

Revue générale de droit



Paul MARTEL, *Les conventions entre actionnaires*, Montréal, Wilson & Lafleur/SOREJ — Éditions Thélème, 1983, XIX-277 pp.

Michelle Boivin

Volume 15, Number 2, 1984

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1059561ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1059561ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Boivin, M. (1984). Review of [Paul MARTEL, *Les conventions entre actionnaires*, Montréal, Wilson & Lafleur/SOREJ — Éditions Thélème, 1983, XIX-277 pp.] *Revue générale de droit*, 15(2), 515–520. <https://doi.org/10.7202/1059561ar>

Paul MARTEL, *Les conventions entre actionnaires*, Montréal, Wilson & Lafleur/SOREJ — Éditions Thélème, 1983, XIX-277 pp.

Qui, dans la communauté juridique québécoise, n'a pas entendu parler des auteurs Martel, en matière de droit des compagnies¹? On ne s'étonne donc pas de la parution récente d'un nouveau volume de Paul Martel, traitant d'un aspect particulier de ce domaine du droit : les conventions entre actionnaires. Outre la constitution en corporation proprement dite ainsi que les formalités y afférentes, c'est sans doute la rédaction de ces conventions qui constitue aujourd'hui l'apport essentiel du juriste au bon fonctionnement des compagnies privées. Ces conventions doivent répondre aux divers besoins des actionnaires en cause et il est impossible d'en fournir un modèle général susceptible de répondre aux multiples éventualités. S'attaquer à un sujet de ce genre tient du tour de force.

Ce volume porte comme sous-titre « Une approche pratique » et il est publié dans la collection « Manuel du praticien ». Une première partie traite des clauses d'achat-vente d'actions. Après un bref exposé de la légalité et des buts de ces clauses, M^e Paul Martel aborde tour à tour, dans des chapitres distincts, le droit de premier refus, l'offre obligatoire, la clause *shotgun*, la clause d'évaluation, les clauses de paiement, les clauses d'assurance, les clauses de protection, la clause d'achat par la compagnie, les clauses de fiduciaire, les clauses pénales et les « autres clauses », dont les clauses dites de « convention unanime ». La Partie II comporte l'analyse des clauses régissant les rapports quotidiens des actionnaires entre eux ainsi que leurs relations avec la compagnie, soit les clauses dites « de société », de vote et d'administration. Des modèles des diverses conventions sont regroupés dans la troisième partie.

La démarche adoptée consiste à exposer d'abord brièvement les principes juridiques relatifs à la clause pertinente; en analyser ensuite les buts et l'efficacité; l'appliquer enfin à diverses situations de fait (compagnie de deux, trois ou quatre actionnaires), en faisant les distinctions qui s'imposent quant aux compagnies constituées en vertu de la Partie I ou de la Partie IA de la *Loi sur les compagnies* (Québec) ou encore, de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* (fédérale). Des modèles de clauses particulières, adaptées à ces situations, sont annexés à la fin de chaque chapitre.

De façon générale, la simplicité du style plaît; la description humoristique des situations de conflits entre actionnaires déride. On a souvent l'impression, par contre, d'un texte hâtivement mis sous presse. La multiplicité des coquilles agace et finit par irriter².

L'approche dite pratique est intéressante en ce sens qu'elle fournit un véritable inventaire de clauses. Et si cet inventaire n'est pas, et ne peut être, exhaustif, on y retrouve néanmoins, à défaut de modèle précis dans tous les cas, des listes de critères détaillés (voir, par exemple, à la page 28) permettant au juriste avisé de rédiger les clauses appropriées, réduisant ainsi les risques d'omettre, par inadvertance, une clause essentielle ou encore, d'oublier une répercussion indésirable. Il s'agit, en somme, d'une longue feuille de contrôle (*checklist*), indiquant les choix possibles ainsi que les avantages et désavantages respectifs des solutions proposées.

