

Repères, Décembre, 2022

Vincent CÉRAT LAGANA *

Chronique : l'arrêt Elphin – Le retrait forcé d'un actionnaire vu sous l'angle de la clause pénale

Indexation

SOCIÉTÉS ; *LOI SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS* ; RECOURS ; REDRESSEMENT EN CAS D'ABUS DE POUVOIR OU D'INIQUITÉ ; CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES ; CONVENTION UNANIME DES ACTIONNAIRES ; CLAUSES ; **OBLIGATIONS** ; EXÉCUTION PAR ÉQUIVALENT ; DOMMAGES-INTÉRÊTS ; ÉVALUATION ANTICIPÉE ; CLAUSE PÉNALE ; CONTRAT ; EFFETS ENTRE LES PARTIES ; CLAUSE ABUSIVE

TABLE DES MATIÈRES

[INTRODUCTION](#)

[I– LES MÉCANISMES DE VENTE FORCÉE COMME CLAUSE PÉNALE](#)

[II– ELPHIN : RÉSUMÉ DU LITIGE](#)

[III– ELPHIN : JUGEMENT DE LA COUR SUPÉRIEURE](#)

[IV– ELPHIN : L'ARRÊT DE LA COUR D'APPEL](#)

[CONCLUSION](#)

Résumé

L'auteur commente cet arrêt dans lequel la Cour d'appel considère une clause de retrait des affaires prévue dans une convention entre actionnaires sous l'angle d'une clause pénale pouvant être réduite si elle est jugée abusive.

INTRODUCTION

Les parties à une convention entre actionnaires peuvent prévoir des mécanismes de vente forcée d'actions en cas de survenance de certains événements et, notamment, si un actionnaire adopte un comportement répréhensible (fraude, détournement, congédiement pour motif sérieux, violation de la convention entre actionnaires ou d'un contrat, etc.)¹.

Ces mécanismes de retrait des affaires prévoyant une vente forcée peuvent-ils être considérés comme des clauses pénales au sens du *Code civil du Québec* et peuvent-ils être jugés abusifs ? Dans *3903460 Canada inc. c. Elphin inc.* (« Elphin »)², la Cour d'appel répond par l'affirmative.

La question est lourde de conséquences. Dans plusieurs cas, le prix prévu est inférieur à la valeur réelle des actions, qu'il s'agisse par exemple d'un pourcentage de la juste valeur marchande ou du cas classique de la contrepartie de « 1 \$ ».

Or, en vertu de l'article [1623](#), alinéa 2 du *Code civil du Québec*³, une clause pénale peut être réduite par le tribunal lorsque jugée abusive. Si le mécanisme de vente est perçu par la Cour comme étant une clause pénale abusive, le prix pourra être augmenté pour se rapprocher davantage du dommage réel causé à la société par actions ou aux autres actionnaires découlant du comportement répréhensible visé.

C'est ce que la Cour d'appel choisit de faire dans Elphin, infirmant le jugement de la Cour supérieure⁴ sur cette question.

I– LES MÉCANISMES DE VENTE FORCÉE COMME CLAUSE PÉNALE

Selon la nature de l'entreprise, le nombre et l'identité des actionnaires, leur rôle et l'ensemble des circonstances, il peut certainement être approprié de prévoir dans une convention entre actionnaires des clauses de retrait des affaires.

Ces mécanismes permettent aux parties de créer les conditions d'une séparation lorsque des événements rendent difficile ou impossible la continuation de leurs relations d'affaires. Bien souvent, le mécanisme prévoira une option d'achat des actions à des conditions prédéterminées en faveur des autres actionnaires ou de la société elle-même. Le droit d'exercer l'option naît lors de la survenance de situations ou d'événements énumérés dans la clause.

