

Les Cahiers de droit



Le raisonnement judiciaire fondé sur l'équité dans les conflits entre actionnaires de petites sociétés : l'éclairage d'une approche consensuelle

Raymonde Crête

Volume 47, Number 1, 2006

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043880ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043880ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Crête, R. (2006). Le raisonnement judiciaire fondé sur l'équité dans les conflits entre actionnaires de petites sociétés : l'éclairage d'une approche consensuelle. *Les Cahiers de droit*, 47(1), 33–87. <https://doi.org/10.7202/043880ar>

Article abstract

In Canadian business corporation law, the remedy in the case of unfairness, commonly referred to as the “oppression remedy”, provides fertile ground for the resolution of conflicts between corporate directors, officers and shareholders. It is an approach that makes it possible to surmise the true ambit of corporate acts by taking into account not only explicitly recognized rights but also the straightforward interests of protected persons. Where judges may arrive at a conclusion of abuse or unfairness, they have a wide range of discretionary remedies to rule in the manner they deem appropriate based upon circumstances. Owing to the inherent flexibility in the concept of an equitable remedy, the task devolving to courts in such instances is a precarious one because it requires the counterbalancing of many variables to establish the mutual expectations of parties at the time of the company's creation and throughout its active existence. Where this involves small corporations having only a limited number of shareholders, judicial authorities must weight the complex dynamics of business relations that are often intermixed with ties of family or friendship.

Based upon an economic analysis of the law, our research seeks to propose a method of judicial reasoning applicable to remedies based upon equity, especially those that delve into disputes between shareholders in small corporations. Retrospectively, the proposed method may be used to evaluate past judicial rulings handed down in such circumstances, and prospectively, to enlighten courts called upon to act on future misgivings between parties. This evaluation will lead to a reassessment of the traditional forum for judicial decision-making and will shed new light on the utility of resorting to certain forms of consensual justice, such as mediation and judicial conciliation to resolve disputes of this nature.

Le raisonnement judiciaire fondé sur l'équité dans les conflits entre actionnaires de petites sociétés : l'éclairage d'une approche consensuelle*

Raymonde CRÊTE**

En droit canadien des sociétés par actions, le recours en cas d'iniquité, appelé communément « recours pour oppression », est un terrain fertile pour résoudre les conflits entre les administrateurs, les dirigeants et les actionnaires des sociétés. Ce recours permet d'apprécier le caractère juste des actes d'une société en tenant compte non seulement des droits explicitement reconnus mais également des intérêts implicites des personnes protégées. Dans l'hypothèse où ils concluent à l'existence d'un acte abusif ou injuste, les juges disposent d'une discrétion étendue pour rendre l'ordonnance qu'ils estiment appropriée dans les circonstances. En raison de la flexibilité inhérente au concept de l'équité, la tâche qui incombe aux tribunaux en cette matière est périlleuse, car elle exige la prise en considération d'un ensemble de variables en vue d'établir les attentes réciproques des parties au moment de la création de l'entreprise et pendant la vie de celle-ci. Dans le contexte des petites sociétés composées d'un nombre restreint d'actionnaires, les autorités judiciaires sont appelées à évaluer une dynamique complexe de relations d'affaires auxquelles se greffent souvent des liens familiaux ou amicaux.

Sur la base de l'analyse économique du droit, notre recherche a pour but de proposer une méthode de raisonnement judiciaire aux fins de l'application des recours fondés sur l'équité, plus particulièrement ceux qui impliquent les conflits entre les actionnaires de petites sociétés. De manière rétrospective, la méthode envisagée pourra servir à évaluer

* L'auteure tient à exprimer sa reconnaissance à la Fondation du Barreau du Québec et au Fonds d'études notariales pour le soutien financier accordé pour la présente recherche. Elle remercie également Olivier Courtemanche-Levasseur et Jessica Plourde pour leur assistance dans la préparation de cette recherche

** Professeure; directrice du Centre d'études en droit économique (CEDE), Faculté de droit, Université Laval.

les décisions judiciaires rendues en cette matière et pourra, de manière prospective, guider les tribunaux appelés à intervenir sur cette base. Cette évaluation débouchera sur une remise en question du forum traditionnel d'adjudication judiciaire et mettra en lumière l'utilité de recourir à certaines formes de justice consensuelle, telles la médiation et la conciliation judiciaire, pour résoudre les litiges de cette nature.

In canadian business corporation law, the remedy in the case of unfairness, commonly referred to as the "oppression remedy", provides fertile ground for the resolution of conflicts between corporate directors, officers and shareholders. It is an approach that makes it possible to surmise the true ambit of corporate acts by taking into account not only explicitly recognized rights but also the straightforward interests of protected persons. Where judges may arrive at a conclusion of abuse or unfairness, they have a wide range of discretionary remedies to rule in the manner they deem appropriate based upon circumstances. Owing to the inherent flexibility in the concept of an equitable remedy, the task devolving to courts in such instances is a precarious one because it requires the counterbalancing of many variables to establish the mutual expectations of parties at the time of the company's creation and throughout its active existence. Where this involves small corporations having only a limited number of shareholders, judicial authorities must weight the complex dynamics of business relations that are often inter-mixed with ties of family or friendship.

Based upon an economic analysis of the law, our research seeks to propose a method of judicial reasoning applicable to remedies based upon equity, especially those that delve into disputes between shareholders in small corporations. Retrospectively, the proposed method may be used to evaluate past judicial rulings handed down in such circumstances, and prospectively, to enlighten courts called upon to act on future misgivings between parties. This evaluation will lead to a reassessment of the traditional forum for judicial decision-making and will shed new light on the utility of resorting to certain forms of consensual justice, such as mediation and judicial conciliation to resolve disputes of this nature.

	<i>Pages</i>
1 Les fonctions et les manifestations de l'équité	39
2 Une méthode de raisonnement judiciaire fondée sur une approche consensuelle : le modèle de la négociation hypothétique	47
2.1 Les fondements du modèle de la négociation hypothétique.....	47
2.2 La reconstruction de l'entente selon une approche contextuelle	53
2.2.1 L'importance des écrits.....	54
2.2.2 Au-delà des écrits.....	56
2.2.3 La nature collective ou individuelle des attentes	58
2.2.4 Le caractère substantiel ou procédural des attentes.....	62
2.3 Le caractère réciproque et évolutif des attentes	64
2.4 Le choix d'une solution dans l'intérêt mutuel des parties.....	66
2.4.1 Une solution à caractère punitif.....	68
2.4.2 Les mesures de nature curative	72
2.4.3 Un réaménagement des relations entre les parties	73
3 La justice consensuelle : un processus mieux adapté de résolution des conflits ?	75
Conclusion.....	85

En droit des sociétés par actions, une part importante du contentieux judiciaire est consacrée à l'exercice de recours fondés sur le concept de l'équité. Depuis l'adoption d'importantes réformes législatives au Canada au cours des années 70 et 80, le recours en cas d'iniquité, appelé communément «recours pour oppression¹», est devenu une source fertile pour résoudre les conflits entre les administrateurs, les dirigeants et les actionnaires des sociétés². Ce recours permet d'apprécier le caractère juste des actes d'une société, non seulement au regard des droits explicitement

-
1. L'expression «recours pour oppression» est la traduction littérale de l'expression anglaise *oppression remedy* qui s'inspire de la version anglaise de l'article 241 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C., c. C-44 (ci-après désignée «L.C.S.A.»), où le terme *oppressive* est employé. Bien que les termes «recours en cas d'iniquité» nous apparaissent plus appropriés, nous retiendrons, dans notre étude, l'expression «recours pour oppression» en raison de son usage répandu dans la communauté juridique québécoise.
 2. La plupart des lois sur les sociétés par actions au Canada prévoit actuellement le recours pour oppression. Voir : *Business Corporations Act* (Saskatchewan), R.S.S. 1970, c. B-15, art. 234 ; *Corporations Act* (Manitoba), R.S.M. 1987, c. C225, art. 234 ; *Business Corporations Act* (Alberta), S.A. 1981, c. B-15, art. 234, *Business Corporations Act*, (Ontario) R.S.O. 1990, c. B-16, art. 248 ; *Business Corporations Act* (Colombie-Britannique), S.B.C. 2002, c. 57, art. 227 ; *Business Corporations Act* (Nouveau-Brunswick), S.N.B. 1981, c.

reconnus, mais également en tenant compte des « intérêts » implicites des personnes protégées³. Dans l'hypothèse où ils interviennent, les tribunaux bénéficient aussi d'une large discrétion pour rendre toute ordonnance de nature palliative qu'ils estiment appropriée dans les circonstances⁴.

L'équité constitue également le fondement des pouvoirs d'intervention conférés aux tribunaux dans le contexte des demandes de liquidation et de dissolution. La législation confère à la cour le pouvoir de rendre de telles ordonnances dans le cas d'actes abusifs ou injustes ou, même en l'absence d'actes de cette nature, si les mesures recherchées s'avèrent équitables dans les circonstances⁵. Tout comme pour le recours pour oppression, les tribunaux appelés à intervenir dans un recours en liquidation possèdent une discrétion étendue leur permettant d'imposer toute mesure qu'ils estiment appropriée dans les circonstances⁶.

La grande majorité des recours fondés sur l'équité implique des petites sociétés qui sont généralement caractérisées par la présence d'un nombre restreint d'actionnaires, par la participation des actionnaires importants à la direction de l'entreprise, par l'existence de restrictions à la libre circulation des actions et par l'absence d'un marché public pour le transfert des actions⁷. Au Canada, les résultats d'une étude empirique portant sur

B-9.1, art. 166; *Companies Act* (Nouvelle-Écosse), R.S.N.S. 1989, c. 81 (3rd schedule), art. 5; *Business Corporations Act* (Yukon), R.S.Y.T. 1986, c. 15, art. 232; *Business Corporations Act* (Territoires du Nord-Ouest), R.S.N.W.T. 1996, c. 19, art. 243.

3. *Ebrahimi v. Westbourne Galleries Ltd.*, [1973] A.C. 360 (H.L.); *Dilgenti v. RWMD Operations Kelowna Ltd.* (1976), 1 B.C.L.R. 36, [1976] B.C.J. (Quicklaw) n° 38, par. 19, 20 et 21 (S.C.); *Besner c. J.A. Besner & Sons (Canada) Ltd.*, [1993] R.J.Q. 1759 (C.S.); *820099 Ontario Inc. c. Harold E. Ballard Ltd.* (1991), 3 B.L.R. (2d) 113, 123 (Ct. J. Gen. Div.), *aff'd* (1991), 3 B.L.R. (2d) 113, 122; *Westfair Foods Ltd. v. Watt*, (1991) 115 A.R. 34, 79 D.L.R. (4th) 48 (C.A.); B.L. WELLING, *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1991, p. 516-520.

4. Art. 241 (3) L.C.S.A.

5. Voir, entre autres, l'article 214 L.C.S.A.

6. Art. 214 (2) L.C.S.A.

7. Dans la présente étude, nous retiendrons les termes « petite société ». Celle-ci fait partie de ces entités qui étaient englobées jusqu'à tout récemment dans la notion de « société fermée » et, maintenant, par celle d'« émetteur fermé ». En anglais, la petite société est comprise dans les notions de *closely-held corporation* et de *close corporation*. Au sujet de la réalité de ces dernières, voir : F.H. BUCKLEY, M.R. GILLEN et R. YALDEN, *Corporations—Principles and Policies*, 3^e éd., Toronto, Emond Montgomery Publications, 1995, p. 563. Jusqu'en 2004, la *Loi sur les valeurs mobilières* du Québec (L.R.Q., c. V-1.1, art. 5), définissait la « société fermée » en ces termes : « une société, autre qu'une société d'investissement à capital variable, dont les documents constitutifs prévoient des restrictions à la libre cession des actions, interdisent l'appel public à l'épargne et limitent le nombre des actionnaires à 50, déduction faite de ceux qui sont ou ont été salariés de la société ou d'une filiale ». Cette disposition a été modifiée en 2004 : voir *La loi modifiant*

les jugements rendus de 1995 à 2001 sur la base du recours pour oppression révèlent que 92 p. 100 des 71 jugements répertoriés impliquaient des sociétés fermées (*closely held corporations*), alors que 8 p. 100 seulement de ces décisions concernaient des sociétés ouvertes (*widely held corporations*)⁸. En Grande-Bretagne et en Australie où le droit des sociétés par actions prévoit aussi un recours de cette nature, les études empiriques font également ressortir une nette prépondérance d'actions intentées dans des sociétés fermées⁹.

Depuis son intégration dans la législation fédérale et dans plusieurs lois provinciales, l'application de ce recours a donné lieu à une production doctrinale foisonnante qui fait bien ressortir l'importance du contentieux judiciaire fondé sur le recours pour oppression¹⁰. Pour l'année 2004

la *Loi sur les valeurs mobilières et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2004, c. 37, art. 3. Depuis l'adoption d'un nouveau régime de dispenses, la réglementation québécoise fait maintenant référence à la notion d'«émetteur fermé». Cette dernière concerne les émetteurs autres que les émetteurs assujettis et dont les titres sont soumis à des restrictions à la libre cession et détenus par un nombre maximal de 50 personnes, à l'exception des salariés. Voir l'article 2.4 du *Règlement 45-106 sur les dispenses de prospectus et d'inscription* adopté par les Autorités canadiennes en valeurs mobilières, [En ligne], 2005, [www.cvmq.com/Upload/fichier_pdf/norme/45-106fr.pdf] (16 mars 2006). Dans la présente étude, nous retiendrons la notion de «petite société» pour désigner une société par actions composée d'un nombre restreint d'actionnaires dont les titres sont assujettis à des restrictions à la libre cession et ne sont pas offerts au public.

8. S. BEN-ISHAI et P. PURI, «The Canadian Oppression Remedy Judicially Considered 1995-2001», (2004) 30 *Queen's L.J.* 79, 113.
9. En Grande-Bretagne, les dispositions pertinentes concernant le recours pour oppression se trouvent aux articles 459 à 461 de la *Companies Act 1985*, R.-U. 1985, c. 6. Une étude publiée par la Law Commission en Grande-Bretagne montre que 96 p. 100 des 156 requêtes soumises en 1994 et en 1995 devant la High Court de Londres concernaient une société fermée (*private company*); voir : LAW COMMISSION (U.K.), *Shareholder Remedies*, Law Commission Consultation Paper 142, 1996, p. 181 et l'annexe E, [En ligne], 1996, [www.lawcom.gov.uk/docs/cp142.pdf] (13 septembre 2005); voir aussi : LAW COMMISSION (U.K.), *Report on Shareholder Remedies*, Com. n° 246, [En ligne], 1997, [www.lawcom.gov.uk/docs/lc246.pdf] (16 mars 2006). Pour une étude empirique du recours pour oppression en Australie, voir : I.M. RAMSAY, «An Empirical Study of the Use of the Oppression Remedy», (1999) 27 *Australian Business Law Review*, 23. Les résultats de cette étude montrent que, sur un total de 70 jugements, 72,7 p. 100 de ces décisions concernaient des sociétés fermées (p. 11).
10. M. KOEHNEN, *Oppression and Related Remedies*, Toronto, Thomson/Carswell, 2004; D.S. MORRITT, S.L. BJORKQUIST et A.D. COLEMAN, *The Oppression Remedy*, Aurora, Canada Law Book, 2004; M.A. WALDRON, «Corporate Theory and the Oppression Remedy», (1981-82) 6 *Can. Bus. L. J.* 129; D.H. PETERSON, *Shareholder Remedies in Canada*, Toronto, Butterworths, 1989; B.L. WELLING, *op. cit.*, note 3, p. 553-564; M. CONDON, «Pandora's Box or Trojan Horse? Recent Developments in the Use of the Oppression Remedy under the CBCA», dans *Corporations at the Crossroads*, Montréal, Meredith Lectures, Faculty of Law, McGill University, 1995, p. 465; B.R. CHEFFINS, «An

uniquement, la doctrine s'est enrichie de deux ouvrages consacrés exclusivement à l'analyse de ce mode de redressement¹¹. Bien qu'ils reconnaissent la difficulté d'en circonscrire les contours, les auteurs tentent de mieux saisir le champ d'application de ce recours par une analyse de la jurisprudence selon une approche classique. Certains commentateurs ne manquent pas également de jeter un regard critique sur ce mécanisme de contrôle qui, en raison de l'application du concept flou de l'équité, risque d'accroître l'insécurité et l'imprévisibilité juridiques¹².

Dans ces études doctrinales, les recherches du professeur Cheffins offrent un éclairage intéressant qui se distingue des analyses juridiques traditionnelles en faisant appel au cadre théorique de l'analyse économique afin de mieux comprendre la rationalité du recours pour oppression¹³. Dans le prolongement de ces travaux, notre étude propose une méthode de raisonnement judiciaire pour évaluer et guider l'action des tribunaux appelés à résoudre les conflits au sein des petites sociétés dans des recours fondés sur l'équité.

Dans la première partie, il conviendra tout d'abord de faire un bref rappel des fonctions et des principales manifestations de l'équité en droit privé, pour ensuite élaborer, dans la deuxième partie, un modèle de raisonnement judiciaire qui servira de point de départ pour évaluer la motivation

Economic Analysis of the Oppression Remedy: Working Towards A More Coherent Picture of Corporate Law», (1990) 40 *U. of T. L.J.* 775; J.A. CAMPION, S.A. BROWN et A.M. CRAWLEY, «The Oppression Remedy: Reasonable Expectations of Shareholders», (1995) *Spec. Lect. L.S.U.C.* 229-253; L.M. SCHAEF, «The Oppression Remedy for Minority Shareholders», (1985) 23 *Alta L. Rev.* 512; J.J. CHAPMAN, «Corporate Oppression: Structuring Judicial Discretion», (1996) 18 *Avocates' Quarterly* 170; P. MARTEL et M. MARTEL, *La compagnie au Québec*, t. 1: «Les aspects juridiques», Montréal, Wilson & Lafleur/Martel (feuilles mobiles); P. MARTEL, «Le recours sous l'article 241 de la Loi sur les sociétés par actions», (1990) 50 *R. du B.* 121; P. MARTEL, «Recours pour oppression et convention entre actionnaires: l'arrêt McNeil c. Joly», (1988) 48 *R. du B.* 375; P. MARTEL, «L'arrêt Sparling c. Javelin International Ltd.: le recours pour oppression revu et clarifié», (1986) 46 *R. du B.* 459; P. MARTEL, «Les conventions entre actionnaires et le recours pour oppression», (1985) 45 *R. du B.* 792; Y. LAUZON, «Le recours pour oppression de la loi régissant les sociétés par actions de régime fédéral», (1990) 24 *R.J.T.* 239.

11. M. KOEHNEN, *op. cit.*, note 10; D.S. MORRITT, S.L. BJORKQUIST et A.D. COLEMAN, *op. cit.*, note 10.
12. S. BLOCK, «Corporate Matrimonial Law: An Unofficial History of the Oppression Remedy», dans *Selected Topics in Corporate Litigation*, Papers Presented at the 7th Queen's Annual Business Law Symposium 2000, 41 [En ligne], 2000, [law.queensu.ca/Business_Law_Symposium/qabls2000.pdf] (16 mars 2006); M. CONDON, *loc. cit.*, note 10.
13. B.R. CHEFFINS, *loc. cit.*, note 10; B.R. CHEFFINS, *Company Law: Theory, Structure and Operation*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 291-295, 326-332.

de certaines décisions rendues sur la base de l'équité. Cette évaluation débouchera, dans la troisième partie, sur une remise en question du forum traditionnel d'adjudication judiciaire et mettra en lumière l'utilité de recourir à certaines formes de justice consensuelle, telles la médiation et la conciliation judiciaire, pour résoudre les litiges de cette nature.

1 Les fonctions et les manifestations de l'équité

En droit, l'équité fait partie de ces concepts flexibles ou de ces « notions à contenu variable » qui demeurent difficiles à circonscrire¹⁴. Dans son sens étymologique, le terme « équité », dont l'origine remonte au mot latin *aequitas*, renvoie aux notions d'égalité, de justice (*fairness*) et d'impartialité qui sont associées aux principes de justice naturelle¹⁵. Selon cette première acception, l'équité désigne un idéal de justice auquel aspire une société en vue d'assurer l'égalité entre les personnes, en rendant à chacune ce qui lui revient. Entendu dans ce sens, le concept de l'équité englobe les institutions et les règles de droit destinées à atteindre cet objectif de justice.

