

L'IMPASSE (DEADLOCK) EN MATIÈRE DE DIFFÉRENDS ENTRE ACTIONNAIRES AU QUÉBEC

Me Charles Nadeau, Me Patrick Desalliers
Stikeman Elliott¹

Les sociétés qui ont un petit nombre d'actionnaires font parfois face à des situations lors desquelles un différend risque de perturber, voire même d'interrompre le fonctionnement de la société. Ce scénario, connu en tant qu'« impasse », présente un défi particulier pour ces sociétés et pourrait nécessiter l'intervention des tribunaux. Cet article envisage les deux recours principaux permettant de résoudre l'impasse, soit la dissolution et le recours en redressement pour cause d'abus, et examine les critères utilisés par les tribunaux pour déterminer laquelle de ces mesures doit être appliquée. Il discute également des diverses ordonnances provisoires et définitives à la disposition des tribunaux.

Corporations with a small number of shareholders sometimes encounter situations where a dispute threatens to interfere with or even halt the operations of the corporation. "Deadlock" scenarios pose a particular challenge to such corporations and may require intervention of the Courts. This article considers the two principal recourses available to overcome deadlock, namely the dissolution and oppression remedies, and examines the criteria used by the Courts in determining which remedy to apply. This article also discusses various provisional and final orders at the disposal of the Courts.

1. Introduction

Les praticiens en litige corporatif font parfois face à une situation où leur(s) client(s) les informe(nt) d'un différend entre actionnaires et administrateurs qui rend plus difficile, voire qui paralyse les opérations de la société par actions.

Parfois, la situation est si problématique qu'elle ne peut perdurer sans l'intervention de la Cour pour imposer un divorce corporatif entre les parties opposées.

Une telle situation est connue sous la notion juridique de l'« impasse » ou « deadlock » au sein de la société par actions, laquelle soulève l'épineuse

¹ Les auteurs remercient Marjorie Bouchard pour son assistance de recherche.

question pour les praticiens et pour les juges de savoir quel(s) remède(s) doit(vent) être ordonné(s) afin de dénouer la problématique.

Dans le présent article, nous définirons d'abord la notion juridique de l'impasse et nous ferons par la suite un bref survol des deux principaux recours utilisés afin de faire cesser l'impasse, soit le recours en liquidation de la société et le recours en redressement. Puis, nous analyserons les critères fondamentaux observés par la Cour afin d'octroyer le remède approprié en cas d'impasse. Enfin, nous passerons en revue les principaux remèdes qui s'offrent aux praticiens et aux tribunaux pour dénouer l'impasse et ce, autant au stade intérimaire qu'au mérite.

2. Définition de l'impasse (Deadlock)

Au sein des sociétés par actions ayant un petit nombre d'actionnaires et d'administrateurs, divers facteurs peuvent créer, au fil du temps, des situations de tensions menant à des conflits entre actionnaires: différends familiaux, divergences de visions/philosophies quant aux orientations de l'entreprise, conflits de personnalités, changement soudain des rapports de force suite au décès d'un actionnaire, différend quant aux politiques de réinvestissement ou de dividende, la rémunération, la réduction des dépenses, les garanties bancaires, les investissements à effectuer,² etc.

Parfois, ces situations de tensions peuvent être aiguës au point de menacer le bon fonctionnement des opérations de l'entreprise. Or, lorsqu'il y a un actionnaire de contrôle pouvant contrôler le processus décisionnel au niveau du conseil d'administration, celui-ci pourra exercer son vote en conséquence et éviter la situation d'impasse.

Toutefois, qu'en est-il lorsque la société par actions compte deux actionnaires, ou bloc d'actionnaires, à 50 %, qui se partagent également le contrôle du conseil d'administration et qui sont engagés dans un différend irréconciliable au sujet des opérations de l'entreprise?

Cet exemple reflète la notion juridique de l'« *impasse* » au sein de la société par actions, c'est-à-dire une paralysie des activités corporatives par suite de l'incapacité des administrateurs de s'entendre sur les opérations de celle-ci de sorte qu'aucune solution interne ne soit envisageable par les parties³.

² *Goldberg c Goldberg*, 2015 QCCS 2703 au para 36 [*Goldberg*].

³ *Ain c Centre d'Achats Centreville (Longueuil) Inc.*, [1995] JQ no 1664 (CS) au para 21; *Windheim v Les Promotions Taillon*, 2003 CanLII 33248 (Qc CS) aux para 83, 168 [*Windheim*]; *Goldberg*, *supra* note 2 au para 35.

Une égalité de voix au sein du conseil d'administration où s'opposent deux groupes d'administrateurs n'est pas nécessairement suffisante pour constituer une impasse puisque les actionnaires pourraient élire de nouveaux administrateurs en mesure de s'entendre. Inversement, une mésentente entre deux actionnaires détenant chacun 50 % des actions avec droit de vote ne peut constituer en soi une impasse si le conseil d'administration est toujours en mesure de diriger les affaires de la compagnie. Autrement dit, l'impasse doit se situer tant au niveau de l'actionnariat qu'à celui du conseil d'administration de la société⁴.

Un désaccord ou conflit interpersonnel fondamental et irréconciliable entre actionnaires et administrateurs, bien que constituant un critère important de l'impasse⁵, ne suffit pas en soi pour constituer une impasse au sens juridique. En ce sens, il convient de référer aux propos de la Cour supérieure de l'Ontario dans l'affaire *Animal House* :

[56] First, as mentioned, I am not persuaded that the court's equitable discretion under s. 207(1)(b)(iv) of the Act can be invoked merely to address disharmony among the shareholders in a private corporation. Quarrelling and incompatibility, even to the point of a breakdown in the personal relationships between shareholders of a private company, are not, by themselves, sufficient grounds for an equitable winding-up of the corporation.⁶

[nos soulignements]

Il convient aussi de référer aux propos suivants tirés de l'affaire *Hatskin* de la Cour du banc de la Reine du Manitoba :

... The fact that shareholders do not get along does not in itself give a disappointed shareholder a right to a remedy. The deadlock that may justify a remedy is one that defeats the reasonable expectations of the parties and puts at risk the proper business of the corporation.⁷

[nos soulignements]

Le désaccord ou le conflit, pour se qualifier juridiquement d'impasse, doit paralyser ou à tout le moins compromettre gravement la marche normale de la société :

⁴ Paul Martel, *La société par actions au Québec. Les aspects juridiques*, vol 1, Montréal, Wilson & Lafleur, Martel Ltée, 2016 aux para 34–42 [Martel].

⁵ *Daoust v Daoust*, 2013 ONCS 7504 au para 68 [Daoust].

⁶ *Animal House Investments Inc v Lisgar Development Ltd*, 2007 CanLII 82794 (ON SC) au para 56 [Animal House].

⁷ *Hatskin v Prober*, 2011 MBQB 216 au para 18 [Hatskin].

25 Même s'il y a eu effectivement désaccord sérieux et persistant entre les frères Claude et Paul-Emile sur le contrôle de la compagnie, il n'en résulte pas une impasse au sens dudit article.

26 Le texte anglais de l'article traduit le mot «impasse» par celui de «deadlock»; le mot «impasse» signifie une situation dont on ne saurait sortir heureusement; le mot «deadlock» est plus rigoureux et signifie «standstill»; or, la preuve établit que nonobstant les différends survenus entre les frères, la compagnie continue ses affaires et que rien ne fait obstacle à ce que des décisions puissent être prises par le conseil d'administration tel que présentement constitué.

27 Enfin, même si l'on pouvait assimiler le désaccord survenu dans les circonstances [...] à une impasse ou « deadlock », cette impasse ou « deadlock » ne paralyse nullement et ne compromet pas gravement la marche normale de la compagnie; en effet, la preuve établit que, non seulement les affaires de la compagnie se continuent régulièrement et normalement et sont gérées efficacement, mais qu'elles se sont même améliorées au cours des derniers mois.⁸

[nos soulignements]

Par contre, un seuil de conflit interpersonnel menant à la perte totale de confiance entre l'une ou l'autre (ou les deux) des factions qui s'opposent⁹ déclenchera la notion juridique de l'impasse lorsque cette perte totale de confiance mène, à court ou moyen terme, à une paralysie de l'entreprise¹⁰.

En effet, dans un tel cas, la perte irrémédiable de confiance compromet gravement pour le futur la marche normale de la compagnie, faisant ainsi le pont entre le critère du conflit interpersonnel et celui de la mise en péril de la marche normale de la compagnie :

⁸ *Lefebvre c Lefebvre frères Ltée*, 1960 CarswellQue 39 (CS) aux para 25–27; Voir aussi *Touchette c Touchette Auto location Ltée*, 2005 QCCA 1194 au para 23 [*Touchette*]: « En l'espèce, on ne saurait alléguer l'impasse, comme le juge semble le faire. Les sociétés sont actives et leurs affaires sont conduites normalement. Pierre Touchette assimile sa situation personnelle d'actionnaire minoritaire insatisfait des offres de rachat de ses intérêts avec la paralysie de l'administration des compagnies. [...] » [nos soulignements]; *Wiecek v Marian Wiecek Fish & Swim Club et al.*, 2011 MBQB 139 au para 31; *Hull Limited v Bean Services Inc.*, 2013 BCSC 1208 au para 91: « I am not satisfied that there has been a breakdown in the general decision-making process ... ».

⁹ *Sparco Holdings Inc et al. v Willdamerle Holdings Ltd et al.*, 2008 MBQB 281 aux para 69, 75 [*Sparco Holdings*]; *Whiteside v 1188683 Ontario Inc.*, 2008 CanLII 51784 (Ont SC) au para 32; *Stel-Van Homes Ltd v Fortini*, 2001 CanLII 28376 (Ont SC) aux para 190–192 [*Stel-Van Homes*]; *King City Holdings Ltd v Preston Springs Gardens Inc.*, 2001 CanLII 28368 (Ont SC) au para 12 [*Preston Springs Gardens*]; *Daoust*, *supra* note 5 au para 21.

¹⁰ *Rady et al. v Silpit Industries Co Ltd*, 2014 MBQB 145 aux para 41, 43 [*Hicks*], conf sur ce point en appel: 2016 MBCA 11 aux para 48–71 [*Rady (appel)*].

[64] [...] The extent and number of Willdamerle's ongoing allegations depict the level of antipathy, distrust and suspicion that now typifies the relationship. The nature of Willdamerle's suspicions has, in turn, given rise to distrust on the part of Sparco. The now mutual antipathy and suspicion makes relevant McPherson C.J.M.'s comments in *Re Purvis Fisheries Ltd.*, [1955] 1 D.L.R. 93 at 96, (1954), 62 Man. R. 346 (C.A.):

It could not be expected, nor do I think it would be possible, for the company to carry on business with approximately one-half of the shareholders having every reason to be suspicious of, and to have lost all faith in, the owner of the remainder of the company's stock.¹¹

[nos soulèvements]

Enfin, pour que le tribunal soit justifié d'intervenir, l'impasse doit persister dans le temps, par opposition à un conflit passager:

[...] The term "deadlock" describes a situation in which the general decision making process within the corporation has broken down and there is no realistic prospect of it being repaired.

[...]

Deadlock does not mean a temporary impasse. The deadlock must be ongoing to justify such an order being made [dissolution judiciaire]; a single instance or isolated instances of disagreement do not afford sufficient grounds. There must be such a sufficiently serious disagreement that it would not be reasonable to believe the shareholders will resolve their differences and cooperate in the running of the corporation.¹²

[nos soulèvements]

L'affaire *Palmieri* nous donne une excellente définition jurisprudentielle de l'impasse en reprenant les critères ci-dessus:

¹¹ *Sparco Holdings*, *supra* note 9 au para 63. Voir aussi *Falus v Martap Developments 87 Limited*, 2012 ONSC 2301 au para 44, conf par 2013 ONSC 4115.

¹² Kevin P McGuinness, *Canadian Business Corporations Law*, 2^e éd, Markham (Ont), LexisNexis, 2007 aux para 15.60–15.61. Voir aussi Jacob S Ziegel, *Studies in Canadian Company Law. Études sur le droit canadien des compagnies*, vol 2, Toronto, Butterworths, 1973 aux pp 298–304: « [...] the disagreement must be present, serious and persistent to avoid being treated as a mere domestic quarrel or as being of a merely temporary character. The more permanent and hopeless the deadlock is, the greater the chance of inducing the court to interfere. » [nos soulèvements]; *Daoust*, *supra* note 5 au para 60 (impasse d'une durée de trois ans).

[...] there is an equal split or nearly equal split of shares and control; there is a serious and persistent disagreement as to some important questions respecting the management or functioning of the corporation; there is a resulting deadlock; and the deadlock paralyzes and seriously interferes with the normal operations of the corporation.¹³

En somme, nous sommes d'avis que l'impasse, au sens juridique, se définit et est constituée des éléments suivants :

- i. Un conflit fondamental et irréconciliable entre deux actionnaires (ou groupes) égaux d'une société, caractérisé par une perte de confiance entre l'une et l'autre des factions qui s'opposent;
- ii. Aucune solution interne n'est envisageable par les parties pour dénouer le conflit, incluant la nomination d'un nouveau conseil d'administration;
- iii. Un conflit qui perdure dans le temps;
- iv. Un conflit qui empêche la prise de décisions corporatives tant au niveau actionnarial qu'au niveau du conseil d'administration de la société;
- v. Un conflit qui entraîne une paralysie des activités de la société ou qui compromet à tout le moins gravement la marche normale de la compagnie pour le futur.

Notons qu'outre le cas typique d'impasse dans le cadre d'un actionnariat détenu également à 50 %, l'impasse pourrait aussi se présenter dans le cas où le partage des actions de la société est inégal mais des clauses de veto ou d'imposition d'un quorum élevé dans une convention unanime entre actionnaires paralysent le fonctionnement de l'entreprise¹⁴.

