

6 MAI 2019

L'intérêt public prime la lettre : le succès d'une embuscade en Colombie-Britannique vient clarifier l'utilisation des procurations en blanc

Auteurs : [Aaron J. Atkinson](#) et [Patricia L. Olasker](#)

Dans une décision rendue récemment dans l'affaire *Russell v Synex International Inc.* (l'affaire « Synex »), la Cour suprême de la Colombie-Britannique a validé la liste de candidats à un poste d'administrateur proposée par un dissident pendant l'assemblée des actionnaires et l'élection subséquente d'un conseil entièrement renouvelé. Fait à noter, le dissident a exercé ses droits de vote en tant que fondé de pouvoir d'actionnaires qui l'avaient ainsi nommé au moyen du formulaire de procuration fourni par la direction de l'entreprise. De l'avis de la Cour, lorsqu'un actionnaire utilise un formulaire de procuration fourni par la direction pour nommer en tant que fondé de pouvoir une autre personne que celles qui sont proposées par la direction et qu'il ne donne dans celui-ci aucune instruction sur la manière dont les droits de vote doivent être exercés, la procuration confère au fondé de pouvoir un pouvoir discrétionnaire général. Le dissident dans cette affaire a donc réussi à faire élire un conseil entièrement renouvelé en se prévalant de la dispense relative à la sollicitation privée d'un nombre limité de procurations et sans fournir lui-même un formulaire de procuration.

Contexte

Synex International Inc. (« Synex » ou la « Société »), société constituée en Colombie-Britannique inscrite à la cote de la Bourse de Toronto, se consacre à la mise en valeur de projets hydroélectriques. À son assemblée annuelle des actionnaires tenue le 2 novembre 2018, Synex a proposé d'accroître la taille du conseil, afin de faire passer le nombre d'administrateurs de six à sept, et d'élire sept administrateurs. Le dissident, qui détenait environ 33 % des actions en circulation à la date de référence arrêtée aux fins de l'assemblée, est le principal actionnaire de la Société. Fort des procurations qu'il avait recueillies avant l'assemblée, le dissident s'est retrouvé avec le pouvoir d'exercer la nette majorité (51,4 %) des droits de vote rattachés à l'ensemble des actions en circulation de la Société.

Il y a lieu de mentionner que la Société ne disposait pas d'une politique sur les préavis qui aurait forcé l'actionnaire à fournir au préalable la liste des candidats qu'il allait proposer. Cela étant, la direction de Synex était au courant de l'intention du dissident de proposer des candidats à l'élection à un poste d'administrateur, puisqu'il l'avait annoncée dans un communiqué publié dix jours avant l'assemblée selon les règles du système d'alerte. À l'assemblée, le dissident a voté contre l'augmentation de la taille du conseil et proposé sa propre liste de six candidats à l'élection à un poste d'administrateur. Le président de l'assemblée, sur l'avis de conseillers juridiques, a refusé d'admettre les procurations du dissident, en conséquence de quoi les candidats proposés par la direction ont été élus. Après l'assemblée, le dissident a demandé au tribunal de rendre une ordonnance infirmant la décision du président d'assemblée de refuser les procurations et déclarant les candidats proposés par le dissident dûment élus à l'assemblée.

Les procurations de la discorde

Chaque actionnaire ayant nommé le dissident comme son fondé de pouvoir avait utilisé le formulaire de procuration ou le formulaire d'instructions de vote (le « FIV ») fourni par la direction de Synex et laissé en blanc les sections relatives aux instructions de vote. À l'instar de la majorité des formulaires de procuration fournis par la direction, le formulaire de Synex indiquait qu'en l'absence d'instructions de vote de la part de l'actionnaire concerné, les droits de vote rattachés aux actions de celui-ci allaient être exercés conformément à la recommandation de la direction.

Le dissident a adopté la position selon laquelle il n'était pas lié par les instructions de vote par défaut et les procurations « en blanc » lui conféraient le pouvoir discrétionnaire d'exercer comme il l'entendait à l'assemblée les droits de vote rattachés aux actions représentées par celles-ci. La Cour devait donc trancher la question centrale de savoir si un fondé de pouvoir non membre de la direction nommé par l'actionnaire concerné au moyen du formulaire de procuration fourni par la direction était lié par le mécanisme de vote par défaut.