En certaines circonstances, l'application des règles du droit positif peut aboutir à des résultats injustes, car, en raison de leur nature générale, celles-ci se révèlent incapables d'appréhender de manière suffisante la

14. Sur les concepts flexibles ou les « notions à contenu variable », voir : C. PERELMAN, « Les notions à contenu variable en droit – Essai de synthèse », dans C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 363 ; P. JESTAZ, « Équité », dans *Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit civil*, t. V, Dalloz, 1972, p. 1 ; sur les concepts d'équité et de bonne foi, voir B. LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998 ; sur le concept de bonne foi, voir E. MACKAAY et autres, « L'économie de la bonne foi contractuelle », dans B. MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 421.
15. *Oxford English Dictionary*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1989, s.v. « Equity » ; *Black's Law Dictionary*, 4^e éd., St. Paul, West Publishing Co., 1951, s.v. « Equity » ; *Webster's Third New International Dictionary of the English Language, Unabridged*, Springfield, Merriam/Webster, 2002, s.v. « Equity » ; *Le Grand Robert de la langue française*, 2^e éd., Paris, Le Robert, 2001, s.v. « Équité » ; A. DESSENS, *Essai sur la notion d'équité*, Toulouse, F. Bonneau, 1934 ; A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 233-234 ; D. KLINCK, « “ Nous sumus a arguer la consciens icy et nemy la ley ” : Equity in the Supreme Court of Canada », dans *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Cowansville/Montréal, Éditions Yvon Blais/Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1997, p. 535, aux pages 537 et 538 ; J. MCGHEE, *Snell's Equity*, 13^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2000, p. 3 ; M. CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, n^o 81 ; P. JESTAZ, *op. cit.*, note 14 ; *Le Grand Robert de la langue française*, 2^e éd., Paris, Le Robert, 1992 ; sur la notion de justice, voir : C. PERELMAN, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 14 et suiv.

réalité complexe de la vie en société¹⁶. Aussi, dans le but de prévenir ces injustices, l'équité, selon une deuxième acception de ce concept, déroge aux règles du droit positif par la prise en considération des circonstances particulières du cas soumis¹⁷. Il s'agit d'une forme de justice contextualisée ou individualisée selon laquelle les tribunaux recherchent la solution la plus juste. À l'instar de plusieurs auteurs, Jean Carbonnier évoque cette fonction dérogatoire de l'équité dans les termes suivants : « une opposition à la rigidité du droit, du "droit strict"¹⁸ ».

Selon une troisième acception, l'équité peut également exercer une fonction supplétive, lorsque les tribunaux sont appelés à compléter les termes explicites de la loi et des ententes conclues entre les parties en tenant compte des circonstances particulières de l'espèce¹⁹. Comme le mentionne Philippe Jestaz, l'équité supplétive est possible « lorsque le législateur renonce à donner un commandement précis et laisse au juge le soin de procéder à un dosage individuel (à l'intérieur de certaines limites légales)²⁰ ». Dans la mesure où la loi le permet, le tribunal peut exercer cette fonction supplétive en comblant les carences des ententes conclues entre les parties.

Dans les pays de tradition civiliste tout comme dans ceux de tradition anglaise, ces fonctions dérogatoire et supplétive de l'équité se manifestent dans plusieurs règles et institutions juridiques²¹. Historiquement, les préteurs à Rome créent de nouvelles actions, nommées « actions prétoriennes », lesquelles dérogent aux actions légitimes du droit strict²². La fonction dérogatoire de l'équité apparaît également dans l'Ancien droit français lorsque le roi ou son chancelier octroient des lettres de grâce et de justice afin d'éviter aux justiciables un déni de justice²³. Dans le droit

16. M. CUMYN, *op. cit.*, note 15, n^{os} 83, 87 ; P. JESTAZ, *op. cit.*, note 14, p. 1.

17. P. JESTAZ *op. cit.*, note 14, n^{os} 10-20 ; M. CUMYN, *op. cit.*, note 15, n^o 114 ; B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 14 ; J.M. NOLAN-HALEY, « The Merger of Law and Mediation : Lessons from Equity Jurisprudence and Roscoe Pound », (2004) 6 *Cardozo J. of Dispute Resolution* 57, 60-61.

18. J. CARBONNIER, *Droit civil—Introduction*, 25^e éd., Paris, PUF, 1997, p. 34.

19. Sur la fonction supplétive de l'équité, voir P. JESTAZ, *op. cit.*, note 14, p. 1 ; sur la fonction supplétive de la bonne foi, voir : B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 14, p. 98-101 ; E. MACKAAyet autres, *loc. cit.*, note 14, p. 428.

20. P. JESTAZ, *op. cit.*, note 14, p. 1.

21. La professeure Cumyn analyse les manifestations institutionnelles de l'équité à Rome, en Angleterre et en France pour ensuite accorder une attention particulière au rôle de l'équité dans les recours en nullité relative du contrat. Voir : M. CUMYN, *op. cit.*, note 15.

22. *Id.*, n^{os} 95-102.

23. *Id.*, n^{os} 109-112.

privé contemporain, bien que la codification puisse être envisagée comme un moyen de limiter le pouvoir créateur des juges, le rôle d'interprétation conféré à ces derniers leur laisse une grande latitude pour recourir à l'équité. Sans déroger expressément aux normes explicites, les tribunaux peuvent tempérer la rigueur de celles-ci par une habile interprétation du droit et des faits de manière à adopter la solution concrètement la plus juste²⁴. À cette fin, l'interprète peut faire appel à un principe général pour réduire la portée d'une disposition précise, il peut accorder une attention particulière à certains faits tout en laissant dans l'ombre d'autres éléments ou encore il peut recourir à une fiction en qualifiant les faits d'une manière peu orthodoxe²⁵.

Dans le droit privé de tradition civiliste, l'équité se manifeste également par l'intégration dans les codes de certaines « notions au contenu variable » et de règles particulières fondées sur des considérations de justice qui permettent aux tribunaux de déroger et de suppléer aux normes législatives et contractuelles²⁶. Le *Code civil du Québec*, notamment, impose des exigences de bonne foi qui transcendent le respect des droits stricts, il prohibe l'exercice abusif ou déraisonnable des droits, il reconnaît le rôle supplétif de l'équité dans la détermination du contenu obligationnel des contrats, de même qu'il introduit des règles de justice contractuelle qui ont pour but de rétablir l'équilibre entre les obligations des parties²⁷.

Grâce à l'application de notions au contenu variable, l'équité peut aussi se manifester dans le contexte particulier des sociétés de personnes et des sociétés par actions. Dans les premières, l'exigence de l'*affectio societatis*, c'est-à-dire l'intention des associés de collaborer, sur un pied d'égalité, au succès d'une entreprise commune, englobe diverses obligations aux paramètres indéterminés, telles la bonne foi, la loyauté, la transparence et

24. C. PERELMAN, *loc. cit.*, note 14, 363-364; P. JESTAZ, *loc. cit.*, note 14, 2-3; M. CUMYN, *op. cit.*, note 15, n^{os} 114-117.

25. C. PERELMAN, *loc. cit.*, note 14, 363-364; M. CUMYN, *op. cit.*, note 15, n^o 116.

26. Au sujet des notions à contenu variable, voir: C. PERELMAN, *loc. cit.*, note 14, 363.

27. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 6, 7, 975, 1703, 2205, 2230, 2260 et 2262; sur l'équité et la bonne foi en matière contractuelle, voir notamment les articles 1375, 1404, 1420, 1434, 1436 et 1437 C.c.Q.; Baudouin et Jobin. *Les obligations*, 6^e éd., par P.-G. JOBIN avec la collaboration de N. VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, par. 92-98. Selon la professeure Cumyn, les recours en nullité relative en matière contractuelle peuvent également être envisagés comme des règles d'équité qui exigent une évaluation des circonstances propres à chaque espèce: voir M. CUMYN, *op. cit.*, note 15, p. 209-234; sur la bonne foi en matière contractuelle, voir B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 14; E. MACKAAY et autres, *loc. cit.*, note 14.

la confiance mutuelle qui façonnent la relation entre les contractants²⁸. En cas de mésentente majeure entre les associés, le tribunal peut ordonner la dissolution de la société pour « justes motifs », selon la terminologie du Code civil français, ou pour une « cause légitime », selon le *Code civil du Québec*²⁹. De même, le droit relatif aux sociétés par actions ouvre la porte à l'équité, notamment en imposant aux administrateurs et aux dirigeants des obligations de loyauté et de transparence ainsi qu'en écartant le principe de l'immunité des actionnaires en cas de fraude, d'abus de droit ou de contravention à une règle d'ordre public, ou encore en conférant aux tribunaux le pouvoir d'ordonner la liquidation d'une compagnie lorsqu'il est « juste et équitable » de le faire³⁰.

Dans les pays de tradition anglaise, les premières manifestations de l'équité remontent au XII^e siècle en Angleterre lorsque les justiciables s'adressent à la justice royale pour obtenir des redressements que la common law ne pouvait leur offrir³¹. Au cours des XIV^e et XV^e siècles, en raison de l'importance croissante des demandes de cette nature qui sont soumises au roi en son conseil, l'exercice de cette fonction est confié au chancelier et à la Cour de chancellerie, laquelle devient, à la fin du XV^e siècle, une juridiction d'*Equity* distincte des tribunaux de common law³².

Pour prévenir les injustices qui résultent de l'application rigoureuse de la common law, les tribunaux d'*Equity* reconnaissent de nouveaux droits et créent des recours fondés sur les principes fondamentaux de conscience, de bonne foi, de justice ou d'équité³³. La juridiction d'*Equity* élabore notamment l'institution du *trust* dans le domaine de la propriété qui connaîtra, plus tard, une extension majeure par la reconnaissance d'obligations fiduciaires dans diverses formes de relations commerciales fondées sur la confiance³⁴. Les tribunaux d'*Equity* accordent aussi de nouveaux recours,

28. En France, voir : A. VIANDIER, *La notion d'associé*, Paris, L.G.D.J., 1978, p. 76 ; L. GODON, *Les obligations des associés*, Paris, Economica, 1999, p. 90 ; au Québec, voir les articles 2186, 2004, 2205 et 2208 C.c.Q.

29. En France, voir Code civil, art. 1844-7 ; au Québec, voir l'article 2230 C.c.Q.

30. Art. 317, 322-326, 2138, 2146, 2147 C.c.Q. ; *Loi sur la liquidation des compagnies*, L.R.Q., c. L-4, art. 24.

31. M. CUMYN, *op. cit.*, note 15, n° 104 ; J. MCGHEE, *op. cit.*, note 15, p. 6 ; D. FRISON, *Droit anglais, institutions britanniques*, Paris, Ellipses, 1993, p. 63.

32. J. MCGHEE, *op. cit.*, note 15, p. 6-7 ; M. CUMYN, *op. cit.*, note 15, n°s 105-108.

33. W.T. BARBOUR, « The History of Contract in Early English Equity », dans P. VINOGRADOFF (dir.), *Oxford Studies in Social and Legal History*, New York, Octagon Books, 1974, p. 155 ; M. CUMYN, *op. cit.*, note 15, n° 108.

34. Au sujet de l'institution du *trust* : J. MCGHEE, *op. cit.*, note 15, p. 109-343 ; R. DAVID et X. BLANC-JOUVAN, *Le droit anglais*, 9^e éd., Paris, PUF, 2001, p. 107-114 ; R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10^e éd., Paris,

entre autres, en rendant une ordonnance d'injonction, en rescindant, en annulant ou en rectifiant un contrat ou encore en imposant l'exécution en nature en cas d'inexécution d'un contrat³⁵. Comme expression de la fonction supplétive de l'équité, ces recours s'ajoutent à ceux de la common law, mais, contrairement à ces derniers, les ordonnances rendues en matière d'*Equity* relèvent de la discrétion des tribunaux qui sont appelés à tenir compte des circonstances particulières de l'espèce³⁶.

Graduellement, les règles et les doctrines élaborées par les tribunaux d'*Equity* forment, au cours du XVII^e siècle, un système formel de droit parallèle à celui de la common law³⁷. De ce long processus de systématisation émergent des précédents jurisprudentiels et des principes bien établis sur lesquels les tribunaux s'appuient pour rendre justice. Plusieurs de ces principes, qualifiés de *Maxims of Equity*, prennent la forme de courts énoncés pour justifier une décision, comme le montrent les maximes suivantes : « He or she who comes into equity must come with clean hands » ou « He or she who seeks equity must do equity »³⁸. Depuis l'adoption des *Judicature Acts* de 1873-1875 en Angleterre, les systèmes de common law et d'*Equity* sont administrés par les mêmes tribunaux, bien que certains auteurs reconnaissent le caractère distinct de l'*Equity*³⁹.

Actuellement, l'héritage anglais de l'*Equity* se manifeste de manière importante dans le droit canadien des sociétés marqué par cette tradition. Le droit anglo-canadien reconnaît l'existence d'obligations fiduciaires entre les associés d'une société de personnes, de même que dans la relation entre les administrateurs et la société par actions⁴⁰. Les associés d'une société de personnes se doivent d'agir mutuellement en toute bonne foi et avec loyauté, tout comme doivent le faire les administrateurs à l'égard

Dalloz, 1992, p. 284-288 ; sur les obligations fiduciaires, voir W.F. FLANAGAN, « Fiduciary Duties in Commercial Relationships : When Does the Marketplace Set the Rules », dans N. DES ROSIERS (dir.), *No person is an Island: Personal Relationships of Dependence and Interdependence*, Vancouver, UBC Press, 2002, p. 57.

35. R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, note 34, p. 278-280 ; D. FRISON, *op. cit.*, note 31, p. 67-68.

36. R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, note 34, p. 280.

37. J. MCGHEE, *op. cit.*, note 15, p. 7-8 ; *Oxford English Dictionary*, *op. cit.*, note 15 ; E.A. MARTIN (dir.), *A Dictionary of Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 1994, s.v. « *Equity* ».

38. J. MCGHEE, *op. cit.*, note 15, p. 27-44.

39. J. MCGHEE, *op. cit.*, note 15, p. 10-11 ; M. CUMYN, *op. cit.*, note 15, n^o 118.

40. Pour les sociétés de personnes, voir E.H. SCAMELL et R.C.I. BANKS, *Lindley on the Law of Partnership*, 15^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1984 ; pour les sociétés par actions, voir A.D. HARRIS et autres, *Cases, Materials and Notes on Partnerships and Canadian Business Corporations*, 4^e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2004, p. 375-545.

de la société par actions⁴¹. En cas de conflit majeur dans une société de personnes ou dans une société par actions, le tribunal peut ordonner la dissolution de la société si cette ordonnance lui apparaît équitable dans les circonstances⁴². En vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, le tribunal peut également ordonner la liquidation d'une société canadienne lorsqu'un actionnaire fait la preuve d'actes abusifs ou injustes posés à l'égard des détenteurs des valeurs mobilières, des créanciers, des administrateurs ou des dirigeants⁴³. Plutôt que d'imposer la liquidation, le tribunal dispose aussi de pouvoirs discrétionnaires pour rendre toute autre ordonnance qu'il estime pertinente⁴⁴.

L'intégration du recours pour oppression énoncé à l'article 241 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* constitue une autre manifestation marquante de l'équité, puisqu'il confère aux tribunaux le pouvoir de contrôler des comportements ou des actes qui créent une injustice à l'égard de certaines personnes ou de certains groupes. Par une interprétation large de cette disposition, les juges interviennent lorsque la violation des attentes légitimes des parties entraîne des effets injustes à l'égard des plaignants, et ce, même si la société et ses représentants agissent de bonne foi⁴⁵.

L'analyse des décisions rendues dans ce contexte met souvent en relief l'histoire d'une relation d'affaires continue entre des personnes unies par des liens familiaux ou amicaux et dont l'entente initiale est demeurée en

41. Pour les sociétés de personnes, voir : *Ontario Partnerships Act*, L.R.O. 1990, c. P-5, art. 28, 29 et 30; voir aussi : W.F. FLANAGAN, *loc. cit.*, note 34; concernant les principes d'équité dans le droit anglais des sociétés de personnes, voir : E.H. SCAMELL et R.C.I. BANKS, *op. cit.*, note 40; A.D. HARRIS et autres, *op. cit.*, note 40, p. 301 et suiv.

42. Pour les sociétés de personnes, voir : *Ontario Partnerships Act*, précitée, note 41, art. 35 f); A.D. HARRIS et autres, *op. cit.*, note 40, p. 986-1001; pour les sociétés par actions, voir par exemple en Ontario : *Business Corporations Act*, précitée, note 2, art. 207 (1).

43. Art. 214 L.C.S.A.

44. Art. 214 (2) L.C.S.A.

45. Sur la reconnaissance des attentes raisonnables ou légitimes des plaignants, voir notamment : B.L. WELLING, *op. cit.*, note 3, p. 516-520; M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 10, p. 31-47-31-50; A. MORISSET et J. TURGEON, *Droit corporatif canadien et québécois*, Farnham, Publications CCH/FM, par. 26-805; dans la jurisprudence, l'importance des attentes raisonnables a été invoquée à l'origine dans l'arrêt britannique célèbre à l'occasion d'un recours en liquidation rendu en 1973 : *Ebrahimi v. Westbourne Galleries Ltd.*, précité, note 3; au Canada, au regard de l'application du recours en cas d'iniquité, voir : *Diligenti v. RWMD Operations Kelowna Ltd.*, précité, note 3; *Besner c. J.A. Besner & Sons (Canada) Ltd.*, précité, note 3; *820099 Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd.*, [1991] O.J. (Quicklaw) n° 266 (Ont. Gen. Div.); *Westfair Foods Ltd. v. Watt*, (1991) 79 D.L.R. (4th) 48 (Alta C.A.); sur l'absence de l'obligation de prouver la mauvaise foi, voir : *Palmer c. Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd.*, (1989) 67 O.R. (2d) 161, 172 (Ont. H.C.J.); *Brant Investments Ltd. c. KeepRite Inc.*, (1991) 3 O.R. (3d) 289 (Ont. C.A.); *Sidaplex-Plastic Suppliers Inc. c. Elta Group*, (1998) 40 O.R. (3d) 563 (Ont. C.A.).

grande partie verbale en raison du rapport de confiance entre les parties. Après un certain nombre d'années, la relation dégénère en un conflit majeur en raison habituellement de l'exploitation, par l'une des parties, d'une situation d'asymétrie de pouvoir au sein de l'actionnariat et de la direction de l'entreprise⁴⁶. Les conflits surviennent souvent dans des entreprises familiales, soit entre conjoints, entre parents et enfants ou encore entre frères et sœurs⁴⁷. La dissension peut survenir à la suite de différends sur le plan des relations personnelles, par exemple, le divorce des époux dont les effets du différend personnel se répercutent dans la gestion des affaires de la compagnie. Dans ces situations de mésentente, la majorité peut faire preuve d'opportunisme et profiter de sa position de contrôle pour prendre des décisions qui portent injustement atteinte aux intérêts de la minorité, notamment en retirant à celle-ci tous les avantages normalement associés à leur investissement⁴⁸. Concrètement, les membres majoritaires peuvent, entre autres, s'abstenir de distribuer les profits de l'entreprise sous forme de dividendes. Ils peuvent exclure le minoritaire de toute participation à l'administration et à la gestion de l'entreprise et, conséquemment, le priver de salaires, de primes et d'autres avantages qui découlent de l'exercice de ces fonctions. Tout en étant dépouillé de revenus, le minoritaire peut aussi être appelé à rembourser les dettes de la société qu'il a cautionnées avant le début du conflit. Sous l'angle de l'analyse économique du droit, les comportements donnant ouverture au recours pour oppression représentent en fait

46. Sur la question de l'exploitation d'une situation d'asymétrie sous l'angle de l'analyse économique du droit, voir l'étude très éclairante du professeur Ejan Mackaay sur l'application du concept de bonne foi en matière contractuelle. Voir E. MACKAAY et autres, *loc. cit.*, note 14. La grille d'analyse que propose le professeur Mackaay est pertinente pour les cas fondés sur le recours pour oppression. Bien que la bonne foi ne soit pas un élément requis pour donner ouverture à ce recours, les décisions rendues en ce domaine mettent souvent en évidence un comportement abusif qui témoigne de l'absence de bonne foi ou de la mauvaise foi de la partie défenderesse.