L'auteur Martel explique ainsi la pertinence de ce type de clause pour couvrir par exemple les cas de fraude, vol ou détournement :

Pour dissuader les actionnaires de frauder ou de voler la société et, si l'un d'eux le fait quand même (et se fait prendre !), pour pouvoir l'exclure de la société, la convention peut faire du vol, de la fraude ou du détournement contre la société, ou du moins le fait d'être trouvé coupable d'une telle infraction par un tribunal, un autre terme suspensif à l'offre irrévocable de vente d'actions. Par expérience, je puis dire qu'une telle clause est beaucoup plus satisfaisante pour les actionnaires que la possibilité (qui reste d'ailleurs entière) de poursuivre leur partenaire fraudeur ou voleur, au civil ou au criminel, surtout si le prix d'offre des actions est punitif et se réduit par exemple à la valeur nominale des actions, ou encore à leur valeur préétablie réduite du montant volé ou détourné ou du double de celui-ci.⁵ (nos soulignements)

Ainsi, si un actionnaire commet une fraude aux dépens de la société, il est sans doute préférable qu'il cesse d'y être actionnaire. Selon le contexte, la même logique peut s'appliquer à l'actionnaire-employé ayant été congédié pour motif sérieux. La clause prévoyant un mécanisme de vente forcée permet aux parties de prévoir un divorce corporatif pouvant s'avérer nécessaire.

Lorsque le retrait des affaires s'impose en raison d'une conduite répréhensible ou d'une violation, par opposition par exemple au décès, la clause de vente forcée pourra prévoir un prix inférieur à la réelle valeur des actions. C'est ici que l'actionnaire fautif, vendeur obligé, peut subir des conséquences financières significatives, pouvant dépasser le préjudice réel qu'il a causé. Prenons un exemple fictif :

- Un haut dirigeant commet une fraude aux dépens de la société. Cette fraude est découverte et mène à son congédiement pour motif sérieux ;
- Ce haut dirigeant détient un pourcentage minoritaire des actions de la société et est signataire d'une convention entre actionnaires prévoyant que les autres actionnaires ou la société jouissent de l'option automatique d'acquérir les actions d'un actionnaire ayant commis une fraude ou fait l'objet d'un congédiement justifié à 50 % de leur juste valeur marchande ;
- La juste valeur marchande de l'ensemble des actions du haut dirigeant est évaluée par un expert indépendant à quatre millions de dollars. Les autres actionnaires se prévalent du mécanisme d'achat pour forcer une vente à deux millions de dollars (50 %) ;
- La fraude est démontrée. Le haut dirigeant l'a bien commise. Il est aussi démontré qu'elle crée un préjudice évalué à 200 000 \$. Ce préjudice est subi par la société.

D'un côté, le mécanisme a justement été prévu entre personnes d'affaires sophistiquées pour pourvoir à ce type de situation. Le haut-dirigeant ne devrait pas demeurer actionnaire de la société qu'il a fraudée et il est certainement possible d'argumenter que les autres actionnaires ou la société ne devraient pas être forcés de déboursier la pleine valeur de ses actions. D'ailleurs, il est fort possible qu'ils n'aient pas les liquidités ou moyens nécessaires pour payer une pleine valeur, ce qui ne rend pas la séparation et l'achat moins nécessaires dans les circonstances.

D'un autre côté, les actes de notre haut dirigeant ont créé un préjudice de 200 000 \$ et il en subirait une conséquence économique de deux millions de dollars (soit la moitié de la valeur de ses actions), le tout au profit de ses cocontractants qui en viennent à acquérir ses actions à fort rabais (ou à bénéficier du rachat des parts de la société). Le châtement n'excède-t-il pas le crime ? N'y a-t-il pas iniquité ?

Si le mécanisme en cause est considéré comme une clause pénale, le *Code civil du Québec* peut offrir une porte de sortie partielle à notre haut dirigeant déchu. Ses articles [1622](#) et [1623](#) se lisent comme suit :

[1622](#). La clause pénale est celle par laquelle les parties évaluent par anticipation les dommages-intérêts en stipulant que le débiteur se soumettra à une peine au cas où il n'exécuterait pas son obligation.

