¹⁶⁸Voir *supra* note 17.

¹⁶⁹Cantin Cumyn, *supra* note 22 à la p. 27 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *supra* note 37 au n° 438 ; Azéma, *supra* note 22 à la p. 153. Voir aussi *supra* notes 81, 82.

¹⁷⁰Baudouin, *supra* note 20 aux n° 363-64.

¹⁷¹Au surplus, l'article 1856 C.c.B.-C. prévoit expressément l'application à la société des règles contenues au titre «Du Mandat» (telle la faculté de renonciation du mandataire (art. 1755, para. 2 C.c.B.-C.)) dans le respect de la nature institutionnelle de la société.

¹⁷²Voir *supra* note 30.

¹⁷³Un auteur suggère, en effet, de recourir aux règles du patrimoine comme source supplétive au droit des sociétés en cas de silence ou de manque de clarté du Code (Wilhelmsen, *supra* note

Cette possibilité de dénoncer unilatéralement le lien unissant la société à l'un de ses membres (que la dénonciation émane d'un associé ou de la majorité) n'est pas propre aux sociétés de personnes à capital variable. Le mandat, lui aussi, peut être révoqué par la volonté du mandant ou celle du mandataire. *Ce qui est original en revanche, c'est le fait que le contrat de société se maintienne après la dénonciation. On est alors conduit à analyser celui-ci, moins comme la convention intervenue entre plusieurs personnes, que comme la juxtaposition d'une série de contrats passés entre la collectivité (qu'elle soit ou non personnalisée) et ceux qui la composent ; on parvient ainsi à expliquer qu'en cas de résolution de l'un de ses contrats, la vie de la société ne soit pas atteinte* [nos italiques]¹⁷⁴.

Cette faculté de retrait pourra être invoquée dans les cas où le terme de la société est d'une durée excessive pour l'associé, mais elle n'entraînera la dissolution de la société que lorsque les associés n'ont fixé aucune durée au contrat, le tout conformément aux articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. De cette manière, les parties pourront stipuler la durée de leur choix au contrat de société (50, 80, 100 ans) sans craindre qu'une telle durée ne donne droit à un associé de dissoudre la société au motif que sa liberté est compromise. Le droit de dissolution unilatérale sera réservé aux cas où les parties n'ont stipulé aucun terme à la convention de société et où, en vertu de l'article 2260 C.c.Q., l'associé jouit d'un droit de retrait en vertu du contrat de société. En revanche, il sera possible pour tout associé, en vertu du droit commun, de se dissocier d'une société de durée excessive, que cette durée soit fixée ou non, et ce départ ne causera la dissolution de la société que dans les éventualités très limitées prévues aux articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. Évidemment, le départ d'un associé n'entraînera pas la dissolution de la société quand les parties ont paré à cette éventualité dans le contrat de société. L'associé sortant se verra remettre le prix de ses droits ou, dans les cas qui le permettent, sa part en nature dans le fonds social¹⁷⁵.

Cette interprétation du droit de dissolution unilatérale en regard du droit commun des obligations est d'ailleurs en harmonie avec l'orientation prise par le législateur dans le *Code civil du Québec*. En effet, on y implante aux articles 2226 à 2229 C.c.Q. un régime complet et détaillé de retrait au profit de l'associé en nom collectif et en commandite. L'interprétation du droit de dissolution unilatérale que nous proposons a donc l'avantage de permettre de traiter le régime des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite du *Code civil du Bas-Canada* de façon cohérente avec le nouveau régime prévu pour celles-ci dans le *Code civil du Québec*. Effectivement, en vertu de notre approche, les associés de la société en nom collectif et de la société en commandite jouissent d'un droit de retrait tant en vertu du *Code civil du Bas-Canada* que du *Code civil du Québec*. Seule la source de ce droit de retrait varie : le droit de retrait du *Code civil du Bas-Canada* provient du droit commun des contrats à exécution successive, alors que le droit de retrait du *Code civil du Québec* provient

30). Un exemple d'une règle ayant été justifiée par le patrimoine autonome de la société en l'absence d'indications du Code à ce sujet concerne l'impossibilité pour le créancier d'un associé de réaliser sa créance à l'encontre d'une créance de la société (Roch et Paré, *supra* note 17 à la p. 484).