47. Voir à titre d'exemples : *Nanef c. Con-Crete Holdings*, [1993] O.J. (Quicklaw) n° 1756 (Ont. Gen. Div.), appel accueilli en partie : [1994] 19 O.R. (3d) 691 (Div. Ct.), appel accueilli : [1995] 23 O.R. (3d) 481 (C.A.); *Ferguson and Imax Systems Corp.*, (1984) 43 O.R. (2d) 128 (Ont. C.A.); *820099 Ontario Inc. c. Harold E. Ballard Ltd.*, (1991), 3 B.L.R. (2d) 113, 123 (Ct. J. Gen. Div.), *aff'd* (1991), 3 B.L.R. (2d) 113; *Waxman c. Waxman*, [2004] O.J. (Quicklaw) n° 1765 (C.A.); *Besner c. J.A. Besner & Sons (Canada) Ltd.*, précité, note 3.

48. Par exemple, voir : *Journet c. Superchef Food Industries*, [1984] A.Q. (Quicklaw) n° 15 (C.S.); *Robert c. Kaine*, [2000] Q.J. (Quicklaw) n° 2683 (C.S.), confirmé par [2003] J.Q. (Quicklaw) n° 11762 (C.A.); *Beaubien c. Campbell*, [2003] S.J. (Quicklaw) n° 301 (Sask. Q.B.); *Nanef c. Con-Crete Holdings*, précité, note 47.

une forme d'opportunisme de la part de la majorité qui effectue ainsi « un transfert de richesse au détriment de l'autre et à son propre profit⁴⁹ ».

Dans une petite société, les conséquences des actes abusifs ou injustes peuvent se révéler particulièrement néfastes pour les intérêts des actionnaires en raison de l'absence de liquidité de leurs actions qui les empêche de récupérer aisément leur investissement en cas de conflit. En l'absence d'une convention prévoyant l'achat des actions du minoritaire, la majorité est généralement peu encline à effectuer un tel rachat puisqu'elle n'a, en principe, aucune obligation de distribuer les profits en faveur des actionnaires, y compris les minoritaires. À défaut par la société ou par les coactionnaires de racheter les actions de la minorité, il est aussi peu probable que celle-ci trouve preneur auprès des investisseurs externes qui, généralement, sont peu désireux d'investir dans des petites sociétés « privées » ou « fermées », surtout si les intérêts visés sont minoritaires. Cette absence de liquidité rend également difficile l'évaluation des actions en vue de la disposition des titres tant à l'interne qu'à l'externe⁵⁰. La difficulté d'établir la juste valeur des titres pourra même contribuer à accroître les tensions entre les parties et compromettre le succès des négociations en vue de régler le conflit. Les personnes placées dans une position faible ou vulnérable, tels les actionnaires minoritaires qui normalement doivent se plier aux vœux de la majorité, peuvent recourir à un mécanisme de contrôle judiciaire lorsque les actes contestés, bien qu'ils soient conformes aux règles de droit strict, violent ces normes générales de conduite.

Le recours pour oppression constitue en fait une reconnaissance législative des obligations de loyauté, d'intégrité et de bonne foi que doit manifester la majorité à l'égard de la minorité. Par l'intégration de ce recours fondé sur le principe général de l'équité, le législateur fédéral évite de dicter aux parties des comportements spécifiques en leur imposant *ex ante* une série d'obligations particulières qui risqueraient d'être mal adaptées à la réalité des diverses entreprises. Il confère plutôt aux tribunaux la tâche

49. Voir l'étude du professeur Mackaay sur l'application du concept de bonne foi: E. MACKAAY et autres, *loc. cit.*, note 14, 437.

50. Concernant la vulnérabilité des actionnaires minoritaires dans les sociétés fermées, voir: J.A.C. HETHERINGTON et M.P. DOOLEY, « Illiquidity and Exploitation: A Proposed Statutory Solution to the Remaining Close Corporation Problem », (1977) 63 *Virginia L. Rev.* 1, 5 et 6; B.R. CHEFFINS, *loc. cit.*, note 10, 800; M.P. DOOLEY, *Fundamentals of Corporation Law*, Wesbury, Foundation Press, 1995, p. 1060 et suiv.; concernant les effets de l'absence d'un marché liquide dans les sociétés fermées, voir: F.H. EASTERBROOK et D.R. FISCHER, « Close Corporations and Agency Costs », (1986) 38 *Stan. L. Rev.* 271, 274-277.

d'intervenir *ex post* et d'évaluer les comportements contestés de manière contextuelle grâce à la flexibilité de la norme imposée.

L'application de la norme de l'équité de même que les sanctions qui s'y rattachent en cas de violation peuvent s'avérer bénéfiques non seulement en raison de l'effet curatif découlant du contrôle judiciaire des abus, mais également grâce aux effets dissuasifs et pédagogiques associés à l'existence de dispositions législatives qui, par le message qu'elles transmettent aux acteurs intéressés, peuvent inciter ces derniers à éviter les comportements abusifs.

Par ailleurs, à cause de la flexibilité inhérente au concept de l'équité, la tâche qui incombe aux tribunaux en cette matière se révèle particulièrement périlleuse, car elle exige de tenir compte de plusieurs variables de nature juridique, économique, organisationnelle et sociale dans l'évaluation des comportements des acteurs intéressés et dans le choix d'une solution appropriée. La méthode de raisonnement judiciaire élaborée dans les lignes qui suivent met d'ailleurs aussi en relief cette difficulté.

2 Une méthode de raisonnement judiciaire fondée sur une approche consensuelle : le modèle de la négociation hypothétique

Le modèle de la négociation hypothétique entre les parties que proposent certains tenants de l'analyse économique du droit offre, à notre avis, un cadre conceptuel utile pour analyser les recours fondés sur l'équité en vue de régler les litiges entre les actionnaires des sociétés fermées. Après avoir rappelé les fondements de ce modèle, nous expliciterons les principaux éléments de la méthode de raisonnement judiciaire envisagée pour évaluer les actions judiciaires de cette nature.

2.1 Les fondements du modèle de la négociation hypothétique

Sous l'angle de l'analyse économique du droit, l'échange entre les personnes est envisagé comme un mécanisme fondamental qui favorise l'allocation efficiente des ressources en répartissant celles-ci vers leur utilité optimale, c'est-à-dire en les canalisant de manière à maximiser le bien-être des personnes. Le processus d'échange est considéré comme mutuellement bénéfique dans la mesure où les acteurs cherchent à satisfaire leurs intérêts respectifs.

L'association d'actionnaires au sein d'une petite société s'inscrit bien dans cette logique d'échange développée dans la théorie économique. Des investisseurs s'engagent à mettre en commun des biens, des connaissances ou des activités pour exploiter une entreprise en vue de réaliser un bénéfice

commun⁵¹. Dans ce genre de société, les membres sont souvent engagés dans une relation d'affaires continue et évolutive fondée sur la confiance mutuelle où s'entremêlent des liens familiaux et amicaux. Selon une perspective sociologique du droit élaborée, entre autres, dans les travaux de Ian Macneil, Paul Gudel et Robert Scott aux États-Unis et dans ceux de Jean-Guy Belley au Canada, cette relation peut être qualifiée de «contrat relationnel», c'est-à-dire une entente caractérisée par une coopération étroite entre les parties qui, dans leurs intérêts mutuels, poursuivent un but économique commun pendant une durée indéterminée⁵². Dans le vaste éventail des échanges entre les personnes, ce type d'entente est mis en opposition avec le contrat envisagé de façon traditionnelle, c'est-à-dire le «contrat transactionnel» qui consiste en un échange d'un bien déterminé qui implique une interaction limitée entre les parties⁵³.

Le contrat relationnel englobe l'échange explicite de promesses, de même que les normes implicites de coopération, de réciprocité, de confiance et de bonne foi entre les parties. Voici comment le professeur Belley résume les caractéristiques de ce modèle de contrat tel qu'il a été élaboré par Macneil :

Dans le contrat relationnel, la normativité est non promissoire autant que promissoire puisqu'elle englobe toutes les obligations implicites qui tiennent à la nature de la relation des parties et aux exigences objectives de la coopération. Elle est dynamique comme la relation évolutive dont elle participe. Elle est associative parce qu'imprégnée des valeurs de mutualité, de solidarité et de recherche coopérative d'un profit commun sans lesquelles le maintien d'une structure de coordination économique est impossible. Elle est finalement sociale en tant qu'elle englobe les

51. F.H. EASTERBROOK et D.R. FISCHER, *op. cit.*, note 50; M.C. JENSEN et W.H. MECKLING, «Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure», (1976) 3 *J. Fin. Econ.* 305.
52. J.-G. BELLEY, «Théories et pratiques du contrat relationnel: les obligations de collaboration et d'harmonisation normative», dans *La pertinence renouvelée du droit des obligations: Back to Basics*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, Conférence Meredith Lectures 1998-1999, Faculté de droit de l'Université McGill, 2000, p. 137, à la page 139; I.R. MACNEIL et P.J. GUDER, *Contracts-Exchange Transactions and Relations-Cases and Materials*, 3^e éd., New York, Foundation Press, 2001, p. 11-22; tout comme pour l'entente entre les membres d'une société fermée, plusieurs relations sont considérées sous l'angle relationnel, notamment la société de personnes, le contrat de travail, le contrat de franchise, les relations interfirmes et le mariage. Voir: I.R. MACNEIL et P.J. GUDER, *op. cit.*, note 52, p. 15; R.E. SPEIDEL, «The Characteristics and Challenges of Relational Contracts», (2000) 94 *Nw. U. L. Rev.* 823; E.S. SCOTT et R.E. SCOTT, «Marriage as Relational Contract», (1998) 84 *Va. L. Rev.* 1225; J.-G. BELLEY, *loc. cit.*, note 52, 149.
53. J.-G. BELLEY, *loc. cit.*, note 52, 148; I.R. MACNEIL et P.J. GUDER, *op. cit.*, note 52, p. 15-22; D.K. MOLL, «Shareholder Oppression & Reasonable Expectations: Of Change, Gifts, and Inheritance in Close Corporation Disputes», (2002) 86 *Minn. L. Rev.* 717, 754 et 755.

règles et valeurs du milieu social et politique que les parties ont dû intégrer parmi les normes de leur relation⁵⁴.

Dans la petite société, les actionnaires peuvent préciser certaines modalités de leur entente dans des documents formels, comme les statuts, les règlements administratifs ou les conventions particulières. Toutefois, les parties engagées dans une relation à durée indéterminée peuvent difficilement expliciter toutes les modalités de leur entente dans des documents formels en raison du caractère évolutif, incertain et complexe de celle-ci⁵⁵. Le coût inhérent à la négociation et à la rédaction de clauses expresses peut, entre autres, expliquer le choix des membres de s'abstenir de conclure des conventions détaillées⁵⁶. Tel pourrait être le cas pour les membres d'une petite société qui, en raison de leurs moyens financiers limités, sont réticents à engager des professionnels pour la rédaction d'une convention d'actionnaires qui définirait de manière détaillée leurs droits et leurs obligations⁵⁷.

Les lacunes d'une entente peuvent également résulter d'un manque d'information de l'une (l'asymétrie informationnelle) ou de l'ensemble des parties. Le caractère incomplet d'une entente peut aussi s'expliquer par des facteurs de nature psychologique ou émotionnelle. Comme le souligne le professeur Eisenberg qui s'appuie sur des recherches empiriques en psychologie, les parties engagées dans une petite société, généralement caractérisée par des relations à durée indéfinie, ont tendance à sous-estimer les risques d'opportunisme qui peuvent survenir au fil des ans⁵⁸. En raison d'un manque de connaissances et d'expérience ou encore à cause de la faiblesse de leurs aptitudes d'analyse et de jugement, les cocontractants font preuve de naïveté ou d'un optimisme irréaliste qui entraîne des erreurs de jugement systématique dans la prévision d'événements⁵⁹.

De même, dans les sociétés où les membres sont unis par des liens familiaux ou amicaux, les acteurs intéressés jugent souvent inutile d'expliquer

54. J.-G. BELLEY, *loc. cit.*, note 52, 148.

55. Telle est une des principales caractéristiques du contrat relationnel, voir : R.E. SPEIDEL, *loc. cit.*, note 52, 828 et 829.

56. F.H. EASTERBROOK et D.R. FISCHER, *loc. cit.*, note 50, 34 et 35.

57. Concernant le coût de transaction d'une entente, voir : I. AYRES et R. GERTNER, « Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules », (1989) 99 *Yale L. Rev.* 87, 91 et 92 ; dans le contexte d'une société fermée, voir : B.R. CHEFFINS, *op. cit.*, note 13, p. 466.

58. M.A. EISENBERG, « The Structure of Corporation Law », (1989) 89 *Colum. L. Rev.* 1461, 1465 ; M.A. EISENBERG, « Why There is No Law of Relational Contracts », (2000) 94 *Nw. U. L. Rev.* 805, 810-813.

59. M.A. EISENBERG, « The Structure of Corporation Law », *loc. cit.*, note 58, 1465.

leurs attentes et leurs engagements dans des contrats formels en raison de leurs rapports étroits marqués par la coopération et la confiance mutuelle⁶⁰. Le désir des partenaires de s'engager dans une relation à long terme fondée sur ces valeurs peut en effet prévenir les conflits⁶¹. Dans ce contexte, les normes sociales plutôt que juridiques sont jugées suffisantes pour réguler le comportement des parties⁶². D'autres facteurs, tels que l'importance des investissements des actionnaires de même que la participation directe de ces derniers dans l'entreprise, peuvent également contribuer à prévenir les comportements opportunistes dans la mesure où ces actes risquent d'entraîner une diminution de la valeur de l'entreprise et, par ricochet, de porter atteinte aux intérêts proportionnels de chacun des actionnaires. Et même si les membres reconnaissent l'utilité des conventions expresses, plusieurs hésitent malgré tout à entreprendre un processus de négociation en vue de conclure de telles conventions par crainte de compromettre l'atmosphère de confiance qui règne entre eux⁶³. Au moment de la création d'une entreprise, l'inégalité de pouvoir entre les parties, ainsi que l'enthousiasme et souvent même la naïveté des partenaires constituent également des facteurs qui expliquent la réticence de certains à proposer un processus de négociation en vue de la conclusion d'une entente expresse.

En somme, les ententes expresses conclues entre les parties risquent souvent de demeurer incomplètes pour des raisons diverses qui sont liées notamment aux coûts de transaction ou à des facteurs d'ordre psychologique et social. La majeure partie de ces relations risque d'être fondée plutôt sur des attentes implicites qui évolueront au fil des ans. Aussi, le droit des sociétés par actions, tant par sa législation que par ses actions judiciaires, exerce une fonction supplétive ou, selon l'expression des auteurs anglophones, *a gap-filling role* qui, en prévoyant un ensemble de principes généraux au contenu indéfini et de mécanismes de résolution des conflits, dispense les parties de l'obligation de négocier et de rédiger les clauses contractuelles traduisant leurs besoins et leurs attentes⁶⁴.

60. B.R. CHEFFINS, *op. cit.*, note 13, p. 328, 466 et 467 ; F.H. EASTERBROOK et D.R. FISCHEL, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, p. 229-230.

61. R.E. SPEIDEL, *loc. cit.*, note 52, 829.

62. D. CHARNY, «Nonlegal Sanctions in Commercial Relationships», (1990) 104 *Harv. L. Rev.* 373.

63. *Ibid.*

64. F.H. EASTERBROOK et D.R. FISCHEL, *op. cit.*, note 60, p. 34 et 35 ; B.R. CHEFFINS, *loc. cit.*, note 10, 786 ; B.R. CHEFFINS, *op. cit.*, note 13, p. 134 ; voir aussi : I. AYRES et R. GERTNER, *loc. cit.*, note 57 ; C.R. O'KELLEY, JR., «Filling Gaps in the Close Corporation Contract : A Transaction Cost Analysis», (1992) 87 *Nw. U. L. Rev.* 216 ; les auteurs Easterbrook et Fischel emploient les termes suivants : «fills in the blanks».

L'obligation des administrateurs et des dirigeants d'agir avec diligence, loyauté, intégrité, équité et de bonne foi, de même que les pouvoirs discrétionnaires conférés aux tribunaux participent de ces moyens prévus pour suppléer aux lacunes des ententes expresses⁶⁵. Par la reconnaissance de ces obligations au contenu variable et par le choix d'une solution appropriée dans les circonstances, l'action judiciaire peut s'adapter à la réalité du contrat relationnel qui caractérise généralement la relation entre les membres d'une petite société. La flexibilité des concepts généraux permet aux tribunaux de rendre compte de la dynamique multidimensionnelle et évolutive de cette relation commerciale dans un processus de règlement d'un litige. Par la même occasion, la reconnaissance législative des devoirs de bonne foi, de loyauté et d'équité et leur application par les tribunaux favorisent l'efficacité économique en empêchant une distribution non productive des ressources en faveur des membres de la direction ou de certains actionnaires.

Voici comment les auteurs Easterbrook et Fischel résument la fonction supplétive qu'exercent le droit des sociétés par actions et plus spécifiquement la reconnaissance des devoirs fiduciaires des membres de la direction des sociétés :

Socially optimal fiduciary rules approximate the bargain that investors and managers would have reached if they could have bargained (and enforced their agreements) at no cost. Such rules preserve the gains resulting from the separation of management from risk bearing while limiting the ability of managers to give priority to their own interests over those of investors⁶⁶.

Selon une approche normative de l'analyse économique du droit, le législateur et les tribunaux sont ainsi appelés à définir et à appliquer les principes et les règles qui traduisent une entente hypothétique entre les parties qui recherchent la réalisation d'un bénéfice commun⁶⁷. Autrement dit, ces institutions étatiques doivent tenter de préciser le contenu d'une entente fictive en se demandant ce que les parties, en tant qu'acteurs rationnels et bien informés, auraient hypothétiquement négocié dans les meilleures conditions pour maximiser la valeur de l'entreprise⁶⁸.

Le modèle de la négociation hypothétique décrit au paragraphe précédent peut ainsi fournir un cadre d'analyse utile pour mieux comprendre la raison d'être du droit des sociétés par actions et pour évaluer de manière critique le choix des dispositions législatives, de même que les interventions

65. F.H. EASTERBROOK et D.R. FISHEL, *op. cit.*, note 60, p. 92.

66. *Ibid.*

67. *Ibid.*, p. 34, 35 et 92; B.R. CHEFFINS, *op. cit.*, note 13, p. 264.

68. *Ibid.*

judiciaires fondées sur celles-ci⁶⁹. L'application de ce modèle peut également servir de guide pour les autorités étatiques dans l'élaboration de la législation et pour les tribunaux appelés à résoudre un litige en cette matière.

Bien que l'utilité de cette méthode soit reconnue dans la doctrine, certains ne manquent pas d'en souligner les faiblesses⁷⁰. Parmi les critiques, le professeur Coffee souligne que l'approche classique préconisée par Easterbrook et Fischel apparaît trop restrictive en ce qu'elle tient compte uniquement de l'efficacité économique, c'est-à-dire de l'objectif de maximisation de la valeur de l'entreprise⁷¹. Selon Coffee, l'adoption de ce seul critère peut avoir pour effet d'ignorer les conséquences injustes d'un acte à l'égard de certaines personnes. En d'autres termes, la recherche de l'efficacité peut faire fi des considérations d'équité ou de justice distributive dans la mesure où les actes accomplis en vue de maximiser les profits peuvent l'être au détriment des intérêts de certains actionnaires, notamment par un partage inéquitable des profits et des pertes entre les actionnaires⁷².

