

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

**LE RÔLE DE L'AVOCAT DANS LES TRANSACTIONS
D'ACQUISITION ET FUSION D'ENTREPRISES**

par
Paul A. Malian

Université de Montréal
Faculté des études supérieures et postdoctorales

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures et postdoctorales
en vue de l'obtention du grade de Maître en Droit des affaires (LL.M.)

Juillet 2014

© 2012-2014, Paul A. Malian

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

Faculté des études supérieures et postdoctorales

Ce mémoire intitulé

**LE RÔLE DE L'AVOCAT DANS LES TRANSACTIONS
D'ACQUISITION ET FUSION D'ENTREPRISES**

Présenté par :

Paul A. Malian

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Marie-Claude Rigaud, président-rapporteur

Jean-François Gaudreault-DesBiens, directeur de recherche

Julie Biron, membre du jury

TABLE DES MATIÈRES

Sommaire	v
Abstract	vi
Remerciements	viii
Introduction	1
1. Les acquisitions et fusions dans notre société	1
2. L'objet de la recherche	3
3. Quelques précisions sur le travail	5
4. Annonce de plan	7
I. L'avocat et le client	9
1. La pratique moderne de la profession	9
a. L'avocat interne et l'avocat externe	10
b. S'adapter à la clientèle	12
c. Spécialisation des services	16
d. La mondialisation des services juridiques	17
2. La structure de la transaction	20
a. Les principaux modèles	20
b. Les étapes d'une transaction	23
c. L'entente de confidentialité	26
3. Comprendre son client et définir son mandat	28
a. Une transaction sans l'avocat?	28
b. Connaître son client	30
c. Le rôle de l'avocat dans une transaction	34
d. Communiquer avec son client	39
e. Représenter l'acquéreur et représenter le vendeur	44
II. La vérification diligente	48
1. Les buts de la vérification diligente	48
2. Les fondements de la vérification diligente	50
a. La vérification préliminaire	50
b. Début du processus	52
c. L'organisation et la planification	56
d. Les tendances des dernières années	59
3. Réussir la vérification diligente	63
a. L'équipe de vérification diligente	63
b. Établir les priorités	65
c. Entre la confiance et la diligence	66
d. Le seuil de matérialité	67
e. L'analyse de certains risques particuliers	69

f.	La gestion du temps	74
4.	L'analyse de l'information	76
III.	Quelques autres aspects importants	82
1.	La planification de l'intégration	82
2.	L'entente finale d'achat et de vente	88
a.	Les représentations, les garanties et la gestion du risque	89
b.	Le prix de la transaction	93
3.	Communiquer et négocier avec la partie adverse	96
4.	Gérer les personnes clés	100
5.	Les prises de contrôle hostiles	104
6.	Les transactions transfrontalières	105
a.	Les lois locales	106
b.	Les différences culturelles	109
c.	Les situations particulières dans le contexte interculturel	113
d.	Représenter un acquéreur au Québec	116
7.	Qu'en est-il de la jurisprudence?	118
8.	Survol des obligations éthiques et déontologiques	123
	Réflexions et conclusions	127
	Bibliographie	131

SOMMAIRE

Les développements technologiques et la mondialisation ont permis aux gens d'avoir accès à l'information plus facilement et rapidement que jamais, provoquant ainsi des changements importants dans le milieu juridique qui doit s'adapter à la nouvelle clientèle sophistiquée et exigeante. Dans ce travail, nous nous penchons sur certains aspects devant être considérés par les avocats modernes assistant leur clientèle dans le cadre des transactions d'acquisition et de fusion.

MOTS CLÉS: Droit des affaires, fusions, acquisitions, F&A, avocat, conseiller juridique, vérification diligente, vente d'entreprise.

ABSTRACT

Technological advancements and globalisation have allowed people to access information more rapidly and easily than ever, thus provoking significant changes in the legal profession to adapt to the new sophisticated and demanding clientele. In this research, we focus on certain aspects needed to be considered by modern lawyers in assisting their clients in the context of merger and acquisition transactions.