¹⁷⁴ Azoulay, *supra* note 126 à la p. 14.

¹⁷⁵ Cet exercice est facilité lorsqu'une somme déterminée a été établie et promise dans le contrat de société pour tenir lieu de cette part (Kerr, *supra* note 132 ; Cardiac, *supra* note 132 ; Boustany, *supra* note 35).

du régime mis en place aux articles 2226 à 2229 C.c.Q. Le recours au droit commun des obligations permet aussi de conférer à l'associé en participation du *Code civil du Québec*, dont le régime de dissolution est directement inspiré du *Code civil du Bas-Canada*, la faculté de se retirer de la société sans entraîner la dissolution de celle-ci.

L'interprétation du droit de dissolution unilatérale préconisée dans la présente étude, outre qu'elle permette d'appliquer les dispositions du *Code civil du Bas-Canada* d'une façon cohérente avec celles du *Code civil du Québec*, assure donc la sauvegarde de la liberté de l'associé dans le respect de l'institution sociale. Ainsi, tout associé régi par le *Code civil du Québec* jouit d'un droit de retrait. Seule la source de ce droit diffère : le droit de retrait de l'associé en nom collectif et en commandite provient des articles 2226 à 2229 C.c.Q., alors que le droit de retrait de l'associé en participation, comme celui de l'associé du *Code civil du Bas-Canada*, provient de l'application à la société du droit de résiliation unilatérale du droit commun dans le respect de sa nature.

Notre position répond aussi de façon ponctuelle à plusieurs aspects problématiques de la portée actuelle du droit de dissolution unilatérale. Pour nos fins, nous n'en mentionnerons que deux : la situation du commandité dans le *Code civil du Bas-Canada* et le cas de l'associé qui tente, de mauvaise foi ou fautivement, de mettre un terme aux activités sociales par l'entremise des articles 1895 C.c.B.-C. ou 2260 C.c.Q.

On a déjà vu que le commandité, dans le *Code civil du Bas-Canada*, ne peut se prévaloir du droit de dissolution prévu à l'article 1895 C.c.B.-C., lors même qu'il serait une personne physique partie à un contrat de société d'une durée fixe excédant son espérance de vie¹⁷⁶. Le commandité est donc en quelque sorte le prisonnier de la société en commandite. Le recours au droit de résiliation unilatérale du droit commun, tel qu'adapté aux particularités de la société, lui permettrait de se libérer de la société, moyennant un avis raisonnable, sans pour autant compromettre l'existence de la société en commandite.

Outre cette application à la situation du commandité, le recours au droit de résiliation du droit commun des contrats à exécution successive s'avère tout aussi attrayant dans le cas de l'associé qui tente, de façon fautive ou de mauvaise foi, de dissoudre la société¹⁷⁷. On sait qu'une tentative de dissolution de mauvaise foi ou faite à contretemps est frappée de nullité relative¹⁷⁸. Ainsi, dans l'éventualité où les associés ne se prévalent pas de cette nullité et maintiennent la société, ils se retrouvent avec un indésirable au sein de la société, à moins qu'ils n'empruntent le chemin hasardeux de l'expulsion judiciaire de l'associé récalcitrant¹⁷⁹. Le droit commun permettra encore ici d'éviter de nombreuses complications. En effet, le droit de résiliation unilatérale du droit commun

¹⁷⁶Voir le texte correspondant aux notes 143 à 144.

¹⁷⁷Voir *supra* note 38.

¹⁷⁸*Ibid.*

¹⁷⁹Voir Baudry-Lacantinerie et Wahl, *supra* note 37 aux pp. 138-39. En cas d'expulsion judiciaire, la société est dissoute à l'égard des associés exclus et leurs droits cessent du jour où ces derniers ont signifié qu'ils se considéraient étrangers à la société. Voir aussi le *Code des sociétés*, 11^e éd., Dalloz, Paris, 1992 (sous l'article 1844-7 C. civ.) aux pp. 32-36.

n'est pas frappé de nullité lorsqu'il est exercé de façon fautive ou avec mauvaise foi¹⁸⁰. Dans un tel cas cependant, l'associé fautif sera dans l'obligation de réparer le préjudice qui découle de son départ intempestif¹⁸¹. En règle générale cependant, l'associé qui quitte la société, même de façon intempestive, aura droit de se voir remettre sa part sociale ou le prix de celle-ci¹⁸².