Décision du président d'assemblée

Le président de l'assemblée a refusé d'admettre les procurations du dissident pour les motifs suivants :

- la procuration ne conférait pas le pouvoir discrétionnaire de voter contre l'augmentation de la taille du conseil puisque ce point de l'ordre du jour n'avait pas été modifié et qu'en l'absence d'instructions de vote, les droits de vote visés par la procuration devaient être exercés conformément à la recommandation de la direction;
- la législation en valeurs mobilières applicable ne permettait pas l'utilisation de procurations pour élire à un poste d'administrateur une personne dont le nom ne figurait pas dans une circulaire d'information.

L'analyse de la Cour

Le cadre juridique et les normes du secteur militent en faveur de laisser les actionnaires user de leur libre arbitre

Pour mener son analyse, la Cour a tenu compte du droit applicable, des normes et pratiques reconnues du secteur, dont le Protocole concernant les procurations de la Securities Transfer Association of Canada, et du raisonnement exposé dans le jugement de l'Ontario rendu en 1989 dans l'affaire *Canadian Express Ltd. v Blair* (l'affaire « Canadian Express ») selon lequel les procurations contestées doivent être interprétées en fonction des circonstances de l'espèce et, dans la mesure du possible, d'une manière conforme à la logique des affaires.

La Cour a analysé de façon détaillée le système de vote par procuration mis en œuvre par la législation régissant les sociétés et la législation en valeurs mobilières, y compris les mécanismes intégrés dans le Règlement 54-101 afin de permettre aux propriétaires véritables d'actions d'user de leur libre arbitre, et conclu que la réglementation dans son ensemble vise à faciliter l'exercice du droit de vote de l'actionnaire. La Cour a aussi conclu que les normes et pratiques en vigueur dans le secteur cherchent de façon générale à donner effet aux intentions de vote de l'actionnaire, dans la mesure du possible. Se fondant sur la preuve d'expert, la Cour est arrivée à la conclusion que, discutable ou pas sur le plan juridique, l'utilisation de procurations en blanc et la proposition de candidatures pendant l'assemblée sont des pratiques courantes au Canada, quoique l'adoption de règlements administratifs sur le préavis soit venue les tempérer quelque peu.

Les instructions de vote par défaut s'appliquent uniquement aux candidats proposés par la direction

Bien que le cadre législatif et la pratique du secteur vont clairement dans le sens de laisser les actionnaires user de leur libre arbitre, la Cour s'est dite d'avis que la procuration est d'abord et avant tout un acte de délégation par lequel l'actionnaire désigne un fondé de pouvoir pour représenter ses intérêts. Par conséquent, les limites du mandat confié au fondé de pouvoir en vue d'une assemblée donnée ne peuvent être plus étendues que ce que stipule l'instrument accordant ce mandat. La Cour s'est longuement penchée sur chacun des trois formulaires de procuration distincts qui ont servi à désigner le dissident comme fondé de pouvoir.

Formulaires d'instructions de vote

Conformément au Règlement 54-101, chaque propriétaire véritable qui détient ses actions par l'entremise d'un intermédiaire a reçu un FIV lui permettant soit de donner à l'actionnaire inscrit des instructions sur la manière d'exercer ses droits de vote, soit de nommer un tiers pour le représenter à l'assemblée. Selon la Cour, le libellé de l'un des FIV permettait clairement de conclure que le tiers nommé comme fondé de pouvoir au moyen de celui-ci n'était pas tenu d'exercer les droits de vote rattachés aux actions en conformité avec les recommandations de la direction figurant dans la procuration dans le cas où le FIV était laissé en blanc.

En ce qui concerne l'autre FIV, la Cour a dû départager des instructions incompatibles. Selon une des instructions, le tiers nommé avait plein pouvoir pour agir à l'assemblée, conformément au Règlement 54-101. Toutefois, une instruction subséquente comportait le libellé type relatif aux instructions de vote par défaut. Afin de résoudre cette contradiction, la Cour a conclu que le libellé relatif aux instructions de vote par défaut s'applique uniquement dans les cas où le propriétaire véritable des actions choisit de ne pas nommer un tiers pour le représenter; le tiers ne serait pas lié par les instructions de vote par défaut.