Conscient des problèmes d'ordre conceptuel et pratique que soulève l'adoption de ce modèle axé sur l'objectif d'efficacité, le professeur Cheffins, pour sa part, propose une approche plus englobante qui tient compte des considérations d'équité⁷³. L'obligation imposée aux membres de la direction d'une entreprise d'agir de manière équitable de même que les sanctions judiciaires qui s'y rattachent en cas de violation contribuent, à son avis, à instaurer un climat de confiance qui incite les personnes à investir et à conclure une entente destinée à maximiser la valeur de l'entreprise⁷⁴. L'action des tribunaux fondée sur le concept d'équité peut également favoriser l'objectif d'efficacité dans la mesure où, en complétant le

69. Le modèle de la négociation hypothétique est préconisé comme cadre d'analyse en droit des sociétés par actions par des auteurs, tels Easterbrook et Fischel, de même que par Cheffins, voir *supra*, les références des notes 67 et 68 et *infra*, note 82; le modèle de la négociation hypothétique a été utilisé au départ comme outil d'analyse de la fonction supplétive exercée par les tribunaux dans l'interprétation de contrats incomplets. Voir : R. COOTER et T. ULEN, *Law and Economics*, 3^e éd., Reading, Addison-Wesley, 2000, p. 202-205; D. CHARNY, «Hypothetical Bargains: The Normative Structure of Contract Interpretation», (1991) 89 *Mich. L. Rev.* 1815.

70. I. AYRES et R. GERTNER, *loc. cit.*, note 57; J.C. COFFEE, «The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on the Judicial Role», (1989) 89 *Colum. L. Rev.* 1618, 1622-1626, 1664.

71. J.C. COFFEE, *id.*

72. *Ibid.*

73. B.R. CHEFFINS, *op. cit.*, note 13, p. 158-162.

74. *Id.*, p. 160.

contenu d'une entente entre les parties, elle minimise les coûts de transaction au bénéfice des cocontractants qui se sont abstenus de faire les efforts nécessaires pour anticiper les conflits futurs et pour prévoir les mécanismes en vue de les résoudre⁷⁵. Si le tribunal réussit à reproduire l'entente que les acteurs auraient présumément négociée de façon rationnelle et éclairée en tenant compte de leurs besoins et de leurs attentes, il est possible de présumer que la décision judiciaire favorise ainsi un résultat efficient en canalisant les ressources vers leur utilité optimale⁷⁶. Sans nier les difficultés d'application du modèle de la négociation hypothétique, Cheffins considère que celui-ci, en raison de l'objectif d'efficience qui le sous-tend, offre un cadre conceptuel utile qu'il juge opportun de retenir pour analyser et évaluer les choix législatifs et les actions judiciaires en droit des sociétés par actions⁷⁷.

L'étude qui suit a pour but d'approfondir le travail entrepris en cette matière en prenant comme point de départ le modèle de la négociation hypothétique pour proposer une méthode plus précise de raisonnement judiciaire aux fins de l'application des recours fondés sur l'équité. De manière rétrospective, la méthode envisagée peut servir à évaluer les décisions judiciaires rendues en cette matière et, de manière prospective, elle peut guider les tribunaux appelés à intervenir sur cette base. Dans notre recherche, la méthode d'analyse est élaborée en tenant compte des caractéristiques propres aux petites sociétés.

2.2 La reconstruction de l'entente selon une approche contextuelle

Selon le modèle de la négociation hypothétique décrit précédemment, l'autorité judiciaire qui intervient dans un recours fondé sur l'équité est appelée à déterminer le contenu de l'entente hypothétique que les parties auraient conclue en l'absence de tout conflit et dans les meilleures conditions en vue de promouvoir leurs intérêts mutuels. Comme le suggère le professeur Cheffins, «[t]he objective will be to determine how they [the parties] would have dealt with issues which have subsequently become contentious if, at the time of contracting, they had possessed perfect information, did not face transaction costs, and were confident that any agreement made would be performed as arranged⁷⁸». En raison du concept de l'équité qui est à la base de ce recours, la reconstruction de cet accord fictif

75. *Id.*, p. 328 et 329.

76. *Ibid.*

77. *Id.*, p. 264-307, 329-332; B.R. CHEFFINS, *loc. cit.*, note 50.

78. B.R. CHEFFINS, *op. cit.*, note 13, p. 291; concernant le modèle de la négociation hypothétique et ses applications, voir les pages 291-307 et 328-332.

ne peut toutefois se faire dans l'abstrait, d'où l'importance de procéder à une analyse contextuelle qui tient compte de la situation particulière des acteurs visés⁷⁹.

2.2.1 L'importance des écrits

Dans ce processus d'analyse, les juges doivent, tout d'abord, accorder une importance particulière aux instruments écrits puisque le contenu est censé refléter les intentions qui animaient les parties au moment de la conclusion de leur entente⁸⁰. Les écrits incluent, entre autres, l'acte constitutif de l'entreprise visée, les règlements, les politiques de gouvernance interne adoptées par les organes de la société, les conventions entre actionnaires et les autres types d'ententes formelles. Par ces écrits, les membres définissent les règles de régie interne et prévoient diverses clauses pour protéger leurs intérêts proportionnels dans l'exercice du contrôle et dans le partage des profits et des actifs, pour assurer aux membres des postes de gestion et de direction, pour empêcher l'entrée de tiers sans le consentement des actionnaires, pour faciliter la disposition des actions par l'attribution d'options de vente ou d'achat et pour prévoir des mécanismes de résolution des conflits, telle la procédure de médiation, d'arbitrage ou d'amiable composition⁸¹.

Le désir des parties de conclure une convention détaillée dépend de plusieurs facteurs, notamment de la nature des liens entre les actionnaires et de l'importance de leurs investissements. Il en est ainsi, à titre d'exemple, pour les sociétés de capital de risque qui effectuent des placements importants dans les petites et moyennes entreprises (PME) et qui exigent habituellement la signature d'une convention d'actionnaires⁸². Bien qu'elles soient elles-mêmes considérées comme des personnes averties, ces sociétés font généralement appel à des spécialistes, tels des conseillers en droit, en fiscalité ou en comptabilité, pour les informer sur les divers aspects de leur entente et pour préparer le contenu de la convention. Lorsque les parties expriment leurs attentes de manière libre et informée, il conviendrait, dès lors, de s'en tenir à l'expression formelle de ces attentes, à moins que

79. K. PATRICK MCGUINNESS, *The Law and Practice of Canadian Business Corporations*, Toronto, Butterworths, 1999, p. 960, 965 et 966.

80. B.R. CHEFFINS, *op. cit.*, note 13, p. 291, 292 et 329.

81. Sur les conventions d'actionnaires, voir : R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 615-699.

82. Concernant les sociétés de capital de risque et leurs exigences en matière de conventions d'actionnaires, voir notamment : D. LAFORTUNE, « Les conventions d'actionnaires et le capital de risque », dans G. LEFEBVRE (dir.), *Les Journées Maximilien-Caron 1998 – Les aspects juridiques du capital de risque*, Montréal, Éditions Thémis, 1999.

l'une des parties n'exerce ses droits de manière abusive, c'est-à-dire dans l'intention de nuire à l'autre partie, ou encore de manière excessive ou déraisonnable, comme le prévoit la définition de l'abus de droit⁸³.

La jurisprudence canadienne fournit plusieurs exemples où les tribunaux reconnaissent ainsi la primauté de la volonté exprimée par les parties dans une entente écrite⁸⁴. Par exemple, dans la décision *Krynen c. Bugg*⁸⁵, la Cour supérieure de l'Ontario a considéré que les règlements de la société et la convention signée par les actionnaires étaient suffisamment explicites pour justifier le rejet de la demande d'un actionnaire qui, après avoir été démis de ses fonctions comme employé, réclamait l'achat de ses actions par les autres actionnaires. En l'absence d'une clause d'achat d'actions prévue expressément dans la convention signée par les actionnaires, cette cour a considéré qu'elle ne pouvait pas imposer cet achat, bien qu'elle ait reconnu que la mésentente entre les parties pouvait aboutir à une impasse⁸⁶.

Les tribunaux admettent également la primauté des conventions écrites entre les actionnaires qui, par une clause d'arbitrage, excluent la compétence de la cour pour régler les litiges résultant d'un comportement abusif ou injuste⁸⁷. Certains jugements rappellent également que les problèmes liés à la validité, à l'application et à l'interprétation d'une entente écrite ne donnent pas, en principe, ouverture au recours statutaire fondé sur

83. Concernant la déférence judiciaire accordée aux écrits formels, voir : F.H. EASTERBROOK et D.R. FISCHER, *op. cit.*, note 60, p. 228-252 ; B.R. CHEFFINS, *op. cit.*, note 13, p. 295-297. Concernant l'abus de droit, voir l'article 7 C.c.Q.

84. *Krynen c. Bugg*, [2003] 64 O.R. (3d) 393, [2003] O.J. (Quicklaw) n° 1209, par. 81 et 82 (Ont. S.C.); *Krela c. Orthosoft Inc.*, [2002] J.Q. (Quicklaw) n° 5287, par. 33-37 (C.A.), requête pour autorisation du pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée : C.S.C. 2003-10-02 ; *Société immobilière Gestivev c. Groupe Demeter Inc.*, [1998] A.Q. (Quicklaw) n° 666, par. 45-48 (C.S.); *Gendron c. J.E. Gendron Automobiles limitée*, [2003] J.Q. (Quicklaw) n° 11763, par. 22 et 23 (C.S.); *Robert c. Kaine*, AZ-00021837 (C.S.), par. 79-93 ; *Banque nationale du Canada c. Titley*, EYB-2004-72173 (C.S.), par. 72-74 ; *Kuksis c. Physical Planning Technologies Inc.*, [2004] O.J. (Quicklaw) n° 4598 (Ont. S.C.).

85. *Krynen c. Bugg*, précité, note 84.

86. *Id.*, par. 82.

87. *T.J. Whitty Investments Corp. c. TAGR Management Ltd.*, [2004] O.J. (Quicklaw) n° 3523 (Ont. S.C.); *Armstrong c. Northern Eyes Inc.*, [2001] O.J. (Quicklaw) n° 1085 (C.A.); *Acier Leroux Inc. c. Tremblay*, [2004] R.J.Q. 839 (C.A.), [2004] Q.J. (Quicklaw) n° 2206 (C.A.). Bien que la Cour d'appel ait reconnu l'arbitrabilité du recours, cette décision n'a pas eu pour effet d'exclure la compétence de la Cour puisque le litige en cause n'était pas englobé dans la clause compromissoire.

l'équité, mais qu'ils relèvent plutôt de l'application des règles de droit civil en matière contractuelle⁸⁸.

2.2.2 Au-delà des écrits

Comme nous l'avons mentionné précédemment, dans les petites sociétés où les parties envisagent une relation à long terme fondée sur la confiance mutuelle entre les parties, il est fort probable que les textes formels de nature statutaire ou contractuelle ne révèlent pas les éléments essentiels de l'entente entre les membres. Ainsi, l'auteur O'Neil le souligne : « Important arrangements among participants in small business enterprises are often oral and sometimes nothing more than vague understandings, never even definitely stated orally⁸⁹ ».

En raison des fonctions dérogatoire et supplétive qui sont inhérentes au concept de l'équité, les tribunaux sont ainsi appelés à aller au-delà des écrits formels et à analyser l'ensemble de la relation entre les parties en vue de dégager de manière concrète les attentes de celles-ci, tant au moment de la création de l'entreprise que durant la vie de celle-ci. Ce processus d'analyse contextuelle amène ainsi le juge à tenir compte de multiples variables d'ordre économique, juridique, organisationnel et social telles que l'histoire de l'entreprise et de ses fondateurs, son statut de petite société, la structure de son actionnariat, la participation des membres dans l'entreprise, soit à titre d'actionnaires, d'administrateurs ou de dirigeants, les politiques, les pratiques et les usages dans les relations entre les parties, le comportement des membres avant et pendant le conflit, de même que les effets des actes contestés au regard des intérêts des parties.

La décision rendue dans l'affaire *Nanef*⁹⁰ illustre bien l'application de cette approche contextuelle. Dans cette affaire, le tribunal a accueilli le recours pour oppression intenté par un actionnaire minoritaire qui avait été exclu d'un groupe de sociétés composées des membres de la même famille. Dans le but de préciser les attentes raisonnables des parties, la Cour de justice de l'Ontario, tout comme la Cour d'appel, retrace l'histoire de l'entreprise familiale au moment où l'harmonie régnait entre le père fondateur

88. *167806 Canada Inc. c. Ain & Zakuta (Canada) Inc.*, AZ-96021734 (C.S.), par. 52; *Martineau, Provencher Associés ltée c. Grace*, [2001] J.Q. (Quicklaw) n° 4272, par. 16 (C.A.); *Entreprises M. Canada Abitibi c. Maurice Canada Construction*, [1987] A.Q. (Quicklaw) n° 255, par. 54 (C.A.). Notons toutefois que, même en droit civil, les tribunaux peuvent tenir compte des circonstances particulières de l'espèce, par exemple, lorsqu'une partie abuse de ses droits contractuels : *Code civil du Québec*, art. 7.

89. F.H. O'NEIL, « Oppression of Minority Shareholders : Protecting Minority Rights », (1986-87) 35 *Clev. St. L. Rev.* 121, 124.

90. *Nanef c. Con-Crete Holdings*, précité, note 47.

et ses deux fils, pour ensuite décrire les circonstances ayant mené au conflit entre l'un des fils et les autres membres de la famille. La Cour de justice décrit le rôle joué par le père qui a fondé l'entreprise et contrôlé celle-ci pendant une quarantaine d'années, pour ensuite faire ressortir l'implication des deux fils qui se sont associés au père pour devenir actionnaires, employés, dirigeants et administrateurs de cette entreprise. Le tribunal souligne que ces derniers pouvaient espérer, un jour, prendre la relève au moment de la retraite ou du décès de leur père. Ce projet n'a pu toutefois se réaliser en raison d'un conflit personnel survenu entre le requérant et les autres membres de sa famille. Ce conflit a finalement abouti à l'exclusion du requérant comme employé et comme dirigeant de l'entreprise, bien que le comportement de celui-ci n'ait pas perturbé les affaires de l'entreprise. Tant en première instance qu'en appel, le tribunal reconnaît que la participation active du requérant dans l'entreprise pendant près d'une dizaine d'années ainsi que la rémunération raisonnable que ce dernier recevait ont créé des attentes raisonnables que la majorité a ignorées en décidant d'exclure ce dernier⁹¹. De l'avis du tribunal, la violation de ces attentes constituait donc un acte abusif à l'égard des intérêts du plaignant, ce qui justifiait ainsi une action judiciaire.

Dans cette affaire, l'examen détaillé des relations entre les parties fait bien ressortir la spécificité d'une petite société et la dynamique multidimensionnelle d'une entreprise familiale. Par une approche contextuelle, le tribunal a mis en lumière les attentes des actionnaires en tenant compte de quelques textes juridiques pertinents mais surtout en allant au-delà de ces écrits pour analyser l'ensemble de la relation entre les parties avant et pendant le conflit. Les décisions de première instance et en appel montrent que les actionnaires avaient travaillé ensemble en harmonie pendant une longue période avant que le conflit surgisse et que, par leur comportement, ils avaient fait naître des attentes mutuelles quant à leur participation à la gestion et à la direction de l'entreprise, de même qu'au regard du partage des profits. De l'analyse des circonstances entourant le conflit personnel qui a abouti à l'exclusion du requérant, les juges sont unanimes pour conclure que ces attentes ont été brimées par le comportement abusif de la majorité. Toutefois, comme nous le verrons plus loin, la Cour de première instance et la Cour d'appel ont adopté une position différente sur le choix de la solution à retenir pour remédier à la situation⁹².

91. Pour le jugement de première instance, voir : *Nanef c. Con-Crete Holdings*, précité, note 47, par. 105-108 ; pour le jugement de la Cour d'appel, voir : *Nanef c. Con-Crete Holdings*, précité, note 47, 490.

92. Voir *infra*, le texte correspondant aux notes 126 à 133.

2.2.3 La nature collective ou individuelle des attentes

L'association des membres au sein d'une entreprise suscite, auprès de ceux-ci, des attentes qui se distinguent par leur nature collective ou individuelle. Sur le plan des attentes de nature collective, nous pouvons présumer que les parties, en acceptant d'investir dans une entreprise créée à des fins lucratives, souhaitent maximiser la valeur de celle-ci afin de profiter de cette prospérité financière, notamment par la distribution des profits, par l'augmentation de la valeur de leur investissement et éventuellement par la récupération de cette valeur. Dans une petite société, les membres peuvent également s'attendre à travailler dans un esprit de collaboration et de confiance mutuelle et à pouvoir compter sur la loyauté et la bonne foi de chacun. Or, si un conflit entraîne la rupture de ces liens de confiance et de collaboration en raison, entre autres, d'un manque de bonne foi ou de loyauté, la cour serait justifiée d'intervenir.

Dans cette perspective, un tribunal jugera qu'une décision ou un comportement est inéquitable si les administrateurs ou les dirigeants n'agissent pas dans l'intérêt collectif de la société en raison d'un abus ou d'un détournement de pouvoir, c'est-à-dire lorsqu'ils exercent leurs pouvoirs pour une finalité étrangère aux intérêts de la société. Tel serait le cas lorsque les membres de la direction agissent de manière déloyale en favorisant non pas l'intérêt de la société mais plutôt leur intérêt personnel ou celui des tiers, notamment en détournant à leur profit ou à celui des tiers des biens de la société ou de l'information acquise dans l'exercice de leurs fonctions⁹³. Les tribunaux acceptent ainsi d'intervenir lorsque les requérants démontrent que des membres de la direction s'approprient une part démesurée des profits sous forme de salaires, de primes ou d'autres avantages, alors qu'il n'existe aucune corrélation entre la rémunération accordée et les services rendus⁹⁴. Ces actes pourront se révéler injustes à l'égard des actionnaires de la société qui n'occupent pas une telle fonction d'administration et qui peuvent, en conséquence, se voir exclus de toute distribution de profits si la société s'abstient de déclarer des dividendes. Dans une petite société,

93. *Journet c. Superchef Food Industries*, précité, note 48; *Sparling c. Javelin International Ltd.*, [1987] R.J.Q. 1554 (C.S.); *C.I. Covington Fund Inc. c. White*, (2000) 10 B.L.R. (3d) 173 (Ont.S.C.); *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, (1973) 40 D.L.R. (3d) 371 (S.C.C.); *Nolan c. Parsons*, [1942] O.R. 358 (C.A.); *Gibbons c. Medical Carriers Ltd.*, [2001] *CarswellMan* 577, par. 4 (Man. Q.B.). Pour un aperçu des situations donnant lieu à une action judiciaire fondée sur l'article 241 L.C.S.A., voir l'étude empirique de S. BEN-ISHAÏ et P. PURI, *loc. cit.*, note 8, 88-90.

94. *UPM-Kymmene Corp. c. UPM-Kymmene Miramichi Inc.*, [2002] O.J. (Quicklaw) n° 2412 (Ont. S.C.), confirmé par la Cour d'appel, [2004] O.J. (Quicklaw) n° 636 (Ont. C.A.); *Nolan c. Parsons*, précité, note 93; *Gibbons c. Medical Carriers Ltd.*, précité, note 93.

l'attribution d'une rémunération excessive peut également mettre en péril la situation financière de l'entreprise dont les ressources sont, en général, plus limitées que celles des sociétés ouvertes⁹⁵. Bien que la violation des obligations envers la société donne, en principe, ouverture à une action oblique laquelle exige une autorisation préalable du tribunal, les cours acceptent d'intervenir sur la base du recours pour oppression⁹⁶.