2. L'absorption du droit de dissolution unilatérale par le mécanisme de dissolution judiciaire

Outre cette première solution à l'interprétation actuelle du droit de dissolution unilatérale, à savoir l'utilisation du droit commun des contrats à exécution successive, nous ferons mention d'une seconde qui, bien que nous apparaissant moins satisfaisante que la première, semble néanmoins préférable à

¹⁸⁰*Asbestos Corporation*, *supra* note 81 ; *E & S Salsberg Inc.*, *supra* note 81 ; *Drouin*, *supra* note 81 ; *Dami Sport Co.*, *supra* note 81.

¹⁸¹*Baudry-Lacantinerie et Wahl*, *supra* note 37 au n° 451 ; *Montgrain*, *supra* note 38 à la p. 1867 ; *Savard*, *supra* note 38 à la p. 657 ; *Dedam*, *supra* note 18 aux pp. 323, 325. On accordera des dommages-intérêts contractuels pour tenir lieu d'un avis raisonnable et des dommages-intérêts délictuels pour abus de droit (*Dami Sport Co.*, *ibid.* Voir aussi J. Guyenot, «La rupture abusive des contrats à durée indéterminée» dans P. Durand, dir., *supra* note 126, 235 à la p. 258 et s.).

¹⁸² Voir *supra* note 176. On peut cependant imaginer divers scénarios en vertu desquels l'associé qui se retire de façon fautive n'aurait pas droit de recevoir sa part sociale ou le prix de ses droits dans le fonds social.

Premièrement, on pourrait invoquer l'exception *non adimpleti contractus*. Selon cette exception, l'associé qui, de mauvaise foi, répudie le contrat de société violant ainsi ses obligations contractuelles implicites, ne peut exiger des autres associés qu'ils accomplissent leurs obligations et lui remettent la valeur de sa part sociale telle qu'évaluée dans le contrat. Voir de façon générale les articles 1591 à 1593 C.c.Q. ; *Zaccardelli c. Hébert*, [1955] C.S. 478 ; *Di Paolo General Building Contractors Ltd. c. Boulanger*, [1962] B.R. 783 ; *Brasserie Labatt Ltée c. Montréal (Ville de)*, [1987] R.J.Q. 535 (C.A.) ; *Morden & Helwig Ltée c. Perreault-Mathieu & Cie*, [1987] R.J.Q. 1572 à la p. 1577 (C.S.), porté en appel (C.A.Q. 200-09-000199-874), règlement hors cour (31 août 1987). Voir aussi, dans le contexte d'une société, l'arrêt *Savard*, où un associé ayant mis fin unilatéralement à la société en violation du contrat de société se vit refuser le droit d'invoquer à sa défense certaines dispositions du contrat de société (*supra* note 38 aux pp. 656-57).

Deuxièmement, on pourra avancer que l'ensemble des comportements de l'associé ayant résilié son contrat de façon fautive, est assez important (par exemple, un détournement de la clientèle, une tentative de fraude, un vol de secrets industriels, une absence complète de préavis, etc.) pour créer une présomption de faits suffisamment forte pour justifier un tribunal à conclure à une renonciation tacite par l'associé à son droit de recevoir le prix de ses droits dans le fonds social. Voir *Dulude c. Toupin* (1935), 58 B.R. 269 à la p. 273.

Troisièmement, on peut envisager d'opposer à l'associé fautif une fin de non-recevoir lorsque, par exemple, celui-ci aurait, par des démarches ou des déclarations à l'occasion de son départ, amené la société à modifier sa position, lui causant ainsi un préjudice. L'applicabilité de cette doctrine aux circonstances entourant le retrait d'un associé dépendra des faits de chaque espèce et, bien qu'elle puisse sembler d'une utilité limitée à première vue, il serait prudent de garder cette possibilité à l'esprit. Voir, sur la fin de non-recevoir, *Latour c. Pagé et Fils Limitée*, [1956] C.S. 153 ; *Banque nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339, 43 N.R. 283 ; *Schenker of Canada Ltd. c. Goldex Imports Ltd.*, [1990] R.R.A. 477 (C.A.) ; *Sinyor Spinners of Canada Ltd. c. Leesona Corp.*, [1976] C.A. 395.

