

Janvier 2020

« *Est-ce que je peux vous parler en toute confidentialité?* » Le privilège du secret professionnel de l'avocat dans les opérations de fusion et acquisition

Le privilège du secret professionnel de l'avocat peut être un sujet délicat dans le cadre de transactions commerciales. La situation suivante se présente fréquemment dans les opérations de fusion et acquisition d'entreprises et pose un défi particulier. Un avocat ou un cabinet d'avocats représente les vendeurs d'une société devant être vendue. Les avocats peuvent également représenter la société qui doit être vendue, soit à l'égard de questions juridiques dans le cours normal des affaires, soit plus particulièrement dans le cadre de la vente. Au cours de l'opération, les avocats fournissent des conseils juridiques autant aux vendeurs qu'à la société devant être vendue. Une situation semblable se présente lorsque les personnes physiques recevant des conseils juridiques agissent à deux titres : elles sont les vendeurs de la société devant être vendue, mais sont également membres de son équipe de direction. Il est parfois difficile de déterminer en quelle qualité les personnes qui reçoivent les conseils juridiques agissent à un moment donné. Et la situation est encore plus compliquée lorsque les vendeurs ont besoin d'obtenir de l'information de la société devant être vendue afin de pouvoir faire des déclarations et donner des garanties dans une convention de vente.

Les parties présument que les communications qu'elles ont avec leurs avocats sont protégées par le privilège du secret professionnel de l'avocat. Mais que se passe-t-il une fois que l'opération a été conclue et que la société cible appartient à l'acheteur (et que, dans bien des cas, elle fusionne avec lui)? Est-ce que le privilège du secret professionnel de l'avocat suit la société cible et tombe dans des mains potentiellement adverses? Dans une certaine mesure, cette question met en opposition la raison d'être du privilège du secret professionnel de l'avocat et les principes de la personnalité morale, du regroupement d'entreprises et de la succession. Il ne semble y avoir en Ontario aucune réponse directe à cette question. Toutefois, la jurisprudence et les nouvelles pratiques dans d'autres territoires nous donnent certaines indications sur la façon dont les parties aux opérations de fusion et acquisition peuvent se protéger contre une renonciation involontaire au privilège.

Notions de base concernant le privilège :

Le privilège constitue une règle de preuve au Canada et ailleurs, mais il est en outre devenu un droit légal substantif¹. Il protège les communications entre les clients et les avocats lorsque certaines exigences sont respectées. Les communications visées par le privilège sont protégées contre toute divulgation dans le cadre d'un litige et ne peuvent être admises en preuve. Il existe différents types de privilèges. Les deux types de privilèges les plus courants sont le « privilège du secret professionnel de l'avocat » et le « privilège relatif au litige ».

Le privilège du secret professionnel de l'avocat protège les communications entre un avocat et son client qui visent l'obtention ou la prestation de conseils juridiques. Pour qu'une communication soit considérée comme protégée, elle doit être effectuée dans l'attente qu'elle demeurera confidentielle. Fait à noter, il y a renonciation au privilège lorsque la communication est divulguée à un tiers. Le privilège du secret professionnel de l'avocat n'est assorti

¹ *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, paragr. 10.

d'aucune échéance. Il continue d'être rattaché aux communications tant et aussi longtemps qu'il n'a pas été levé.

Le privilege relatif au litige se rattache aux documents dont la création a pour objectif principal un litige existant, envisagé ou prévu. Pour que le document soit couvert par le privilège, il n'est pas nécessaire qu'il ait été créé par un avocat. Le privilège relatif au litige s'éteint dès que le litige sous-jacent (et tout litige connexe portant sur des questions communes) prend fin. Comme dans le cas du privilège du secret professionnel de l'avocat, la divulgation à un tiers lève le privilège relatif au litige.

Il existe également un concept en droit canadien que l'on appelle le « privilege d'intérêt commun ». Mais ce privilège porte mal son nom, car l'« intérêt commun » n'est pas réellement une source de privilège en soi. Il s'agit plutôt d'une exception à la règle habituelle selon laquelle les parties renoncent au privilège lorsqu'une communication ou un document est divulgué à un tiers. L'exception de l'intérêt commun tire son origine du « privilège du mandat conjoint », qui protège deux défendeurs ayant le même avocat dans le cadre d'un litige. Lorsque deux parties ont un intérêt commun suffisant dans un dossier, elles peuvent échanger des avis juridiques et des renseignements sans renoncer au privilège. Il importe de noter que le « privilège d'intérêt commun » protège les parties qui partagent un intérêt commun contre le reste du monde; toutefois, il n'existe aucun privilège entre les parties qui ont un intérêt commun à l'égard des renseignements ou des documents qui sont partagés². Au Canada, l'exception de l'intérêt commun s'applique au privilège du secret professionnel de l'avocat dans le contexte de transactions commerciales³. Dans d'autres territoires, y compris l'État de New York, l'exception de l'intérêt commun s'applique uniquement au privilège relatif au litige⁴.