Cet ouvrage est d'une utilité certaine pour les praticiens confrontés à la rédaction d'une convention entre actionnaires. En effet, il suscite la réflexion et permet de se poser les bonnes questions, surtout sur l'adéquation des objectifs visés et des moyens utilisés, questions qui débordent parfois le cadre de la convention proprement dite. Par exemple, sous la rubrique « clause de vote », l'auteur mentionne qu'à la clause courante concernant l'élection des contractants aux postes d'administrateurs, il y a souvent lieu

1. M. et P. MARTEL, *La compagnie au Québec*, 1980, Montréal, Éditions Thélème Inc., 3 tomes.

2. Par exemple, « [...] lesdites polices auront prix effet [...] », p. 266; « [...] un montant forfétaire », p. 142, etc.

d'ajouter des clauses régissant la destitution et le remplacement des administrateurs. De plus, pour que la « clause de vote » garde tout son effet, il faut généralement retirer aux administrateurs restants le pouvoir de combler les vacances au conseil. Or cette dernière mesure exige une mention particulière dans l'acte constitutif de la compagnie³.

Par contre, l'ouvrage présente aussi certaines difficultés. D'abord, problème inhérent au plan adopté, il y a trop de « nous y reviendrons », de chevauchements et recoupements, de telle sorte que le lecteur ne peut tirer de conclusions générales. De plus, le repérage est extrêmement difficile. Par exemple, M^e Martel discute de la possibilité d'inclure une clause pénale visant à la dissolution de la compagnie au chapitre des clauses *shotgun*⁴. Cette clause pénale peut évidemment servir dans bien d'autres contextes. Or, elle ne figure pas dans l'index et il n'y a pas de renvois au chapitre des clauses pénales.

Ensuite, problème plus fondamental : l'absence de l'approche dite théorique qui favorise les vues d'ensemble et, partant, les décisions éclairées. En effet, assimiler à de simples clauses les contrats distincts que sont la convention d'achat des actions par la compagnie ainsi que la convention unanime des actionnaires porte à confusion. Pour fins d'illustration, nous nous attarderons uniquement à la convention d'achat des actions par la compagnie. La position de M^e Martel se résume dans le paragraphe suivant :

L'efficacité de la clause d'achat par la compagnie sera doublée si la compagnie intervient à la convention pour s'engager à s'y conformer (dans le cas d'une obligation d'achat), mais je doute qu'il lui soit possible de prendre un tel engagement si la convention n'est pas unanime, pour deux raisons :

— L'acquisition d'actions relève du conseil d'administration et non des actionnaires, et seule la convention unanime permet de lier les administrateurs et la compagnie.

— Tout actionnaire non partie à la convention pourrait s'objecter à une acquisition d'actions faite autrement qu'au prorata^{92, 5}.

Évidemment, si une convention oblige une compagnie à acheter les actions d'un de ses actionnaires dans certaines circonstances, la compagnie doit nécessairement être partie à la convention. Il ne s'agit ni d'efficacité, ni d'intervention souhaitable, mais bien des conditions essentielles à la conclusion d'un contrat. Est-il nécessaire de rappeler ici le principe de l'effet relatif des contrats ?

Les doutes exprimés par l'auteur quant à la validité d'une telle convention étonnent. Il est vrai qu'aucun article de loi n'en traite directement. Pourtant, la validité d'un contrat conclu entre la compagnie, d'une part, et l'un de ses administrateurs, dirigeants ou employés, d'autre part, est expressément prévue⁶. Mieux, on lui réserve un régime de faveur. En effet, la compagnie est autorisée par le législateur à entamer une partie de son capital afin d'exécuter ce contrat⁷. Cette seule mesure suffit dans la plupart des cas à

3. Voir la page 177.

4. Pp. 63 à 66.

5. Pp. 118 et 119. La note 92 de l'auteur se lit ainsi : Voir M. et P. MARTEL, *op. cit.*, p. 17-2. *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, art. 234.

6. Article 33 de la *L.S.C.C.*, dont les parties pertinentes se lisent ainsi :

33 (1) Nonobstant le paragraphe 32 (2), mais sous réserve du paragraphe (3) et de ses statuts, la société peut acheter ou autrement acquérir des actions qu'elle a émises, afin :

a) ...

b) ...

c) d'exécuter un contrat incessible aux termes duquel elle a l'option ou l'obligation d'acheter des actions appartenant à l'un de ses administrateurs, dirigeants ou employés.

L'article 123.55 de la *L.C.Q.* (IA) est au même effet.

7. Par. 33 (3) *L.S.C.C.*; art. 123.55 *L.C.Q.* (IA).

confirmer la validité de la convention d'achat par la compagnie, puisque, dans le cadre des compagnies privées, les actionnaires cumulent généralement les postes d'administrateurs, dirigeants ou employés.