KEYWORDS: Business law, mergers, acquisitions, M&A, lawyer, legal counsel, due diligence, sale of business.

Ce travail est dédié à mes grands-parents, Nicolas et Nelly, dont les conseils, le support et l'amour inconditionnel m'ont appris à ne pas craindre de viser haut et à ne jamais m'arrêter avant d'atteindre mes buts, sans toutefois oublier les gens qui m'ont aidé dans mon parcours.

REMERCIEMENTS

J'aimerais avant tout remercier Jean-François Gaudreault-DesBiens pour son support et ses précieux conseils au cours de ma recherche. Malgré un horaire chargé, il s'est toujours rendu disponible à répondre à mes questions et à me fournir ses commentaires dans les plus brefs délais. Jean-François n'a jamais perdu confiance en moi, même lorsque je « disparaissais » pendant des mois en raison de mes engagements professionnels et personnels.

Je tiens aussi à remercier de tout mon cœur mes parents, mes grands-parents et mon frère, qui m'ont appuyé et motivé à poursuivre la recherche jusqu'au bout, et qui sont ma plus grande source d'inspiration. Mes remerciements s'étendent définitivement à mes meilleurs amis, qui sont toujours là pour m'aider, me motiver et me remonter le moral lorsque j'en ai besoin le plus.

Finalement, mais certainement pas le moindre, je tiens à remercier Jacques Lemoine, dont l'amitié, le support et les conseils précieux sont à l'origine de ma passion pour le droit commercial et, en grande partie, de ma carrière professionnelle.

INTRODUCTION

1. Les acquisitions et fusions dans notre société

Selon le rapport de la firme PriceWaterhouse Cooper sur l'activité d'acquisition et de fusion d'entreprises au Canada en 2010, le marché canadien a connu cette année-là une forte hausse, tant en terme du nombre de transactions qu'en terme de leur valeur globale par rapport à 2008 et 2009¹. Un total de 3 001 transactions d'acquisition et de fusion ont été enregistrées en 2010, s'élevant à près de 155 milliards de dollars. Malgré une baisse depuis cette forte année 2010, le marché canadien des acquisitions et fusions demeure bien actif. Quelques 2 500 transactions ont été enregistrées en 2013, atteignant la valeur globale de 162 milliards de dollars². Les rapports publiés trimestriellement par la même firme montrent que 679 autres transactions ont déjà eu lieu durant le premier trimestre de 2014, représentant une valeur cumulative de 41.6 milliards de dollars³. Par ailleurs, le redressement de l'économie des États-Unis, ainsi qu'une baisse de la valeur du dollar canadien créent des conditions favorables à une augmentation du nombre des acquisitions et fusions de sociétés étrangères au Canada en 2014. C'est du moins la constatation des spécialistes

¹ « Canadian Deals Quarterly – PwC Deals Annual 2010 & 2011 Forecast: A Perfect Storm » (20 janvier 2011), en ligne: PriceWaterhouse Coopers <www.pwc.com/ca/en/deals/publications/canadian-quarterly-2011-01-en.pdf>.

² « Capital Markets Flash: Canadian M&A Deals Quarterly » (19 janvier 2014), en ligne: PriceWaterhouse Coopers <<http://www.pwc.com/ca/en/managing-in-a-downturn/capital-markets-flash/publications/pwc-cmf-2014-01-29-en.pdf>>.

³ « Capital Markets Flash » (1 mai 2014), en ligne: PriceWaterhouse Coopers <<http://www.pwc.com/ca/en/managing-in-a-downturn/capital-markets-flash/publications/pwc-cmf-2014-05-01-en.pdf>>.

du cabinet d'avocats Blake's dans le cadre de leurs prévisions des activités dans l'industrie pour l'année en question⁴.

Alors que, dans les dernières années, les secteurs les plus actifs ont été ceux des ressources naturelles et des services financiers, à Montréal, les avocats sont particulièrement occupés dans les transactions du *middle market*⁵, particulièrement dans les secteurs de l'énergie et des hautes technologies⁶. Par contre, les transactions d'acquisition et de fusion concernent également l'industrie des services juridiques. Pensons notamment aux fusions de certains cabinets d'avocats importants, tels que McMillan, Miller Thomson, ou encore Ogilvy Renault, ce cabinet centenaire canadien faisant désormais partie du géant international Norton Rose⁷.