¹³ *Palmieri v A.C. Paving Co* (1999), 48 BLR (2^e) 130 (BC SC) au para 28 [*Palmieri*]; Voir aussi *Kinzie v The Dells Holdings Ltd*, 2010 BCSC 1360 aux para 10–11 [*Kinzie*]; *Wong v Mee Hoi Bros. Company Ltd*, 2010 BCSC 1824 aux para 210–12.

¹⁴ *Gold v Rose*, [2001] OJ No 12 (SC) au para 20 [*Gold*]: « [...] Each group of individuals has firmly held views and a different philosophy about the management of the corporations. The voting provisions which they have chosen in their shareholders' agreement prevent one group from imposing its choice of manager on the other. Such a deadlock has, in a number of cases, been sufficient for the court to find that it is just and equitable to wind up the corporation. » [nos soulignements]; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c 2849-2478 Québec Inc.*, JE 97-636 (CS).

3. Principaux recours pour faire cesser l'impasse

En droit des sociétés, il existe deux principaux recours pour faire cesser une situation d'impasse, soit le recours en liquidation de la société ou le recours en redressement (communément appelé le « recours en oppression »¹⁵).

D'un point de vue théorique, la notion juridique de l'impasse analysée ci-haut ne comprend pas de critère d'abus et certains pourraient par conséquent voir celle-ci comme ne relevant en fait que du recours en liquidation de la société et non pas du recours en oppression. Toutefois, d'un point de vue pratique et stratégique, nous verrons que l'impasse est aussi invoquée au sein du recours en oppression lorsqu'elle est accompagnée d'abus (voir Section 3B).

L'objectif de cette Section est de faire un bref survol de ces recours afin de voir lequel est le plus approprié dans le contexte d'une situation d'impasse.

Aussi, nous partons de la prémisse que le tribunal a conclu qu'il est face à une situation juridique d'impasse, telle que décrite ci-dessus dans la Section II.

A) Le recours en liquidation de la société

Pour mettre fin à une situation d'impasse, le recours en liquidation de la société s'avère un véhicule procédural clé.

La requête en liquidation d'une société par actions s'effectue en vertu de l'article 214 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (« **LCSA** »)¹⁶ ou des articles 463 et 464 de la *Loi sur les sociétés par actions du Québec* (« **LSA** »)¹⁷.

Tant en vertu de la loi canadienne que de la loi québécoise, le tribunal peut ordonner la dissolution d'une société par actions à la demande d'un actionnaire dans l'un ou l'autre des cas suivants:

1. Il constate que la société agit abusivement à l'égard des détenteurs de valeurs mobilières de la société, de ses administrateurs ou de

¹⁵ Cette expression sera employée dans ce texte.

¹⁶ *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, LRC 1985, c C-44 [LCSA].

¹⁷ *Loi sur les sociétés par actions*, LRQ c S-31.1 [LSA].

ses dirigeants¹⁸, ou se montre injuste à leur égard en leur portant préjudice¹⁹ (articles 214 (1)a LCSA et 463(1°) LSA).

2. Il constate la survenance d'un événement qui, selon une convention unanime des actionnaires, permet à l'actionnaire d'exiger la dissolution (articles 214(1)b(i) LCSA et 463(2°) LSA) ou
3. Il estime qu'une telle dissolution est **une mesure juste et équitable dans les circonstances** (articles 214(1)b(ii) LCSA et 463(3°) LSA).

Quant au premier cas de liquidation relatif aux comportements abusifs prévu aux articles 214(1)a LCSA et 463(1°) LSA, force est de constater une certaine redondance avec le recours en oppression dont nous parlerons plus loin.

En effet, aux articles 214(1)a LCSA et 463(1°) LSA, le législateur utilise essentiellement la même terminologie que celle des articles 241(1) LCSA et 451 LSA et indique qu'en cas d'abus, la liquidation ou dissolution de la société peut être octroyée. La liquidation et la dissolution étant déjà des remèdes prévus aux articles 241(3)(l) LCSA et 451(12°) LSA, nous pouvons nous questionner sur l'utilité des articles 214(1)a LCSA et 463(1°) LSA qui répètent en fait des concepts compris dans le recours en oppression²⁰. Autrement dit, même le requérant qui désire mettre fin à la société par la voie de la liquidation (plutôt que de la continuer avec des adaptations), pourrait utiliser l'article 241(1) LCSA ou 451 LSA, plutôt que l'article 214(1)a LCSA ou 463(1°) LSA.

Pour ce qui est du deuxième cas, soit la survenance d'un événement qui, selon une convention unanime des actionnaires, permet à l'actionnaire d'exiger la dissolution (articles 214(1)b(i) LCSA et 463(2°) LSA), nous pourrions penser par exemple au cas de décès de l'un des actionnaires qui,

¹⁸ L'article 214(1)a LCSA donne également ouverture au recours dans le contexte de l'abus des droits d'un créancier, contrairement à l'article 463(1°) LSA qui n'inclut pas les cas d'abus des droits des créanciers.

¹⁹ L'article 214(1)a LCSA donne également ouverture au recours dans le contexte où la société « ne tient pas compte des intérêts » des parties prenantes énumérées, contrairement à l'article 463(1°) LSA qui n'inclut pas les cas où il y a défaut de tenir compte desdits intérêts.

²⁰ Il faut dire que le recours en liquidation des articles 214 LCSA et 463(1°) LSA ne peut être exercé que par un actionnaire, alors que le recours en oppression peut être exercé par un « plaignant », ce qui est plus large. Néanmoins, à tout le moins en ce qui a trait à l'actionnaire, il semble qu'il puisse passer par le recours en oppression de l'article 241 LCSA et obtenir une liquidation exactement dans les mêmes circonstances d'abus que celles prévues aux articles 214(1)a LCSA et 463(1°) LSA.

selon la convention, permettrait aux autres actionnaires de faire liquider la société. À défaut de collaboration par la succession de l'actionnaire décédé, le recours en liquidation pourrait être utilisé.

Quant au troisième cas, la dissolution comme une mesure « juste et équitable » dans les circonstances, la jurisprudence a clairement établi que l'impasse est l'une des quatre circonstances typiques²¹ suivant laquelle il est juste et équitable d'ordonner la dissolution judiciaire²².

Autant en vertu de la LCSA (art 214(2)) que de la LSA (art 464), bien qu'il y soit question d'un recours en « liquidation », dans la mesure où la Cour a conclu qu'il y a impasse et qu'elle est par conséquent face à une circonstance où il est juste et équitable d'ordonner la dissolution de la société²³, **la Cour conserve néanmoins son pouvoir d'ordonner un autre remède prévu dans le contexte du recours en oppression** qui serait plus approprié en l'espèce:

[43] Here deadlock does exist and it is just and equitable to exercise my discretion pursuant to section 207 of the OBCA. However, the company need not be wound up. In the face of deadlock and the exercise of the court's just and equitable jurisdiction, resort may be had to the remedies contained in section 248 of the Act.²⁴

[nos soulignements]

Le vaste éventail d'ordonnances à la disposition du tribunal se retrouve dans la liste non exhaustive de l'article 241(3) LCSA pour les sociétés fédérales et des articles 451 et 452 LSA pour les sociétés provinciales.

L'utilité évidente de l'article 214(1)b)(ii) LCSA (art 463(3°) LSA), qui parle de mesure « juste et équitable » sans parler d'abus, est de créer

²¹ *Wittlin v Bergman*, 1995 CanLII 790 (Ont CA) [*Bergman*] : « The usual situation for a finding that liquidation or dissolution is appropriate is where a corporation is deadlocked with each of two shareholders or groups of shareholders holding 50 per cent of the shares. In such a situation, if the shareholders cannot work together, the company is likely doomed to failure within a foreseeable time. To avoid the inevitable deterioration in value of the company, liquidation or dissolution could be the appropriate solution. » [nos soulignements]

²² Les autres circonstances typiques sont (i) la perte de *substratum* ou de la raison d'être de la société, (ii) la perte de confiance dans l'administration et (iii) la doctrine de la société ou « partnership analogy ».

²³ *Rady (appel)*, *supra* note 10 au para 72.

²⁴ *Hicks v Pacific Canada Resources Inc*, 2011 ONSC 3720 au para 43 [Hicks]; *Kinzie*, *supra* note 13 au para 9; *Le Maitre Limited v Segeren*, 2009 CanLII 6419 (Ont SC) au para 54 [Segeren]; *Bergman*, *supra* note 21 : « Section 214, although it deals with liquidation or dissolution, does not constrict a judge, on an application under the section, to ordering such drastic results. »

une forme d'impasse « sans faute », sans oppression. Cela procure donc l'avantage pour un actionnaire de pouvoir obtenir les remèdes prévus au recours en oppression, incluant la liquidation, et ce, sans même à devoir prouver l'oppression.

Cela ne veut pas dire toutefois que la Cour ne sera pas intéressée de savoir qui est à l'origine de l'impasse afin de moduler le remède le plus approprié dans les circonstances. Nous reviendrons plus loin sur les critères fondamentaux à l'octroi de remèdes appropriés en cas d'impasse et les principaux remèdes interlocutoires et au mérite pour dénouer l'impasse.

B) Le recours en oppression

Outre le recours en liquidation de la société, le recours en oppression s'offre lui aussi comme un véhicule procédural possible pour mettre fin à une situation d'impasse accompagnée d'abus.

Les circonstances qui donnent ouverture au recours en oppression sont prévues aux articles 241(1)-(2) LCSA et 450 LSA²⁵.

De manière générale, l'existence seule d'un conflit entre les parties, telle une situation d'impasse, n'est pas suffisante en soi, en l'absence d'oppression (abus/injustice causant préjudice/ne pas tenir compte des intérêts), pour justifier l'émission d'ordonnances en vertu des principes propres au recours en oppression :

[136] Personal disputes between shareholders or disagreements over management decisions and corporate policies alone are not sufficient to justify judicial interference through an oppression remedy. Similarly, a corporate deadlock between equal shareholders will not normally justify a finding of oppression and the granting of relief. [...] ²⁶

[nos soulignements]

²⁵ Pour une analyse des distinctions entre le recours en oppression fédéral par rapport à celui du Québec, voir Charles Nadeau, Patrick Desalliers et Alexandre Thériault-Marois, « Le recours en oppression québécois: où en sommes-nous? » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit des affaires* (2014), vol 390, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014, 25.

²⁶ *Jeffrie v Hendriksen*, 2013 NSSC 50 au para 136, analyse sur l'oppression confirmée en appel à 2015 NSCA 49 aux para 60–65. Voir aussi *176283 Canada Inc c St-Germain*, 2011 QCCA 608 au para 15 [*St-Germain*]: « Certes, le conflit est important entre les parties, mais un conflit, en soi, n'emporte pas un abus ou une injustice au sens de l'article 241 L.C.S.A. » [nos soulignements]; *Cariboo Western Lumber Ltd v Mochizuki et al*, 2000 BCSC 1537 aux para 43, 46.

En effet, comme il est mentionné, la définition juridique de l'impasse ne comporte pas en soi les critères requis pour faire valoir un recours en oppression.

Dans l'arrêt de principe *BCE*, la Cour suprême du Canada indique que le recours en oppression confère au tribunal un vaste pouvoir d'imposer le respect non seulement du droit, mais de l'équité, ce qui implique que les ordonnances rendues doivent tenir compte de la réalité commerciale et des attentes raisonnables des parties intéressées²⁷.

Dans le cadre d'un recours en oppression, la Cour procède à une analyse en deux temps visant (1) à déterminer si le plaignant a une attente raisonnable²⁸ et (2) si cette attente raisonnable a été frustrée par un comportement qui correspond à un « abus », un « préjudice injuste » ou une « omission injuste de tenir compte » (sous la LCSA seulement) d'un intérêt pertinent:

[68] En résumé, les considérations qui précèdent indiquent que le tribunal saisi d'une demande de redressement pour abus doit répondre à deux questions interreliées : (1) La preuve étaye-t-elle l'attente raisonnable invoquée par le plaignant? (2) La preuve établit-elle que cette attente raisonnable a été frustrée par un comportement qui correspond à la définition d'un « abus », d'un « préjudice injuste » ou d'une « omission injuste de tenir compte » d'un intérêt pertinent?²⁹

[nos soulignements]

Il s'ensuit que dans le contexte d'une impasse, **si celle-ci n'est pas accompagnée d'un comportement oppressif** à l'encontre des attentes raisonnables de l'actionnaire qui intente le recours, le **seul recours viable** pour faire cesser l'impasse est le recours en liquidation de la société comme mesure juste et équitable (article 214(1)(b)(ii) LCSA et article 463(3°) LSA) puisqu'un tel recours ne requiert pas de la Cour qu'elle conclue à de l'oppression:

The trial judge found that there was no oppression, and that therefore the oppression provisions of s. 241(2) of the Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, do not apply. The identical provisions of s. 214(1)(a), setting out grounds for dissolution of the corporation, must, therefore, be equally inapplicable. The facts of this case do not engage s. 214(1)(b) (i); therefore, this leaves only the possibility of

²⁷ *BCE Inc c Détenteurs de débetures de 1976*, [2008] 3 RCS 560 aux para 58–59 [BCE].

²⁸ Pour les critères pertinents à la détermination des attentes raisonnables, voir *ibid* au para 72.