Finalement, bien que le droit de rétention soit un mécanisme essentiellement temporaire, son utilisation dans un tel contexte n'est pas à écarter sans considération. Ainsi, tant que l'associé qui a quitté la société de façon intempestive ne répare pas les torts causés, la société pourra retenir les parts de l'associé qui a quitté ou le prix de celles-ci. Voir, sur le droit de rétention, les articles 1591 à 1593 C.c.Q. ; *Hamel c. Gravenor*, [1960] B.R. 1223.

l'interprétation qui prévaut depuis toujours à l'égard de l'article 1895 C.c.B.-C. et par extension à l'égard de l'article 2260 C.c.Q.

En vertu des articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q., le droit de dissolution doit être exercé de bonne foi et non à contretemps ou dans un temps non préjudiciable à la société¹⁸³. De plus, les articles 1896 C.c.B.-C. et 2261 C.c.Q. permettent, pour une cause légitime, la dissolution judiciaire de la société¹⁸⁴.

Or, ne devrait-on pas préconiser en quelque sorte l'absorption des articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. par les articles 1896 C.c.B.-C. et 2261 C.c.Q. ? Par cette technique, la «bonne foi» et l'absence de «temps préjudiciable» ou de «contretemps», nécessaires à l'exercice du droit de dissolution (article 1895 C.c.B.-C. et article 2260 C.c.Q.) seraient assimilées à la «cause légitime» permettant la dissolution judiciaire (article 1896 C.c.B.-C. et article 2261 C.c.Q.). En effet, le fait d'être prisonnier à vie d'une société constitue certainement une cause légitime de dissolution au sens des articles 1896 C.c.B.-C. et 2261 C.c.Q.

Bien que l'article 1896 C.c.B.-C. n'ait pas encore été expressément utilisé à cette fin¹⁸⁵, cette solution comporte plusieurs attraits. Elle élimine les périls entourant la dissolution unilatérale, et permet à toutes les parties de faire valoir leurs arguments respectifs avant que ne soit ordonnée une dissolution judiciaire. Cette solution a aussi l'avantage d'inciter les associés voulant continuer la société à offrir une juste compensation à l'associé désireux de quitter le pacte social. Il obtiendra ainsi fort probablement une meilleure valeur marchande pour sa part sociale que par l'entremise de la dissolution de la société. De plus, devant une véritable impasse, le tribunal aurait toujours le pouvoir d'ordonner la dissolution d'une société lorsqu'un associé s'y trouve prisonnier.

Un autre des avantages de la dissolution judiciaire par rapport à la dissolution unilatérale est que le mécanisme de la dissolution judiciaire permet de demander au tribunal la dissolution de la société pour toute *cause légitime*. Ainsi, alors qu'un engagement social d'une trentaine d'années ne permet pas de recourir au droit de dissolution unilatérale, un pacte d'une telle durée pourra représenter, en certaines circonstances, une *cause légitime* de dissolution judiciaire. On voit donc qu'un recours à la dissolution judiciaire protégerait plus adéquatement la liberté des individus que ne peut le faire le droit de dissolution unilatérale.

Finalement, la nature judiciaire de la technique prévue aux articles 1896 C.c.B.-C. et 2261 C.c.Q. ne devrait pas être perçue comme un recul par rapport au procédé prévu aux articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. En effet, il est fort probable que toute tentative de dissolution en vertu des articles 1895 C.c.B.-C.

¹⁸³Voir *supra* note 38.

¹⁸⁴L'article 1896 C.c.B.-C. limite ce recours au cas où la durée de la société est limitée alors que l'article 2261 C.c.Q. peut être invoqué dans toute société en participation, que sa durée soit limitée ou non. Voir le texte de ces articles, *supra* notes 39, 77.

¹⁸⁵L'affaire *Lévesque c. Phaneuf* (20 novembre 1992), Drummond 405-05-000024-927, J.E. 93-103 (C.S.), sans faire expressément mention de l'article 1896 C.c.B.-C., semble adopter cette technique en exigeant que l'associé justifie la légitimité de l'exercice de son droit de dissolution unilatérale en vertu de l'article 1895 C.c.B.-C.

et 2260 C.c.Q. sera de toute façon contestée devant les tribunaux, tout particulièrement si un terme jugé excessif par un des associés a été prévu au contrat.