Elle donne au créancier le droit de se prévaloir de cette clause au lieu de poursuivre, dans les cas qui le permettent, l'exécution en nature de l'obligation ; mais il ne peut en aucun cas demander en même temps l'exécution et la peine, à moins que celle-ci n'ait été stipulée que pour le seul retard dans l'exécution de l'obligation.

[1623](#). Le créancier qui se prévaut de la clause pénale a droit au montant de la peine stipulée sans avoir à prouver le préjudice qu'il a subi.

Cependant, le montant de la peine stipulée peut être réduit si l'exécution partielle de l'obligation a profité au créancier ou si la clause est abusive. (nos soulignements)

Les auteurs Baudouin et Jobin écrivent ceci sur la question :

À l'instar de l'article [1437](#) du Code civil sur la clause abusive, le second alinéa de l'article [1623](#) introduit dans le Code une nouvelle mesure d'équité qui a des répercussions considérables sur le droit des contrats : le tribunal peut réduire le montant de la peine stipulée par une clause pénale jugée abusive.

[...]

Rejetant une conception traditionnelle de l'autonomie de la volonté, l'article 1623 du Code civil cherche à contrer les stipulations qui, intrinsèquement et indépendamment de toute question de consentement, heurtent le sens élémentaire de la justice.⁶

Une clause de mécanisme de vente forcée prévoyant un rabais quant à la réelle valeur des actions est-elle une clause pénale et peut-elle être réduite parce qu'abusive, menant à une révision du prix de vente ? Voyons ce que la Cour d'appel en dit dans *Elphin*.

II- *ELPHIN* : RÉSUMÉ DU LITIGE

JLL et AMC s'associent pour former une société de transformation de plastique recyclable, créant ainsi Nu-B. Ils sont initialement actionnaires en parts égales par l'entremise de leurs sociétés de gestion respectives, soit Elphin Inc. pour AMC et 3903460 Canada inc. (« 390 Canada ») pour JLL. Ils s'entendent sur les termes d'une convention entre actionnaires (la « convention »)⁷.

La convention prévoit une obligation pour les actionnaires d'avancer des fonds à Nu-B lorsque les besoins financiers de la société le justifient⁸. La convention prévoit aussi un mécanisme de vente forcée pouvant être déclenché aux dépens d'un actionnaire si celui-ci contrevient à la convention⁹. L'actionnaire en défaut peut être forcé de vendre ses actions à un prix correspondant à 10 % de leur juste valeur marchande s'il ne remédie pas à son défaut dans les trois jours ouvrables suivant la réception d'un avis écrit de la part de l'autre actionnaire¹⁰.

Dans le contexte d'un projet d'expansion des installations de Nu-B, celle-ci requiert des fonds de ses actionnaires. La demande de fonds est formulée par AMC, à titre de présidente de Nu-B. Elle agit sous autorisation générale du conseil d'administration lui permettant d'effectuer ce type d'appel à l'investissement à l'intérieur de certains paramètres. JLL doit investir 2,6 millions de dollars via 390 Canada, ce qu'il omet de faire malgré un avis écrit d'AMC¹¹. Elphin Inc. se prévaut donc du mécanisme de vente forcée et exerce son option d'acquérir les actions de 390 Canada à 10 % de leur juste valeur marchande, et donc à un prix d'environ 147 000 \$¹².

Elphin Inc. s'adresse à la Cour supérieure pour que celle-ci confirme son droit d'achat tout en démettant JLL de ses rôles d'administrateur et de dirigeant de Nu-B. AMC et Elphin invoquent aussi que JLL aurait agi de manière oppressive¹³.

JLL et 390 Canada saisissent eux-mêmes la Cour supérieure pour plaider qu'ils ont subi de l'oppression au sens de l'article 241 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*¹⁴ et demander d'obtenir l'ensemble de la valeur de ses actions ou, à défaut, de permettre aux parties d'utiliser un autre mécanisme de la convention, soit la clause de type « shotgun » qu'elle contient¹⁵.