²⁹ *Ibid* au para 68.

resort to s. 214(1)(b)(ii) [dissolution comme mesure juste et équitable] for dealing with the problems facing the parties.³⁰

[nos soulignements]

Toutefois, si l'actionnaire qui intente le recours pour faire cesser l'impasse est en mesure de démontrer un comportement oppressif de la part de son coactionnaire, celui-ci sera avisé d'invoquer également les dispositions du recours en oppression et de faire une telle démonstration puisque celle-ci fera vraisemblablement peser la balance en sa faveur quand viendra le temps pour la Cour de choisir le remède approprié pour faire cesser l'impasse. En effet, s'il ne l'a pas fait d'emblée, il sera difficile pour l'actionnaire ayant intenté le recours en liquidation d'alléguer plus tard qu'il y avait en fait situation d'oppression alors qu'il n'avait au départ soulevé que les articles 214(1)(b)(ii) LCSA et 463(3°) LSA:

[11] Although the same remedies are available under either section [recours en liquidation et recours en oppression], there is an important difference between them that may affect the choice of remedy in a particular case. Unlike s. 324, s. 227 of the BCA requires a finding of wrongful conduct or bad faith by the company or its directors that harms the legal or equitable interest of a shareholder: BCE Inc. v. 1976 Debentureholders, 2008 SCC 69 at paras. 66-67; Walker v. Betts, 2006 BCSC 128 (CanLII) at paras. 80-81. In S.G. & S. Investments (1972) Ltd. v. Golden Boy Foods Inc. (1991), 1991 CanLII 5720 (BC CA), 56 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.), Southin J.A. stated at 280:

If oppression has been established, then ordinarily it would not be right to make an order sought by the respondent to which the oppressed petitioner objects. It is not, generally, a proper exercise of discretion for the court to reward the wrongdoer.

But where, as here, what has been established is a deadlock, the court may properly order the purchase by any shareholder of the shares of any other. Deadlock is not of itself oppression and does not necessarily connote wrongdoing by either party.

[12] In this case, there is no doubt and no dispute about the existence of a classic deadlock that makes an order under s. 324 appropriate. However, in determining what remedy will provide a just and equitable solution as between these parties, it is still necessary to consider Mr. Schmiing's oppression claim because, if he has

³⁰ *Bergman*, *supra* note 21. Voir aussi *Hicks*, *supra* note 24 au para 42: « [42] On the other hand, clearly there is a deadlock. Under section 207 of the *OBCA* [le recours en liquidation], the court may consider whether it is just and equitable to wind up the corporation. A finding of oppression need not be made. Deadlock may ground the exercise of that discretion. [...] » [notre emphase]; *Wong v Mee Hoi Bros. Company Ltd*, 2010 BCSC 1824 aux para 40-41.

been the victim of oppressive conduct, the equities may weigh more heavily in his favour.³¹

[notre emphase]

En somme, si l'impasse s'accompagne d'oppression, le recours en oppression devrait se greffer au recours en liquidation en tant que mesure juste et équitable afin de permettre à l'actionnaire plaignant d'augmenter ses chances d'obtenir le remède qu'il recherche.

En effet, nous verrons dans la Section suivante qu'il est pertinent pour la Cour, afin de déterminer le choix du bon remède, d'analyser si une partie est responsable de l'impasse ou d'autres inconduites afin d'éviter de prononcer un remède favorable à cette partie.

Aussi, en pratique, il est souvent impossible pour le praticien de déterminer, au début d'un dossier litige et avant que tous les faits n'émergent de la preuve qui sera éventuellement présentée et effectivement retenue par le juge, que le dossier en est réellement un **(i)** d'impasse sans oppression, **(ii)** d'oppression sans impasse ou **(iii)** d'impasse accompagnée d'oppression.

Par conséquent, dans un dossier en apparence d'impasse, la prudence imposera souvent au praticien de ne pas se restreindre au seul recours en liquidation en tant que mesure juste et équitable et d'aussi invoquer le recours en oppression si certains faits peuvent mener à une conclusion d'abus.

4. Critères fondamentaux pour l'octroi d'un remède en cas d'impasse

En règle générale, les tribunaux évalueront trois critères fondamentaux afin de déterminer quel est le remède approprié dans le cas d'une impasse, soit les attentes raisonnables des parties, la théorie des mains propres (liée à l'oppression) et la nature intrusive du remède³².

A) Attentes raisonnables

Même si le recours utilisé pour résoudre l'impasse est le seul recours en liquidation de la société comme mesure juste et équitable (articles 214(1) (b)(ii) LCSA et 463(3^o) LSA), donc en l'absence d'oppression, les attentes raisonnables des parties peuvent constituer un critère utilisé pour déterminer le remède approprié:

³¹ *Mostyn v Schmiing*, 2011 BCSC 275 aux para 11–12.

³² *Gold*, *supra* note 14 au para 23.

[20] It appears to me that when fashioning a remedy under ss. 207(2) of the Act [recours en liquidation] the reasonable expectations of the principals may be relevant. In Naneff, Galligan J.A. focused on the meaning of the word “fit” in ss. 248(3) of the Act as the basis for the principle that the reasonable expectations of the parties should be considered in crafting a remedy under the oppression remedy section; the same wording, permitting the court to make any order it thinks “fit”, also appears in ss. 207(2) of the Act. Assuming but not deciding that the reasonable expectations principle is relevant, an auction process, in which the parties have the ability to decide whether or not to buy or sell, seems to me more consistent with the reasonable expectations of parties with a lifetime involvement in this business.³³

[notre emphase]

De façon plus catégorique, la Cour suprême de Colombie-Britannique mentionne ce qui suit dans l’affaire *Callaghan*:

[56] A remedy cannot give a shareholder something that even he could not have reasonably expected. As stated earlier, there is no basis upon which the petitioner could have had a reasonable expectation that he would manage the company, or would have control over all Hywood’s assets, given the stated expectation of Lloyd and the other shareholders that this was a family business that was intended to provide a stream of income to all of the sons, and that the parties would work together to benefit the family enterprise.³⁴

[notre emphase]

Dans l’arrêt de principe *BCE*, la Cour suprême du Canada nous indique que les attentes raisonnables des parties sont déterminées selon les facteurs suivants:

[72] Des facteurs utiles pour l’appréciation d’une attente raisonnable ressortent de la jurisprudence. Ce sont notamment les pratiques commerciales courantes, la nature de la société, les rapports entre les parties, les pratiques antérieures, les mesures

³³ *Pusateri v Trozzo*, 2005 CanLII 47779 (Ont SC) au para 20 [*Pusateri*]. Voir aussi *Locke v Quast*, 2016 ONSC 1873 au para 55: « As with a remedy under s. 248, the complainant’s expectations are the cornerstone to deciding whether to grant a s. 207 remedy. » [notre emphase]; *Sparco Holdings*, *supra* note 9 au para 81: « [...] the concept of reasonable expectations has application in determining whether the sought-after relief under section 207 will be “just and equitable”. »; *Hicks*, *supra* note 24 au para 45; *Golden Pheasant Holding Corp. v Synergy Corporate Management Ltd*, 2011 BCSC 173 aux para 63 et s [*Golden Pheasant*].

³⁴ *Callahan v Callahan*, 2011 BCSC 40 au para 56 [*Callahan*].

préventives qui auraient pu être prises, les déclarations et conventions, ainsi que la conciliation équitable des intérêts opposés de parties intéressées.³⁵

[nos soulignements]

Plus précisément dans le contexte d'une impasse, mais en lien avec les facteurs générateurs d'attentes raisonnables mentionnés dans l'arrêt *BCE*, les éléments suivants, lesquels peuvent à certains égards se recouper, émergent de la jurisprudence à titre de facteurs pertinents, selon les circonstances, dans la détermination du remède approprié:

- i. Le contexte: historique des rapports entre les actionnaires, la nature (familiale, relation entre parties non liées, etc.) et la structure de la société, les pratiques existantes et la nature des droits affectés par la décision³⁶;
- ii. La capacité de poursuivre avec succès l'exploitation de l'entreprise³⁷;
- iii. Lequel des actionnaires a été le plus impliqué dans la gestion des activités de l'entreprise et/ou responsable de son succès:

52 Ms. Teng seeks an order that would permit her to purchase the shares of Ms. Saarnok-Vuus. Counsel submits that the Teng family has been involved in the venture from the start, while Ms. Saarnok-Vuus comes late to the scene by virtue of what counsel describes as a “windfall”. Counsel submits that where has been no oppression or conduct that is unfairly prejudicial. Where, as here, there is a “no fault” deadlock, it is appropriate to order those who have been involved in the daily management of the corporation to continue in that role, see *Gold v. Rose*, [2001] O.J. No. 12 (Ont. Superior Court). Accordingly, it is submitted that the just and equitable relief in the circumstances is to require Ms. Teng to purchase Ms. Saarnok-Vuus' shares at fair market value.³⁸

[nos soulignements]

³⁵ *BCE*, *supra* note 27 au para 72.

³⁶ *Sparco Holdings*, *supra* note 9 aux para 83–84; *Daoust*, *supra* note 5 aux para 86–87; *Matic c Trottier*, 2010 QCCS 1466 au para 50 [*Matic (2010)*]; *Windheim*, *supra* note 3 au para 78.

³⁷ *Bergman*, *supra* note 21; *Tracey v Tracey*, 2012 ONSC 3144 (Ont Div Ct) au para 24 [*Tracey*]; *Vallée v Pickard*, 2007 CanLII 412 (Ont SC) au para 49 f) [*Pickard*]; *Matic (2010)*, *supra* note 36 au para 41.

³⁸ *Saarnok-Vuus v Teng*, 2003 BCSC 235 au para 52 [*Teng*]. Voir aussi *Jansezian v Hotoyan*, [1999] OJ No 4486 (SC) au para 12 [*Jansezian*]; *Viner v Poplaw* (2003), 38 BLR (3d) 134 (Ont SC) aux para 33–34; *Gold*, *supra* note 14 aux para 28, 31; *Zaria c Gignac*, 2016 QCCS 85 aux para 23–25 (stade intérimaire) [*Zaria*]; *Bergman*, *supra* note 21 :

- iv. La capacité financière d'acheter les actions de l'autre actionnaire et l'impact de cette capacité sur l'équité du remède³⁹;
- v. Le remède aurait-il des effets négatifs sur l' (les) autre(s) actionnaire(s) de la société:

[57] A proper consideration in determining the appropriate remedy is the effect the order would have upon the other shareholders of the company. To accede to the petitioner's proposal to wind up the company and allow him the opportunity to purchase the real estate assets at a public auction would have significant tax consequences. It would also be unfair to the other shareholders who want Hywood to continue to operate.⁴⁰

[nos soulignements]

- vi. Le fait qu'un actionnaire en impasse pourrait détenir plus d'actionnariat que l'autre actionnaire⁴¹;
- vii. Une fois l'impasse résolue, l'entreprise serait-elle viable et potentiellement fructueuse (effet du remède sur la viabilité future de la société)⁴²;
- viii. Quel effet le remède aurait-il sur les autres parties prenantes de la société tels ses employés à long terme, ses clients et ses fournisseurs⁴³;

« Third, Bergman was the person actually responsible for the operations of the company, and the position of the appellants had become that of shareholders only [...] Mr. Bergman was responsible for the turn-around in the company's fortunes, ... ».

³⁹ *Bergman*, *supra* note 21 : « There is some indication in the evidence that the appellants are not in a position to purchase the shares of the respondents, and the process ordered by the trial judge would, therefore, expose the appellants to the risk of having to sell their shares at a bargain basement price for that reason only. »; *Tracey*, *supra* note 37 au para 24.

⁴⁰ *Callahan*, *supra* note 34 au para 57; *Gold*, *supra* note 14 au para 28; *Windheim*, *supra* note 3 au para 78.

⁴¹ *Jansezian*, *supra* note 38 au para 12; *Tracey*, *supra* note 37 au para 24(4). *Kinzie*, *supra* note 13 au para 24.

⁴² *Sparco Holdings*, *supra* note 9 au para 95; *Liao v Griffioen*, 2001 CanLII 28393 (Ont SC) au para 20 [*Liao*].

⁴³ *Liao*, *supra* note 42 au para 14; *Tracey*, *supra* note 37 au para 24(6). Voir aussi *BCE*, *supra* note 27 au para 72, voulant que « la conciliation équitable des intérêts opposés de parties intéressées » est un facteur pertinent au chapitre des attentes raisonnables.

- ix. Des remèdes pour résoudre l'impasse sont-ils prévus dans une convention entre actionnaires ou celle-ci contient-elle un droit préférentiel pour un actionnaire de racheter l'autre⁴⁴;
- x. La volonté commune des parties quant au remède. S'agit-il par exemple d'un cas où les deux actionnaires en impasse ne veulent pas que la Cour prononce la liquidation de la société⁴⁵; ou d'un cas où ni l'un ou l'autre des actionnaires ne veulent demeurer dans la société puisque celle-ci n'est vraisemblablement pas viable⁴⁶;
- xi. La partie la plus à blâmer, le cas échéant, pour l'impasse, l'objectif de ce facteur étant avant tout d'éviter de prononcer un remède favorable à la partie responsable de l'impasse (nous reviendrons dans la sous-section suivante sur ce facteur qui se recoupe avec le critère des mains propres):

[12] [...] However, among the factors that are relevant to the exercise of the court's discretion in the corporate world are the allocation of responsibility for the deadlock that has arisen and the question of clean hands. [...] If the equities in respect of these matters are equal, or substantially equal, I believe it will be a relevant consideration if only one party seeks to continue the business and has the ability to do so.⁴⁷

[nos soulignements]

Il ressort de la jurisprudence bien que certains des facteurs énumérés ci-dessus reviennent plus souvent, comme celui de savoir qui est à blâmer pour l'impasse, ou celui de la capacité de poursuivre avec succès l'exploitation de l'entreprise⁴⁸, aucun n'a réellement de poids prépondérant. Tout dépend des circonstances particulières de chaque affaire et de ce que la Cour considère comme étant juste et équitable à la lumière des attentes raisonnables en présence:

[74] Second, I see no a priori reason for applying a presumption to any particular class of corporation or shareholder in the consideration of the availability of equitable relief under s. 207(1)(b)(iv) of the Act. On the contrary, equitable relief is responsive to the specific facts of each situation including, in particular, the

⁴⁴ *Pickard*, *supra* note 37 aux para 47, 49 g)-h); *Gidzinski v Lake Simcoe Aeropark Inc et al*, 2011 ONSC 4280 aux para 6–7 (contexte similaire à celui d'une impasse).