Mais qu'en est-il de la convention entre une compagnie et un simple actionnaire? Sa validité s'infère d'autres dispositions. D'abord, rien dans l'économie générale de la loi ne s'y oppose; même que l'article 32 *L.S.C.C.* y trouve sa raison d'être⁸. Pourquoi autoriser une compagnie à acheter ses propres actions à certaines conditions, si elle ne peut valablement conclure un contrat d'achat d'actions avec un de ses actionnaires?

De plus, bien que l'article 38 de la *L.S.C.C.* traite d'exécution, Getz est d'avis que cet article confirme indirectement la validité de la convention d'achat d'actions par la compagnie :

Some courts in the United States have held that such repurchase agreements are unenforceable at the suit of the company. In *Topken, Loring & Schwartz, Inc. v. Schwartz*, (163 N.E. 735, N.Y.C.A. 1928), it was reasoned by a New York Court that because the agreement might not be binding on the company because of an inability to comply with the solvency limitations of the legislation, it was not binding on the shareholder : the company's promise to purchase was illusory, and the shareholder's promise to sell was therefore unsupported by any consideration.⁹

Dans cette perspective, il semble que le législateur fédéral ait effectivement voulu éviter la controverse créée aux États-Unis, en adoptant l'article 38 de la *L.S.C.C.* qui se lit ainsi :

38 (1) La société peut être tenue d'exécuter les contrats qu'elle a conclus en vue de l'achat de ses actions, pourvu que ce faisant, elle ne contrevienne pas aux articles 32 ou 33.

La référence à l'article 32, l'article général autorisant l'achat par une compagnie de ses propres actions, confirme nécessairement la validité du contrat entre une compagnie et son actionnaire¹⁰.

Revenons aux arguments de M^e Martel. Il affirme que l'acquisition d'actions relève du conseil d'administration et non des actionnaires. C'est un fait. Les administrateurs doivent agir dans l'intérêt de la compagnie et ils ne peuvent légalement s'engager d'avance à voter dans un sens ou dans l'autre¹¹. Leur discrétion doit s'exercer librement.

Dans la mesure où il est dans l'intérêt de la compagnie de conclure une convention d'achat de ses propres actions, les administrateurs peuvent, et même doivent, signer ce contrat au nom de la compagnie. Or, on reconnaît généralement à la corporation privée un intérêt quant à son propre contrôle, puisque le contrôle est intimement lié à l'unité et à l'harmonie essentielles à sa survie.

The essence of the success of a private corporation is that control of same is retained by those persons having a direct interest in the furtherance of the business. As is the case with many a successful enterprise, a third party intermeddler will often attempt

8. Voir Robert DEMERS, « Achat et rachat d'actions en vertu de la Loi régissant les sociétés commerciales canadiennes », (1981) 22 *C. de D.* 67 : « En utilisant le mot *acheter*, le législateur indique plus clairement qu'il s'agit ici d'une opération consensuelle, sujette aux règles générales des obligations. En effet, en procédant sous l'article 32 *L.S.C.C.*, la société contracte avec un actionnaire en vue d'acquérir les actions dont il est détenteur. » Voir aussi Jean TURGEON, *Les conventions d'actionnaires d'une petite entreprise*, Centre d'Édition Juridique C.E.J. (1983) Inc., Montréal, 1983, p. 378.

9. Leon GETZ, « Some Aspects of Corporate Share Repurchases », (1974) 9 *U.B.C.L.Rev.*, p. 29.

10. Voir également les par. 38 (2) et 38 (3) *L.S.C.C.* et l'art. 123.57 *L.C.Q.* (IA).

11. Par. 117 (1) *L.S.C.C.*; *Bergeron c. Ringuet*, [1958] B.R. 222; [1960] R.C.S. 672.

to wrest control of the corporation from the owners for no other purpose than to divert its profits to some outside venture, leaving the company bankrupt.¹²

Une fois le contrat conclu, on peut évidemment en poursuivre l'exécution¹³, comme tout autre contrat d'ailleurs. Il ne s'agit pas d'entraver la discrétion des administrateurs, mais de reconnaître une des conséquences de la personnalité juridique distincte de la compagnie, sa capacité de contracter.