III- *ELPHIN* : JUGEMENT DE LA COUR SUPÉRIEURE

La Cour supérieure, sous la plume de l'honorable Brian Riordan, écarte les arguments d'oppression présentés de chaque côté. Dans des motifs détaillés, la Cour rejette aussi l'ensemble des arguments formulés par JLL et 390 Canada quant à la validité, la nécessité ou le caractère abusif de l'appel au financement (« cash call ») effectué par Nu-B par l'entremise d'AMC. La Cour supérieure conclut que 390 Canada est effectivement en défaut et que le mécanisme d'achat prévu dans la convention s'applique¹⁶. Cet aspect du dossier n'est pas le sujet du présent texte et, sur le moyen d'appel relatif à l'oppression, la Cour d'appel a confirmé les conclusions de la Cour supérieure¹⁷.

Dans la mesure où le mécanisme de vente forcée a été légalement exercé, la Cour supérieure se penche sur le prix à payer par AMC à JLL pour compléter l'acquisition.

La Cour accepte d'abord l'évaluation de la juste valeur marchande proposée par Elphin Inc. et AMC, laquelle est basée sur un calcul simplifié établi par les parties à même la convention¹⁸.

Reste à déterminer si Elphin Inc. peut réellement acquérir les actions de 390 Canada à 10 % de cette juste valeur marchande.

La Cour supérieure conclut par l'affirmative. Elle note le caractère draconien de la conséquence du défaut, mais estime qu'il ne lui revient pas d'amender des engagements librement convenus entre parties sophistiquées. Le juge Riordan écrit :

[94] In spite of such concessions, it is obvious that the default buy-out option in the USA appears, at first sight, to be quite draconian, even unsettling. This said, the parties agreed to it. JLL said that he requested no changes to the draft USA that AMC submitted to him. Nor does he contend that it offends public order or any other rule of law.

[95] The parties obviously considered the defaults grouped in this category to be important enough to merit the harsh penalty imposed by sub-section 6.6(ii). In light of the other defaults giving rise to this measure, i.e., theft, fraud or embezzlement towards the company or a violation of non-solicitation or non-competition undertakings, it is easier to understand the logic behind the measure.

[96] In any event, it is not up to the Court to amend covenants freely engaged. A contract is the law between the parties and, unless there is some overriding reason in law to reject it, we owe it to the parties to apply its terms as they are written. (nos soulèvements)

Le juge Riordan estime donc qu'il n'appartient pas à la Cour d'amender la convention et que les parties y ayant souscrit doivent vivre avec leurs choix. Résultat : 390 Canada doit céder des actions évaluées à environ 1 470 000 \$ pour une contrepartie limitée à 147 000 \$¹⁹.

390 Canada et JLL se pourvoient en appel.

IV- ELPHIN : L'ARRÊT DE LA COUR D'APPEL

La Cour d'appel confirme les conclusions du jugement de première instance quant à l'obligation de JLL-390 Canada de vendre ses actions à AMC-Elphin.

La Cour d'appel accueille toutefois l'appel en partie et infirme la conclusion prévoyant la cession des actions de 390 Canada pour une contrepartie de 147 000 \$. 390 Canada obtiendra plutôt 1 151 783 \$ pour ses actions, lesquelles sont évaluées à 1 470 000 \$. 390 Canada obtient ainsi 80 % de la juste valeur marchande de ses actions plutôt que 10 %.

Si la Cour d'appel tire cette conclusion, c'est parce qu'elle estime (i) que la clause de vente forcée constitue une clause pénale et (ii) qu'elle est abusive dans les circonstances et que ses effets doivent donc être réduits aux termes de l'article [1623](#) C.c.Q.