² Manes, R. et M. Silver, *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law*, Toronto, Butterworths, 1993, p. 45. Voir aussi *NEP Canada ULC v. MEC OP LLC*, 2013 ABQB 540 [*NEP v. MEC*] au paragr. 12.

³ *Iggillis Holdings Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2018 CAF 51, au paragr. 42.

⁴ *Ambac Assurance Corp. v. Countrywide Home Loans*, 27 NY3d 616, NY Court of Appeals, 2016.

Privilège dans les opérations de fusion et acquisition : leçons à retenir des autres territoires

Les règles régissant le privilège représentent un défi dans le cadre des opérations de fusion et acquisition. Ces opérations font nécessairement intervenir plusieurs parties et un changement de propriétaire. La principale règle voulant que la « divulgation à un tiers lève le privilège » s'applique difficilement au contexte dans lequel les parties et leurs avocats évoluent. Si les communications se font entre le vendeur et la société devant être vendue (qui sont des personnes morales distinctes), est-ce que cela équivaut à une divulgation à un tiers qui lève le privilège? Même si le vendeur et la société devant être vendue ont un intérêt commun dans le cadre de l'opération, le droit prévoit qu'il n'y a *aucun privilège entre les parties ayant un intérêt commun*. Par conséquent, de quelle protection le vendeur peut-il bénéficier lorsque la société devant être vendue passe aux mains d'un acheteur? L'évaluation du privilège se complique davantage lorsque les ordinateurs, les courriels et les registres commerciaux de la société devant être vendue qui contiennent des communications protégées par le secret professionnel sont désormais contrôlés par l'acheteur. Bien que les tribunaux de l'Ontario ne semblent pas s'être penchés sur ces questions, leurs homologues dans d'autres territoires les ont abordées sans équivoque.

En 1996, la New York Court of Appeals (la « Cour d'appel ») a abordé la question du privilège relatif aux conseils portant sur les transactions dans l'arrêt *Tekni-Plex Inc. v. Meyner & Landis*⁵. L'unique actionnaire d'une entreprise d'emballage a vendu son entreprise. Dans la convention d'achat conclu entre les parties, il a fait diverses déclarations à propos du respect par l'entreprise de la réglementation gouvernementale. Comme cela arrive souvent, l'acheteur était une société à vocation spéciale qui a fusionné avec la société cible après la conclusion de la vente. L'entité issue de la fusion a fait une demande d'arbitrage contre le vendeur, alléguant une fraude et des déclarations fausses ou trompeuses. Elle a également présenté une demande à la Cour d'appel afin, notamment,

⁵ 89 NY2d 123 (1996) [*Tekni-plex*].

d'obliger le cabinet d'avocats qui représentait depuis longtemps la société à remettre des documents protégés par le secret professionnel au motif qu'ils appartenaient à la société cible. La Cour d'appel a jugé que le vendeur bénéficiait encore du privilège *relatif aux transactions de vente*. Elle a fait la distinction entre le privilège relatif aux conseils juridiques reçus dans le cadre des activités régulières de la société cible (que la société cible a conservé après son acquisition) et le privilège relatif aux conseils juridiques portant sur la transaction de vente elle-même (que le vendeur conservait en dépit de la vente de la société cible). La Cour a fait une distinction entre l'« ancienne » et la « nouvelle » société cible. Elle a conclu que le vendeur conservait le privilège relatif aux communications entre son avocat et la société cible à partir du moment « où le vendeur et la société cible agissaient conjointement par rapport à l'acheteur » (c'est-à-dire avant la vente). La Cour d'appel a essentiellement basé cette conclusion sur les principes fondamentaux, dont la nécessité de protéger les attentes en matière de confidentialité qui facilitent la prestation de conseils juridiques francs : le privilège est une [Traduction] « *mesure prophylactique qui permet aux clients de ne pas redouter que l'information donnée de façon confidentielle soit utilisée à leur détriment par la suite* ». Cet objectif ne serait pas respecté si la « nouvelle » société se voyait accorder le contrôle des communications protégées par le secret professionnel relatives à la transaction de fusion.