Le deuxième argument de M^e Martel, selon lequel un actionnaire non partie à la convention pourrait s'opposer à l'acquisition d'actions faite autrement qu'au prorata, se fonde sur le principe de l'égalité des actionnaires. Qu'un actionnaire puisse ou non exiger que la compagnie achète ses actions au prorata des actions achetées d'un co-actionnaire aux termes d'une convention, ne saurait, en soi, porter atteinte à la validité de cette convention.

Mais examinons ce principe de l'égalité des actionnaires qui, d'ailleurs, n'est pas absolu. Une simple mention dans l'acte constitutif de la compagnie, ou une renonciation des actionnaires, suffirait à l'écarter dans le contexte des conventions d'achat des actions par la compagnie. De plus, la règle sera respectée, à notre avis, dans la mesure où la compagnie offre à chaque actionnaire de conclure une telle convention. En effet, l'égalité doit d'abord être respectée au moment de la conclusion du contrat et non lors de son exécution. De toute manière, dans la plupart des cas, chaque actionnaire de la compagnie privée a conclu un contrat en vue de l'achat de la totalité de ses actions par la compagnie en cas d'invalidité, de retraite ou de décès de l'actionnaire et il ne saurait alors être question qu'il se plaigne d'injustice lorsque le sort s'acharne sur un co-actionnaire.

Dans l'hypothèse où, par exemple, seul l'actionnaire majoritaire a conclu un tel contrat et qu'il décède, on voit mal où se situe l'élément lésionnaire pour le minoritaire. En effet, si l'achat des actions risque de rendre la compagnie insolvable, il est interdit par la loi. Si, au contraire, la situation financière de la compagnie permet l'achat sans difficultés, l'actionnaire minoritaire verra sa proportion de contrôle et de participation aux profits de la compagnie augmenter au prorata des actions détenues, sans déboursé aucun de sa part.

Si nous insistons sur cet aspect des conventions, c'est que la prémisse douteuse donne lieu à des conclusions dangereuses. Ainsi, M^e Martel recommande d'utiliser la « clause » d'achat par la compagnie comme complément à l'achat par les actionnaires restants, en leur laissant l'option de choisir entre les deux voies possibles¹⁴. Par exemple, il recommande la formule suivante dans le cas d'une compagnie constituée en vertu de la L.S.C.C. :

Advenant le cas où un actionnaire serait tenu de vendre ses actions ordinaires dans la société aux autres actionnaires, en vertu de l'application des articles _____ ci-devant les actionnaires, pourront, s'ils le désirent et si la situation financière de la société permet de le faire sans contrevenir aux dispositions de l'article 32 (2) de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, choisir que cet achat s'effectue par la société plutôt que par eux-mêmes personnellement, et dans ce cas l'actionnaire vendeur et son représentant au conseil d'administration s'engagent à voter en faveur de cet achat, qui restera cependant sujet aux autres dispositions des présentes, *mutatis mutandis*¹⁵.

D'abord, on comprend mal pourquoi une obligation alternative serait plus légale qu'une obligation simple. De plus, l'actionnaire n'a pas le pouvoir de dicter la

12. N.J. LEBLOVIC, « Stock Purchase and Redemption Legislation in Ontario », (1968) 26 *U. of T., Fac. of L. R.* 74. Voir aussi *Interim Report of the Select Committee on Company Law, (Lawrence Report)*, Ontario, 1967, par. 5.28, p. 37.

13. Voir les commentaires précédents.

14. Voir p. 119.

15. Formule 9-A, p. 127.

conduite de la compagnie¹⁶ et l'administrateur, comme nous l'avons déjà vu¹⁷, n'a pas le droit d'engager son vote d'avance. Il devra donc considérer l'opportunité pour la compagnie de conclure une convention d'achat de ses actions au moment-même où la convention entre actionnaires en prévoit l'exécution. On peut prétendre que l'actionnaire-administrateur ou le représentant de l'actionnaire impliqué au conseil d'administration ne saurait participer au vote en raison des règles régissant les conflits d'intérêts¹⁸. Comment peut-on légalement donner suite à ce choix?