De l'avis de la Cour, cette conclusion est conforme au cadre législatif, aux pratiques du secteur, au jugement rendu dans l'affaire *Canadian Express* et, tout particulièrement, au gros bon sens :

[TRADUCTION] « L'octroi d'un mandat général au fondé de pouvoir qui n'est pas un représentant de la direction semble plus susceptible de traduire les intentions de l'actionnaire que la présomption voulant que le fondé de pouvoir est censé voter conformément aux recommandations de la direction. Si l'actionnaire était satisfait des recommandations de la direction, pourquoi refuserait-il alors l'invitation de désigner comme son fondé de pouvoir un représentant de la direction? »

Formulaire de procuration

Suivant un raisonnement similaire à celui ayant permis de départager les instructions incompatibles figurant dans le FIV, la Cour est arrivée à la même conclusion en ce qui concerne le pouvoir conféré par le formulaire de procuration de la direction, citant avec approbation au soutien de celle-ci le passage suivant de la décision *Canadian Express*:

[TRADUCTION] « [Les procurations] ont été converties en procurations d'actionnaires non sollicités lorsque les noms des fondés de pouvoir proposés par la direction ont été supprimés et que ceux des personnes désignées par l'actionnaire ont été insérés. À ce moment, [les instructions de vote par défaut] figurant au verso du document ont cessé de s'appliquer, car elles ne constituaient que des conditions de la procuration accordée à la direction. »

Les exigences relatives au formulaire de procuration ne s'appliquent qu'à la partie qui l'envoie

La Cour a mentionné que le dissident s'était prévalu de la dispense prévue dans la loi pour entreprendre sa sollicitation au moyen des formulaires de procuration et des FIV fournis par la direction. Comme le dissident n'a pas envoyé les formulaires en question aux actionnaires sollicités, les dispositions de la législation en valeurs mobilières qui régissent le contenu des procurations ne s'appliquaient pas à lui, *stricto sensu*. En conséquence, les règles relatives au formulaire de procuration qui limitent l'exercice du pouvoir discrétionnaire à certaines circonstances précises ne visaient que Synex et non le dissident.

Absence d'obligation implicite de préavis

Synex a fait valoir qu'en droit, un formulaire de procuration ne peut conférer le pouvoir de voter pour un administrateur dont le nom ne figure pas dans une circulaire d'information. Selon Synex, cette restriction refléterait une préoccupation d'intérêt public visant à garantir que les actionnaires sont informés à l'avance du nom des candidats proposés à l'élection à un poste d'administrateur, soit dans la circulaire d'information, soit par diffusion publique. La Cour n'a pas jugé qu'une préoccupation d'intérêt public devait l'emporter sur le cadre réglementaire général et limiter la capacité des actionnaires de nommer un fondé de pouvoir capable de réagir aux développements inattendus survenant peu avant ou pendant l'assemblée des actionnaires.

Principaux points à retenir

La logique appliquée par la Cour semble conforme à la pratique suivie de longue date par le secteur et au raisonnement sur lequel est fondé l'arrêt *Canadian Express*, qui fait jurisprudence depuis 30 ans. De l'avis de la Cour, si l'arrêt *Canadian Express* avait été une source de préoccupation, le législateur ou l'industrie aurait eu amplement le temps d'y répondre depuis. Cependant, il y a lieu de distinguer le contexte dans lequel l'affaire *Synex* a été décidée, du fait que le dissident détenait des procurations visant la majorité absolue des actions en circulation. À cet égard, si la Cour avait maintenu la décision du président de l'assemblée, il y a fort à parier que le dissident aurait, moyennant des frais supplémentaires, demandé la tenue d'une nouvelle assemblée et fait élire les candidats qu'il proposait. Malgré tout, la décision *Synex* est un rappel utile du cadre législatif et de la pratique suivie par le secteur au Canada, et met en exergue l'objectif d'intérêt

public général qui consiste à laisser les actionnaires user de leur libre arbitre. D'un autre côté, la décision fait ressortir le fait que le système de vote par procuration n'empêche pas un dissident de planifier une embuscade à l'assemblée des actionnaires, ce qui semblerait militer en faveur de règlements administratifs sur le préavis.

Personnes-ressources : [Patricia L. Olasker](#), [Aaron J. Atkinson](#) et [Brian Kujavsky](#)

Les renseignements et commentaires fournis aux présentes sont de nature générale et ne se veulent pas des conseils ou des opinions applicables à des cas particuliers. Nous invitons le lecteur qui souhaite obtenir des précisions sur l'application de la loi à des situations particulières à s'adresser à un conseiller professionnel.