⁴⁵ *Sparco Holdings*, *supra* note 9 au para 95.

⁴⁶ *Fibers v 2001413 Ontario Inc*, 2008 CanLII 28056 (Ont SC) aux para 80–81, 85.

⁴⁷ *Altomare v Oudeh*, 2000 CanLII 22782 (Ont SC) au para 12 [*Altomare*]. Voir aussi *Liao*, *supra* note 42 au para 20; *Waxman v Waxman*, [2005] OJ No 3773 (SCJ) au para 8; *Matic (2010)*, *supra* note 36 aux para 52–54.

⁴⁸ *Matic (2010)*, *supra* note 36 au para 41.

reasonable expectations of the parties in respect of the circumstances that have developed.⁴⁹

[nos soulignements]

B) *La théorie des mains propres*

Il est bien reconnu en jurisprudence que le tribunal, dans l'exercice de sa compétence en équité lorsqu'il est face à un recours en liquidation ou en oppression, doit tenir compte du comportement des parties et de la question des « mains propres »⁵⁰.

Dans le contexte d'une impasse, ceci implique que les tribunaux, dans la détermination du remède approprié, vont considérer les faits et les circonstances ayant conduit à l'impasse, y compris la responsabilité de chaque partie dans celle-ci.

La question des mains propres pourrait même avoir un impact fatal si le demandeur recherche le remède extraordinaire de la liquidation de la société, tel qu'en fait foi la célèbre affaire *Ebrahimi* de la Chambre des Lords, maintes fois citée en droit canadien:

A petitioner who relies on the 'just and equitable' clause must come to the court with clean hands, and if the breakdown in confidence between him and the other parties to the dispute appears to have been due to his misconduct, he cannot insist on the company being wound up if they wish to continue.⁵¹

[nos soulignements]

Ainsi, dans la récente affaire *Goldberg* de la Cour supérieure du Québec, un requérant n'ayant pas les mains propres et qui alléguait l'impasse a été débouté de son recours et du remède de liquidation qu'il recherchait⁵².

Outre le cas du demandeur qui n'a pas les mains propres et qui recherche le remède extrême de liquidation de la société, le critère des mains propres, que ce soit celles du requérant ou du défendeur, est l'une des circonstances

⁴⁹ *Animal House*, supra note 6 au para 74. Voir aussi *West Van Inc v Beswick Group Holdings Ltd*, 2008 CanLII 40139 (Ont SC) au para 22.

⁵⁰ *Turner v Turner*, 2008 ABQB 590 au para 28: « A person who asks for equity must do equity; a court of equity can refuse its assistance to a person who has acted improperly. » Voir aussi *Altomare*, supra note 47 au para 12.

⁵¹ *Ebrahimi v Westbourne Galleries Ltd* [1972] 2 All ER 492, [1973] AC 360 (HL) [*Ebrahimi*]. Voir aussi *In re: Western Quebec Investment Limited v J.G. Bisson Construction & Engineering Limited et al.*, [1972] CS 331 à la p 341.

⁵² *Goldberg*, supra note 2 aux para 37, 48–55.

à prendre en compte par le tribunal dans le choix du remède, tel que nous l'avons vu ci-dessus dans l'analyse des facteurs pertinents au critère des attentes raisonnables.

À cet effet, la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Matic*, suite à une revue jurisprudentielle, mentionne ceci relativement à l'importance (relative) du critère des mains propres, selon les circonstances du cas d'espèce, sur le choix du remède:

[35] Dans certaines causes où le tribunal s'interrogeait sur le remède approprié, on a tenu compte de la responsabilité de l'un et de l'autre des actionnaires pour déterminer la source de l'impasse, tout en accordant autant, sinon plus d'importance à la question de la capacité à poursuivre l'exploitation.

[...]

[37] Toutefois, au terme d'un tel examen, il demeure possible que ce soit la partie déclarée responsable de l'impasse à qui l'on confie néanmoins l'entreprise. Cela a été le cas dans *Altomare*, ainsi que dans *Banque Nationale du Canada c. Titley*, ce qui démontre l'importance toute relative de cette question dans l'exercice de la discrétion du tribunal.

[...]

[52] En effet, pour établir le mécanisme de vente des actions de l'entreprise, le Tribunal pourra identifier en premier lieu lequel des actionnaires est «moins» à blâmer.

[53] Le Tribunal, dans ce contexte, veut éviter d'adopter un mécanisme qui soit favorable à l'une des parties, surtout si cette dernière est responsable de la crise ou de l'impasse dans laquelle elles se retrouvent.

[54] Le Tribunal, saisi du recours, pourra considérer les éléments soulevés par *Trottier* afin de déterminer si une des parties est nettement ou entièrement responsable de l'impasse. Dans ce cas, il est possible que le juge saisi du recours privilegie le mécanisme de résolution de l'impasse proposé par l'actionnaire non fautif.

[55] Si au contraire, le Tribunal estime que les deux parties sont à blâmer pour l'impasse dans laquelle elles se trouvent, alors le juge décidera du mécanisme

approprié pour sortir de l'impasse sans égard à la responsabilité de l'un ou l'autre des actionnaires.⁵³

[notre emphase]

En somme, dans le choix de son remède, la Cour cherchera généralement à ne pas récompenser le « fautif » :

[27] If oppression has been established, then ordinarily it would not be right to make an order sought by the respondent to which the oppressed petitioner objects. It is not generally a proper exercise of discretion for the court to reward the wrongdoer.⁵⁴

[nos soulignements]

C) *Nature intrusive du remède*

L'un des principes fondamentaux de notre droit des sociétés est celui de la non-ingérence des tribunaux dans les affaires internes d'une société, énoncé dans le célèbre arrêt anglais *Foss v Harbottle*⁵⁵, sauf pour ce qui est des recours corporatifs spécifiques créés par le législateur, tels l'action dérivée, le recours en oppression, le recours en liquidation et le recours de l'article 247 LCSA visant notamment à faire respecter les statuts d'une société.

Néanmoins, même dans le contexte de ces recours, les Cours doivent tenir compte du principe de non-ingérence :

[244] La bonne vieille règle énoncée dans l'arrêt Foss v. Harbottle mais toujours d'actualité, veut que les tribunaux n'interviendront pas dans la régie interne d'une compagnie pour corriger des mesures ratifiées ou susceptibles de l'être par la majorité des actionnaires. Cela n'empêche pas qu'un actionnaire minoritaire lésé ne puisse s'adresser au Tribunal pour obtenir un redressement ou encore que l'on conteste la validité de ses règlements et résolutions mais cette règle tempère néanmoins l'intervention judiciaire et impose une certaine retenue. L'intervention judiciaire

⁵³ *Matic (2010)*, supra note 36 aux para 35, 37, 52–55.

⁵⁴ *S.G. & S. Investments (1972) Ltd v Golden Boy Foods Inc*, 1991 CanLII 5720 (BC CA) au para 27 [*Investments (1972)*]. Voir aussi *Stel-Van Homes Ltd*, supra note 9 au para 189 : « For the party seeking the remedy in a closely-held partnership situation, to be based on a justifiable lack of confidence in the other, the applicant must satisfy the Court that he or she comes with “clean hands”. For example, the lack of confidence must be legitimately based and not induced by misconduct, on the part of the party seeking the remedy. »

⁵⁵ *Foss v Harbottle*, (1843) 2 Hare 461, 67 ER 189.

devra, cependant, être limitée aux cas qui nécessitent vraiment son intervention et non dans le seul but de conférer un avantage à une partie, au détriment de l'autre.⁵⁶

[notre emphase]

Ce principe de non-ingérence fait en sorte que la Cour cherchera à ajuster son remède afin qu'il soit le moins intrusif possible (afin de ne pas faire échec aux attentes raisonnables des parties) :

16 I recognize that I have a broad discretion to structure the most appropriate remedial order. The Court of Appeal instructs in *Nanef v. Con-Crete Holdings Ltd.* (1995), 1995 CanLII 959 (ON CA), 23 O.R. (3d) 481 (Ont. C.A.) that the court should strive to craft a remedy that is both minimally intrusive and is consistent as possible with the reasonable expectation of the parties. [...] ⁵⁷

[notre emphase]

Passons maintenant à un examen de remèdes judiciaires provisoires particuliers à une situation d'impasse.

5. Remèdes judiciaires provisoires particuliers à une situation d'impasse

A) Application générale des critères de l'injonction provisoire

En principe, que ce soit dans le contexte d'un recours en oppression (art 241 LCSA et art 450 LSA) ou d'un recours en liquidation de la société comme mesure juste et équitable (art 214(1)(b)(ii) LCSA et art 463(3°) LSA), le demandeur en situation d'impasse qui recherche l'émission d'une ordonnance intérimaire (art 241(3) LCSA et art 451 LSA) doit rencontrer les critères de l'urgence (stade provisoire), de l'apparence de droit, du préjudice irréparable et de la prépondérance des inconvénients :

[6] Il est vrai, comme le soutient l'intimée, que l'article 241 L.C.S.A. confère au tribunal un pouvoir discrétionnaire important pour redresser des abus, même au stade de l'ordonnance provisoire. (...)

[7] Mais on ne peut, de ce fait, écarter, au stade des ordonnances provisoires prévues par cette disposition, les critères que la jurisprudence consacre ordinairement en matière d'ordonnance d'injonction provisoire ou de sauvegarde. L'exercice des recours entrepris au Québec en application de la L.C.S.A. doit respecter les règles

⁵⁶ *Regroupement des marchands actionnaires inc v Métro inc*, 2011 QCCS 2389 au para 244. Voir aussi *Cheong c Noble China Inc*, [1996] OJ No 2388 (Ont Gen Div) au para 19.

⁵⁷ *Preston Springs Gardens*, *supra* note 9 au para 16; *Pickard*, *supra* note 37 au para 46; *Palmieri*, *supra* note 13 au para 33; *Pusateri*, *supra* note 33 au para 11.

du Code de procédure civile, sauf dérogation dans la loi. En accord avec ce principe, on a statué, à bon droit, qu'une ordonnance provisoire régie par le paragraphe 241(3) doit, en principe, se conformer aux règles usuelles portant sur l'injonction interlocutoire émise provisoirement, c'est-à-dire l'apparence de droit, le préjudice irréparable, la prépondérance des inconvénients et l'urgence. [...]⁵⁸

[notre emphase]

Cependant, dans l'affaire *Sawyer*, la Cour d'appel a laissé la porte ouverte à une application plus souple de ces critères qui permettraient de déroger à leur application stricte⁵⁹. Ainsi, certaines circonstances particulières pourraient conduire le tribunal à moduler lesdits critères, y apporter des variations ou même des exceptions⁶⁰.

Par exemple, la Cour supérieure n'a pas appliqué les critères de l'injonction provisoire relativement à des demandes intérimaires pour l'obtention de documents⁶¹ et d'une provision pour frais⁶².

Pour les fins de la présente section, nous examinerons trois remèdes intérimaires plus pertinents au contexte de l'impasse, soit la nomination judiciaire d'un procureur externe, d'un séquestre ou d'un administrateur provisoire indépendant.

B) Nomination judiciaire d'un procureur externe

La décision de nommer et de mandater des avocats externes relève du conseil d'administration de la société par actions⁶³. Or, dans une situation d'impasse, la Cour ne peut laisser l'un ou l'autre des actionnaires utiliser la société à titre d'acteur de leur stratégie personnelle et doit mettre celle-ci à l'abri de leur influence:

[34] Tant que le litige entre les Demandeurs et les Défendeurs perdurera, les Mises-en-cause ne doivent pas courir le risque d'être des acteurs de la stratégie des

⁵⁸ *St-Germain*, *supra* note 26 aux para 6, 7. Voir aussi *Trackcom Systems International Inc v Trackcom Systems Inc*, 2014 QCCA 1136 au para 37 (contexte LCSA); *Nicolas c Perrier*, 2012 QCCA 99 au para 5 (contexte LSA); *Zaria*, *supra* note 38 aux para 10, 11 (contexte LSA).

⁵⁹ *Sawyer c S. Teller ltée*, 2011 QCCA 2389 au para 2 [Sawyer].

⁶⁰ *Berthiaume c Joron*, 2013 QCCS 2756 aux para 15–17.

⁶¹ *Ibid* au para 17.

⁶² *Zaria*, *supra* note 38 au para 28.

⁶³ *Martel*, *supra* note 4 aux para 26–173.

Défendeurs. Elles doivent demeurer à l'abri de quelque influence que ce soit de leur part. L'intérêt de la justice le commande.⁶⁴

[nos soulignements]

Une question difficile peut survenir lorsque les intérêts de la société doivent être représentés par avocat devant les tribunaux de façon autonome de ceux de ses actionnaires en impasse: à défaut d'entente, comment nommer et instruire un procureur externe pour la société?

La jurisprudence indique qu'en cas d'impasse, la nomination par la Cour d'un procureur pour la société représente un remède efficace, et la Cour pourra trancher toute difficulté qui pourrait survenir en lien avec les instructions nécessaires au procureur en question⁶⁵.