Il est intéressant de noter que cette solution avait été retenue en France jusqu'à la réforme du droit des sociétés de 1978. La règle prévue à l'article 1871 C. civ. de l'époque (équivalent aux actuels articles 1896 C.c.B.-C. et 2261 C.c.Q.) avait en pratique incorporé l'article 1869 C. civ. (équivalant aux actuels articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q.). L'absence de «contretemps» et la «bonne foi» nécessaires à l'exercice du droit de dissolution (1869 C. civ.) étaient assimilées par la jurisprudence aux «justes motifs» permettant la dissolution judiciaire (1871 C. civ.)¹⁸⁶. Cette solution, déjà réalisée en pratique, s'est imposée en droit dans le nouvel article 1844-7, alinéa 1, paragraphe 5 C. civ. qui ne prévoit plus que la demande de dissolution anticipée pour juste motif¹⁸⁷. La volonté d'un associé ne figure donc plus en France parmi les causes de dissolution d'une société (sauf, comme au Québec, pour la société en participation)¹⁸⁸.

Peut-être devrions-nous adopter l'approche qui prévalait en France jusqu'à la réforme du droit des sociétés de 1978 ? Ou encore, serait-il plus approprié d'appliquer au contrat de société les règles du droit commun des contrats à exécution successive de durée indéterminée ? Quoi qu'on en pense, une chose est certaine : à défaut d'être parfaites, ces deux propositions gèrent le droit de dissolution unilatérale de façon plus raisonnable que ne le fait la règle ayant actuellement la faveur des autorités, tout en protégeant la liberté de l'associé de façon supérieure.

Conclusion

Assimiler le droit de dissolution unilatérale prévu aux articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. à un mécanisme protecteur de la liberté de l'associé mène à une solution artificielle, inefficace pour l'associé et catastrophique pour la société. En effet, interpréter les articles 1895 C.c.B.-C. et 2260 C.c.Q. comme conférant un droit de dissolution unilatérale dans les cas où la durée prévue de la société est supérieure à la vie de ses membres résulte, comme on l'a vu, en une instabilité contractuelle majeure et réalise de façon inéquitable et inefficace les objectifs invoqués par les auteurs à l'appui d'une telle interprétation.

¹⁸⁶Lapoyade-Deschamps, *supra* note 27 à la p. 125 ; F. Caporale, *supra* note 136 au n° 21. En effet, l'existence d'un possible redressement monétaire pour l'associé voulant quitter et la prospérité de la société, constituaient deux motifs de rejet d'une demande de dissolution. On jugeait, en effet, que dans ces deux cas, le droit de dissolution était invoqué à contretemps ou de mauvaise foi.

¹⁸⁷*Ibid.*

¹⁸⁸Voir l'article 1872-2 C. civ. Il paraissait en effet pour le moins surprenant qu'un associé parvint à détruire, par sa seule volonté, une société bâtie par des volontés convergentes, empêchant ainsi toute prévision raisonnable dans la gestion de l'entreprise. Cette forme indirecte de retrait (qui provoquait en réalité le retrait de tous les associés) était devenue quelque peu vétuste. Son champ d'application, progressivement rétréci par l'influence croissante de l'article 1871 C. civ. et par l'arbitraire détermination de ce que constitue une société à durée illimitée, n'en faisait plus qu'une arme symbolique contre la menace de demeurer prisonnier de certaines sociétés (Lapoyade-Deschamps, *supra* note 27 aux pp. 124-25).

C'est par une méconnaissance de la nature juridique de la société, à mi-chemin entre l'institution et le contrat, qu'on a depuis toujours refusé d'appliquer à la société le droit commun des contrats à exécution successive en matière de résiliation unilatérale. Pourtant, les principes généraux du droit des obligations, appliqués à la situation de l'associé, dans le respect de la nature de la société, permettent de trouver un équilibre heureux entre la liberté du sociétaire et la stabilité de l'édifice social.

L'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* est l'occasion toute choisie pour mettre en application ces principes et ainsi faire en sorte que tout associé, en vertu des deux codes civils, puisse protéger sa liberté individuelle de façon adéquate sans pour autant compromettre, à tout coup, l'existence de la société. Le droit civil est riche en solutions juridiques de toutes sortes. Le respect et la connaissance de ses principes fondamentaux sont les clés qui en révèlent les trésors.