La Cour d'appel positionne ainsi le débat :

[85] 390 plaide que le juge a erré en droit en omettant d'analyser le caractère abusif de la clause 6.6(ii) de la CUA. Selon elle, cette clause doit être déclarée inapplicable dans les circonstances de cette affaire. Si son argument basé sur l'oppression devait être rejeté, la vente forcée de ses actions détenues dans NUB devrait intervenir pour une valeur correspondant à 100 % de leur juste valeur marchande établie à la fin de l'année fiscale de 2018.

[86] À l'inverse, les intimées soutiennent que le juge a analysé le caractère potentiellement abusif de la clause 6(ii), mais a choisi de ne pas écarter son application. Selon elles, cette clause ne peut être déclarée abusive, puisque les parties ont des obligations réciproques et qu'AMC et JLL sont des gens d'affaires expérimentés. De plus, elles contestent l'aspect pénal associé à la clause litigieuse.

[87] Qu'en est-il ?

[88] Je suis d'accord avec 390 et JLL pour dire que le juge ne s'est pas prononcé clairement sur le caractère potentiellement abusif de la clause 6(ii), se contentant seulement d'écrire « Nor does [JLL] contend that [6(ii) CUA] offends public order or any other rule of law ».

[89] Le dossier fait pourtant voir qu'en première instance, 390 et JLL avaient soutenu, de façon subsidiaire, le caractère abusif de cette clause. Il y a donc lieu d'en traiter dans l'analyse qui va suivre. (nos soulèvements)

Étudiant la clause de vente forcée, la Cour d'appel note que celle-ci prévoit des situations où aucune faute n'a été commise et aucune déduction sur le prix n'est effectuée ainsi que d'autres situations où une violation ou faute est en jeu, ce qui mène à un prix d'achat réduit²⁰. La Cour d'appel cite les auteurs Martel et Lamontagne et certains arrêts²¹ pour conclure qu'une telle réduction de prix correspond effectivement à une clause pénale. Elle écrit :

[96] À mon avis, la clause 6.6(ii) s'inscrit parfaitement dans ce courant jurisprudentiel et doctrinal. Le prix punitif et préétabli de 10 % de la juste valeur marchande des actions prévu dans cette clause s'applique dans les cas de fraude, de vol, d'une violation d'une clause de non-concurrence et lors de la violation d'une obligation stipulée dans la CUA. Bref, cette clause vise à punir l'un des comportements répréhensibles décrits dans cette convention. En raison de ses objectifs évidents, cette clause ne peut autrement être qualifiée que de clause pénale au sens où l'entend l'article [1622](#)C.c.Q. (nos soulèvements)

Il aurait sans doute été possible d'argumenter que la clause de vente forcée n'est en réalité qu'une option d'achat ou une promesse de vente conditionnelle à la survenance d'un événement. Son objectif est de prévoir les paramètres d'une transaction de vente d'actions, ce qui inclut le prix. Sous cet angle, rien n'empêche les parties de prévoir le prix qu'elles souhaitent, même si celui-ci ne correspond pas à la valeur réelle des actions. La conclusion de la Cour supérieure va certainement en ce sens. De ce point de vue, le mécanisme n'a rien à voir avec l'un des objectifs traditionnels d'une clause pénale, soit celui de prévoir une réparation forfaitaire pour des dommages causés et d'exempter les parties d'une évaluation et d'une preuve de ces dommages. Le but du mécanisme de vente n'est pas de compenser un dommage, mais bien de prévoir une séparation entre les actionnaires et un retrait des affaires, et ce, sans pour autant forcer l'acheteur à payer la pleine valeur pour mener à la sortie de son coactionnaire.

Pour comprendre la clause de vente forcée comme une clause pénale, sans doute faut-il en apprécier les composantes

séparément et se concentrer davantage sur l'objectif punitif du mécanisme de vente à rabais, ce que fait clairement la Cour d'appel au paragraphe 96 cité ci-dessus. C'est une chose que de prévoir une vente future par option, ce qui ne pose pas de problème. Toutefois, cela en est une autre de prévoir un prix d'achat se trouvant très loin de la valeur réelle des actions. Si les parties le font, c'est qu'elles cherchent à conférer un caractère comminatoire et punitif à la clause, ce qui en fait une clause pénale aux yeux de la Cour d'appel.