À l'instar du droit québécois, la nomination judiciaire dans un tel contexte est aussi bien reconnue comme étant un remède approprié dans la jurisprudence canadienne de common law :

[32] Where such conflict of interest concerns arise, the proper course is to require legal representation for the corporation, (if such representation is required), that is separate and distinct from the legal representation of the majority directors and shareholders. Ideally, such representation should be chosen independently of the litigating individuals. However, if no agreement in that regard is possible, and no acceptable means is found to make such an appointment, any shareholder should be given leave to make an appropriate application to the court. Similarly, if no means is found whereby corporate counsel may be properly instructed, the lawyer or lawyers in question may apply to the court for instructions.⁶⁶

[nos soulignements]

Une fois nommés par la Cour, les procureurs externes devraient pouvoir rencontrer l'ensemble de l'équipe de direction de la société, incluant les actionnaires/administrateurs en situation d'impasse.

⁶⁴ *Gestion Famille Crevier inc c Monsieur Vance Holdings inc*, 2012 QCCS 973 au para 34.

⁶⁵ *Ibid* au para 35; *Kuan c Wong*, 2011 QCCS 1897 à la p 20, conf en appel sur ce point par 2012 QCCA 160; *HJM Investments Ltd c Sources St-Élie Inc*, 2003 CanLII 23894 (Qc CS) au para 19; Chantal Perreault et Victoria Aguerre, « Quoi de neuf sur les conflits d'intérêts des avocats corporatifs » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire (2012)*, vol 351, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012, 313 aux pp 413, 414.

⁶⁶ *Rice v Smith et al.*, 2013 ONSC 1200 au para 32. Voir aussi Paul M Perell, *Conflicts of Interest in the Legal Profession*, Markham (ont), Butterworths, 1995 aux pp 75, 76.

Par la suite, les procureurs externes seront en mesure de se forger leur propre opinion de ce que sont les représentations les plus appropriées à faire dans les circonstances, dans le meilleur intérêt de la société et de ses parties prenantes.

C) Nomination judiciaire d'un séquestre ou d'un administrateur provisoire indépendant

Dans le cadre d'un recours en liquidation pour motif juste et équitable, ou d'un recours pour oppression, il est possible pour la Cour d'ordonner la nomination d'un séquestre ou d'un administrateur provisoire indépendant pour dénouer l'impasse et permettre à la société de poursuivre ses opérations durant l'instance par le biais de l'article 241(3)b) et e) LCSA pour les sociétés fédérales ou l'article 451(2) et (5) LSA pour les sociétés québécoises.

La nomination d'un séquestre et d'un administrateur au stade provisoire obéissant à des critères distincts, regardons-les séparément.

i) Nomination d'un séquestre judiciaire au stade intérimaire

Un remède intérimaire qui pourrait être considéré par la Cour dans le contexte de l'impasse est la nomination d'un séquestre en charge de gérer la société durant l'instance, en vertu de l'article 241(3)b) LCSA (art 451(2°) LSA).

En droit québécois, les critères pour l'obtention d'une ordonnance de séquestre au stade intérimaire (tout comme au mérite) sont difficiles à rencontrer, particulièrement en raison du niveau embryonnaire et contesté de la preuve à ce stade.

Dans l'affaire *Amyot*, alors qu'elle était à la Cour supérieure du Québec, la juge St-Pierre, soulignant elle-même les passages importants, a repris l'énoncé de droit clé en la matière du juge Clément Gascon dans l'affaire *Desjardins*, alors qu'il siégeait lui-même en Cour supérieure :

[69] La nomination d'un séquestre judiciaire est sujette à des critères stricts au sujet desquels mon collègue le juge Clément Gascon s'exprime comme suit:

- a) La mise sous séquestre d'un bien, voire d'une compagnie, revêt un **caractère exceptionnel** et ne peut être ordonnée que pour une raison sérieuse;

b) La nomination d'un séquestre nécessite une **preuve convaincante** que les **droits des parties sont mis en péril** par la **mauvaise administration** de la compagnie ou les autres motifs allégués;

c) Le juge chargé d'entendre une demande de séquestre jouit d'une **vaste discrétion** pour déterminer s'il s'agit d'un cas où il est de mise de l'accorder. Toute discrétion devant être exercée judiciairement, les éléments suivants, sans être exhaustifs, peuvent notamment en influencer l'exercice:

i) la capacité actuelle des propriétaires à gérer l'entreprise;

ii) l'impact que pourrait avoir la nomination d'un séquestre sur l'achalandage et la valeur de la compagnie;

iii) L'intérêt des parties qui demandent le séquestre dans les conclusions recherchées et la motivation qui sous-tend leur démarche.

Si le Tribunal doit simplement s'assurer qu'il y a démonstration *prima facie* de l'existence de ces critères, il n'en reste pas moins qu'il doit le faire **en fonction de la preuve entendue, et non uniquement en regard des allégations** des procédures.

(...)

Ensuite, dans le cadre d'une ordonnance de mise sous séquestre, le tribunal décide de **manière prospective**, et non rétrospective. Comme le souligne la Cour d'appel dans l'arrêt Giguère, le juge recherche des circonstances qui lui permettent de croire que, **pour l'avenir, il y a danger** à ce que des gestes soient posés d'une façon qui soit détrimentaire aux intérêts des parties qui recherchent l'ordonnance. **La mise sous séquestre ne règle pas le passé.**⁶⁷

[Les caractères gras sont ceux de Mme la juge St-Pierre]

Or, au stade intérimaire, il est particulièrement difficile pour un demandeur d'administrer une preuve convaincante à l'effet que les droits des parties sont mis en péril par la mauvaise administration de la compagnie, que les présents administrateurs sont incapables de la gérer et qu'il n'existe aucun autre remède efficace⁶⁸.

⁶⁷ *Amyot c Jones*, 2012 QCCS 1430 au para 69 [*Amyot*], citant *Desjardins c Desjardins*, 2006 QCCS 6292 aux para 45, 46, 51 [*Desjardins*].

⁶⁸ *Distribution Fomazz inc v Farias*, 2014 QCCS 150 aux para 47, 50, 51, 57. Voir aussi *Mainville c Frenette*, 2015 QCCS 2274 aux para 18, 26; *Nilakantan c 9151-7607 Québec inc*, 2011 QCCS 1061 où les demandes de séquestre au stade intérimaire sont refusées.

Dans le contexte d'une impasse, compte tenu des critères sévères pour obtenir une ordonnance de séquestre au stade intérimaire et considérant la nature intrusive d'un tel remède⁶⁹, outre les cas de détournement d'actifs bien documentés dès le départ⁷⁰, il est difficile de concevoir un cas où un tel remède serait accordé.

En effet, bien qu'irréconciliable quant à l'orientation des affaires de la société, les actionnaires en impasse ont tout de même les intérêts alignés à préserver la valeur de leur actionariat dans la société et ceux-ci chercherons de façon naturelle à trouver une trêve durant l'instance plutôt que de se faire imposer un séquestre judiciaire.

Néanmoins, mentionnons un cas de figure provenant de la Cour supérieure de l'Ontario dans l'affaire *Charlton* où les faits suivants ont donné lieu à une ordonnance de séquestre intérimaire dans le contexte d'une impasse :

[31] The facts in this case are highly unusual:

- i. The Companies are **deadlocked**;
- ii. **The parties cannot agree on how to continue to carry on business, wind the Companies up or sell the Companies;**
- iii. The Companies have ceased to carry on business due to the deadlock;
- iv. The Companies' business has been shut down for some 7–8 months;
- v. The Landlord and creditors are already taking action against the Companies to protect their interests;
- vi. Both parties claim they are being oppressed by the conduct of the other;
- vii. The parties have not been able to agree on anything completing necessary financial statements and tax returns; and

⁶⁹ *Gold*, supra note 14 au para 25.

⁷⁰ *Giroux c Fondation Paul A. Fournier*, [1996] RDJ 339, 1996 CanLII 6450 (Qc CA) au para 21 : « En l'espèce, le séquestre intérimaire me paraît justifié eu égard aux allégations de l'action principale, aux importantes manipulations de fonds dont la preuve est au dossier, à l'urgence de la situation, aux manoeuvres frauduleuses invoquées et à l'importance économique des biens meubles et immeubles faisant l'objet de la contestation. » [nos soulignements]

viii. The continuation of the present situation will result in the Companies having little or no value very shortly.⁷¹

[notre emphase]

Face à un tel contexte exceptionnel, nous sommes d'avis qu'un juge québécois pourrait également émettre une ordonnance de séquestre au stade intérimaire (ou au mérite) en appliquant les critères de l'affaire *Desjardins*⁷².

En effet, lorsque l'impasse est à ce point sévère qu'aucune trêve n'est possible durant l'instance et que la société par actions est laissée à la dérive, il devient évident que les droits des parties sont mis en péril par la mauvaise administration de la société et qu'il y a nécessité urgente à agir.

ii) Nomination judiciaire d'un administrateur provisoire indépendant

Un autre remède intérimaire que les tribunaux peuvent considérer dans le contexte de l'impasse est la nomination d'un tiers administrateur provisoire indépendant au conseil d'administration de la société, en vertu de l'article 241(3)e) LCSA (art 451(5°) LSA).

L'administrateur provisoire indépendant agirait principalement comme médiateur et, à défaut d'entente, pourrait même briser l'égalité dans les cas où les administrateurs en impasse sont incapables de s'entendre sur une décision durant l'instance:

A provisional director is a neutral third party who is appointed by the court and vested with the rights and powers of a director to vote at board meetings. The provisional director acts as a type of in-house arbitrator with the power to vote to break deadlocks. At the same time, the provisional director serves a mediating function by facilitating communication between the parties at board meetings and offering new ideas or alternatives for resolving the contested issues. In this regard, the provisional director remedy appears to share many of the same characteristics as med-arb as a form of dispute resolution: the provisional director listens to the parties state their positions and vent their emotions, attempts to help them reach some type of agreement and, failing that, votes to break the tie. The remedy is less severe than the appointment of a custodian or receiver who takes over the management of the business entirely. The provisional director cannot initiate actions over the objections

⁷¹ *Garratt v Charlton et al*, 2012 ONSC 1129 au para 31 [*Charlton*]. Voir aussi *Murphy v Cahill*, 2013 ABQB 335, où la Cour refuse un séquestre intérimaire en contexte d'impasse.

⁷² *Desjardins*, *supra* note 67.

of the other directors, nor can the provisional director shift control of the business operations away from the owners.⁷³

[notre emphase]

Bien que moins sévère qu'une ordonnance de séquestre, le remède de l'administrateur provisoire indépendant décrit ci-dessus demeure néanmoins intrusif en ce qu'il modifie provisoirement l'égide du pouvoir au sein de la société en donnant une voix prépondérante à un tiers administrateur.

Ceci étant dit, le législateur a explicitement énuméré ce remède dans les pouvoirs de la Cour face à un recours en oppression⁷⁴. Nous croyons qu'un tel remède **intérimaire** devrait être davantage considéré par les tribunaux dans le contexte de l'impasse.

En effet, ceux-ci peuvent moduler à leur guise leur ordonnance de nomination d'un administrateur provisoire de façon à la rendre la moins intrusive possible, tout en la rendant efficace afin de dénouer l'impasse durant l'instance et avant l'octroi ultime d'un remède au mérite. Aussi, les questions de la rémunération de l'administrateur et de son assurance de responsabilité civile devraient être abordées en amont lors de l'octroi du remède pour éviter une mésentente subséquente sur celles-ci.

À la lumière de la jurisprudence somme toute parcellaire sur un tel type d'ordonnance intérimaire, nous entrevoyons deux contextes généraux dans lesquels un juge pourrait être tenté de nommer un administrateur provisoire indépendant.

Le premier contexte surviendrait lorsque les parties en impasse consentent à ce qu'un tel type de remède intérimaire soit octroyé et que la Cour module une ordonnance appropriée au cas d'espèce présentant un bon équilibre intrusion/efficacité par lequel un tiers serait ajouté au conseil d'administration pour intervenir seulement en cas de désaccord et pour trancher celui-ci dans le meilleur intérêt de la société.

Par exemple, dans l'affaire *Ferlay*⁷⁵, le Juge Banford de la Cour supérieure, par voie d'ordonnance de sauvegarde et de consentement des parties, a nommé un administrateur provisoire, avec tous les pouvoirs nécessaires pour mettre en œuvre ses décisions, pour intervenir au conseil d'administration uniquement sur les questions faisant l'objet d'un

⁷³ Susanna M Kim, « The Provisional Director Remedy for Corporate Deadlock: A Proposed Model Statute » (2003) 60: 1 Wash & Lee L Rev 111 à la p 134.

⁷⁴ Art 241(3)(e) LCSA et 451(5^o) LSA.

⁷⁵ Nous pourrions même encourager les actionnaires à prévoir d'emblée, en cas d'impasse, un remède semblable dans le cadre de leur convention d'actionnaires.

désaccord entre les deux autres administrateurs et n'agissant qu'en fonction des intérêts de la société⁷⁶.

Le deuxième contexte où la Cour pourrait nommer un tiers administrateur provisoire indépendant surviendrait lorsque, malgré l'absence de consentement des parties, le juge est en présence d'une société profitable mais dont les opérations sont difficiles en raison de l'impasse⁷⁷. La Cour devra alors s'assurer que l'administrateur indépendant puisse malgré tout compter sur les connaissances des administrateurs et autres dirigeants pour s'assurer de prendre les bonnes décisions. Un système de rapport (« *reporting* ») à la Cour pourrait aussi être mis en place.

Dans l'affaire *Sayegh*⁷⁸, le demandeur Chagnon recherchait une ordonnance de sauvegarde pour la nomination d'un séquestre en alléguant que le défendeur Sayegh l'écartait de l'administration de la société. Cette société avait pour objet la réalisation d'un projet immobilier consistant à transformer un immeuble en trente (30) condominiums. Au moment de l'audition sur la sauvegarde, le projet de construction avait déjà été mené à terme et vingt-deux (22) des trente (30) unités étaient déjà vendues.