Sur le plan des attentes individuelles, l'analyse de la relation entre les parties peut mettre en évidence le désir des membres de reconnaître à chacun le droit de recevoir l'information pertinente, de participer à la direction de la société et de partager les revenus de l'entreprise sous forme de salaires, de dividendes ou d'autres avantages⁹⁷. La jurisprudence fournit plusieurs exemples où les tribunaux accueillent les demandes de redressement dans les cas d'inégalité de traitement ou de discrimination à l'égard de certains actionnaires, notamment lorsque la direction omet de transmettre l'information pertinente à certains actionnaires ou de tenir les assemblées générales, lorsqu'elle prend des décisions qui modifient les intérêts proportionnels de la minorité ou qui excluent celle-ci du partage des profits ou de l'administration de la société ou encore qui évincent un membre en tant qu'actionnaire⁹⁸.

L'arrêt rendu par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Ferguson and Imax Systems Corp.*⁹⁹ est un bon exemple d'une situation semblable.

95. *Rooney c. Cree Lake Resources Corp.*, [1998] O.J. (Quicklaw) n° 3077 (Ont. Gen. Div.).

96. *Tobin c. DeLanauze*, J.E. 2000-1909 (C.S.); *Jabalee c. Abalmark Inc.*, [1996] O.J. (Quicklaw) n° 2609 (C.A.); selon le professeur MacIntosh, une poursuite fondée sur la violation d'obligations envers la société devrait être assujettie à l'obligation, pour le demandeur, d'obtenir l'autorisation de poursuivre, comme l'exige l'article 239 L.C.S.A., pour intenter une action oblique. Voir : J.G. MACINTOSH, «The Oppression Remedy: Personal or Derivative», (1991) 70 *R. du B. can.* 29; les auteurs Iacobucci et Davis ne partagent pas l'opinion du professeur MacIntosh à ce sujet : voir E.M. IACOBUCCI et K.E. DAVIS, «Reconciling Derivative Claims and the Oppression Remedy», (2000) 12 *S.C.L.R.* (2d) 87.

97. Concernant les attentes liées à l'emploi et à la distribution des revenus, voir : E.B. ROCK et M.L. WACHTER, «Waiting for the Omelet to Set: Match Specific Assets and Minority Oppression in the Close Corporation», (1999) 24 *J. of Corp. L.* 913.

98. *Ferguson and Imax Systems Corp.*, précité, note 47; *Beaubien c. Campbell*, précité, note 48; *Hamilton c. Sartorio*, (1991) 78 Alta. L.R. (2d) 321; *Westfair Foods Ltd. c. Watt*, (1991) 48 B.L.R. 43 (Alta. Q.B.); *Millar c. McNally*, (1991) 3 B.L.R. (2d) 102 (Ont. Gen. Div.); *Bury c. Bell Gouinlock Ltd.*, (1984) 49 O.R. (2d) 91 (Ont. Div.Ct.). Plusieurs des comportements contestés devant les tribunaux constituent en fait des violations claires de la loi, ce qui réduit l'utilité des fonctions dérogatoire et supplétive du recours fondé sur l'équité.

99. *Ferguson and Imax Systems Corp.*, *id.*

Cette affaire relate les diverses mesures prises par la direction d'une petite société en vue d'exclure l'appelante, une actionnaire minoritaire qui, avec son époux et deux autres couples, avait collaboré à la création de la société de production de films Imax. Au départ, les actions de la compagnie étaient partagées en parts égales entre les trois couples. Les époux détenaient les actions ordinaires, tandis que les épouses possédaient les actions privilégiées lesquelles ne comportaient aucun droit de rachat et conféraient un droit prioritaire de recevoir des dividendes, de même qu'une participation additionnelle au partage des dividendes. À la suite du divorce entre l'appelante et son époux, celui-ci a mis fin à l'engagement de cette actionnaire comme membre du personnel et a tenté vainement de la convaincre de lui vendre ses actions. En tant qu'administrateur, l'époux a réussi également à convaincre les autres administrateurs de ne pas déclarer de dividendes, mis à part les dividendes prioritaires auxquels avaient droit les détenteurs d'actions privilégiées. De plus, le conseil d'administration a adopté une résolution spéciale pour permettre à la compagnie de racheter unilatéralement les actions privilégiées, y compris les actions de l'appelante. En raison de sa crainte d'être ainsi exclue de l'actionnariat et de perdre son droit de récolter les profits futurs de la compagnie, cette dernière s'est adressée à la Cour d'appel afin d'empêcher la tenue de l'assemblée des actionnaires appelés à voter en faveur de la résolution spéciale.

D'entrée de jeu, soulignons que toutes les mesures prises par la direction dans cette affaire, soit la terminaison de l'engagement de l'appelante, l'omission de déclarer des dividendes et l'adoption d'une résolution spéciale en vue de modifier les droits rattachés aux actions privilégiées, étaient conformes aux règles de droit strict en la matière. Toutefois, après avoir fait état des relations particulières entre les membres du petit groupe d'actionnaires, la Cour d'appel a considéré que ces initiatives portaient atteinte, de manière injuste, aux intérêts individuels de l'appelante, même si les actes contestés respectaient les droits stricts de cette dernière.

Parmi les circonstances jugées pertinentes, le tribunal a tenu compte des facteurs suivants, soit le caractère familial de la société, la participation de l'appelante comme employée de l'entreprise, ainsi que les attentes des parties avant le début du conflit, qui souhaitaient se partager également les actions entre les trois couples. À la lumière de ces facteurs, la Cour d'appel a conclu à l'existence d'actes inéquitables en mettant en évidence la motivation des dirigeants, qui ont tenté d'exclure l'appelante contrairement aux exigences de la bonne foi, et en faisant ressortir les effets discriminatoires des agissements de la direction à l'égard de cette actionnaire jugée indésirable.

Les faits exposés dans cet arrêt et le raisonnement adopté par la Cour d'appel permettent de bien saisir la particularité du recours pour oppression et sa fonction dérogatoire en ce qu'il permet au tribunal d'écarter la règle de la majorité et de contrecarrer l'exercice des pouvoirs discrétionnaires du conseil d'administration en vue de protéger les intérêts d'une actionnaire minoritaire qui, en raison de sa position vulnérable, risquaient d'être lésés par les décisions de la société. Pour déroger ainsi au droit strict, le tribunal tient compte des circonstances particulières de l'espèce, plus particulièrement des relations entre les parties antérieurement et pendant le conflit, de même que de la motivation des auteurs des actes contestés et des effets préjudiciables de ces initiatives sur les intérêts de l'actionnaire minoritaire. En raison de son étroite participation à la création et à la gestion d'une société à caractère familial, qui était fondée sur une relation de confiance entre un nombre restreint d'investisseurs, la requérante, dans l'affaire *Ferguson*, pouvait légitimement espérer conserver ses titres et récolter les bénéfices futurs rattachés à ceux-ci. Par la même occasion, cette décision montre que les autorités judiciaires peuvent suppléer à l'absence d'une entente expresse entre les parties, plus particulièrement à l'absence d'une convention entre actionnaires qui aurait pu, dans le cas présent, protéger les intérêts des actionnaires minoritaires, notamment par la reconnaissance d'un droit de veto qui leur aurait permis de s'opposer à toute modification des statuts susceptible de nuire à leurs intérêts.

Comme le révèle la décision rendue dans l'affaire *Ferguson*, la motivation qui animait les auteurs des comportements reprochés a constitué un élément important dans la qualification du caractère injuste de ces actes. Les diverses tentatives des membres de la direction en vue d'exclure l'actionnaire minoritaire témoignaient, de l'avis du tribunal, d'une absence de bonne foi de la part de ces derniers. Par ailleurs, bien que ce facteur soit pertinent pour évaluer la conduite d'une partie, les tribunaux reconnaissent que l'application du recours de l'article 241 n'est pas assujettie à une preuve de mauvaise foi¹⁰⁰. En préconisant une interprétation large de cette disposition, ils acceptent d'intervenir lorsqu'ils constatent, à la lumière des attentes légitimes des parties, que les gestes en question entraînent

100. Le professeur MacIntosh défend cette approche selon laquelle la preuve de la mauvaise foi ne constitue pas un élément essentiel pour l'ouverture au recours, voir : J.G. MACINTOSH, « Bad Faith and The Oppression Remedy: Uneasy Marriage, or Amicable Divorce? », (1990) 69 *R. du B. can.* 276.

des effets injustes à l'égard des plaignants, et ce, même si la société et ses agents agissent en toute bonne foi¹⁰¹.

2.2.4 Le caractère substantiel ou procédural des attentes

Les attentes des actionnaires au sein d'une société par actions peuvent également se distinguer selon leur caractère substantiel ou procédural. Sous l'angle substantiel, les tribunaux examinent la nature, la finalité et les effets d'un acte accompli par les organes décisionnels de la société en vue de déterminer si celui-ci est équitable. Un tribunal peut ainsi intervenir lorsque les administrateurs ou les dirigeants, tout en respectant les limites objectives de leurs pouvoirs, prennent une décision qui avantage uniquement les intérêts des membres de la direction ou de la majorité des actionnaires au détriment de l'intérêt de la société ou de certains actionnaires. Il en est ainsi, entre autres, lorsque le conseil d'administration accorde une rémunération excessive aux dirigeants ou lorsqu'il émet des actions ou prend toute autre mesure en vue de contrer une prise de contrôle de manière à se perpétuer au pouvoir ou encore dans le but de réduire la participation proportionnelle d'un actionnaire minoritaire¹⁰².

Les membres d'une société par actions peuvent aussi avoir des attentes d'ordre procédural. Ces dernières se manifestent par la mise en place de mécanismes internes de gouvernance qui permettent aux organes décisionnels de la société d'agir de manière informée et impartiale¹⁰³. La divulgation d'une information véridique et complète auprès des actionnaires, la tenue régulière d'assemblées générales de même que la prise de décisions de manière éclairée et libre de tout conflit d'intérêts par le conseil d'administration font partie de ces mécanismes de gouvernance destinés à répondre à ces attentes.

101. *Palmer and Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd.*, (1989) 67 O.R. (2d) 161, 172 (Div. Ct.); *Brant Investments Ltd. v. Keeprite Inc.*, (1991) 3 O.R. (3d) 289 (C.A.); *Sidaplex-Plastic Suppliers Inc. v. Elta Group Inc.*, (1998) O.R. (3d) 563 (C.A.).

102. *UPM-Kymmene Corp. c. UPM-Kymmene Miramichi Inc.*, précité, note 94; *Nolan c. Parsons*, précité, note 93; *Gibbons c. Medical Carriers Ltd.*, précité, note 93; *Rooney c. Cree Lake Resources Corp.*, précité, note 95; *Sabex Internationale Ltée, Re*, (1979) 6 B.L.R. 65 (Qué. C.S.); *Peterson c. Kanata Investments Ltd.*, (1975) 60 D.L.R. (3d) 527 (B.C.S.C.); *Bernard c. Valentini*, (1978) 18 O.R. (2d) 656 (Ont. H.C.); *Keno Holdings c. Noble*, [1987] A.J. (Quicklaw) n° 334 (Alta. C.A.).

103. Concernant les mécanismes internes de gouvernance, voir: R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *op. cit.*, note 81, p. 409-412, 533-614; R. CRÊTE, «La rémunération excessive des dirigeants d'entreprise et le contrôle des tribunaux comme instrument de gouvernance», (2004) 45 C. de D. 409, 417, 418, 449-454.

L'analyse de la jurisprudence montre que les tribunaux canadiens attachent une grande importance à ces considérations d'équité procédurale, plus particulièrement dans les litiges impliquant les sociétés ouvertes où les plaignants allèguent qu'une transaction particulière porte atteinte à leurs intérêts économiques¹⁰⁴. Les autorités judiciaires examinent le processus décisionnel adopté par les administrateurs afin de déterminer si ces derniers ont exercé leur jugement de manière indépendante et informée en se fondant sur une analyse rationnelle de la situation qui puisse leur donner des motifs raisonnables de croire que les intérêts de la société sont bien protégés¹⁰⁵. Le respect de ces obligations de nature procédurale permet aux administrateurs et aux dirigeants de bénéficier de la protection liée à la règle de l'appréciation commerciale que les tribunaux américains ont développée comme principe de déférence judiciaire dans les contestations mettant en cause la violation des devoirs des administrateurs ou des dirigeants¹⁰⁶. La preuve d'une décision prise de manière indépendante et informée peut ainsi témoigner de la bonne foi et du désir du conseil d'administration d'agir dans l'intérêt de la société, bien qu'une telle preuve ne soit pas nécessairement concluante quant au caractère équitable de la transaction¹⁰⁷.

Dans les contestations impliquant les petites sociétés dites « fermées », contrairement à celles qui surviennent dans les sociétés ouvertes, les critères d'équité procédurale axés sur l'indépendance des organes décisionnels sont moins pertinents en raison du chevauchement quasi inévitable entre les fonctions d'investissement, de direction et d'administration qui rend difficile la prévention des conflits d'intérêts¹⁰⁸. D'autres aspects liés à l'équité procédurale demeurent toutefois pertinents dans ce contexte, notamment lorsqu'un plaignant fait la preuve que la majorité prive la minorité de toute information sur les affaires de la société ou lorsqu'elle omet

104. *Brant Investments Ltd. c. KeepRite Inc.*, précité, note 101; *CW Shareholdings Inc. c. WIC Western International Communications Ltd.*, [1998] O.J. (Quicklaw) n° 1886 (Ct. J. (Gen. Div.)); *Pente Investment Management Ltd. c. Schneider*, [1998] O.J. (Quicklaw) n° 2036 (Ct. J. (Gen. Div.)); *Cogeco Cable Inc. c. CFCF Inc.*, [2000] J.Q. (Quicklaw) n° 3992 (C.A.); *UPM-Kymmene Corp. c. UPM-Kymmene Miramichi Inc.*, précité, note 94; pour le droit américain, voir: S.M. BAINBRIDGE, *Corporation Law and Economics*, New York, Foundation Press, 2002, p. 305-360.

105. *Ibid.*

106. M. KOEHNEN, *op. cit.*, note 10, p. 111-115.

107. *Id.*, p. 112 et 113; R. CRÊTE, *loc. cit.*, note 103, 455-458.

108. Sur les caractéristiques des sociétés fermées, voir *supra*, note 7.

de tenir les assemblées générales d'actionnaires ou les réunions du conseil d'administration¹⁰⁹.

2.3 Le caractère réciproque et évolutif des attentes

Selon le modèle de la négociation hypothétique que préconisent certains tenants de l'analyse économique du droit, les attentes comportent également un caractère réciproque, c'est-à-dire qu'elles doivent être mutuellement bénéfiques pour être reconnues comme parties intégrantes de l'entente¹¹⁰. Ainsi, dans une petite société, un actionnaire minoritaire acceptera d'investir à la condition de bénéficier d'un emploi, de participer à la direction de l'entreprise et de recevoir une partie des profits sous forme de rémunération ou de dividendes. Dans cette entente, chacun est censé y trouver son compte en ce sens que le majoritaire offre des avantages au minoritaire en échange d'un investissement de la part de celui-ci¹¹¹.

Comme les tribunaux l'ont souligné à quelques reprises, la violation d'un désir ou d'un souhait exprimé de façon unilatérale par un actionnaire ne justifie pas une intervention judiciaire s'il n'est pas partagé par toutes les parties¹¹². Dans la recherche de ces attentes réciproques, le caractère continu ou pérenne des politiques, des pratiques ou des comportements pourra ainsi constituer un indice révélateur. Par exemple, en reprenant la situation énoncée ci-dessus, si l'actionnaire minoritaire a exercé un emploi et occupé une fonction de dirigeant pendant plusieurs années avant que le conflit surgisse ou encore si la direction a régulièrement déclaré des dividendes, on peut présumer que cet arrangement antérieur au litige reflétait les attentes réciproques des parties. Pour l'actionnaire minoritaire, les revenus tirés de son emploi ou des dividendes constituent un moyen de rentabiliser son investissement, alors que son poste au sein de la direction lui donne la possibilité d'exercer une surveillance en vue de protéger son investissement. Or, si la direction décide de mettre fin à l'emploi de cet actionnaire minoritaire, de le destituer de son poste au sein de la direction

109. *Chandler c. Confidential Recycling Services Ltd.*, 2001 Carswell Ont. 418 (S.C.); *Burdeny c. K & D Gourmet Baked Foods and Investments Inc.*, [1999] B.C.J. (Quicklaw) n° 953 (B.C.S.C.); *Lee c. To*, (1997) 153 Sask. R. 58 (Q.B.); *Besner c. J.A. Besner & Sons (Canada) Ltd.*, précité, note 3.

110. B.R. CHEFFINS, *op. cit.*, note 13, p. 291-295; au sujet du caractère réciproque des attentes raisonnables que les tribunaux doivent prendre en considération, voir: D.K. MOLL, *loc. cit.*, note 53, 717, 741 et 742.

111. D.K. MOLL, *loc. cit.*, note 53, 721 et 722.

112. *Krynen c. Bugg*, précité, note 84, par. 97 et 98; *Westfair Foods Ltd. c. Watt*, précité, note 3, p. 54; *820099 Ontario Inc. c. Harold E. Ballard Ltd.*, précité, note 3, 185 et 186; *Naneff c. Con-Crete Holdings*, (1995) 23 O.R. (3d) 481 (C.A.), 490.

ou de cesser toute déclaration de dividendes, le tribunal pourrait intervenir, à moins que des motifs raisonnables ne justifient cette décision dans l'intérêt de la société. En ce sens, le recours fondé sur l'équité représente un moyen de sanctionner la violation d'une entente ayant pour but de protéger la valeur de l'investissement du minoritaire qui est privé d'un marché public pour la vente de ses titres¹¹³.

Par ailleurs, au fil des ans, il est normal que des changements surviennent dans le comportement des personnes et qu'il soit nécessaire, en conséquence, de modifier l'entente conclue initialement entre les actionnaires pour tenir compte des circonstances nouvelles. Les tribunaux doivent ainsi prendre en considération le caractère évolutif des attentes des parties engagées dans une relation à long terme¹¹⁴. Comme le souligne un auteur, « [i]t may, in abstract, be 'unfair' to change the ground rules originally set down by the parties. However, in another sense it might be unfair not to change them¹¹⁵ ».

Pensons, à titre d'exemple, à la réalité des petites sociétés où les fondateurs, durant les premières années de la création de l'entreprise, manifestent beaucoup d'ardeur et d'enthousiasme, tout en partageant une vision commune des destinées de l'entreprise et des moyens à prendre pour atteindre leurs objectifs. Malheureusement, après quelques années de travail en commun, le dynamisme de certains partenaires peut s'estomper, des conflits de personnalité peuvent apparaître, des divergences d'opinions sur les politiques et les pratiques peuvent voir le jour, ce qui peut entraîner, par conséquent, des tensions et de nouvelles attentes au sein du groupe. En conséquence, même si la participation active d'un actionnaire minoritaire au sein de la direction de l'entreprise convenait à l'ensemble des participants pendant nombre d'années, il y a lieu de croire que ceux-ci n'auraient pas, *ex ante*, accepté de maintenir le *statu quo* si l'un d'entre eux avait agi d'une manière contraire aux intérêts de la société. L'exclusion du membre fautif serait alors justifiée et ne donnerait pas lieu à un recours fondé sur l'équité.

113. D.K. MOLL, *loc. cit.*, note 53, 732-734.

114. Au sujet du caractère évolutif des attentes, voir les commentaires du juge Farley dans *820099 Ontario Inc. c. Harold E. Ballard Ltd.*, précité, note 3, 101, par. 135 : « One cannot regard expectations to be static matter. Expectations may well evolve from the situation of the shareholder going into the corporation (by way of setting up the corporation or by way of gift—or by way of purchasing previously issued shares). » *Krynen c. Bugg*, [2003] O.J. (Quicklaw) n° 1209, par. 74 (Ont. S.C.); dans la doctrine, voir : D.K. MOLL, *loc. cit.*, note 53, 745 et suiv.