Ayant conclu qu'elle avait bien affaire à une clause pénale, la Cour d'appel doit ensuite établir si cette clause est abusive. Elle commence son analyse en clarifiant que l'inclusion d'une telle clause dans une convention entre actionnaires n'est pas « intrinsèquement abusive ». La Cour d'appel écrit :

[97] La question qui se pose ensuite est celle de déterminer si cette clause est abusive. Selon la jurisprudence, une clause pénale peut-être *circonstancielle*ment abusive ou *intrinsèquement* abusive. Voici comment ma collègue la juge Thibaut décrit ces deux concepts :

[51] Il ressort de la jurisprudence qu'une clause pénale peut avoir un caractère abusif *intrinsèque*, lorsqu'il y a disproportion entre la pénalité prévue et la contrepartie ou l'importance de l'obligation qu'elle sanctionne. Le caractère abusif peut aussi être *circonstanciel*, lorsque la pénalité, qui est raisonnable dans certaines circonstances d'inexécution de l'obligation, ne l'est pas dans d'autres, parce qu'elle est disproportionnée au préjudice réellement subi. On peut penser, par exemple, à la violation d'une clause de non-concurrence qui survient peu avant l'échéance de l'interdiction.

[...]

[99] Comme le juge de première instance, je ne suis pas prêt à conclure que la clause pénale en cause est intrinsèquement abusive. L'ampleur de la pénalité qui y est stipulée permet d'inférer la volonté ferme des actionnaires de prévoir un aspect comminatoire important pour les gestes fautifs volontaires décrits dans la CUA.

[100] J'exclus donc la possibilité qu'en toutes circonstances, l'on puisse considérer la clause litigieuse comme étant abusive à sa face même. Sans spéculer pour autant, il pourrait se trouver des situations où l'application intégrale d'une clause de cette nature soit justifiée en raison du sérieux des circonstances entraînées par l'inexécution de l'obligation de l'actionnaire fautif.

La Cour d'appel enchaîne toutefois en indiquant qu'il lui faut ensuite déterminer si la clause est « circonstancielle^{ment} abusive » en se demandant si la pénalité est disproportionnée au regard des faits de l'affaire. Pour effectuer cette analyse, le tribunal doit étudier plusieurs facteurs, notamment l'ampleur réelle du préjudice pour que la clause ne mène pas à un enrichissement exagéré de la partie en bénéficiant ainsi que la gravité des gestes commis. Pour la Cour d'appel, il en va « d'une certaine justice contractuelle »²².

L'analyse de la Cour d'appel la mène à réduire substantiellement l'effet de la clause pour que 390 Canada soit forcée de vendre ses actions à 80 % de leur juste valeur marchande plutôt que 10 %.

Pour en arriver à cette conclusion, la Cour d'appel établit d'abord qu'elle doit uniquement considérer le préjudice subi par la personne bénéficiant du droit d'achat, et ce, au nom de l'effet relatif des contrats. Ainsi, si le droit d'achat appartient à un actionnaire plutôt qu'à la société, cet actionnaire ne pourra pas invoquer le préjudice subi par la société pour justifier la pénalité. La Cour d'appel s'exprime ainsi pour expliquer qu'elle ne tiendra compte que du préjudice subi par Elphin Inc., lequel est d'ailleurs très limité, et non celui subi par la société Nu-B :

[111] Tout d'abord, sur le plan du préjudice, seul celui d'Elphin doit être considéré. En dépit de la preuve apportée par NUB concernant sa perte alléguée, le principe de la relativité des contrats s'oppose à l'idée que la CUA puisse produire ses effets envers des tiers.