La Cour a écarté l'ordonnance provisoire de séquestre recherchée par Chagnon vu l'absence d'une preuve convaincante que les droits des parties étaient mis en péril par la mauvaise administration ou l'insolvabilité de la société, et qu'il y avait nécessité urgente et préjudice⁷⁹. Toutefois, la Cour a suspendu de leurs fonctions les deux seuls administrateurs, soit Chagnon et Sayegh, et a ordonné la nomination d'un administrateur provisoire avec pouvoirs de simple administration et pouvoirs particuliers de confier à un courtier immobilier le mandat de vendre les unités restantes du projet.

À notre avis, dans l'affaire *Sayegh*, en l'absence d'une démonstration sérieuse au stade préliminaire de malversations⁸⁰, la Cour aurait pu rendre un remède tout aussi efficace et moins intrusif en ne suspendant pas de leurs fonctions les deux administrateurs en impasse, donnant néanmoins

⁷⁶ *Ferlay c Jamo inc*, 2011 QCCS 3539 [Ferlay].

⁷⁷ Voir par exemple *Desjardins c Desjardins*, 2005 CanLII 26783 (Qc CS) au para 13 : « Chose certaine, on demande de favoriser la mise en place d'un directeur général qui est neutre. Même s'il ne fait pas l'affaire de toute le monde il a la qualité d'être neutre. On peut donner à cette personne-là un mandat de gestion et cette personne aura à répondre de sa gestion à l'égard de l'entreprise ou de leurs propriétaires. »

⁷⁸ *Chagnon c Sayegh*, 2011 QCCS 2172 [Sayegh].

⁷⁹ *Ibid* au para 21.

⁸⁰ Voir *El Garamo c Asaad*, 2015 QCCS 5902 où la Cour a désigné un individu pour agir à titre de seul et unique administrateur provisoire de la société et où l'un des actionnaires en situation d'impasse a été destitué à titre d'administrateur vu la preuve sérieuse de malversations au stade préliminaire. Voir aussi *Zaria*, *supra* note 38 aux para 22–25.

un vote prépondérant à l'administrateur provisoire indépendant. Ainsi, le remède octroyé par la Cour se serait distancé de celui de la nomination d'un séquestre au stade provisoire, lequel obéit à des critères différents et avait été écarté par la Cour dans cette affaire⁸¹.

Au mérite, nous sommes d'avis toutefois que la nomination judiciaire d'un administrateur indépendant n'est pas un remède approprié en cas d'impasse, à moins qu'il ne soit circonscrit dans le temps⁸².

En effet, sur une base permanente, ce remède est trop intrusif et revient en quelque sorte à donner le contrôle de la société à un tiers, ce qui va forcément à l'encontre des attentes raisonnables des actionnaires.

De plus, par définition, nous avons vu qu'une impasse implique un conflit fondamental et irréconciliable caractérisé par une perte totale de confiance des factions qui s'opposent et l'absence de solution interne envisageable par les parties pour dénouer le conflit. Or, le remède de la nomination judiciaire d'un administrateur indépendant appert inapproprié pour régler ce problème fondamental.

Au surplus, le tiers administrateur et par extension la Cour seraient régulièrement confrontés aux mésententes des actionnaires en impasse et plongés dans la gestion interne de la société à l'encontre de l'économie des ressources judiciaires, comme l'a indiqué récemment la Cour de chancellerie du Delaware dans l'affaire *Shawe* :

The second option is to appoint a custodian to serve as a third director or some form of tie-breaking mechanism in the governance of the Company. I reject this option because it would enmesh an outsider and, by extension, the Court into matters of internal corporate governance for an extensive period of time. *Shawe* and *Elting* are both relatively young. Absent a separation, their tenure as directors and co-CEOs of

⁸¹ *Sayegh*, *supra* note 78 au para 22. Mentionnons que dans l'affaire *Global Aviation Concept c Richthofen Management inc*, 2014 QCCS 1208 au para 40, se référant à l'affaire *Sayegh*, la Cour supérieure du Québec indique, erronément à notre avis, que le recours intérimaire en nomination d'un tiers administrateur obéit aux mêmes critères que le remède intérimaire du séquestre, lequel est pourtant différent et beaucoup plus intrusif en ce que les administrateurs sont écartés et que la gestion *ex ante* de l'entreprise est confiée à un tiers. Il faut dire toutefois que le remède de l'administrateur provisoire dans *Sayegh* ressemblait à un remède de séquestre intérimaire puisque les administrateurs avaient été suspendus de leurs fonctions, ce qui a pu contribuer à la confusion.

⁸² Voir par exemple *Kinzie*, *supra* note 13 au para 37 où la Cour ordonne aux parties de nommer un gestionnaire indépendant dans l'attente de la complétion d'un processus judiciaire de *shotgun* ordonné pour mettre fin à l'impasse.

the Company could continue for decades. It is not sensible for the Court to exercise essentially perpetual oversight over the internal affairs of the Company.⁸³

[notre emphase]

Cette position semble aussi partagée en droit canadien, notamment dans l'affaire *Sparco Holdings* :

[100] In the case of Willdamerle's proposal for the appointment of an independent third director, I note that it is a proposal conceived in part for the purposes of avoiding a situation of deadlock. As I earlier explained, the circumstances of this case suggest that the partnership breakdown has already descended to a de facto deadlock. In other words, it can be expected that most attempts at collective decision-making will be defined by such deadlock. Accordingly, by definition and necessity, the proposed independent third director will be involved constantly and in a fundamental way with what was otherwise a closely held familial corporation. If almost every corporate decision potentially becomes a decision determined by this independent third director, the nature of what was a "family" business will have been transformed. In the process, the reasonable expectations of the NHC shareholders—flowing from what I discerned was an identifiable compact of the shareholders (with its traditionally familial characteristics)—will have been subverted.

[101] An additional problem in respect of Willdamerle's proposal for an independent third director lies with its impracticality. Such a proposal is not supported in the existing jurisprudence and it does not seem to represent a practical solution to the fundamental breakdown that has occurred in the circumstances of this case. It is far from clear how the parties in the current environment of distrust and suspicion would reach an agreement as to the appointment of such an "independent" director. The requisite collaboration for even that decision poses insurmountable challenges where the context sees an almost complete absence of common ground between Sparco and Willdamerle. [...] ⁸⁴

[notre emphase]

⁸³ *Shawe v Elting*, 2015 Del Ch LEXIS 235 [*Shawe*].

⁸⁴ *Sparco Holdings*, *supra* note 9 aux para 100–101. Voir aussi *Segeren*, *supra* note 24 au para 60 : « [...] I question the efficacy of appointing an unaffiliated director who would ultimately have to serve as a referee between the two warring factions. It was also not within the parties' reasonable expectations that additional directors would be appointed absent consent by 75% of the shareholders. Certainly it was never the parties' expectations that a third party would in essence control decisions in their enterprise. Furthermore, the cases relied upon by the applicants all involved the removal of directors and did not involve the appointment of additional directors as a means to avoid further oppressive conduct and to diminish the opportunity for deadlock. I have no confidence that such an order would

Ainsi, si les tribunaux québécois devaient davantage privilégier la nomination d'un ou des administrateurs indépendants comme remède à une impasse, cela devrait se faire sur une base temporaire, avec un rapport à la Cour après quelques mois. Si le problème ne s'est pas réglé de lui-même, la Cour pourra alors mettre en place un des mécanismes finaux dont nous traiterons maintenant.

6. Remèdes judiciaires au mérite pour mettre fin à l'impasse

A) Les remèdes prévus dans la convention entre actionnaires

Dans le souci de respecter les attentes raisonnables des parties, il est pertinent pour la Cour, dans le choix d'un remède, de tenir compte des remèdes prévus par les parties elles-mêmes dans une convention entre actionnaires afin de résoudre l'impasse⁸⁵.

En effet, les actionnaires pourraient avoir prévu dans une convention entre actionnaires divers mécanismes de sortie directement applicables afin de résoudre une impasse, ce qui inciterait évidemment la Cour à ordonner l'exercice d'un tel remède contractuel.

Dans l'affaire *Korogonas*⁸⁶, une Cour albertaine a d'ailleurs refusé d'ordonner la dissolution de la société demandée par le requérant puisque les parties avaient prévu d'autres mécanismes dans leur convention afin de régler une impasse éventuelle, soit l'arbitrage et une clause « *shotgun* »⁸⁷.

Il est pertinent de mentionner ici, que la clause *shotgun* (aussi appelée en droit québécois « clause ultimatum »), est utilisée afin d'offrir aux actionnaires un mécanisme de sortie qui mène inévitablement au départ de l'un ou de l'autre actionnaire et assure la viabilité de l'entreprise par celui qui en deviendra l'actionnaire unique à l'issue de l'exercice de la clause⁸⁸.

L'auteur Stéphane Rousseau résume ainsi les paramètres typiques de la clause *shotgun*:

improve the applicants' predicament and repeated court applications could reasonably be anticipated. » [nos soulignements]

⁸⁵ *BCE*, *supra* note 27 au para 72.

⁸⁶ *Korogonas v Andrew*, 1992 CanLII 6102 (AB QB) [*Korogonas*].

⁸⁷ Cette décision de 1992 demeure, à notre avis, discutable, surtout dans la mesure où la Cour elle-même y reconnaît son droit de modifier les termes d'une convention unanime, au besoin. Voir les para 21–22 de la décision *Korogonas*, *supra* note 86. Voir aussi les art 241(3)(c) LCSA et 451(3°) LSA.

⁸⁸ *Gray v Gray*, 2004 MBQB 171 au para 17; *Amhri c Fiducie Stéphane Turchetta*, 2012 QCCA 1117 au para 8.

Essentiellement, la clause ultimatum a pour finalité la réalisation d'un achat-vente forcé entre les actionnaires de la société. À titre d'exemple, dans une société où deux actionnaires se partagent également les actions, un actionnaire (partie A) peut, en vertu de cette clause de vente forcée, offrir de vendre ses actions à son coactionnaire (partie B) au prix et aux conditions établis par l'offrant. Si B décline l'offre d'acquérir les titres de l'offrant A, B sera tenu de vendre ses actions au même prix et aux mêmes conditions à l'offrant A qui sera tenu de les acquérir au même prix et aux mêmes conditions. En d'autres termes, ce dernier (A) décide du moment de son offre et du prix offert pour la vente de ses titres, alors que son vis-à-vis (B) décide s'il acquiert les titres offerts ou s'il vend les siens à A. Inversement, la clause peut prévoir la situation où l'actionnaire (partie A) qui entame le processus offre à son coactionnaire (B) d'acheter les titres de ce dernier et, à défaut par B d'accepter cette offre d'achat, de lui vendre ses titres⁸⁹.

Pour les fins spécifiques de prévoir et de résoudre une impasse dans le cadre d'une convention, nous sommes toutefois d'avis que les parties devraient identifier un autre mécanisme qu'une clause *shotgun*, laquelle peut souvent s'avérer inefficace ou inique.

En effet, dans la mesure où les deux actionnaires en impasse veulent demeurer dans l'entreprise, ni l'un ni l'autre ne voudra normalement prendre la chance de déclencher la clause *shotgun* puisque le choix revient alors à l'autre actionnaire de décider s'il acquiert les titres offerts ou s'il vend les siens⁹⁰.

Étant donné cette situation qui rend le *shotgun* souvent inefficace ou inique pour résoudre l'impasse, la Cour ne devrait pas hésiter, dans les cas où aucun des actionnaires ne veut déclencher la clause, à exercer son pouvoir discrétionnaire pour dénouer l'impasse et ordonner un autre remède plus juste, malgré la présence d'un tel mécanisme prévu à la convention.

En effet, l'exercice d'un droit d'achat-vente dans une convention entre actionnaires constitue normalement un « droit » qui échoit à chaque actionnaire et non pas une obligation d'exercer un tel droit:

[15] Dans un premier temps, M. Matic allègue que le Tribunal devrait décliner juridiction. Selon lui, en cas de mésentente, le Tribunal se doit de référer les parties à leur convention unanime d'actionnaires. Selon l'amendement n° 1, tout litige donne ouverture à la clause d'achat obligatoire (*shotgun*).

[...]

⁸⁹ Stéphane Rousseau, « La clause *shotgun* dans les conventions entre actionnaires: un guide de maniement » [2013] 1 Cours de perfectionnement du Notariat 55 à la p 60.

⁹⁰ Nous traitons dans la Section 6C(ii) du remède judiciaire de type *shotgun*.

[21] Le Tribunal conclut qu'il a juridiction pour trancher les demandes formulées par la requête de M. Trottier et par les moyens subsidiaires réclamés par M. Matic.

[22] En second lieu, M. Matic allègue qu'en présence de la clause d'achat forcée (shotgun), le Tribunal doit référer les parties à ce mécanisme.

[23] Il est tout de même intéressant de souligner que ni M. Matic ni M. Trottier ne souhaite devoir racheter son coactionnaire ou perdre la compagnie aux termes de l'exercice de la clause.