Augmenter ses revenus, acquérir une propriété intellectuelle, élargir son réseau de clientèle ou de distribution, éliminer un compétiteur ou augmenter sa valeur marchande – ce ne sont là que quelques exemples de motivation pour une entreprise de procéder à l'acquisition d'une autre⁸.

Bien entendu, ces transactions ont un impact substantiel sur notre économie et nos vies. Elles sont également parmi les plus importantes opérations dans la vie d'une

⁴ Mark Adkins, Michael Gans et Jamie Kariya, « Mergers & Acquisitions: Trends to Watch In 2014 » (février 2014), en ligne: Blake, Cassels & Graydon < <http://www.blakes.com/English/WhatWeDo/Practices/MergersAndAcquisitions/Pages/Mergers--Acquisitions-Trends-to-Watch-in-2014.aspx> >.

⁵ Généralement on emploie l'expression « *middle market* » pour se référer aux entreprises générant des revenus annuels entre 5 000 000\$ et 1 000 000 000\$.

⁶ René Lewandowski, « Fusions et Acquisitions: Moins de travail pour les avocats? », *La Presse [de Montréal]* (13 octobre 2011), en ligne: LaPresse.ca < <http://lapresseaffaires.cyberpresse.ca/dossiers/affaires-juridiques/201110/13/01-4456760-fusions-et-acquisitions-moins-de-travail-pour-les-avocats.php> >.

⁷ Jordan Furlong, « L'ère de la consolidation », *Magazine National [de l'Association du barreau canadien]*, n°. 20:2 (mars 2011), 15 à la p. 17.

⁸ David M. Grinberg, « The Long Arm of Due Diligence Investigation », dans Kari A. Russ, dir., *Winning Legal Strategies for Mergers & Acquisitions*, A.I., Thomson/Aspatore, 2005, 126 à la p. 129 [Russ].

entreprise. Inutile de mentionner que l'effort et le temps que ces transactions nécessitent, ainsi que les coûts qu'elles engendrent sont proportionnellement imposants.

2. L'objet de la recherche

Afin de rendre la transaction plus efficace et minimiser les pertes financières s'y rattachant, il est primordial que les gens impliqués dans le processus travaillent efficacement, d'un commun accord, et surtout avec précision.

Peu importe le champ d'activité des entreprises concernées, le processus est plus ou moins identique. Dans tous les cas, l'avocat impliqué dans une transaction donnée, qu'il représente l'une ou l'autre partie, joue un rôle crucial dans la réussite de celle-ci⁹. Dans le présent travail nous essayerons de définir ce rôle et son impact sur les transactions d'acquisition et de fusion.

Notre expérience dans les acquisitions et fusions nous a menés à la constatation d'une réalité bien différente que celle décrite dans la grande majorité des livres sur le sujet, d'où l'idée d'effectuer ce travail. Notre but n'est pas d'effectuer une recherche classique, en se penchant sur l'état de jurisprudence et de la doctrine en matière, mais plutôt d'analyser la réalité vécue par les professionnels du milieu du point de vue du droit vivant. Plus particulièrement, nous tenterons de décrire comment les avocats œuvrant dans ce milieu abordent certains aspects des transactions d'acquisition et fusion au quotidien.

⁹ *Ibid.* à la p. 130.

Dans cette recherche nous toucherons à plusieurs aspects qui, à première vue, ne font pas partie du champ de compétences de l'avocat. Or il faudra se souvenir que le rôle de ce professionnel a grandement changé au fil des années, et inclut désormais des responsabilités bien plus larges que celles qui lui incombaient historiquement. Ainsi, nous nous pencherons principalement sur les responsabilités de l'avocat qui dépassent ses obligations légales et déontologiques. L'objectif premier de cette recherche est donc d'analyser ce qu'un avocat peut faire pour maximiser la valeur ajoutée de ses services à son client dans le cadre d'une telle transaction. L'acquisition et la fusion des entreprises est un processus complexe, exigeant que l'avocat impliqué possède, en plus des connaissances juridiques spécifiques, un ensemble de compétences d'affaires, culturelles, techniques et autres. Son implication dans la transaction fera continuellement appel à des aptitudes de leader et, parallèlement, de gardien des intérêts de son client.