La Cour du banc de la Reine de l'Alberta a tiré une conclusion différente en 2013 dans *NEP Canada ULC v. MEC OP LLC*⁶. Cette affaire découlait de la vente à un acheteur stratégique d'une filiale d'exploitation pétrolière et gazière du vendeur. Avant et pendant la vente, le conseiller juridique du vendeur a donné des conseils à la société devant être vendue, notamment sur les obligations de divulgation lui incombant dans le cadre de la transaction de vente. L'acheteur a fusionné avec la société cible après la vente. La société issue de la fusion a hérité de courriels et d'autres documents contenant des communications protégées par le secret professionnel avec les avocats du vendeur. Elle a poursuivi le vendeur pour

⁶ *NEP v. MEC*.

diverses déclarations fausses ou trompeuses à propos du respect par la société de la réglementation environnementale. Elle estimait que les courriels et les documents étaient sa propriété (du fait de la fusion postérieure à la vente) et devaient être divulgués dans le cadre du litige. Le défendeur (vendeur) alléguait que ces communications étaient visées par un privilège qui lui revenait en exclusivité et que les documents devraient lui être renvoyés sans être divulgués dans le cadre du litige. La Cour du Banc de la Reine était d'accord avec le demandeur sur le fait que le vendeur avait fait part des communications à la société cible dans le cadre d'un intérêt commun durant la transaction de vente, et qu'il ne pouvait y avoir *aucun privilège entre la société cible et le vendeur*⁷. En tirant pareille conclusion, la Cour d'appel n'a pas suivi l'approche adoptée dans l'affaire *Tekni-plex*. Elle a plutôt cité l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Commodity Futures Trading Commission v. Weintraub*, qui contenait l'observation suivante : « [Traduction] *Quand le contrôle d'une société est transmis à une nouvelle direction, le pouvoir d'invoquer le privilège du secret professionnel de l'avocat ou d'y renoncer est lui aussi transmis.* » Selon la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, les parties auraient pu inclure dans leur convention d'achat d'actions une disposition éteignant tout droit de la société cible de renoncer au privilège relatif aux documents, mais elles ne l'avaient pas fait⁸.

Peu après que l'arrêt *NEP v. MEC* a été rendu, la Delaware Court of Chancery est arrivée à une conclusion similaire dans *Great Hill Equity Partners IV LP, et. al. v. SIG Growth Equity Funds I, LLLP, et. al*⁹. L'affaire portait sur la vente d'une société de paiement en ligne à une société à vocation spéciale créée par un promoteur de fonds de

⁷ *NEP v. MEC*, p. 30.

⁸ On pourrait critiquer l'arrêt *NEP v. MEC* pour deux raisons. Il part du principe que le vendeur et la société cible ont pour intérêt commun le succès de la transaction. On peut soutenir que la société cible pouvait être indifférente à l'identité de ses propriétaires et qu'elle n'avait aucun intérêt particulier à conclure la transaction. Par ailleurs, la conclusion de la Cour d'appel repose sur l'*existence* d'un intérêt commun et sur l'*absence* d'un mandat conjoint. Elle ignore le fait que l'exception de l'intérêt commun est dérivée de l'exception relative aux mandats conjoints qui vise les règles de renonciation; les deux concepts devraient avoir le même effet sur l'existence du privilège, pas des effets inverses. Or, la Cour n'avait besoin d'invoquer aucune de ces deux erreurs pour parvenir à la même conclusion. S'il n'y avait tout simplement aucun intérêt commun et aucun mandat conjoint dès le départ, il ne devrait pas non plus y avoir de privilège revendiqué par les parties.

⁹ 80 A.3d 155 (Del. Ch. 2013) [*Great Hill*].

capital-investissement. La valeur de la société cible dépendait largement de ses liens existants avec d'autres intervenants de l'industrie, dont PayPal. Une fois la vente conclue, l'acheteur a poursuivi le vendeur pour des déclarations frauduleuses, l'accusant d'avoir omis de révéler qu'il avait mis fin à des relations contractuelles clés. La Court of Chancery a examiné et rejeté l'approche adoptée dans l'affaire *Tekni-plex*. Elle a jugé qu'une telle approche ne tenait pas compte de la *Delaware General Corporations Law* régissant les fusions, qui prévoit ce qui suit : [Traduction] « *l'ensemble des biens, des droits, des privilèges, des pouvoirs et des concessions, ainsi que tout autre intérêt, seront par la suite la propriété effective de la société subsistante ou issue de la fusion*¹⁰. » Tout comme l'avait fait la Cour d'appel dans *NEP v. MEC*, la Court of Chancery a cité *Weintraub* à propos du principe selon lequel les gestionnaires évincés d'une société cible ne peuvent invoquer aucun privilège à l'égard des volontés de ses gestionnaires actuels. Elle a par ailleurs souligné que les questions de privilège pouvaient être traitées dans le cadre de contrats :