[24] Tel que le stipule le texte de l'amendement n° 1 ayant incorporé la clause d'achat forcée, le mécanisme est prévu sans être obligatoire.⁹¹

[notre emphase]

Ainsi, malgré la présence d'une clause de rachat prévu à la convention, si ni l'une ou l'autre des parties en impasse n'ose déclencher le mécanisme, la Cour pourrait forcer le divorce corporatif en imposant un remède différent, plus équitable selon les circonstances, le cas échéant :

27 Despite provisions in a shareholders' agreement providing a mechanism for the parties to separate, the courts have provided a different mechanism where it has appeared to be in the best interests of the corporations and the shareholders [...] I agree with the submissions of the respondents that the provisions of the shareholders' agreement respecting a put of an individual's shares do not deal appropriately with the situation here. Those provisions are meant to provide a way for a minority shareholder who wants to leave the corporations to do so. They are not designed to deal with the problem of deadlock present here.⁹²

[notre emphase]

La situation serait évidemment différente si l'un des actionnaires en impasse décidait dans les faits de déclencher l'exercice d'une clause prévue à la convention pour dénouer l'impasse. L'autre actionnaire ne pourrait alors pas bloquer l'exercice de cette clause en recherchant un autre remède,

⁹¹ *Matic c Trottier*, 2014 QCCS 3376 aux para 15, 21–24 [*Matic (2014)*]. Voir aussi *D.M.C. Soudure Inc c Équipements Industriels Robert Ltée*, 2004 CanLII 17338 (Qc CS) au para 157 : « Le Tribunal note que cet article (clause shotgun) est un article qu'il n'est pas obligatoire d'exercer. Il s'agit d'une sortie que les parties ont choisi de pouvoir éventuellement exécuter. À l'évidence, ni l'une ni l'autre n'a jugé à propos de mettre en place les mécanismes de l'exercice de la clause shotgun. » [nos soulignements]

⁹² *Gold*, *supra* note 14 au para 27. Voir aussi *Daoust*, *supra* note 5 aux para 89–93; *Preston Springs Gardens*, *supra* note 9 au para 16; *Jansezian*, *supra* note 38; *Oakley v McDougall*, [1987] BCJ No 1226 (CA).

contournant alors clairement la volonté des parties. Dans un tel cas, à moins de circonstances exceptionnelles, la Cour devrait favoriser la continuité de l'exercice de la clause prévue à la convention, quelle qu'elle soit :

[4] En l'espèce, le droit des appelants n'est pas clair. Ils cherchent à paralyser une clause contractuelle librement consentie par des personnes familières avec ce type de convention et qui ont une longue expérience dans le milieu des affaires.

[5] Le motif principal invoqué pour la mise en échec de la clause « shot-gun » est son utilisation à un moment inopportun, alors que le congédiement de Peter Spitzer (ou la résiliation du contrat de service de Corpex Computer Inc.) rend impossible le rachat des actions des intimés Magny et Vézina par les appelants.

[6] L'argument est peu convaincant. La preuve révèle que les appelants ont eux-mêmes menacé les intimés d'utiliser la clause « shot-gun ». S'en sont suivies des négociations qui ont achoppé sur le prix. À la suite et en raison de cette impasse, la clause fut utilisée dans un contexte usuel à ce genre de litige. À l'évidence, la clause « shot-gun » a été conçue précisément pour dénouer ce type d'impasse.⁹³

[notre emphase]

B) La liquidation de la société

Le remède de la liquidation d'une société implique de terminer ses opérations, réaliser son actif et distribuer les fruits de cette réalisation, d'abord aux créanciers, et ensuite aux actionnaires.

La liquidation judiciaire est un remède drastique de dernier ressort qui sera rejeté par la Cour s'il existe un autre mécanisme pour corriger la situation :

[94] Liquidation ought to be avoided, if at all possible: see *Noble v. Keho Holdings Ltd.* (1987), 1987 ABCA 84 (CanLII), 78 A.R. 131, 38 D.L.R. (4th) 368 (Alta. C.A.), at para. 53; *C.I.L. Inc. v. Vilar Industries Ltd.* (1991), 72 Man. R. (2d) 245, [1991] M.J. No. 110 (QL) (Q.B.); *Wittlin v. Bergman* (1995), 1995 CanLII 790 (ON CA), 25 O.R. (3d) 761, at 762-63, 23 B.L.R. (2d) 182 (C.A.); and Kevin P. McGuinness, *The Law and Practice of Canadian Business Corporations*, supra, at 12.00-03. The remedy has been described as a bludgeon, for good reason. The destruction of a company may have far-reaching consequences for the individuals or entities dependent upon its continued existence. The remedy will only be available in circumstances where it is, in the last resort, the sole and exclusive means of affording relief. Under The Business Corporations Act, liquidation and dissolution

⁹³ *Spitzer c Magny*, 2012 QCCA 2059 aux para 4–6. Voir aussi *Chan v 160466 Ontario Inc*, 2011 ONSC 5654 au para 46.

is the most severe option in an arsenal of other remedies the court is empowered to grant, including the purchase or exchange of securities.⁹⁴

[notre emphase]

Il sera difficile de convaincre le tribunal qu'il y a des motifs « justes et équitables » de liquider une société opérante et prospère :

44 Clear Customs is an active, profitable business, however, and it may well be that an actual winding-up Order is not in the interests of anyone. I adopt the approach reflected in the decision of Mr. Justice Borins in *Tilley v. Hails* (1992), 7 O.R. (3d) 257, (Gen. Div.) rev'd on other grounds 8 O.R. (3d) 169 (Div. Ct.), at p. 271:

... However, because of its drastic nature and the adverse effect which it will have on the company's employees, and where the company is capable of being operated profitably, a winding-up order should be granted only as a last resort and an order under s. 247 [now s. 248] of the Act should be made whenever equity can be achieved without dissolving the company. Section 247(3) [now 248(3)] should be broadly interpreted to settle intra-corporate disputes equitably.⁹⁵

[nos soulignements]

Incidentement, si la société est opérante et prospère, sa liquidation aurait un effet préjudiciable sur ses parties prenantes, un autre facteur pertinent dans l'analyse du remède approprié:

[26] Enfin, la liquidation doit être juste et équitable non seulement en faveur du requérant, mais aussi au regard des intérêts des autres actionnaires, des créanciers et de l'entreprise elle-même. Avec respect pour son opinion, je constate que le juge n'a pas tenu compte de cet aspect.⁹⁶

[nos soulignements]

⁹⁴ *Sevaal Holdings Inc v LCB Properties Inc*, 2014 SKQB 47 au para 94. Voir aussi *Goldberg c Goldberg*, 2015 QCCS 2703 au para 36; *Mathieu c Distributions Gillandré Inc*, [1980] CS 57 à la p 11 (pdf).

⁹⁵ *Clarfield v Manley*, [1993] OJ No 878 (Gen Div) au para 44 [*Clarfield*]. Voir aussi *Bouchard c Beaupré*, 2012 QCCS 1672 aux para 31–32 : « Le Tribunal croit inapproprié d'ordonner la dissolution ou la liquidation de la Compagnie. Elle est une entreprise embryonnaire avec un bon potentiel. »; *Investments (1972)*, *supra* note 54 aux para 5–7.

⁹⁶ *Touchette*, *supra* note 8 au para 26. Voir aussi *Liao*, *supra* note 42 au para 14; *Tracey*, *supra* note 37 au para 24(6).

À l'inverse, si la société a cessé ses activités est n'est plus un « *continuing business concern* », la liquidation pourrait être appropriée⁹⁷.

Enfin, si le requérant qui invoque l'impasse et recherche un remède de liquidation est en mesure de démontrer que l'autre partie a fait preuve d'inconduite grave telles des malversations, la liquidation pourrait aussi être appropriée s'il la demande :

[38] The relationship between allegations of mismanagement and conduct justifying a winding up order were discussed by Baker J. in *Dia-Kas Inc. v. Virani*, [1995] B.C.J. No. 1747, para. 125, as follows:

The court may order that a corporation be wound up where a member demonstrates a justifiable lack of confidence in the conduct and management of the company's affairs by the directors, or by the majority shareholders. Mere mismanagement will not be sufficient. However, proof of dishonesty or a lack of probity in the conduct of the company's affairs by the majority may justify a lack of confidence. Professor Ziegel cites as examples situations where majority shareholders have treated the company or its assets as their own property, or where a director has misappropriated company funds.⁹⁸

[nos soulignements]

C) Remèdes de type achat-vente

Les remèdes de type achat-vente permettent à l'une des parties (ou parfois la société) de racheter les intérêts de l'autre. Lorsque possible, ce type de remèdes est généralement préféré par les tribunaux à celui de la liquidation, car il permet à la société de continuer ses opérations. Il s'agit d'un type de remèdes moins radicaux et intrusifs, tout en mettant fin à l'impasse.

Toutefois, ce type de remèdes peuvent aussi présenter leur lot d'inconvénients.

Par exemple, la détermination du prix de rachat ne se fait pas sans peine compte tenu qu'il n'y a pas de marché boursier pour établir le prix des actions. Malgré l'évaluation par un évaluateur professionnel que la Cour pourrait identifier, il existe un risque que le prix soit trop élevé ou trop bas, ce qui entraînerait un rachat à un prix gonflé ou à un prix réduit.

Aussi, puisqu'il est souvent impossible pour les deux parties de savoir dès le départ qui sera l'acheteur et qui sera le vendeur, particulièrement

⁹⁷ *Golden Pheasant*, supra note 33 aux para 73–75.

⁹⁸ *Coutu et al. v San Jose Mines Ltd*, 2005 BCSC 453 au para 38.

lorsque les deux actionnaires en impasse veulent demeurer dans l'entreprise, ce type de remèdes emporte de l'incertitude chez les parties prenantes.

Par ailleurs, il est difficile de gérer ce type de remèdes lorsque les parties n'ont pas la même situation financière. Dans un tel cas, ces remèdes pourraient nuire à la partie la plus faible financièrement.

Enfin, lorsque les deux parties sont également responsables pour l'impasse, veulent toutes deux poursuivre dans l'entreprise et ont chacune la capacité de le faire, il peut être difficile pour le juge de choisir lequel des actionnaires devra quitter:

Both parties want the Court to order the forced sale of the shares of his adversary. The elimination of one of them from involvement in the business is essential, but the choice of which one to retain, and which one to oust is not easy. Each claims to have the business acumen needed to make the business a success, although Jurak concedes that he would be best advised to hire a manager to assist him. Each states that he has access to the sums of money necessary to buy out the shares of the other, at a fair price and reasonable evaluation.⁹⁹

[nos soulignements]

Bien qu'il existe de nombreuses variantes possibles à un remède de type achat-vente, nous ferons un survol des principaux mécanismes observés en jurisprudence, soit le rachat forcé d'un actionnaire, le remède de type « *shotgun* » et le processus de vente aux enchères supervisé par la Cour.

i) Rachat forcé de l'un des actionnaires (« Buy-out Order »)

En vertu des articles 241(3)(f) LCSA et 451(6°) LSA, le tribunal peut ordonner qu'un actionnaire soit racheté par un autre actionnaire ou par la société.

Ce remède sera favorisé si la société est encore viable. Les facteurs qui devraient avoir un poids plus important pour décider laquelle des deux parties rachètera l'autre, dans l'hypothèse où elles en ont tous deux la capacité financière, seront généralement celui de la partie responsable de l'impasse et celui de la capacité de poursuivre avec succès l'exploitation de l'entreprise :

[11] [...] An appropriate remedy is not liquidation of the corporations involved here. Rather, another remedy is to be used because the two corporations may be

⁹⁹ 152581 *Canada inc c Matol World Corporation*, [1996] AQ no 4016, [1997] AZ-97021075 (CS) à la p 22 [*Matol World Corp.*].

operated profitably. One shareholder ought to purchase the shares of the other. Who is to buy whose shares is the question?

[12] In order to answer that question, I wish to determine who caused the breakdown and who is best able to carry on the business.

[...]

[19] The actions of Dr. Griffioen do demonstrate oppression. He is a director of the two corporations. His actions unfairly disregard the interests of other security holders and directors. As an alternative to ordering the winding up of the corporations, which could be done, there will be an order that Dr. Liao will purchase the shares of Dr. Griffioen at fair value.

[20] Allowing Dr. Liao to make an offer to purchase the shares of Dr. Griffioen in both corporations is the least intrusive resolution for the shareholders and the continued operation of the corporations. The conduct of Dr. Griffioen has been the primary cause of the breakdown between the parties. With such a deadlock, an order may be made for a just and equitable resolution pursuant to s 248 of the Ontario Business Corporations Act. [...]¹⁰⁰

[notre emphase]

Évidemment, ce remède s'offrira sur un plateau d'argent pour la Cour si la preuve démontre que l'un des deux actionnaires en impasse veut continuer d'opérer l'entreprise et que l'autre veut vendre sa position¹⁰¹.

Pour la détermination du prix de vente, il est courant que la Cour ordonne que ce prix soit déterminé par un évaluateur indépendant choisi par les parties ou à défaut d'entente, par le tribunal:

[61] There will be an order directing the other shareholders to purchase the shares of the petitioner at a value to be determined by an independent valuator. In the event the parties cannot agree on an independent valuator, or there are further disputes regarding valuation of the petitioner's shares, the parties are at liberty to make further application to the Court.¹⁰²

[nos soulignements]

¹⁰⁰ *Liao*, *supra* note 42 aux para 11, 12, 19–20. Voir aussi *Sparco Holdings*, *supra* note 9 aux para 103–110; *Tracey*, *supra* note 37 aux para 24–36.

¹⁰¹ *Cocov v Gorgiev*, 2011 ONSC 2778 aux para 10–11.

¹⁰² *Callahan*, *supra* note 34 au para 61. Voir aussi *Bergman*, *supra* note 21 : « The appellants and the respondents shall agree on an independent professional business valuator to value the shares of the appellants, as of the end of December 1995, not taking into account any minority discount. The expense of the valuation is to be shared equally between the

En ce qui concerne une ordonnance de rachat par la société¹⁰³, outre qu'une telle ordonnance ne peut être octroyée si le résultat du rachat ne permet plus à la compagnie de rencontrer ses tests comptables statutaires de solvabilité (art 241(6) LCSA), elle sera aussi écartée lorsqu'elle aura pour effet de mettre la société dans une situation financière douteuse, au détriment de ses créanciers chirographaires¹⁰⁴.