Dans ce travail, nous n'essayerons pas d'analyser l'ensemble des enjeux entourant une transaction relative à l'acquisition ou à la fusion d'une entreprise, ni même de présenter de façon exhaustive le rôle et l'implication des conseillers juridiques dans le cadre de celle-ci. Notre but est d'examiner quelques aspects prioritaires devant être considérés par les avocats québécois œuvrant dans ce domaine. Cette recherche vise notamment à attirer l'attention des conseillers juridiques sur l'impact considérable qu'ils ont sur ces transactions, de même qu'à susciter une réflexion visant à améliorer la relation entre les avocats et leur clientèle d'affaires.

Nous n'entendons pas non plus effectuer une analyse complète de la réglementation entourant la déontologie et l'éthique des membres de la profession.

Notre analyse se concentrera principalement sur la relation de l'avocat avec son client et sa profession, sur son implication dans la vérification diligente (l'une des étapes déterminantes en acquisitions et fusions), de même que sur quelques questions d'intérêt pouvant influencer sur le cours des transactions.

3. Quelques précisions sur le travail

Il nous importe de préciser qu'un très grand nombre de sources traitent du droit transactionnel, décrivant, comme règle générale, les grandes lignes des transactions. Cependant, à notre avis, peu sont celles qui fournissent des conseils concrets pour les situations pratiques courantes vécues par des conseillers juridiques impliqués dans celles-ci. Par ce travail, nous aimerions contribuer à l'effort collectif visant à partager des opinions, des idées et des expériences vécues avec les membres de la communauté juridique dans le but ultime de rendre un meilleur service à sa clientèle – le public.

Ce travail ne couvre que les transactions entre des entreprises privées, excluant donc toute entreprise publique ou autrement soumise à une réglementation spécifique, et excluant l'analyse de l'application de celle en matière de valeurs mobilières¹⁰. Cependant, il importera de se souvenir qu'un grand nombre d'opérations et de gestes décrits dans cette recherche s'appliquent également aux sociétés publiques.

Par ailleurs, dans cette recherche, le terme « conseiller juridique » est employé de temps à autre. En vertu du droit québécois, seuls les avocats et les notaires sont

¹⁰ Notons que lors d'une souscription au capital-actions d'une compagnie privée, notamment par le biais d'acquisition, certaines procédures devront être suivies et des formalités rencontrées afin de se conformer à la législation en la matière, et ce malgré le statut d'entreprise privée, tel que le *Règlement 45-106 sur les dispenses de prospectus et d'inscription*, R.R.Q., c. V-1.1, r. 21.

légalement autorisés à rendre des services à ce titre¹¹. Cependant, dans ce travail, toute référence à un conseiller juridique traite des avocats, à l'exclusion des notaires qui peuvent être soumis à des obligations quelque peu différentes. Nous ne nous pencherons pas non plus sur ces différences.

Aussi, bien que le terme « transaction » soit fréquemment employé dans ce travail, il ne se réfère qu'à une transaction d'acquisition ou de fusion, faisant ainsi abstraction du sens donné au même terme dans le *Code civil du Québec*¹².

Nous allons traiter des transactions d'acquisition et de fusion impliquant une variété de professionnels, internes ou externes. Il importe toutefois de se rappeler que des achats et ventes d'entreprises ont lieu tous les jours sans l'implication de professionnels du droit ou de la comptabilité. Les entreprises peuvent, pour réaliser des économies financières, de même que pour une variété d'autres raisons, dont la confiance absolue en leur contrepartie, décider d'assumer seules le risque lié à la transaction et ne pas retenir les services des conseillers en la matière. Bien entendu, ce travail exclut également ces cas.