[112] Conclure autrement ferait en sorte de compenser le préjudice de NUB par l'indemnisation de son actionnaire Elphin. Une telle approche risque de donner ouverture à l'application de la théorie de l'enrichissement injustifié. »

Cet aspect de l'arrêt de la Cour d'appel mérite l'attention. Les clauses de vente forcée peuvent être rédigées de manière à donner aussi bien à la société qu'aux autres actionnaires une option d'achat, que l'une ou les autres peuvent déclencher. Elles peuvent également donner ce droit à certaines parties seulement. La décision de procéder à un rachat par la société ou à un achat par le ou les autres actionnaires peut être influencée par plusieurs facteurs, notamment financiers et fiscaux. Les commentaires de la Cour d'appel dans *Elphin* suggèrent qu'il peut être avantageux de prévoir et exercer une option d'achat en faveur de la partie ayant réellement subi le préjudice le plus significatif « à indemniser ». Ce raisonnement constitue un exemple marquant des réflexions s'ajoutant à l'élaboration et mise en oeuvre d'un mécanisme de vente forcée lorsqu'on le réfléchit comme une clause pénale en lui attribuant une logique « d'indemnisation », plutôt qu'une simple logique de prix de vente préétabli.

La Cour d'appel met ensuite en relation le préjudice subi par Elphin Inc. et le prix de vente en prenant soin de mentionner qu'une preuve de quantification de ce préjudice n'est pas requise, mais qu'il faut le considérer pour déterminer si la pénalité

est excessive :

[110] Les intimées et notamment Elphin n'ont certes pas à prouver leur préjudice, comme le prévoit l'article [1623](#) C.c.Q. Il faut toutefois se demander, en s'inspirant des termes de l'article [1437](#) C.c.Q., si une pénalité de cette importance « désavantage d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi », et ce, compte tenu de l'ensemble de la preuve. Ce test doit s'appliquer au regard du véritable préjudice d'Elphin et de l'objectif comminatoire poursuivi par la clause en question.

La Cour considère que le préjudice d'Elphin ne saurait dépasser les 25 000 \$, ce qui la mène à conclure qu'un prix de vente réduit de 90 % et donc d'environ un million de dollars est excessif :

[113] Par ailleurs, Elphin n'a pas tenté de faire la preuve d'un quelconque dommage. Il semble toutefois évident que ses liquidités ont été éprouvées par le versement des avances dues par JLL (plus de 2,5 millions \$) entraînant sûrement un coût pour les intérêts dont elle a été privée ou qu'elle aurait pu payer entre le 28 janvier 2019 et le 15 mars 2019, et ce, avant d'être partiellement remboursée par les institutions prêteuses. De plus, Elphin a certainement été privée d'intérêts sur une somme de 500 000 \$ pendant une plus longue période, puisque cette partie de ses avances faites pour le compte de 390 n'a pu lui être remboursée qu'en décembre 2019.

[114] En évaluant de façon libérale les intérêts dont Elphin a été privée, je ne puis voir comment son dommage à ce chapitre pourrait dépasser les 25 000 \$. Par ailleurs, la preuve ne révèle aucun autre dommage subi par cette actionnaire. (nos soulignements)

La Cour d'appel accepte malgré tout l'idée que JLL et 390 Canada subissent une certaine pénalité. Cette pénalité est toutefois rétablie à 20 % pour éviter son caractère « manifestement excessif » :

[115] Cela dit, en visant maintenant une peine qui dépasse largement ce pour quoi elle doit intervenir et compte tenu du caractère délibéré de la faute de 390, j'estime que l'aspect comminatoire de la clause 6.6(ii) serait suffisamment préservé par une réduction de 20 % de la valeur de ses actions, soit une pénalité appréciée arbitrairement à 294 195,90 \$.