115. J.J. CHAPMAN, « Corporate Oppression : Structuring Judicial Discretion », (1996) 18 *Adv. Q.* 170, 199, 200.

De même, la nécessité pour l'entreprise de s'adapter à de nouvelles conditions économiques peut justifier l'abandon de stratégies financières et commerciales établies depuis longtemps. Tel sera le cas lorsqu'une compagnie met en place et maintient en vigueur une politique de distribution de dividendes pendant plusieurs années pour ensuite l'abandonner afin de répondre à des besoins nouveaux. L'arrivée d'un nouvel actionnaire peut également modifier les pratiques internes de gouvernance et, par la même occasion, les attentes des parties. Comme l'illustre la décision rendue dans l'affaire *Krela c. Orthosoft*¹¹⁶, la Cour d'appel a mis l'accent sur les changements survenus dans l'actionnariat et dans la direction de l'entreprise pour refuser d'admettre l'existence d'un comportement injuste à l'égard d'un actionnaire minoritaire qui avait été exclu de ses fonctions comme haut dirigeant et comme administrateur. Selon la Cour d'appel, la société pouvait légitimement, à la suite de ces changements, exclure cet actionnaire qui ne partageait plus les visées de la majorité et dont le comportement hostile justifiait son départ forcé¹¹⁷.

Dans le processus de reconstitution de l'entente, il est probable, par ailleurs, que l'examen des relations entre les membres d'une société ne puisse permettre de confirmer l'existence d'attentes réciproques. De fait, l'analyse peut ne révéler que des attentes conflictuelles qui étaient présentes au moment de la création de la compagnie ou qui sont apparues par la suite¹¹⁸. Des témoignages contradictoires de la part des parties en vue de faire reconnaître la primauté de leurs attentes respectives rendent également difficile la tâche des tribunaux appelés à résoudre le conflit. Dans cette hypothèse, les autorités judiciaires peuvent compléter leur analyse subjective en tentant de préciser, selon une approche plus objective, les normes et les comportements des personnes raisonnables placées dans des circonstances similaires¹¹⁹. L'examen des pratiques courantes ou des usages dans les relations entre les membres des petites sociétés peut fournir une source utile pour évaluer les actes contestés.

2.4 Le choix d'une solution dans l'intérêt mutuel des parties

Au terme de cette analyse qui intègre des éléments de preuve à la fois subjectifs et objectifs, le tribunal peut conclure à l'existence ou non d'un acte injuste. Le cas échéant, la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*

116. *Krela c. Orthosoft Inc.*, précité, note 84.

117. *Id.*, par. 35, 37 et 44; voir aussi : *Krynien c. Bugg*, précité, note 84.

118. B.R. CHEFFINS, *op. cit.*, note 13, p. 293 et 294.

119. *Id.*, p. 294.

lui confère la discrétion de prendre toute mesure qu'il estime pertinente¹²⁰. Le troisième paragraphe de l'article 241 contient une liste non exhaustive de 14 ordonnances que le tribunal peut rendre, notamment le rachat d'actions, la nomination d'un séquestre, la nomination de membres au conseil d'administration, l'indemnisation des personnes lésées et la conclusion d'une convention unanime d'actionnaires. Les résultats d'une recherche empirique qui porte sur 71 jugements rendus de 1995 à 2001 à la suite d'un recours fondé sur l'équité font aussi ressortir une grande diversité dans le choix des solutions¹²¹. Même en l'absence d'un acte injuste, la cour peut constater qu'il existe un conflit majeur et irréconciliable entre les parties et, en conséquence, ordonner la liquidation de la société si elle estime que cette mesure est juste dans les circonstances¹²². Alternativement, le tribunal peut imposer toute autre ordonnance qu'il estime pertinente¹²³.

Dans le choix d'une ordonnance appropriée, le modèle de la négociation hypothétique offre, de nouveau, un cadre d'analyse utile. Selon ce modèle, il est présumé, à titre d'exemple, que les membres d'une société, dans une convention conclue hypothétiquement, auraient envisagé la possibilité d'une détérioration future de leurs relations en raison du non-respect des attentes réciproques des parties, tout en anticipant les effets néfastes de ce conflit à l'égard des intérêts de la société et de ses membres. Dans cette perspective, les actionnaires auraient déterminé des moyens pour mettre fin à leur association, notamment, par l'inclusion de clauses de rachat d'actions par la compagnie ou par les coactionnaires. Analysés sous cet angle, les recours fondés sur l'équité représentent un substitut à ce genre de convention, car ils permettent de résoudre un conflit, entre autres, en offrant au demandeur un moyen de récupérer ainsi la valeur de son investissement.

Comme pour les attentes mentionnées précédemment, la solution anticipée devrait promouvoir les intérêts mutuels des parties. Ainsi, contrairement à l'approche traditionnelle « gagnant-perdant » qui caractérise généralement les décisions judiciaires, les tribunaux, dans le contexte d'un recours fondé sur l'équité, devraient chercher à reconstituer les principales modalités d'une entente en vue de trouver une solution pour satisfaire le sentiment de justice de l'ensemble des parties. Comme l'écrit Philippe Jestaz, « [l'équité] doit satisfaire à peu près les deux parties par son aspect de transaction : on doit, comme de la peste, se méfier des jugements qui

120. Art. 241 (3) L.C.S.A.

121. S. BEN-ISHAÏ et P. PURI, *loc. cit.*, note 8, 106, 107.

122. Art. 214 (1) L.C.S.A.

123. Art. 214 (2) L.C.S.A.

ne sont équitables que d'un seul côté¹²⁴». Pour sa part, le professeur MacIntosh met l'accent sur l'objectif curatif et non punitif du recours en s'exprimant dans les termes suivants : «The private law character of the enactment strengthens the argument, for in seeking to redress inequities between private parties the provision does not seek to punish but to apply a measure of corrective justice¹²⁵».

Bien que les tribunaux disposent d'une grande latitude dans le choix d'une solution, il convient de se demander si, dans les faits, le processus d'adjudication traditionnel offre un cadre propice à la prise d'une décision qui tient compte des intérêts respectifs des deux parties. Le débat contradictoire qui caractérise la procédure judiciaire peut contribuer à créer un climat de confrontation ou d'animosité entre les parties qui rend difficile le choix d'une solution mutuellement satisfaisante. Les stratégies employées par les parties en vue de convaincre le juge de la justesse de leurs prétentions respectives peut également déformer ou fausser la réalité de la situation factuelle. Cette démarche où les parties se perçoivent comme des adversaires où l'un d'entre eux doit normalement sortir victorieux risque d'amener le tribunal à favoriser les intérêts du gagnant dans le choix de son ordonnance. Ce risque est d'autant plus grand lorsque le juge perçoit l'existence d'un acte abusif commis par le défendeur.

2.4.1 Une solution à caractère punitif

L'affaire *Nanef*¹²⁶ décrite précédemment met bien en évidence cet écueil. Dans la décision de première instance, le tribunal a reconnu que le père du requérant avait agi de manière abusive en excluant ce dernier de la gestion et de la direction de l'entreprise. Selon le juge, cette exclusion brimait les attentes de l'actionnaire minoritaire qui pouvait légitimement espérer demeurer un partenaire actif et éventuellement acquérir, avec son frère, le contrôle de l'entreprise. Ce constat a amené le tribunal à rendre une ordonnance qui apparaît draconienne, soit la vente en bloc de l'entreprise.

À l'instar du juge de première instance, la Cour d'appel a également admis l'existence d'un comportement abusif de la part de la majorité, mais elle a substitué une obligation imposée aux intimés de racheter les actions du requérant à leur juste valeur à l'ordonnance de vente d'entreprise¹²⁷. Le

124. P. JESTAZ, *op. cit.*, note 14, p. 3.

125. J.G. MACINTOSH, «The Retrospectivity of the Oppression Remedy», (1987) 13 *Can. Bus. L. J.* 219, 225.

126. *Nanef c. Con-Crete Holdings*, précité, note 47.

127. *Ibid.*

tribunal d'appel a considéré que le juge de première instance avait rendu une ordonnance injuste puisqu'il avait omis de tenir compte de la modification des attentes des parties en cas de conflit majeur.

De l'avis de la Cour d'appel, la solution imposée en première instance avait un effet punitif plutôt que palliatif¹²⁸. La vente en bloc de l'entreprise ordonnée par le juge de première instance conférait au requérant le droit d'acquérir le contrôle de l'entreprise, alors que cet actionnaire minoritaire n'aurait pas pu autrement obtenir un tel droit dans les circonstances particulières de l'espèce. Comme la Cour d'appel le souligne, l'entente entre les parties établissait clairement que le transfert du contrôle de l'entreprise en faveur des deux fils ne se réaliserait qu'au moment du décès ou de la retraite du père¹²⁹. De plus, il était implicitement convenu que cette entente ne valait que dans l'hypothèse où aucun conflit majeur ne surviendrait entre les parties avant ces événements¹³⁰. La Cour d'appel a également souligné que l'ordonnance était injuste à l'égard du père, car elle le plaçait dans une position égale à celle de son fils pour acquérir son entreprise. Or, de l'avis de la Cour d'appel, l'histoire de l'entreprise montrait que la contribution du père qui avait consacré 40 ans de sa vie à la création de son entreprise et à l'accomplissement de sa rentabilité n'était pas comparable à la position du requérant dont la participation à l'entreprise se limitait à une période de 9 ans. Selon la Cour d'appel, l'ordonnance du juge de première instance avantageait ainsi indûment le requérant plutôt que d'assurer un équilibre entre les intérêts respectifs des parties¹³¹.

Sous l'angle du modèle de la négociation hypothétique, le tribunal de première instance pouvait présumer que, pendant la période où l'harmonie régnait dans l'entreprise, les parties partageaient les mêmes attentes concernant le partage des profits et la participation active des deux fils à la gestion de l'entreprise, et même en ce qui a trait au transfert éventuel du contrôle en faveur de ces deux actionnaires minoritaires. Par contre, il est raisonnable de croire que ces attentes n'auraient pas été identiques en cas de conflit majeur. Si nous tenons compte de ces paramètres, il y a lieu de croire que les actionnaires, dans une convention conclue hypothétiquement au moment de la création de la compagnie, auraient envisagé la possibilité

128. *Id.*, 491.

129. *Id.*, 490-492.

130. *Ibid.*

131. Comme l'a souligné le juge Farley dans la décision *Ballard*, "where relief is justified to correct an oppressive type of situation, the surgery should be done with a scalpel, and not a battle axe [...] The job of the court is to even up the balance, not tip in favour of the hurt party": *820099 Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd.*, précité, note 3, 197, par. 140.

d'une détérioration future de leurs relations en raison du non-respect des objectifs et des attentes légitimes des parties, tout en anticipant les effets néfastes de ces conflits à l'égard des intérêts de la compagnie et de ses membres. Comme solutions possibles, les partenaires auraient sans doute privilégié, non pas la vente en bloc de l'entreprise familiale, mais plutôt l'attribution d'une option d'achat en faveur de la majorité ou d'une option de vente d'actions en faveur de la minorité, comme le révèlent les pratiques contractuelles dans le contexte des sociétés fermées¹³². Il est intéressant de noter d'ailleurs que, parmi les ordonnances demandées par le requérant en première instance, celui-ci suggérerait au tribunal d'ordonner aux intimés de racheter les actions du requérant à un prix correspondant à leur juste valeur¹³³. L'ordonnance de la Cour d'appel retient ainsi cette solution que les parties auraient pu également envisager hypothétiquement au moment où l'harmonie régnait entre elles.

Dans le cas présent, si les intimés n'avaient pas porté la décision de première instance en appel, il est probable qu'un résultat similaire aurait pu être atteint à la suite d'une négociation entre les parties, et ce, à un coût moindre que par l'adjudication judiciaire. Vraisemblablement, la vente en bloc n'aurait pas eu lieu puisque le père, compte tenu de son engagement important dans l'entreprise et de son désir d'en conserver le contrôle, aurait pu tenter d'arriver à une entente, notamment en offrant de racheter les actions du requérant à un prix jugé satisfaisant pour les deux parties.

En guise de comparaison, l'analyse du comportement des parties dans le contexte d'un recours en liquidation met bien en évidence comment une ordonnance apparemment draconienne peut, dans les faits, inciter les parties à négocier une entente qui satisfait davantage leurs intérêts. Une étude empirique menée aux États-Unis par les professeurs Hetherington et Dooley montre qu'une ordonnance de liquidation n'aboutit pas généralement à la liquidation des entreprises qui sont viables financièrement, mais qu'elle mène plutôt à un rachat d'actions¹³⁴. Plus particulièrement, cette recherche révèle que, dans la majorité des 54 cas analysés, et ce, indépendamment du succès ou du rejet de la procédure, celle-ci a abouti à un rachat d'actions par l'une ou l'autre des parties et plus fréquemment

132. R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *op. cit.*, note 81, p. 663-667.

133. *Naneff c. Con-Crete Holdings*, précité, note 47, 143.

134. J.A.C. HETHERINGTON et M.P. DOOLEY, « Illiquidity and Exploitation: A Proposed Statutory Solution to the Remaining Close Corporation Problem », (1977) 63 *Va. L. Rev.* 1, 30-34; voir aussi des constats similaires dans l'étude suivante: H.J. HAYNSWORTH, « The Effectiveness of Involuntary Dissolution Suits as a Remedy for Close Corporation Dissension », (1986-87) 35 *Clev. St. L. Rev.* 25, 50-56.

par le défendeur qui s'opposait à la liquidation¹³⁵. Les auteurs soulignent que ce résultat se conçoit aisément lorsque la compagnie est prospère, car au moins une des parties désirera poursuivre les affaires de l'entreprise. De ces constats, ces derniers soutiennent que le recours en liquidation représente, en fait, un moyen qui incite les parties à régler leur différend par le rachat des actions et que, selon l'issue de la demande, la décision judiciaire modifie le rapport de force entre les parties en conférant à l'une d'entre elles un avantage stratégique aux fins de la négociation de cette acquisition¹³⁶. Si la demande est accueillie, le plaignant est en effet placé dans une position avantageuse pour inciter le défendeur à négocier le rachat d'actions à un juste prix, tandis que, si elle est rejetée, le défendeur peut à son choix décider de maintenir le *statu quo* ou, s'il considère que la présence du demandeur en sa qualité d'actionnaire est intenable, il peut proposer d'acquérir les actions de son opposant selon des modalités qui lui conviennent davantage¹³⁷.

Tout comme une ordonnance de liquidation, la décision de première instance dans l'affaire *Naneff* d'ordonner la vente en bloc a sans nul doute conféré au requérant un avantage stratégique que ce dernier aurait pu

135. J.A.C. HETHERINGTON et M.P. DOOLEY, *loc. cit.*, note 134, 31; sur les 54 cas étudiés, les demandes accueillies et rejetées étaient partagées en nombre égal. Sur les 27 demandes accueillies, près de 63 p. 100 des litiges ont abouti au rachat des actions par l'une ou l'autre des parties. Dans l'ensemble des demandes accueillies et rejetées, 57 p.100 des cas ont donné lieu au rachat des actions. Les défendeurs ont racheté les actions du plaignant dans 26 cas, alors que les demandeurs ont fait de même dans 3 cas; dans 2 cas, les données ne précisent pas la partie qui a procédé au rachat des actions; l'entreprise a été vendue à un tiers dans 5 cas et a été liquidée dans 9 cas. Aucun changement n'est survenu dans 7 cas. Ces résultats sont conformes au théorème de Coase. Voir généralement: R.H. COASE, *Le coût du droit*, Paris, PUF, 2000. Le professeur Posner résume ainsi cette démonstration: « Coase showed, whatever the relative values of the competing uses, the initial assignment will not determine which use ultimately prevails ». Voir R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5^e éd., New York, Aspen Law & Business, 1998, p. 56. Autrement dit, peu importe la décision du tribunal, si une meilleure utilisation des ressources est possible, les parties devraient arriver à cette solution par un accord négocié. La validité de cette affirmation est toutefois limitée par l'existence des coûts liés aux négociations de telles ententes. Voir: R.H. COASE, *op. cit.*, note 135, p. 45. Cependant, tant que ces coûts demeurent inférieurs à la valeur créée par une transaction, cette dernière devrait avoir lieu. Voir: R.A. POSNER, *op. cit.*, note 135, p. 56-57. Donc, selon le théorème de Coase, tel qu'il est explicité par Posner, il est possible de prévoir qu'un jugement ordonnant la liquidation d'une société ne soit pas exécuté si l'un des actionnaires considère qu'il est dans son intérêt de poursuivre les activités de l'entreprise et que le rachat des actions de l'autre partie n'occasionnera pas des coûts de transaction supérieurs à la valeur créée par cette entente.

136. R.A. POSNER, *op. cit.*, note 135, p. 29 et 30.

137. J.A.C. HETHERINGTON et M.P. DOOLEY, *loc. cit.*, note 134, 27-30.

exploiter en s'engageant dans une négociation en vue d'obtenir le rachat de ses actions par les intimés. Le résultat aurait été le même que celui qui a été obtenu par le jugement de la Cour d'appel, mais, en optant pour ce processus consensuel, les parties auraient évité l'ensemble des coûts reliés aux deux appels qui ont suivi la décision de première instance. Par ailleurs, il est facile de concevoir que, dans le climat de confrontation et d'hostilité qui régnait entre les parties et qui a pu être exacerbé par la procédure de première instance, celles-ci étaient peu enclines à conclure une entente.

2.4.2 Les mesures de nature curative

Dans les cas où le requérant démontre l'existence d'un abus ou d'une injustice, le tribunal peut ordonner la réparation du préjudice subi ou interdire à une personne d'accomplir un acte susceptible de causer un préjudice. Par exemple, si la preuve démontre l'existence d'une fraude, d'un détournement de fonds ou d'une utilisation de biens ou d'informations de la société à des fins personnelles, le tribunal dispose de pouvoirs étendus pour prévenir ou pour réparer le préjudice, entre autres, en annulant une transaction, en ordonnant le paiement de dommages-intérêts ou en interdisant à la société de donner suite à une opération considérée comme abusive¹³⁸.

Le désir de corriger l'injustice mais sans pour autant punir l'une des parties peut ainsi amener le tribunal à imposer une solution qui rétablit le *statu quo* entre les parties, comme l'illustre l'arrêt *Ferguson*¹³⁹ où la Cour d'appel a reconnu comme étant abusif un projet de restructuration élaboré par les majoritaires en vue d'exclure la requérante comme actionnaire minoritaire. De ce constat, la Cour d'appel a interdit à la société de donner suite à la résolution spéciale qui aurait permis à cette dernière de racheter les actions privilégiées de la requérante. Elle a également infirmé la décision de première instance qui nommait un évaluateur pour établir la juste valeur des actions en vue de l'exercice du droit de dissidence par l'actionnaire minoritaire. En d'autres termes, ces ordonnances ont permis de garantir le droit de la requérante de conserver ses actions conformément à l'accord initial.

Bien que le rétablissement du *statu quo* puisse remédier à une situation d'injustice tout en minimisant l'ingérence judiciaire, il n'est pas certain que ce type d'ordonnance permette de résoudre le conflit entre les parties, ni même de mettre fin au litige. Par exemple, dans la décision *Besner c. J.A. Besner & Sons (Canada) Ltd.*¹⁴⁰, la Cour supérieure a reconnu que l'ordon-

138. Art. 241 (3) L.C.S.A.

139. *Ferguson and Imax Systems Corp.*, précité, note 98.

140. *Besner c. J.A. Besner & Sons (Canada) Ltd.*, précité, note 3.

nance imposée en l'espèce risquait d'aboutir à une impasse dans l'administration d'une entreprise familiale¹⁴¹. De même, dans l'affaire *Ferguson*¹⁴², il semble bien que le jugement de la Cour d'appel n'ait pas mis fin au litige, comme le démontrent les décisions rendues par la suite¹⁴³. Notons aussi que la solution retenue par la Cour d'appel qui a donné gain de cause à la requérante risquait de se révéler insatisfaisante non seulement à l'égard de la société et de la majorité, mais également à l'égard de la requérante elle-même puisque celle-ci ne pouvait ni exiger sa réintégration comme membre du personnel, ni exercer un droit de veto à l'assemblée générale des actionnaires, ni réclamer le versement de dividendes. Par ailleurs, ce jugement favorable à la requérante a possiblement eu pour effet de modifier le rapport de force entre les parties et permis à cette actionnaire de s'en servir comme instrument de négociation pour vendre ses actions à ses coactionnaires à un moment et à un prix qui lui apparaissaient convenables.