« [Traduction] *Toute partie qui redoute de se retrouver dans cette fâcheuse situation à l'avenir devrait user de sa liberté contractuelle (...) pour exclure des biens transférés les communications entre avocats et clients dont elle souhaite conserver la propriété.* »

À la suite des arrêts *Tekni-Plex* et *Great Hill*, on a développé une pratique aux États-Unis afin d'aborder la question du privilège dans les dispositions contractuelles des conventions d'achat d'actions et de fusion (souvent appelées « clauses *Great Hill* »). Selon une étude menée en 2019 par l'American Bar Association, 70 % des opérations de fusion et acquisition du secteur privé qui ont été examinées contenaient des dispositions stipulant que les communications protégées par le secret professionnel relatives à l'opération étaient la propriété du vendeur¹¹. En 2019, la Delaware Court of Chancery a appliqué une telle clause dans *Shareholder Representative Services*

¹⁰ Soulignement ajouté.

¹¹ American Bar Association, Business Law Section: *Private Target Mergers & Acquisitions Deal Points Study (including transactions from 2018 and Q1 2019)*, page 123.

*LLC v. RSI Holdco, LLC*¹². Les parties à une convention de fusion y ont inclus une disposition préservant en faveur du vendeur le privilège relatif aux communications antérieures à la fusion en lien avec la vente. Cette convention exigeait en outre de l'acheteur qu'il prenne les mesures nécessaires pour préserver l'efficacité du privilège et l'empêchait d'invoquer les communications confidentielles dans le cadre d'un éventuel litige subséquent. La cour a noté que les vendeurs [Traduction] « *avaient tenu compte du conseil de la cour dans l'affaire Great Hill – elles avaient usé de leur liberté contractuelle.* »

Que nous réserve l'avenir en Ontario?

Il convient de souligner que l'article 179 de la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario contient une disposition très similaire à celle de la *Delaware General Corporate Law*, qui a servi de fondement à l'analyse de la cour dans l'arrêt *Great Hill*. L'article 179 énonce que, lors d'une fusion, « *les biens, droits, privilèges et concessions ... de chacune des sociétés qui fusionnent passent à la société issue de la fusion*¹³ ».

Même si les tribunaux de l'Ontario ne semblent pas s'être prononcés sur cette question, les sources faisant autorité dans d'autres territoires font état de la tension qui existe entre deux ensembles de principes de droit : d'une part, la nécessité de protéger la capacité des parties à obtenir des conseils juridiques francs et, d'autre part, les règles relatives à l'identité de personnes morales distinctes et à leurs successeurs.

Même si le recours aux « *clauses Great Hill* » dans les conventions d'achat d'actions peut être une solution pratique pour atténuer cette tension, il n'est pas certain qu'on leur donnera effet dans toutes les circonstances. Fondamentalement, le privilège est une règle de preuve. Il empêche les *tribunaux* (et pas seulement les parties contractantes) d'examiner des preuves qui seraient tout de même pertinentes et pourraient les aider à rendre justice. En ce sens, le

¹² CA No 2018-0517-KSJM (Del Ch May 29, 2019).

¹³ L.R.O. 1990, ch. B.16, alinéa 179b), soulignement ajouté.

privilège diffère des droits privés qui peuvent être achetés, vendus, créés, éteints ou aliénés par contrat. On pourrait soutenir que les parties ne devraient pas pouvoir créer par contrat un privilège qui n'existerait pas autrement. Un privilège qui a été levé en raison de la divulgation avant la conclusion d'une transaction (ou qui n'existait pas au départ en raison de l'absence du critère obligatoire de l'attente de confidentialité) ne peut être « fabriqué » par voie contractuelle.

Étant donné qu'on recourt davantage à la clause *Great Hill* sur le marché canadien, les tribunaux de l'Ontario pourraient devoir atténuer la tension entre les différents principes en jeu, et décider dans quelle mesure les questions de privilège peuvent être définies par voie contractuelle.