Généralement l'entreprise représentée sera une personne morale, ayant donc une personnalité juridique distincte de celle des actionnaires. Dans notre recherche, nous présumons que l'avocat représente la personne morale, à l'exclusion des actionnaires. Par ailleurs, nous ne discuterons pas de la justesse ou de la pertinence de la transaction pour les actionnaires des parties. Les administrateurs de l'entreprise sont

¹¹ *Loi sur le barreau*, L.R.Q., c. B-1, art. 1, 133 et 136; *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-3, art. 10 et 19; *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26, art. 32.

¹² L'article 2631 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 [*Code civil du Québec*], définit une « transaction » comme étant « [un] contrat par lequel les parties préviennent une contestation à naître, terminent un procès ou règlent les difficultés qui surviennent lors de l'exécution d'un jugement, au moyen de concessions ou de réserves réciproques ».

les mandataires des actionnaires, mais ils ont le devoir d'agir avec diligence et dans le meilleur intérêt de l'entreprise¹³. Cependant, nous considérons que l'avocat impliqué devrait aviser les administrateurs de son client s'il trouve que les droits de certains actionnaires puissent être négativement affectés par la transaction anticipée, ce qui permettrait de prévenir d'éventuels recours des actionnaires minoritaires¹⁴.

Nous n'aborderons que très sommairement les questions liées aux aspects fiscaux des transactions d'acquisition et de fusion et aux dispositions applicables du droit du travail.

Finalement, nous tenons à préciser que le masculin sera employé dans les présentes exclusivement afin d'alléger le texte.

4. Annonce de plan

Avant toute chose, dans notre recherche, nous procéderons à l'examen de la pratique moderne de la profession d'avocat œuvrant en droit des affaires afin de mieux comprendre les enjeux et la dynamique de la relation de ces professionnels avec leur

¹³ *Loi canadienne sur les sociétés par action*, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 122(1) [*Loi canadienne sur les sociétés par action*]; *Loi sur les sociétés par action*, L.R.Q. c S-31.1, art. 119 [*Loi sur les sociétés par actions* du Québec]; *Magasins à rayons Peoples Inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461.

¹⁴ Par exemple, des actionnaires minoritaires s'opposant à la vente d'une portion substantielle de l'entreprise pourraient demander l'intervention de la Cour pour faire annuler la transaction anticipée. Rappelons que les recours en action oblique et en oppression sont disponibles depuis longtemps aux actionnaires des entreprises incorporées en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (aux articles 239 à 241). Or ces remèdes sont dorénavant également prévus par la nouvelle *Loi sur les sociétés par actions* du Québec (aux articles 421 à 438 et 450 à 453) entrée en vigueur le 14 février 2011. Les deux lois laissent aux tribunaux une très grande discrétion dans la détermination des solutions, incluant le pouvoir de rendre toute ordonnance qu'ils estiment appropriée (voir l'article 451 de la loi québécoise et le paragraphe 241(3) de la loi fédérale). Pour plus d'information, voir notamment Charles Chevrette, Pierre-Christian Hoffman et Enda Wong, « Développements récents en droit des sociétés par actions du Québec, 2012 » (octobre 2012), en ligne : McMillan <[http://www.mcmillan.ca/Files/148598_Charles Chevrette et al _Coll Blais_Rendez-vous 2012 en droit des sociétés_vol 13.pdf](http://www.mcmillan.ca/Files/148598_Charles%20Chevrette%20et%20al_Coll%20Blais_Rendez-vous%202012%20en%20droit%20des%20sociétés_vol%2013.pdf)>.

clientèle. Par la suite, après un bref rappel des modèles de structure d'une transaction d'acquisition et de fusion, nous aborderons la question de l'implication de l'avocat dans le cadre des vérifications diligentes, l'une des étapes clé de toute transaction. Le choix a été fait en fonction de l'importance de ce processus dans le cadre des acquisitions et fusions, tout en tenant compte des paramètres de rédaction d'un mémoire de maîtrise. Nous aborderons ensuite, quoique sommairement, certains enjeux particuliers qui sont, à notre avis, incontournable pour maximiser les chances de réussite d'une transaction donnée. Nous nous pencherons aussi sur l'état de la jurisprudence afin de comprendre la position des tribunaux quant à la portée des responsabilités de ces professionnels impliqués dans les transactions d'acquisition et de fusion. Enfin, avant de passer aux conclusions, nous survolerons rapidement les obligations éthiques et déontologies des avocats compte tenu de leurs responsabilités telles qu'identifiées dans cette recherche.