2.4.3 Un réaménagement des relations entre les parties

Dans certains cas, les tribunaux peuvent être appelés non seulement à corriger une situation inéquitable mais aussi à réaménager les relations entre les parties en vue de résoudre le conflit, notamment en permettant au requérant de récupérer la valeur de son investissement par une ordonnance de rachat des actions de ce dernier par les intimés. Les résultats de la recherche empirique mentionnée précédemment montrent d'ailleurs que le rachat d'actions représente l'ordonnance la plus usuelle dans les décisions rendues à la suite d'un recours fondé sur l'équité¹⁴⁴.

Une ordonnance qui réaménage les relations entre les parties peut également s'avérer nécessaire pour prévenir une injustice future lorsque les parties doivent maintenir leur relation d'affaires, malgré le conflit existant entre elles. À cette fin, les autorités judiciaires disposent d'une discrétion étendue qui leur permet de faire preuve de créativité dans la recherche d'une solution équitable pour les deux parties. L'arrêt *Grynwald c. Bloom*¹⁴⁵ fournit une bonne illustration de la portée de ce pouvoir discrétionnaire que la Cour supérieure a exercé après avoir constaté l'existence d'un comportement injuste de la part des actionnaires et administratrices intimées. Le tribunal a voulu tout d'abord remédier à la situation d'injustice contestée

141. *Id.*, par. 76.

142. *Ferguson and Imax Systems Corp.*, précité, note 98.

143. *Keho Holdings c. Noble*, [1987] A.J. (Quicklaw) n° 334 (Alta. C.A.); *Pappas c. Acan Windows Inc.*, [1991] N.J. (Quicklaw) n° 164 (Nfld. S.C.).

144. S. BEN-ISHAÏ et P. PURI, *loc. cit.*, note 8, 106.

145. *Grynwald c. Bloom*, AZ-50125099 (C.S.), requête en rejet d'appel accueillie AZ-02019143 (C.A.).

par l'actionnaire majoritaire, en restaurant le contrôle que ce dernier avait perdu en raison d'une émission d'actions effectuée injustement par les deux administratrices intimées. En outre, en vue de prévenir l'injustice future, la Cour supérieure s'est immiscée dans la gouvernance interne de la société en ordonnant la modification des règlements administratifs afin de prévoir un nombre fixe de membres devant siéger au conseil d'administration, de même qu'en imposant la mise en place d'une convention unanime d'actionnaires¹⁴⁶. Cette dernière comportait plusieurs clauses dictées par le juge dans le but d'assurer la transparence et la protection des actifs de même que l'équilibre entre les intérêts respectifs des parties jusqu'à ce que celles-ci mettent fin à leur relation, comme elles l'avaient envisagé dans leur correspondance¹⁴⁷.

Dans ce jugement, le tribunal a élaboré une solution apparemment originale et audacieuse en mettant en place une convention unanime d'actionnaires, alors qu'aucune des parties n'avait proposé une solution semblable dans ses actes de procédure initiaux. Malgré l'absence d'une demande semblable par les parties, le juge a tenté de traduire, dans cette convention imposée, les attentes des parties qui avaient été invitées à soumettre leurs suggestions en cours d'instance¹⁴⁸. Bien qu'il soit difficile d'évaluer, dans les faits, le caractère équitable de la solution choisie, les efforts faits par le juge témoignent d'un désir de rapprocher les parties et de favoriser l'équité dans l'élaboration d'une convention d'actionnaires. Par celle-ci, il est important de souligner que le tribunal entendait protéger les intérêts de toutes les parties, même ceux des actionnaires intimées qui, selon la Cour supérieure, avaient agi de manière injuste à l'égard de la requérante.

La créativité dont les tribunaux peuvent faire preuve présente toutefois des risques dans la mesure où la solution choisie est imposée et non négociée entre les parties, comme le montre la décision de première instance rendue dans l'affaire *Wittlin c. Bergman*¹⁴⁹. Dans cette affaire, le juge Farley a reconnu que les parties souhaitaient mettre un terme à leur relation mais sans pour autant s'entendre sur les modalités de la séparation. De ce constat, le tribunal a mis en place une convention qui précisait dans les moindres détails un processus obligatoire d'achat et de vente d'actions entre les actionnaires, laquelle était assortie d'une clause de non-concurrence et d'une échelle de remboursement des avances. Jugée insatisfaisante par les deux parties, cette solution a été rejetée en appel et remplacée par

146. *Id.*, par. 117.

147. *Id.*, par. 116.

148. *Id.*, par. 111.

149. *Wittlin c. Bergman*, [1994] 19 O.R. (3d) 145 (Ont. Ct. Gen. Div.), accueilli en appel [1995] 25 O.R. (3d) 761 (C.A.).

une ordonnance d'achat d'actions par la société à un prix établi par un évaluateur professionnel nommé par les parties¹⁵⁰.

En somme, ces décisions mettent en évidence la grande discrétion dont les juges bénéficient pour rendre une ordonnance adaptée à chaque cas, mais, du même coup, elles font ressortir la difficulté importante pour ces derniers de choisir une solution juste pour les deux parties.

3 La justice consensuelle : un processus mieux adapté de résolution des conflits ?

Lorsqu'un conflit majeur survient au sein d'une petite société, les recours judiciaires représentent un des divers moyens que les parties peuvent envisager en vue de dénouer une impasse¹⁵¹. Le système traditionnel d'adjudication judiciaire offre certains avantages dans la mesure où les justiciables peuvent faire reconnaître leurs droits et en assurer la sanction par une décision exécutoire rendue par une personne reconnue pour sa neutralité, son impartialité et sa compétence dans le domaine juridique. Dans ce forum, les parties sont également assurées que la décision interviendra au terme d'un débat contradictoire mené dans le respect des règles de preuve et de procédure bien définies. De plus, grâce à la flexibilité qu'offrent les recours fondés sur l'équité, les tribunaux bénéficient d'une grande latitude qui leur permet d'aller au-delà des règles prescrites pour tenir compte des circonstances particulières de l'espèce en vue d'évaluer le caractère équitable d'un comportement ou d'une situation.

Bien que nous reconnaissons les avantages qu'offrent ces recours judiciaires dans un contexte semblable, cette forme de justice adjudicative comporte des limites et des inconvénients dont la prise en considération permet de comprendre les raisons qui, selon les circonstances, peuvent inciter les justiciables à se tourner vers des modes différents de règlement des litiges, notamment par la médiation ou par la conciliation judiciaire¹⁵². Ces mécanismes de justice consensuelle offrent aux parties un moyen de régler leur conflit à l'amiable en faisant appel à un tiers indépendant

150. *Ibid.*

151. A.J. PIRIE, *Alternative Dispute Resolution : Skills, Science, and the Law*, Toronto, Irwin Law, 2000, p. 55 ; COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *Une nouvelle culture judiciaire*, Québec, Ministère de la Justice, 2001, p. 39-43 ; sur le rôle social de la décision judiciaire, voir : N.N. ANTAKI, *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 136-138 ; J.-G. BELLEY, « Une justice de la seconde modernité : proposition de principes généraux pour le prochain *Code de procédure civile* », (2001) 46 *R.D. McGill* 317, 325-335.

152. Concernant la typologie des modes de règlement des litiges, voir : N.N. ANTAKI, *op. cit.*, note 151, p. 49-186.

et impartial pour les aider dans cette démarche, tout en conservant par ailleurs le contrôle du processus et le pouvoir de décision¹⁵³. La littérature extrêmement riche publiée sur le sujet met d'ailleurs bien en évidence l'importance de ce phénomène¹⁵⁴.

Dans les propos qui suivent, notre intention n'est pas de rendre compte des nombreuses initiatives prises au cours des deux dernières décennies par les institutions canadiennes en vue de favoriser le recours à ces mécanismes consensuels. Notre objectif est plutôt de jeter un regard particulier sur les mesures mises en place sur le plan institutionnel en vue de promouvoir la justice consensuelle au sein même du système judiciaire. Plus particulière-

153. Sur la définition des termes «conciliation» et «médiation», voir notamment : A.J. PIRIE, *op. cit.*, note 151, p. 48 et 50; N.N. ANTAKI, *op. cit.*, note 151, p. 82-84 et 177-180; P. NOREAU, *Le droit préventif—Le droit au-delà de la loi*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 90-92.

154. En voici quelques exemples : COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *La transformation des rapports humains par la justice participative*, Ottawa, Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2003; A.J. PIRIE, *op. cit.*, note 151; N.N. ANTAKI, *op. cit.*, note 151; G.A. CHORNENKI, *Bypass Court: A Dispute Resolution Handbook*, Markham, LexisNexis Butterworths, 2005; ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Rapport du groupe de travail sur les systèmes de justice civile*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1996, p. 36-39; MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Rapport du groupe de travail sur l'accessibilité à la justice : Jalons pour une plus grande accessibilité à la justice*, Québec, Ministère de la Justice, 1991, p. 169-187; COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *op. cit.*, note 151, p. 78-81; C. MENKEL-MEADOW, *Dispute Processing and Conflict Resolution: Theory, Practice, Policy*, Adelshot, Ashgate Dartmouth, 2003; L. BOULLE et K.J. KELLY, *Mediation Principles, Process, Practice*, Toronto, Butterworths, 1999; M.P. SILVER, *Mediation and Negotiation: Representing Your Clients*, Toronto, Butterworths, 2001; R.H. MNOOKIN, S.R. PEPPET et A.S. TULUMELLO, *Beyond Winning: Negotiating to Create Value in Deals and Disputes*, Cambridge, Belknap/Harvard University Press, 2000; V. DE BRIANT et Y. PALAU, *La médiation: Définition, pratiques et perspectives*, Paris, Nathan, 1999; J.-L. BAUDOUIN (dir.), *Médiation et modes alternatifs de règlement des conflits: aspects nationaux et internationaux*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997; L. LAURENT-BOYER (dir.), *La médiation familiale*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998; P. NOREAU, *op. cit.*, note 153; M. W. ISENHART et M. SPANGLE, *Collaborative Approaches to Resolving Conflict*, Thousand Oaks, Sage, 2000; G.W. ADAMS, *Mediating Justice: Legal Dispute Negotiations*, Toronto, CCH Canadian, 2003; M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, Paris, PUF, 2000; J.-L. LASCoux, *Pratique de la médiation: une méthode alternative à la résolution des conflits*, Paris, E.S.F., 2004; P. MILBURN, *La médiation: expériences et compétences*, Paris, La Découverte, 2002; J. M. HAYNES, G. HAYNES et L. SUN FONG, *Mediation: Positive Conflict Management*, Albany, State University of New York Press, 2004; J. MACFARLANE, *Dispute Resolution: Readings and Case Studies*, 2^e éd, Toronto, Emond Montgomery Publications, 2003; J. THIBAUT, *Les procédures de règlement amiable des litiges au Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002; R.L. JONES, *Practice Preventive Corporate Law*, Philadelphie, American Law Institute-American Bar Association, 1985; N. ALEXANDER, *Global Trends in Mediation*, Cologne, Otto Schmidt Publishing, 2003.

ment, nous voulons montrer comment cette forme de justice se rapproche à certains égards de la méthode préconisée dans cette recherche pour l'adjudication des recours fondés sur l'équité, mais tout en mettant en relief certaines caractéristiques des méthodes de justice négociée qui les distinguent de celles de la justice adjudicative.

Au Canada, les gouvernements, les tribunaux et les associations professionnelles ont fait plusieurs efforts pour encourager les justiciables engagés dans une procédure contradictoire à recourir à la médiation ou à la conciliation judiciaire pour régler leur conflit de manière consensuelle. Plusieurs provinces, comme le Québec¹⁵⁵, l'Ontario¹⁵⁶, la Saskatchewan¹⁵⁷, l'Alberta¹⁵⁸, la Colombie-Britannique¹⁵⁹ et le Nouveau-Brunswick¹⁶⁰, ont adopté des programmes et des règles de procédure particulières à cet égard.

Sur la base des recommandations soumises à l'occasion d'une réforme de la justice civile entamée en 1994, l'Ontario a mis en place un programme de médiation obligatoire pour les actions civiles pour les villes de Toronto,

155. Voir *infra*, le texte correspondant aux notes 163-177.

156. Voir *infra*, le texte correspondant aux notes 161 et 162.

157. En 1994, la Saskatchewan est devenue la première province canadienne à implanter un programme général de médiation judiciaire pour les causes civiles. L'article 42 (1) de la *Queen's Bench Act 1998* (S.S. 1998, c. Q-1.01) prévoit qu'après la clôture de la plaidoirie écrite dans les affaires civiles contestées, à l'exception des affaires familiales et de certaines autres exceptions, les parties doivent obligatoirement participer à une séance de médiation avant de passer à une nouvelle étape. Voir : J. MACFARLANE et M. KEET, «Civil Justice Reform and Mandatory Civil Mediation in Saskatchewan : Lessons from a Maturing Program», (2005) 42 *Alta L. Rev.* 677; M. KEET et T.B. SALAMONE, «From Litigation to Mediation: Using Advocacy Skills for Success in Mandatory or Court-Connected Mediation», (2001) 64 *Sask. L. Rev.* 57.

158. Au sujet du programme de médiation dans les causes en matière civile à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, voir : *Civil Mediation Program* des conférences de règlement à l'amiable en Alberta, [En ligne], [albertacourts.ab.ca/go/CourtOfQueensBench/CivilMediationProgram/tabid/74/Default.aspx] (16 mars 2006).

159. Voir l'information fournie au sujet des programmes de médiation par le *Dispute Resolution Office*, [En ligne], [www.ag.gov.bc.ca/dro/mediation-in-bc/] (16 mars 2006). Concernant la conférence de règlement à l'amiable en vertu des règles de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, voir la règle 35 des *Supreme Court Rules*, [En ligne], 2005, [qp.gov.bc.ca/statreg/reg/C/CourtRules/CourtRules221_90/221_90c.htm#rule35] (16 mars 2006); diverses lois particulières prévoient également des programmes de médiation, voir notamment le *Homeowner Protection Act*, S.B.C. 1998, c. 31, art. 29; *Insurance (Motor Vehicle) Act*, R.S.B.C. 1996, c. 231, art. 44.1; *Notice to Mediate (General) Regulation*, B.C. Reg. 4/2001 en application de la *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253.

160. Concernant la conférence préalable au procès, voir la règle 50 des *Règles de procédure*, [En ligne], http://www.gnb.ca/0062/regl/Regle/regle_list.htm (16 mars 2006).

d'Ottawa et de Windsor¹⁶¹. La séance de médiation doit avoir lieu à un stade préliminaire des actes de procédure judiciaire en présence d'un médiateur choisi et rémunéré par les parties¹⁶². Si la médiation aboutit à un règlement, celui-ci aura force obligatoire. En cas de désaccord, les parties poursuivront leur procédure par la voie judiciaire.

Au Québec, les mesures institutionnelles destinées à favoriser le règlement à l'amiable des différends se sont manifestées notamment par la mise sur pied d'un service de référence à la médiation offert aux parties dans le cas des litiges en matière civile et commerciale¹⁶³. De même, la Cour d'appel en 1998 et la Cour supérieure en 2001 ont pris l'initiative d'offrir, aux parties engagées dans un litige, des séances gratuites et volontaires de conciliation judiciaire présidées par un juge¹⁶⁴. Sur la base de cette expérience positive, le Comité chargé de la révision de la procédure civile au Québec a recommandé d'institutionnaliser ces initiatives et de reconnaître expressément aux juges, tant en première instance qu'en appel, le pouvoir d'agir comme conciliateurs dans le contexte d'une conférence de règlement à l'amiable¹⁶⁵.

La Législature québécoise a donné suite à ces recommandations par l'adoption de nouvelles dispositions qui ont été intégrées au *Code de procédure civile* et qui sont entrées en vigueur en 2003¹⁶⁶. Le Code reconnaît maintenant aux tribunaux « le pouvoir de tenter de concilier les parties qui y consentent », sauf en certaines matières expressément exclues par la loi¹⁶⁷. Dans le nouveau chapitre consacré à la gestion d'instance, le tribunal peut, entre autres, inviter les parties à une conférence de règlement à l'amiable ou à recourir à la médiation extrajudiciaire¹⁶⁸. Ce chapitre contient égale-

161. *Loi sur les tribunaux judiciaires—Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règlement 194, art. 24.1.

162. *Id.*, art. 24.1.09.

163. S. ROY, « La médiation commerciale au Québec : le projet tripartite », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en médiation, 2001*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 168-171.

164. COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *op. cit.*, note 151, p. 78; S. ROY, *loc. cit.*, note 163, 173; N.N. ANTAKI, *op. cit.*, note 151, p. 41.

165. COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *op. cit.*, note 151, p. 80 et 81; voir aussi les articles 6 et 15 de la *Loi portant réforme du Code de procédure civile*, Projet de loi 54, 2^e session, 36^e législature (Québec) (L.Q. 2002, c. 7); concernant la conférence de règlement à l'amiable, voir l'article 15 de ce projet qui prévoit l'ajout des articles 151.15 à 151.25.

166. *Loi portant réforme du Code de procédure civile*, L.Q. 2002, c. 7.

167. Art. 4.3 C.p.c.

168. Art. 151.6 et 5 C.p.c.

ment une section portant précisément sur la conférence de règlement à l'amiable¹⁶⁹.

En vertu des nouvelles dispositions, les parties engagées dans un litige, que ce soit en première instance ou en appel, peuvent se prévaloir sans frais du processus volontaire de conciliation qui est présidé par un juge désigné par le juge en chef¹⁷⁰. Cette forme de justice consensuelle intégrée à la procédure contradictoire offre ainsi aux parties un moyen de régler leur conflit à l'amiable en faisant appel à un juge pour les aider « à communiquer, à négocier, à identifier leurs intérêts, à évaluer leurs positions et à explorer des solutions mutuellement satisfaisantes¹⁷¹ ». Selon un compte rendu de l'expérience de la Cour supérieure au regard de la conférence de règlement à l'amiable, le juge conciliateur aide les parties à trouver une solution mais sans pour autant évaluer les positions respectives des parties ni donner son opinion sur le droit ou sur le sort du litige¹⁷².

Caractérisée par sa nature consensuelle et sa flexibilité, la procédure permet au juge et aux parties de définir ensemble les modalités de la séance de conciliation afin d'en faciliter le déroulement¹⁷³. La médiation peut se dérouler soit en séance plénière à laquelle toutes les parties participent, soit en séance de caucus où le conciliateur rencontre séparément l'une ou l'autre des parties. Pendant le processus de médiation, les parties peuvent juger opportun de faire appel à des personnes, tels des experts, pour obtenir leur avis sur certaines questions qui nécessitent des connaissances spécialisées¹⁷⁴. En tout temps, celles-ci peuvent mettre fin à la séance de conciliation et poursuivre la procédure contradictoire.

Le législateur entend également assurer l'indépendance du processus de conciliation en garantissant la confidentialité de toutes les communications écrites et orales qui ont lieu pendant cette conférence, laquelle ne suspend pas le déroulement de l'instance d'adjudication¹⁷⁵. En outre, si la séance de conciliation n'aboutit pas à un règlement, le juge qui l'a présidée

169. Art. 151.14-151.23 C.p.c.

170. Art. 151.15 C.p.c.

171. Art. 151.16 C.p.c.

172. S. COURTEAU, « La conciliation judiciaire à la Cour supérieure », (2005) 3 (1) *R.P.R.D.* 53, 55 et 56; L. LALONDE, « La médiation judiciaire: nouveau rôle pour les juges et nouvelle offre de justice pour les citoyens, à quelles conditions? », dans A. RIENDEAU (dir.), *Dire le droit: pour qui et à quel prix?*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 23; pour l'expérience de la Cour d'appel, voir L. OTIS, « La conciliation judiciaire à la Cour d'appel du Québec », (2003) 1 (2) *R.P.R.D.* 1, 6.

173. Art. 151.18 C.p.c.

174. *Ibid.*; L. OTIS, « La justice conciliationnelle: l'envers du lent droit », *Éthique publique*, vol. 3, n° 2, 2001, p. 63.