Leçons pour les vendeurs (et leurs avocats)

En dépit du manque d'indications en Ontario, les parties aux transactions de fusion et acquisition peuvent tirer des leçons de l'expérience d'autres territoires. Elles devraient, de concert avec leurs avocats, se poser les questions suivantes :

1. **Où le litige pourrait-il naître?** Comme nous l'avons appris, le droit en matière de privilège a évolué différemment selon les territoires. Même parmi les territoires de common law en Amérique du Nord, on observe d'importantes différences d'approche. Les tribunaux appliquent souvent leurs propres règles en matière de privilège, même lorsque les faits à l'origine d'un litige se sont produits ailleurs¹⁴. Au Canada, de nombreuses opérations de fusion et acquisition font intervenir des parties et des avocats de différentes provinces. Avant qu'une transaction soit mise en œuvre, les parties devraient analyser avec un conseiller juridique les principes et la portée du privilège dans les provinces où pourrait naître le litige.
2. **Qui est le client?** Posez-vous cette question dès le départ et fréquemment. Il n'est pas rare qu'un seul cabinet d'avocats

¹⁴ Pour une analyse de cette question, voir Kain, B. « Solicitor-Client Privilege and the Conflict of Law », in *The Canadian Bar Review*, vol. 90, n° 2, 2011.

représente à la fois le vendeur et la société devant être vendue dans une transaction de vente, ou que la transaction se déroule sans qu'on sache vraiment qui est le client pour une fin donnée. Un tel arrangement présente des risques.

- Durant une transaction de vente, il est justifié que l'avocat du vendeur parle aux employés et aux administrateurs de la société devant être vendue (en particulier si le vendeur est tenu de faire des déclarations sur la situation de cette société). Par ailleurs, le vendeur assume fréquemment deux rôles : celui d'actionnaire vendeur et celui de dirigeant de la société devant être vendue. Pour chaque communication, déterminez si elle a pour objet de donner ou de recevoir des conseils juridiques et si la participation d'une personne donnée pourrait constituer une renonciation au privilège.
- Lorsque le vendeur fait également partie de l'équipe de direction de la société devant être vendue, soyez conscients des comptes de courriel qui sont utilisés pour solliciter et recevoir des conseils juridiques (et de l'endroit où ces courriels pourraient se retrouver au terme de la transaction).
- Quand un avocat conseille à la fois le vendeur et la société devant être vendue, déterminez s'il existe un « intérêt commun » qui préviendra une renonciation au privilège. On ne doit pas présumer que la société devant être vendue a les mêmes intérêts que le vendeur dans la conclusion de la transaction. L'intérêt de la société devant être vendue est peut-être d'éviter les déclarations fausses ou trompeuses, alors que celui du vendeur est de conclure la transaction aux conditions les plus favorables. Tentez d'établir à quel moment il devient essentiel que la société devant être vendue mandate ses propres conseillers juridiques et quels sujets ne devraient pas être abordés entre le vendeur et la société devant être vendue.
- Enfin, n'oubliez pas qu'en règle générale, il n'existe aucun privilège entre des parties ayant un intérêt commun. Tant

qu'un tribunal ontarien n'en aura pas décidé autrement, les vendeurs devraient supposer qu'un intérêt commun avec la société devant être vendue ne préservera pas le privilège si cette société devient un adversaire une fois la transaction conclue.

3. **Sur quoi pouvons-nous nous entendre?** Vous devez déterminer s'il est réaliste et souhaitable de traiter de la propriété et du contrôle des communications confidentielles par l'inclusion d'une « clause *Great Hill* » dans l'entente entre les parties. Lorsque l'acheteur aura vraisemblablement en sa possession des communications protégées une fois la transaction conclue, le vendeur pourrait exiger de l'acheteur et des membres de son groupe qu'ils prennent des mesures pour préserver le privilège du vendeur. Inversement, il se peut que l'acheteur veuille limiter la portée des protections dont bénéficie le vendeur s'il découvre par la suite un comportement du vendeur donnant ouverture à des poursuites.

par Stephen Brown-Okruhlik et Nicole Rozario

Pour en savoir plus sur le sujet, veuillez communiquer avec les personnes suivantes :

Toronto	Stephen Brown-Okruhlik	416.865.7043	stephen.brown-okruhlik@mcmillan.ca
Toronto	Nicole Rozario	416.945.8007	nicole.rozario@mcmillan.ca

mise en garde

Le contenu du présent document ne fournit qu'un aperçu du sujet et ne saurait en aucun cas être interprété comme des conseils juridiques. Le lecteur ne doit pas se fonder entièrement sur ce document pour prendre une décision, mais devrait plutôt consulter ses propres conseillers juridiques.

© McMillan S.E.N.C.R.L., s.r.l. 2020