I. L'AVOCAT ET LE CLIENT

1. La pratique moderne de la profession

Il est largement reconnu dans la communauté juridique internationale que la pratique de la profession d'avocat a grandement changé au fil des années, et poursuit toujours son évolution¹⁵. La situation n'est pas différente au Québec, où l'on peint le « [p]ortrait de l'avocat de 2021 [comme étant] une femme, jeune, spécialisée, qui ne facturera plus à l'heure »¹⁶. Ces changements continus ont, et ont toujours eu, pour but de rendre les services fournis par cette profession les plus fiables et accessibles au public, en renforçant continuellement la confiance des clients envers les avocats. Le Gouverneur général du Canada, le Très honorable David Johnston, a résumé cette relation de confiance comme étant « fonction de la valeur ajoutée pour laquelle [les avocats sont] rémunérés et non pas du droit d'exercer [la] profession de façon exclusive. On s'attend à ce que [ces professionnels cherchent] constamment la solution la plus économique, tout en cherchant à exercer [leur] profession d'une manière aussi efficace et juste que possible »¹⁷.

¹⁵ Voir notamment Jean-François Gaudreault-DesBiens et Diane Labrèche, *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain*, Cowansville, Yvon Blais, 2009 [Gaudreault-DesBiens, « Contexte »]; Macfarlane, *infra* note 101 et Susskind, *infra* note 21.

¹⁶ David Santerre, « Portrait de l'avocat de 2021: une femme, jeune, spécialisée, qui ne facturera plus à l'heure », *Le Journal [du Barreau du Québec]*, n° 43:12 (décembre 2011), 12 à la p. 12 [Santerre]; Barreau du Québec, « Les avocats de pratique privée en 2021 : Rapport du Comité sur les problématiques actuelles reliées à la pratique privée et l'avenir de la profession » (juin 2011), en ligne : Barreau du Québec <<https://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/rapport-pratique-privee-2021.pdf>>.

¹⁷ Son Excellence David Johnston, Allocution, Conférence juridique canadienne de l'Association du Barreau canadien – La profession juridique dans une nation avertie et bienveillante: une vision pour 2017, Halifax, 14 août 2011. Transcription disponible en ligne: Le Gouverneur général du Canada, <www.gg.ca/document.aspx?id=14195>.

En effet, l'accessibilité et le coût des services juridiques est une préoccupation importante dans la communauté¹⁸.

Selon les informations publiées sur le portail gouvernemental Services Canada, en 2009, près de 50% des revenus des bureaux d'avocats au Québec provenaient des mandats octroyés par des entreprises¹⁹. Or ces données ne montrent pas les coûts associés avec les services rendus par les conseillers juridiques internes.

a. L'avocat interne et l'avocat externe

En effet, pour la clientèle corporative, le choix varie généralement entre la rétention des services d'un conseiller juridique externe, visant normalement un ou des mandat(s) spécifique(s), ou l'embauche d'un conseiller interne, lorsque le besoin et les ressources financières le justifient. Le choix entre les deux dépendra de plusieurs variables, lesquelles devront être évaluées par un client averti. Ainsi, selon les besoins de l'entreprise, tels le volume des dossiers à traiter ou des particularités de son industrie, une entreprise peut choisir de bénéficier des services d'un conseiller juridique interne. Il n'est pas rare de voir une entreprise employer quelques avocats à l'interne, créant ainsi un département des affaires juridiques complet. De plus, lorsque le modèle d'affaires d'une entreprise prévoit une expansion, notamment par voie d'acquisitions d'autres sociétés, afin de limiter les coûts, il se peut que celle-ci choisisse d'établir un département spécial d'acquisitions et fusions à l'interne²⁰.