175. Art. 151.19 et 151.20 C.p.c.

ne pourra pas, par la suite, entendre le litige¹⁷⁶. Par ailleurs, si la conciliation donne lieu à un règlement, les parties peuvent demander au juge d'homologuer la transaction, laquelle aura l'autorité de la chose jugée¹⁷⁷.

Par ces mécanismes institutionnalisés de médiation extrajudiciaire ou de conciliation judiciaire, les parties se réapproprient ainsi le contrôle du processus de résolution de leur conflit¹⁷⁸. Comme nous l'avons mentionné précédemment, la flexibilité inhérente à ces processus consensuels permet aux intéressés de définir ensemble la stratégie en vue de résoudre le conflit. Les parties peuvent opter pour une approche classique de négociation où chacune des parties tente d'atteindre une « cible individuelle », c'est-à-dire qu'elle soumet ou rejette une demande, recherche une conclusion ou encore préconise une ou des solutions précises¹⁷⁹. Par exemple, l'une d'entre elles peut réclamer le rachat de ses actions, demander sa réintégration comme employé ou s'opposer à une transaction particulière. Dans ce processus axé sur la défense de positions respectives, les parties peuvent alors adopter une attitude compétitive en vue d'atteindre leurs objectifs individuels. À la lumière de l'information échangée et des discussions, les parties évalueront leur position respective en tenant compte des chances de succès de celle-ci devant un tribunal, de même que du coût et des bénéfices résultant d'une entente négociée comparativement à ceux qui découlent d'un procès. Après avoir évalué leur position respective, les parties pourront accepter de faire des concessions en vue d'en arriver à un compromis¹⁸⁰.

Les auteurs sont peu enclins à favoriser l'adoption de cette approche axée sur les positions ou sur le compromis. Ils considèrent que celle-ci entraîne une confrontation entre les parties qui sont alors considérées comme des opposants ou des adversaires¹⁸¹. Celles-ci tentent respectivement de faire prévaloir leur position afin d'obtenir la part la plus importante dans la distribution d'une ressource limitée. En d'autres termes, la

176. Art. 151.23 C.p.c.

177. Art. 151.22 C.p.c.; art. 2633 C.c.Q.

178. J. MACFARLANE, *Changement culturel? Les avocats-plaideurs en droit commercial et le Programme de médiation obligatoire de l'Ontario*, Ottawa, Commission du droit du Canada, p. 75, [En ligne], 2001, [lcc.gc.ca/research_project/01_culture_1-fr.asp], (22 novembre 2005).

179. J.-F. ROBERGE, « La conférence de règlement à l'amiable: les enjeux du raisonnement judiciaire et du raisonnement de résolution de problème », (2005) 3 (1) *R.P.R.D.* 38; concernant la négociation sur positions, voir: R. FISHER et W. ÜRY, *Comment réussir une négociation*, Paris, Éditions du Seuil, 1982, p. 21-30; N.N. ANTAKI, *op. cit.*, note 151, p. 51-53; G.A. CHORNENKI, *The Corporate Guide to Dispute Resolution*, Aurora, Canada Law Book, 1999, p. 21.

180. A.J. PIRIE, *op. cit.*, note 151, p. 106.

181. *Id.*, p. 52.

démarche est envisagée selon une approche distributive qui, à l'instar du processus d'adjudication judiciaire, a pour but de rechercher la responsabilité d'une des parties qui pourra se traduire ultimement par la désignation d'un gagnant et d'un perdant¹⁸².

Comme solution de rechange, les auteurs préconisent l'adoption d'un modèle de négociation qui donne préséance aux besoins, aux attentes et aux valeurs ou aux principes qui guident le comportement des intéressés¹⁸³. Dans ce processus, la négociation évolue dans un climat de coopération où les parties envisagent diverses options de manière créative en vue d'en arriver à un accord mutuellement satisfaisant¹⁸⁴. Certains auteurs considèrent cette approche de négociation comme axée sur la résolution de problème ou sur la « création de valeur¹⁸⁵ ». Voici comment le professeur Pirie distingue ce modèle de celui qui est fondé sur les positions ou sur le compromis :

Rather than seeing the negotiation [celle qui est fondée sur les positions ou sur le compromis] as necessarily involving a fixed quantity of resources or a process of give and take, problem-solving negotiators try to "expand the pie" by integrating the parties' needs into a larger basket of solutions than might have been possible without disclosure of underlying interests¹⁸⁶.

Cette démarche axée sur les intérêts se rapproche de celle qui est envisagée pour guider les tribunaux dans l'application des recours fondés sur l'équité. En raison des fonctions dérogatoire et supplétive qui sont inhérentes au concept de l'équité, les tribunaux sont appelés à aller au-delà des droits expressément reconnus pour analyser l'ensemble de la relation entre les parties. À l'instar des recours judiciaires qui font appel au concept de l'équité, les processus de médiation et de conciliation judiciaire permettent aux parties de rechercher une justice individualisée qui tient compte des circonstances particulières de l'espèce. Une auteure le souligne

182. *Id.*, p. 105 et 106; J. MACFARLANE, *op. cit.*, note 178, p. 7.

183. Sur ce modèle de négociation dite « raisonnée », voir : R. FISHER et W. URY, *op. cit.*, note 179, p. 30-35; G.A. CHORNENKI, *op. cit.*, note 179, p. 21-24; A.J. PIRIE, *op. cit.*, note 151, p. 102-108; N.N. ANTAKI, *op. cit.*, note 151, p. 53-56.

184. R. FISHER et W. URY, *op. cit.*, note 179; A.J. PIRIE, *op. cit.*, note 151, p. 52, 100, 101 et 106; COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 154, p. 116.

185. A.J. PIRIE, *op. cit.*, note 151; concernant les approches de négociation préconisées par les auteurs en vue de résoudre un conflit, voir, entre autres, R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *op. cit.*, note 81, p. 903-910. Voir aussi l'ouvrage des auteurs Mnookin, Peppet et Tulumello qui favorisent une approche fondée sur la création de valeur (*creating value*), autrement dit une approche où l'entente améliore le sort des deux parties ou, à tout le moins, le sort de l'une des parties sans pour autant diminuer le sort de l'autre : R.H. MNOOKIN, S.R. PEPPET et A.S. TULUMELLO, *Beyond Winning – Negotiating to Create Value in Deals and Disputes*, Cambridge, Belknap Press, 2000; J.-F. ROBERGE, *loc. cit.*, note 179.

186. A.J. PIRIE, *op. cit.*, note 151, p. 106.

d'ailleurs : « Mediation, like equity, was conceived of as justice without law. Mediation also offers the possibility of individualized justice, which may be in tension with strict legal justice¹⁸⁷. » Dans les conflits impliquant les petites sociétés fermées, l'étude de la jurisprudence montre d'ailleurs que les juges n'hésitent pas à adopter cette approche contextuelle en vue d'établir un diagnostic¹⁸⁸. Grâce à leur expérience comme observateurs de nombreux conflits, ils sont en mesure de faire l'histoire de l'entreprise et de ses membres ainsi que d'analyser le comportement des parties avant et pendant le conflit en vue de mettre en évidence les attentes mutuelles et évolutives des parties.

La justice consensuelle axée sur les intérêts se distingue toutefois de la justice adjudicative sous divers aspects. Dans un système de justice contradictoire, les parties s'affrontent pour faire prévaloir leur position respective en vue de maximiser leurs gains individuels. Ce processus contradictoire impose une façon de présenter les faits et de circonscrire le débat selon une terminologie juridique définie à l'avance¹⁸⁹. Dans la mesure où les avocats doivent s'en tenir aux seuls faits jugés pertinents au sens de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, il n'est pas certain que le portrait du conflit qu'ils traceront, suivant les paramètres juridiques imposés, rende bien compte de la réalité parfois complexe de la relation entre les membres d'une petite société. Le désir de situer le débat dans la sphère essentiellement juridique risque aussi de faire passer sous silence d'autres dimensions importantes de la relation entre les parties¹⁹⁰.

En comparaison, sur la base du modèle de négociation axé sur les intérêts, le processus de médiation ou de conciliation est envisagé de manière à favoriser un climat de confiance et de collaboration entre les parties qui cherchent à résoudre une situation conflictuelle sur la base de leurs droits, de leurs intérêts, de leurs besoins et de leurs valeurs. Lorsque ces personnes sont appelées à définir leur conflit, elles ne sont pas limitées aux seuls paramètres juridiques établis par la loi pertinente en la matière. La justice consensuelle permet ainsi aux parties d'appréhender la dynamique du « contrat relationnel » de manière englobante en tenant compte des attentes, des besoins, des intérêts de nature non seulement juridique mais également économique, psychologique, émotionnelle¹⁹¹.

187. J.M. NOLAN-HALEY, *loc. cit.*, note 17, 64-65.

188. Voir *supra*, le texte correspondant aux notes 90-101.

189. COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 154, p. 115.

190. Dans son analyse du processus de médiation, l'auteur Nolan-Haley souligne la possibilité qu'offre ce processus de prendre en considération les besoins émotionnels, psychologiques et spirituels des parties. Voir : J.M. NOLAN-HALEY, *loc. cit.*, note 17, 69.

191. COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 154, p. 116.

Dans le contexte du débat contradictoire où chacun veut sortir victorieux, les avocats investiront également beaucoup de temps et d'énergie, souvent même en exagérant le sens et la portée des faits mis en preuve, afin de convaincre le juge de l'existence ou de l'absence d'un comportement abusif ou inéquitable, plutôt que de focaliser sur la recherche d'une solution en vue de résoudre le différend. Or, la procédure accusatoire qui met l'accent sur la recherche d'un comportement fautif risque d'occulter les véritables préoccupations des parties.

Dans une action judiciaire fondée sur le principe d'équité, le juge dispose d'une discrétion étendue qui, en principe, lui permet de rendre une ordonnance qui satisfait le sentiment de justice de l'ensemble des parties. Selon l'approche suggérée, la solution pourrait se rapprocher de celle qui résulte d'un accord entre les parties qui cherchent à promouvoir leurs intérêts mutuels¹⁹². Cependant, le forum judiciaire traditionnel qui mène normalement à la désignation d'un gagnant et d'un perdant apparaît antinomique en regard de l'objectif d'un recours fondé sur l'équité¹⁹³. Le processus contradictoire et accusatoire dans lequel les parties s'affrontent en vue de faire prévaloir leur position dans leur intérêt respectif contribue à créer un climat d'animosité, voire d'hostilité, qui est peu propice à la recherche d'une solution mutuellement satisfaisante.

La mise en évidence d'un comportement fautif de la part du défendeur peut également amener le juge à privilégier une solution qui avantage indûment le requérant ou qui punit le défendeur, comme l'illustre le jugement de première instance dans l'affaire *Naneff*¹⁹⁴. Dans d'autres cas, la réticence des tribunaux à s'ingérer dans les affaires internes des sociétés pourra se traduire par des ordonnances destinées à rétablir le *statu quo*. La solution choisie remédiera à la situation d'injustice pour le passé et le présent, mais elle n'aura pas nécessairement pour effet de résoudre le conflit ni d'aménager les relations futures des parties, comme l'illustrent les affaires *Ferguson*¹⁹⁵ et *Besner*¹⁹⁶.

L'analyse du raisonnement judiciaire dans les litiges de cette nature fait également ressortir la difficulté pour les juges de se substituer aux parties pour établir la solution que celles-ci auraient hypothétiquement négociée dans leur intérêt mutuel. Lorsqu'ils accueillent un recours fondé sur l'équité, certains juges tentent de contourner cette difficulté en invitant

192. P. JESTAZ, *op. cit.*, note 14, p. 2.

193. *Ibid.*

194. Voir *supra*, le texte correspondant aux notes 126-133.

195. Voir *supra*, le texte correspondant à la note 139.

196. Voir *supra*, le texte correspondant aux notes 140-143.

les parties à s'entendre sur une solution avant de rendre jugement, comme cela a été le cas dans l'affaire *Wittlin*¹⁹⁷, ou à soumettre leur avis sur la solution préconisée par le tribunal, comme dans l'affaire *Grynwald*¹⁹⁸. Par contre, dans les deux cas, la solution finalement imposée par le tribunal n'a pas été le résultat d'une négociation entre les parties. À ce stade avancé de la procédure, la négociation fructueuse d'une entente apparaît plus difficile en raison des tensions et de l'animosité croissante qu'entraîne généralement la confrontation entre les parties dans ce genre de poursuite. Il est possible, toutefois, qu'une entente survienne après le prononcé du jugement, si celui-ci ne satisfait pas les attentes des deux parties, comme le suggèrent les résultats de la recherche empirique portant sur le recours en liquidation, comme nous l'avons mentionné précédemment¹⁹⁹.

Dans un processus de médiation ou de conciliation, les parties se réapproprient la responsabilité de la résolution de leur conflit²⁰⁰. Elles exercent un contrôle tant sur le déroulement du processus que sur l'issue de la négociation, ce qui réduit ainsi l'incertitude associée à une décision laissée à la discrétion du juge dans le recours judiciaire fondé sur l'équité. À cette fin, les parties sont appelées à s'engager dans un dialogue constructif qui favorise l'exploration de diverses voies de solution en vue de choisir celle qui reflétera davantage leurs préférences. En ce sens-là, elles tenteront de réintroduire l'esprit de collaboration et de confiance qui caractérisait leur relation avant le conflit.

Bien qu'elle apparaisse avantageuse à plusieurs égards comparative-ment à la justice traditionnelle, la justice consensuelle comporte aussi des risques qui méritent d'être soulignés. Les observateurs mettent notamment en relief le danger que posent la médiation ou la conciliation judiciaire à l'égard des personnes considérées comme plus vulnérables²⁰¹. Dans un processus de négociation informelle et privée, celles-ci peuvent faire face à l'intimidation et aux pressions exercées par la partie plus puissante, par le médiateur ou par les avocats²⁰². Voici ce que souligne le rapport de la Commission du droit du Canada à ce sujet : « Dans ces circonstances, il est

197. Voir le jugement de première instance dans *Wittlin c. Bergman*, précité, note 149, 155; voir aussi la décision rendue dans *Gestion GB-7 Inc. c. Pitre*, EYB-2005-88997 (C.S.), par. 177-179. Avant d'ordonner la liquidation de la société intimée, le tribunal, dans cette affaire, a accordé un délai de 45 jours aux parties pour s'entendre.

198. *Grynwald c. Bloom*, précité, note 145.

199. Voir *supra*, le texte correspondant aux notes 134-137.

200. J. MACFARLANE, *loc. cit.*, note 178, 75.

201. COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 154, p. 137-141 et 151-152; J.M. NOLAN-HALEY, *loc. cit.*, note 17, 68.

202. J.M. NOLAN-HALEY, *loc. cit.*, note 17.

peu probable que la partie la plus vulnérable soit disposée à participer au processus. Même si celle-ci accepte d'être présente, il se peut qu'elle soit incapable de s'exprimer librement²⁰³. » Dans l'hypothèse où la partie plus vulnérable s'engage dans le processus d'entente à l'amiable, celle-ci peut finalement céder aux pressions et accepter une solution moins satisfaisante comparativement à celle qu'elle aurait pu obtenir dans un système traditionnel d'adjudication.

Soulignons que les processus de justice consensuelle sont aussi parfois envisagés dans une perspective de confrontation axée sur les positions plutôt que dans un esprit de collaboration ou de concertation²⁰⁴. Comme le révèle un sondage concernant l'évaluation du processus de médiation obligatoire en Ontario, certains avocats utilisent le processus de médiation comme un moyen de retarder le litige, de réduire les attentes de l'autre partie et de sonder le terrain pour mieux évaluer la pertinence des arguments respectifs des parties²⁰⁵. L'intégration du processus de médiation dans le forum judiciaire peut également entraîner une forme d'assimilation de la justice consensuelle par le modèle traditionnel de négociation et d'adjudication²⁰⁶. Cette assimilation se manifesterait notamment par l'absence d'une participation directe des clients au processus de négociation, par l'importance accordée aux arguments juridiques en vue d'en établir leur bien-fondé et par une évaluation de l'argumentation par le médiateur²⁰⁷. Les résultats de l'enquête effectuée sur le processus de médiation obligatoire en Ontario montrent toutefois que la réalité est plus complexe et qu'il existe une grande diversité dans les façons de mener un processus de médiation.

Conclusion

En droit canadien des sociétés par actions, le recours pour oppression occupe une place importante comme mécanisme de résolution des conflits, plus particulièrement dans le contexte des sociétés fermées. Au sein de ces entreprises composées d'un nombre restreint d'actionnaires, les membres jugent souvent inutile de conclure des ententes détaillées pour régir leurs rapports internes, en raison de multiples facteurs d'ordre psychologique, social ou économique.

203. COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 154, p. 152.

204. J. MACFARLANE, *op. cit.*, note 178, p. 20-21.

205. *Ibid.*

206. *Id.*, p. 97-100; N. WELSH, «The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalisation?», (2001) 6 *Harv. L. Rev.* 101, 125.

207. *Ibid.*

Grâce à ce recours fondé sur le concept de l'équité, les tribunaux peuvent aller au-delà des droits expressément reconnus et suppléer aux lacunes des ententes pour contrôler des actes conformes au droit strict mais qui, en raison des circonstances particulières de l'espèce, violent les obligations de loyauté, d'intégrité et de bonne foi des membres d'une société. Selon l'approche contextuelle préconisée dans notre étude, les juges sont ainsi appelés à analyser l'ensemble de la relation entre les parties afin de dégager, de manière concrète, les attentes réciproques et évolutives de celles-ci et, ultimement, de choisir une solution qui devrait idéalement satisfaire les intérêts mutuels des acteurs visés. Bien que les tribunaux reconnaissent la portée étendue de leurs pouvoirs et la nécessité d'adopter une approche contextuelle, l'analyse de la jurisprudence montre que le forum traditionnel d'adjudication judiciaire n'offre pas nécessairement un cadre approprié pour prendre en considération les multiples facettes d'un conflit et pour rechercher une solution juste pour les deux parties.

Le débat contradictoire qui focalise sur la recherche d'un acte abusif ou injuste risque d'amener les parties à exagérer le caractère fautif des comportements et de fausser ainsi la nature réelle du conflit entre elles. Tout comme dans les conflits de nature matrimoniale, il est fort probable que, dans les faits, les partenaires d'affaires aux prises avec un conflit irréconciliable entre eux ne cherchent pas tant à faire reconnaître l'existence d'une faute ni à désigner les responsables de l'échec de leur relation qu'à trouver un moyen de résoudre leur problème. Pour ces personnes, la procédure judiciaire est souvent le résultat d'une dissension sur le moyen de régler leur conflit, plutôt que l'expression d'une mécontente sur les causes et sur les effets de celle-ci²⁰⁸. Dans des recherches ultérieures, il conviendrait de se demander s'il serait opportun de modifier la législation de manière à mieux rendre compte de cette réalité en vue de faciliter la résolution d'un conflit entre des actionnaires. Une des questions est de savoir si le législateur devrait accorder une importance moindre à l'élément de faute, comme condition d'ouverture au recours, pour mettre davantage l'accent sur la difficulté ou l'impossibilité pour les parties engagées dans un conflit majeur de parvenir à un accord sur le moyen de résoudre celui-ci.

À l'instar de la résolution des différends en matière familiale, le recours à certaines formes de justice consensuelle, comme la médiation et la conciliation judiciaire, offre des avantages comparativement à la justice adjudicative en permettant aux parties engagées dans une relation d'affaires de se concentrer sur la recherche d'une solution qui tient compte de l'ensemble de leurs besoins et de leurs attentes. Dans des recherches futures, il

208. *Nanef c. Con-Crete Holdings*, précité, note 47; *Wittlin c. Bergman*, précité, note 149.

serait intéressant d'effectuer des études sur le terrain pour mieux connaître cette réalité des conflits entre actionnaires et de l'expérience vécue par les principaux acteurs soit dans un processus traditionnel d'adjudication judiciaire, soit dans le contexte d'un mode consensuel de résolution d'un différend. Une meilleure connaissance de cette réalité permettrait d'éclairer les autorités étatiques dans l'élaboration de la législation, de même que les tribunaux appelés à résoudre un litige en cette matière.