Dans une autre perspective, ne pourrait-on pas soutenir que, selon la formule proposée par M^e Martel, seul l'actionnaire-acheteur assume une obligation. Le choix alors tiendrait uniquement à la possibilité pour l'actionnaire d'exécuter cette obligation soit personnellement, soit par personne interposée. La société deviendrait alors mandataire de l'actionnaire et à ce titre, elle aurait le droit d'être indemnisée pour toutes les obligations contractées dans les limites de son mandat¹⁹. La société aurait un recours contre les actionnaires-vendeurs en recouvrement des sommes versées et à défaut par elle de ce faire, tout « plaignant²⁰ », actionnaire, dirigeant ou créancier, pourrait intenter cette action au nom et pour le compte de cette société²¹. Les difficultés d'interprétation et d'application qu'une clause de ce genre peut susciter sont nombreuses.

Et que dire des conséquences fiscales potentielles? Le fisc pourrait faire valoir que l'achat par la compagnie dans ces circonstances constitue un paiement indirect²², soit « un paiement ou transfert de biens fait, *suivant les instructions* ou avec l'accord *du contribuable*, à toute autre personne *au profit du contribuable* » (Les italiques sont de nous). Il peut également s'agir d'une attribution de biens aux actionnaires restants²³. Dans les deux cas, la somme versée par la compagnie en vue de l'acquisition des actions sera ajoutée au revenu des actionnaires restants. Le moins que l'on puisse dire de la formule proposée par M^e Martel, c'est qu'elle risque de coûter très cher.

Cette longue digression sur la convention d'achat des actions par la compagnie a évidemment pour objet de démontrer que les doutes de M^e Martel quant à sa validité s'avèrent sans fondement. Elle sert également à illustrer nos réserves quant à cet ouvrage. Répétons qu'à notre avis, cette convention et, à un moindre titre, la convention unanime sont des types de conventions distincts et non de simples clauses, susceptibles d'être ajoutées aux conventions entre actionnaires classiques.

Il n'en demeure pas moins que, dans l'ensemble, cet ouvrage sera utile pour les praticiens, particulièrement en raison des modèles proposés concernant les conventions entre actionnaires proprement dites et des commentaires y afférents. Une mise en garde de l'auteur, cependant : la simple lecture et reproduction des modèles proposés ne suffit pas²⁴. Il faut, dans tous les cas, consulter le texte traitant de la clause en question²⁵.

16. Sous réserve d'une convention unanime des actionnaires, seuls les administrateurs ont droit de gérer les affaires de la compagnie : art. 83 et 123.72 *L.C.Q.* ; art. 97 *L.S.C.C.*

17. *Supra*, note 11.

18. Art. 115 *L.S.C.C.*

19. Art. 1720 *C.c.B.-C.* Voir, par analogie, *Canada Rice Mills c. His Majesty the King*, [1939] *R.C.S.* 84; *Lagacé c. M.R.N.*, [1968] 2 *R.C.É.* 98.

20. Art. 231 *L.S.C.C.*

21. Art. 232 *L.S.C.C.* ; art. 33 *C.P.C.* ; *Lagacé c. Lagacé*, [1966] *C.S.* 359.

22. Par. 56 (2) *L.I.R.* Voir, par analogie, *Warren Champ c. La Reine*, 83 *DTC* 5029 (C.F.).

23. Par. 15 (1) *L.I.R.* Voir *Green Acres Fertilizers Services Ltd. c. Sa Majesté la Reine*, 79 *DTC* 5346; [1979] *C.T.C.* 431 (C.F.); confirmé sans motifs écrits 80 *DTC* 6365; [1980] *C.T.C.* 504 (C.F.A.).

24. Voir les « Conseils pratiques généraux », p. 4.

25. Voir, par exemple, les réserves exprimées quant à l'utilisation du modèle de clause *shotgun* proposé dans la formule 4-B, à la p. 63.

D'ailleurs, un renvoi aux pages pertinentes du texte à la suite de chaque formule faciliterait la tâche du lecteur, tout en servant de *caveat* implicite.

Sans vouloir alimenter l'éternel débat théorie-pratique, qui postule une dualité irréductible entre ces deux pôles, forcément du même axe, l'approche pratique, illustrée dans ce volume, a comme principal désavantage de ne pas fournir de cadre théorique à l'analyse, de telle sorte que le lecteur parvient difficilement (et seulement en faisant appel à ses propres moyens) à faire les distinctions qui s'imposent entre les différentes sortes de conventions et les diverses clauses, essentielles et accessoires, alternatives et complémentaires, et le reste.

Michelle Boivin*

* Professeure, faculté de Droit, section de Droit civil, Université d'Ottawa.