¹⁸ Nous reviendrons à cet aspect plus loin dans ce travail.

¹⁹ « Avocats (partout au Canada) et notaires (au Québec) » (3 septembre 2013), en ligne: Services Canada <http://www.servicecanada.gc.ca/fra/qc/emploi_avenir/statistiques/4112.shtml>.

²⁰ Bien entendu, en raison des coûts générés par un tel département, normalement seules les grandes entreprises peuvent se permettre un tel « luxe ».

Malgré le fait que l'entreprise ait un conseiller juridique interne, celle-ci pourrait décider d'octroyer un mandat spécial à un bureau externe. Les raisons de l'impartition des services professionnels légaux sont multiples, et dépendront des circonstances; il suffit de penser à la gestion du risque interne (par exemple, le besoin d'une opinion indépendante sur un aspect précis des opérations de l'entreprise), à l'absence des compétences spécifiques liées au dossier donné (telle la connaissance du droit étranger pour un plan d'expansion extranationale), aux exigences particulières d'un dossier et au simple manque de temps des conseillers internes.

À notre avis, les principales différences entre les avocats internes et externes sont au niveau de la connaissance et de l'implication dans le « quotidien » de l'entreprise, de même que de ses intérêts financiers.

Bien entendu, cette affirmation doit être prise avec une certaine réserve. Elle origine du principe que les cabinets d'avocats, tout comme les firmes regroupant d'autres professionnels (tels les notaires, les comptables, les ingénieurs, les architectes ou autres) sont des entreprises à but lucratif dont les revenus proviennent principalement de la facturation des clients au prorata de leur implication dans chaque dossier; plus le mandat est vaste et complexe, plus il générera de profits en temps normal²¹. C'est dans cette optique que nous constatons un écart entre les intérêts des professionnels externes et leur clientèle corporative.

Par ailleurs, le temps consacré à l'analyse de la situation d'une entreprise-cliente sera généralement rémunéré à titre d'honoraires professionnels. Dans ces cas, les clients, soucieux de minimiser les dépenses de leur entreprise communiqueront

²¹ Richard Susskind, *End of Lawyers?*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 149 [Susskind].

souvent les informations jugées utiles ou pertinentes, omettant certains détails, à première vue peu importants, mais pouvant affecter le jugement juridique²². Dans cette optique, l'avocat interne, conscient du quotidien de l'entreprise, pourrait être avantagé.

Nous tenons à souligner que ce qui précède n'est qu'une observation très générale, et ne constitue aucunement une assimilation de l'exercice de la profession à une pratique susceptible de lui donner un caractère de lucre et de commercialité.

b. S'adapter à la clientèle

L'accès à la justice et aux services juridiques est au cœur des débats depuis déjà plusieurs années au Québec. La plupart des clients préféreraient minimiser les coûts rattachés aux services légaux, au point même où ils hésitent parfois à consulter un avocat. Même le Gouverneur général du Canada David Johnston en faisait part lors d'une conférence organisée par l'Association du Barreau canadien²³. Or, nous pouvons facilement faire le parallèle avec des entreprises dont les ressources financières sont limitées.

Pour une entreprise, tout comme pour les personnes physiques, l'une des solutions intéressantes serait l'adoption d'une relation « quasi-amicale » avec son avocat. Expliquons. Lorsque l'avocat fournit des services à une personne proche, tel un ami ou membre de sa famille, il aura comme objectif principal de communiquer les renseignements rapidement, dans un langage simple et facile à comprendre pour le

²² Clairement, il est du devoir de l'avocat de poser les questions pertinentes afin d'obtenir des réponses complètes, lui permettant d'offrir à l'entreprise les conseils les plus succincts et appropriés. Cependant souvent, pour les fins d'un dossier donné, l'avocat externe n'essayera pas de comprendre le quotidien opérationnel de l'entreprise (généralement afin de minimiser ses honoraires), bien qu'une telle analyse l'ait potentiellement conduit à des découvertes importantes pour la suite du dossier.