[116] L'écart entre la pénalité totale de 319 195, 90 \$ (294 195,90 \$ + 25 000 \$) à laquelle je conclus et la pénalité découlant de l'application sans nuance de la clause 6.6(ii) (1 323 881,55 \$) est à l'évidence beaucoup trop substantielle (1 004 685,65 \$) pour échapper à une conclusion d'abus. Cette pénalité, si acceptée, est manifestement excessive et abusive au sens du second alinéa de l'article [1623](#) C.c.Q. Le fait que les parties soient sophistiquées n'y change rien. (nos soulignements)

AMC et Elphin ont donc déclenché une option d'achat devant permettre une acquisition des actions de 390 Canada à 147 000 \$. Par le jeu de l'article [1623](#) C.c.Q., cette acquisition se fera finalement à un prix supérieur au million de dollars.

CONCLUSION

Chose rare : le jugement de la Cour supérieure avait un titre, le juge Riordan l'ayant intitulé « *Dura Lex Sed Lex* » ou « la loi est dure, mais c'est la loi ». Le juge Riordan marque le fait que JLL et 390 Canada devaient vivre avec les conséquences d'une clause librement acceptée.

Par son arrêt, la Cour d'appel rappelle qu'en droit québécois, la bonne foi et l'équité contractuelle occupent une place de choix, faisant en sorte que la loi n'est pas toujours aussi dure qu'on pourrait le penser. En ce sens, la clause de retrait des affaires, malgré le rôle précis qu'elle joue en droit corporatif et dans une relation entre actionnaires n'échappera pas complètement à la question de déterminer à quel point la faute est grave et les dommages significatifs.

Cet enseignement doit donc être considéré aussi bien au moment de rédiger et conclure la convention entre actionnaires qu'au moment d'exercer l'option. Si le mécanisme excède la création d'une option d'achat pour s'aventurer dans le territoire de la pénalité, une conclusion de clause pénale abusive par un tribunal sera fort possible selon les circonstances, menant à un prix d'achat n'étant pas celui anticipé.

* M^e Vincent Cérat Lagana est associé chez Fasken.

[1.](#) Paul MARTEL, *Les conventions entre actionnaires – Une approche pratique*, 13^e éd., ch. 1, Quelques principes, p. 11 et 30. (« *Martel – Convention entre actionnaires* »).

[2.](#) 2022 QCCA 1445, [EYB 2022-490205](#).

[3.](#) Ch. CCQ-1991.

[4.](#) *3903460 Canada Inc. c. Elphin*, 2021 QCCS 381, [EYB 2021-374489](#) (« *Elphin C.s.* »).

[5.](#) Paul MARTEL, *Les conventions entre actionnaires*, p. 104.

[6.](#) Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7^e édition, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 245 et 247, 2013, [EYB2013OBL32](#) (« Baudouin-Jobin »).

[7.](#) Elphin C.s., par. 1 et 2.

[8.](#) *Ibid.*, par. 2.

[9.](#) *Ibid.*, par. 3.

[10.](#) *Ibid.*

[11.](#) *Ibid.*, par. 4 ; voir une chronologie complète des faits au par. 8.

[12.](#) *Ibid.*, par. 5 et 6.

[13.](#) *Ibid.*, par. 6.

[14.](#) L.R.C. (1985), ch. C-44.

[15.](#) Elphin C.s., par. 7.

[16.](#) *Ibid.*, par. 14 à 90.

[17.](#) Elphin, par. 84.

[18.](#) Elphin C.s., par. 92, 93 et 109 à 111.

[19.](#) *Ibid.*, par. 118.

[20.](#) Elphin, par. 91.

[21.](#) *Ibid.*, par. 95 citant *Cloutier c. Familiprix*, 2014 QCCA 1959, [EYB 2014-243638](#), *Bergeron c. Ringuet*, [1958] B.R. 222 et *Chow c. Gagnon*, 2002 CanLII 63285 (C.s.), [REJB 2002-32971](#).

[22.](#) Elphin, par. 103.

Date de dépôt : 14 décembre 2022

Éditions Yvon Blais, une société Thomson Reuters.

©Thomson Reuters Canada Limitée. Tous droits réservés.