Dans la mesure où la société a les moyens financiers pour procéder au rachat, cette avenue pourrait s'avérer intéressante pour la Cour si elle est d'avis qu'une partie doit demeurer dans l'entreprise, par exemple si l'autre actionnaire a eu une conduite répréhensible, mais que cette partie n'a pas les moyens financiers de procéder au rachat ou que la société est en meilleurs moyens pour le faire¹⁰⁵.

ii) Imposition d'un mécanisme judiciaire de type shotgun

La Cour pourrait aussi imposer judiciairement un mécanisme judiciaire de type *shotgun* pour mettre fin à une impasse (même si ce n'est pas prévu à la convention), tel que ce fut le cas dans l'affaire *Safarik* :

[28] The only workable solution which I have been able to think of is this:

1. The shareholders, other than Mr. Edward Safarik, Sr., within sixty days of entry of judgment, or such further time as the parties may agree upon, shall offer in writing to sell all their common and "B" preference shares at a price per share to be determined by them.
2. Edward Safarik, Sr., shall offer, in writing, within the same time, to sell his "A" preference shares at a price not exceeding the redemption amount.
3. Mr. Gordon Safarik shall have sixty days from the date of delivery of the offer to his solicitors to accept both offers. The purchase price shall be payable sixty days after acceptance in cash. He must accept both or neither.

appellants and the respondents. If they cannot agree on a valuator, each shall appoint and pay for an independent valuator to perform a valuation, and the value of the shares shall be set at the median between their respective valuations. »; *Altomare*, *supra* note 47 au para 20.

¹⁰³ Voir par exemple *Bergman*, *supra* note 21.

¹⁰⁴ *Safarik v Ocean Fisheries Ltd*, 1996 CanLII 10202 (BC CA) au para 15 [*Safarik*].

¹⁰⁵ *Sparco Holdings*, *supra* note 9 aux para 97, 107–113.

4. If Mr. Gordon Safarik does not accept, the shareholders, other than Mr. Edward Safarik, Sr., shall purchase Mr. Gordon Safarik's shares at the price per share at which they offered to sell.¹⁰⁶

[nos soulignements]

Le mécanisme judiciaire de *shotgun* peut être une avenue intéressante pour la Cour dans la mesure où elle veut donner le choix d'un rachat ou d'une vente à la partie non fautive, à un prix juste. En effet, la Cour estimera généralement que l'actionnaire fautif, qui devra déclencher le *shotgun*, n'aura d'autre choix que de proposer un prix raisonnable pour l'achat de ses propres actions :

[85] It has been said that there is no better way for a person to put a fair value on what he or she owns than to agree on a price for which they would be prepared either to buy or sell. A shotgun buy-sell provision achieves that. See *Classic Organ Co. v. Artisan Organ Ltd* (1997), 1997 CanLII 12434 (ON SC), 35 B.L.R. (2d) 285 per Epstein J. (as she then was) at para 34 and *Patheon Inc. v. Global Pharm Inc.* (2000), 2000 CanLII 22779 (ON SC), 9 B.L.R. (3d) 140 per Greer J. at para 27. In *Safrik v. Ocean Fisheries Ltd* (1996), 1996 CanLII 10202 (BC CA), 25 B.L.R. (2d) 44 (B.C.C.A.), Southin J.A. stated :

I know of no better way to have a man put a fair value on what he owns, he knowing all of the facts about its worth, than to require him to say what he will sell it for.¹⁰⁷

[nos soulignements]

En effet, bien qu'on puisse croire de façon intuitive que le *shotgun* représente un remède neutre pour les deux parties, il n'en demeure pas moins que celui qui sera forcé de le déclencher est généralement défavorisé. En effet, il ne pourra prendre la chance de mettre un prix considéré « *bas* » de peur de perdre l'entreprise pour ce prix ni de mettre un prix considéré « *élevé* » de peur de devoir acheter son co-actionnaire à ce prix. Le « *déclencheur* » devra donc être juste d'emblée¹⁰⁸. Au contraire, celui qui reçoit l'offre pourrait se retrouver dans la position avantageuse de vendre à un prix plus élevé, ou d'acheter à un prix plus bas qu'il ne l'estimait. C'est pourquoi, normalement, les tribunaux pénalisent le « *fautif* » en lui ordonnant de déclencher le *shotgun*.

Par exemple, dans les affaires *Segeren*, *Teng* et *Larmon*, la Cour a opté pour un mécanisme judiciaire de *shotgun* en donnant le choix aux

¹⁰⁶ *Safarik*, *supra* note 104 au para 28.

¹⁰⁷ *Muscillo v Bulk Transfer Systems Inc.*, 2009 CanLII 38508 (Ont SC) au para 85.

¹⁰⁸ *Kinzie*, *supra* note 13 au para 25.

requérants d'acheter l'autre actionnaire oppressif ou de se faire racheter par celui-ci¹⁰⁹. Dans *Segeren*, la Cour a elle-même déterminé le prix de l'offre en se fondant sur un rapport d'évaluateurs alors que dans *Teng et Larmon*, la Cour a ordonné que le prix de l'offre soit déterminé par le « fautif ».

Enfin, dans l'affaire *Kinzie*, même s'il n'y avait pas d'actionnaire fautif (situation pure d'impasse sans faute), la Cour a tout de même opté pour un remède de type *shotgun* en ordonnant aux intimés de le déclencher compte tenu que dans les mois précédents la judiciarisation de l'impasse, les négociations entre les parties pour tenter d'y mettre fin impliquaient un rachat par les requérants :

[32] In these circumstances, I find it is appropriate to designate the respondents as the initial offering party because it is apparent that the parties had such a buyout as their dominant motivation in the months preceding this application. For several months the parties have been negotiating with a view to concluding a buyout of the respondents' shares by the petitioners. The deadlock in their negotiations was due to a dispute over the calculation of the price to be paid for the shares. There is also at least some evidence that the petitioners have arranged for the financing necessary to buy out the respondents.¹¹⁰

[nos soulignements]

iii) Processus de vente aux enchères supervisé par la Cour

Lorsqu'aucun actionnaire n'est à blâmer pour l'impasse, ou que les deux le sont, la Cour pourrait choisir d'ordonner une vente aux enchères privée, supervisée par celle-ci, par laquelle chaque actionnaire en impasse soumet une offre initiale sous scellée pour acheter les actions de l'autre. Par la suite, l'offrant le plus bas a un délai déterminé de quelques minutes pour proposer une offre d'un montant supérieur à l'offre plus élevée, et ainsi de suite, jusqu'à ce que la Cour déclare un gagnant (le plus haut « soumissionnaire ») par défaut d'offre plus élevée.

Par ailleurs, pour éviter des guerres d'enchères sans fin, l'ordonnance pourrait prévoir qu'il n'y aura qu'une seule offre soumise sous scellée par les actionnaires en impasse, sans surenchère possible (une sorte de *shotgun* modifié), comme ce fut le cas dans les affaires *Pickard*, *Sahota* et *Pusateri*¹¹¹.

¹⁰⁹ *Segeren*, *supra* note 24 aux para 61–65; *Teng*, *supra* note 38 au para 75; *Larmon v Synergy Hospitality Inc*, 2004 CanLII 2562 (Ont SC) aux para 42–43 [*Larmon*].

¹¹⁰ *Kinzie*, *supra* note 13 au para 32.

¹¹¹ *Pickard*, *supra* note 37 au para 54; *Sahota v Basra*, [1999] OJ No 186 (Gen Div) [*Sahota*]; *Pusateri*, *supra* note 33 au para 32.

L'ordonnance de vente aux enchères pourrait aussi prévoir un montant minimal pour la soumission originale et pour la surenchère, en valeur ou en pourcentage, comme ce fut le cas dans l'affaire *Matol World Corp*¹¹².

Plûtôt qu'une enchère privée, la Cour pourrait même ordonner un processus de vente aux enchères publique par lequel la compagnie est mise en vente sur le marché, chaque actionnaire en impasse devant mettre leurs actions en vente. Les actionnaires, de même que tout tiers, peuvent alors soumettre une offre, la plus élevée remportant l'enchère¹¹³. Ce type de remède, plus complexe car impliquant la nomination d'un banquier d'affaires (« *investment banker* »), pourrait avoir pour effet de maximiser la valeur de l'entreprise, bien que certains disent que de permettre aux actionnaires en impasse de soumettre un prix pourrait avoir pour effet de décourager les tiers, qui ne bénéficient pas du même niveau de connaissance de l'entreprise.

Un tel type de remède par lequel la société est mise en vente a récemment été retenu par la Cour de chancellerie du Delaware dans l'affaire *Shawe* :

The final option is to appoint a custodian to sell the Company so that Shawe and Elting can be separated and the enterprise can be protected from their dysfunctional relationship. Although it is unusual, this Court occasionally has appointed custodians to resolve deadlocks involving profitable corporations and authorized them to conduct a sale of the corporation. In my opinion, such a remedy should be implemented only as a last resort and with extreme caution, but it is appropriate and necessary in this case. Having conducted a six-day trial, decided at least sixteen motions, held numerous lengthy hearings, and considered carefully the documentary evidence and credibility of the witnesses along with the parties' extensive submissions, the painfully obvious conclusion is that Shawe and Elting need to be separated from each other in the management of the Company for its own good. Their dysfunction must be excised to safeguard the Company¹¹⁴.

[notre emphase]

Toujours dans cette affaire *Shawe*, la Cour a laissé le soin à un tiers administrateur nommé par celle-ci d'évaluer la situation et de lui faire un rapport pour déterminer les modalités du meilleur plan de vente de la compagnie en l'espèce, soit par une enchère privée, publique ou autre, afin de maintenir la bonne marche de ses activités et de maximiser la valeur pour ses actionnaires :

¹¹² *Matol World Corp*, *supra* note 99.

¹¹³ *Polano v Brissette*, [1992] OJ 4027 (Gen Div), *conf par* [1998] OJ No 2084. Voir aussi *Clarfield*, *supra* note 95 au para 56; *Moos et al v Vendage Corp. et al*, 2011 ONSC 6029 au para 22.

¹¹⁴ *Shawe*, *supra* note 83.

A form of implementing order accompanies this opinion. In that order, I ask Mr. Pincus [third director appointed by the Court with the authority to vote on any matters on which Shawe and Elting cannot agree] to evaluate and report back to the Court as promptly as practicable after confirming his acceptance of the position on a proposed plan to sell the Company with a view toward maintaining the business as a going concern and maximizing value for the stockholders. In particular, I request that the Custodian evaluate the viability and the pros and cons of conducting a sale of the Company (a) in which the bidders would be limited to Shawe and Elting (individually or as part of a group), such as in a “Texas shoot out” or some other auction format. (b) in an open auction process that would include any interested bidders, or (c) in any other format the Custodian deems practicable in the circumstances of this case, which could include conducting a public offering to afford stockholders liquidity or dividing the operating assets of the Company along the production divisions that Shawe and Elting have separately managed. “Although competitive bidding is highly desirable, where it is possible and appropriate to the circumstances involved, the fiduciary who is selling the asset should adopt whatever course of action persons of ‘prudence, discretion, and intelligence’ would choose under the circumstances to assure that the asset brings the best price obtainable.”¹¹⁵

[notre emphase]

Bien que le processus de vente aux enchères puisse sembler être une réparation juste et équitable dans de nombreux cas, une telle procédure ne convient pas toujours. Dans l’affaire *Bergman*, la Cour d’appel de l’Ontario a renversé une ordonnance de processus de vente aux enchères privée rendue en première instance comme remède à une impasse, malgré l’opposition des deux parties¹¹⁶.

Selon la Cour d’appel, cette ordonnance était imprécise et inappropriée dans les circonstances de cette affaire, notamment car l’une des parties n’avait pas les moyens financiers d’acheter l’autre partie:

First, no valuation date was given for establishing the price at which the bidding would be commenced. Depending upon when the procedure were to take place, the appropriate starting price could be substantially higher or substantially lower than that set by him. Second, the starting price set by the trial judge was not based on any independent valuation of the shares. Third, Bergman was the person actually responsible for the operations of the company, and the position of the appellants had become that of shareholders only. It is doubtful whether the appellants could operate the company without his assistance. There is some indication in the evidence that the appellants are not in a position to purchase the shares of the respondents, and the process ordered by the trial judge would, therefore, expose the appellants to

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Bergman*, *supra* note 21.

risk having to sell their shares at a bargain basement price for that reason only. In addition, given their minority position in the company, the possibility of the appellants being able to sell their shares to a third party is almost non-existent. They are effectively locked in. On the other hand, Mr. Bergman was responsible for the turn-around in the company's fortunes, and should not be required to risk losing his interest in the company to the appellants.¹¹⁷

[nos soulignements]

Par conséquent, le tribunal a déterminé que parce que la société profiterait sans doute de l'absence des appelants, et que les appelants voulaient en sortir, ce fut un cas où il y avait lieu d'ordonner que la société rachète les actions des appelants à un prix déterminé par un évaluateur professionnel choisi d'un commun accord par les parties ou, à défaut d'entente, à un prix correspondant à la médiane entre les prix des évaluateurs respectifs retenus par les parties.

Enfin, dans l'affaire *Kinzie*, la Cour suprême de Colombie-Britannique souligne que la mise en vente de la compagnie sur le marché a pour avantage d'établir la juste valeur marchande lorsque les parties ne s'entendent pas sur le prix. Toutefois, ce remède implique des coûts additionnels pour conduire le processus de vente, lesquels peuvent être évités s'il est possible d'ordonner un rachat¹¹⁸.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Kinzie*, *supra* note 13 au para 23.