²³ *Supra* note 17.

client, tout en tentant de minimiser les coûts de celui-ci autant que possible. Bien que certains individus puissent ne pas voir la pratique de la même manière, et ce malgré l'esprit de la législation régissant leurs devoirs à titre d'avocat, ce sont ceux qui adoptent ce type de relation avec leurs clients qui en sortent souvent les grands gagnants; une telle approche assure une clientèle stable cherchant une collaboration à long terme²⁴.

Un autre moyen visant à faciliter l'aspect économique de la relation entre l'avocat et son client est le mode de facturation alternative. Relativement peu populaire en Amérique du Nord, il s'agit d'un système largement répandu dans d'autres sociétés. Son importance risque néanmoins de s'accroître au Canada suivant la récente fusion du cabinet canadien Ogilvy Renault avec le géant Norton Rose, suivie par la fusion de ce dernier avec la célèbre firme américaine Fulbright & Jaworski LLP²⁵. Ainsi, en plus d'offrir le choix d'une facturation basée sur un taux horaire, la firme propose à ses clients d'opter pour une facturation basée sur les services fournis, ou même un mode de paiement forfaitaire pour tous les services pouvant être requis par un client donné²⁶.

Cette approche crée une combinaison « gagnant-gagnant », puisque les firmes d'avocats ont une demande assurée pour les services, alors que les entreprises-clientes bénéficient d'une économie par rapport au taux horaire et évitent la hausse des coûts due aux imprévus et à d'autres dépenses.

²⁴ Susskind, *supra* note 21.

²⁵ Jeremy Hodges, « Norton Rose Merges With Fulbright & Jaworski to Form Top-10 Firm » (14 novembre 2012), en ligne: Bloomberg <<http://www.bloomberg.com/news/2012-11-14/norton-rose-merges-with-fulbright-jaworski-to-form-top-10-firm.html>>.

²⁶ Jeff Gray, « Lawyers finding new ways to get paid » (31 mai 2011), en ligne: The Globe and Mail <<http://www.theglobeandmail.com/report-on-business/industry-news/the-law-page/lawyers-finding-new-ways-to-get-paid/article2041988/singlepage/#articlecontent>>.

Ce modèle est bien populaire dans le monde des affaires, et permet d'importantes économies pour les entreprises. Par exemple, près de 75% des dépenses annuelles en consultants juridiques externes du géant informatique Cisco, correspondant à près de 125 000 000 \$US, représentent des frais fixes, négociés d'avance²⁷. L'introduction de ce modèle au Canada par un grand bureau a été positivement accueillie par des entreprises d'envergure, telle la Banque Royale du Canada, dont la vice-présidente et directrice adjointe du département juridique, Emily Jelich, dit considérer que le marché canadien migrera vers ce système de facturation avec le temps²⁸. Les commentaires de Me Martine Turcotte, Ad. E., vice-présidente exécutive et chef de la conformité et des services juridiques chez BCE et Bell Canada, sont également en faveur d'un tel système de facturation, permettant une importante économie pour les entreprises. Me Turcotte a affirmé que ces entreprises ont une entente avec l'un de leurs fournisseurs de services juridiques, suivant laquelle ce dernier facture un prix fixe pour un certain nombre de contrats durant trois ans²⁹.

Bien que plus de 90% des honoraires professionnels soient toujours facturés sur une base de taux horaire, ceci pourrait changer bientôt³⁰. Lors de la conférence organisée le 15 février 2011 par l'*Association of Corporate Counsel*, plusieurs conférenciers et intervenants ont fait part d'arrangements similaires ayant été pris avec

²⁷ Susskind, *supra* note 21 à la p. 152.

²⁸ *Supra* note 26.

²⁹ Martine Turcotte, « BCE Inc. and Bell Canada: Value-Based Fee Arrangement for Commercial Agreement Work » (juin 2010), en ligne: Association of Corporate Counsel <[http://www.acc.com/advocacy/valuechallenge/toolkit/loader.cfm?csModule=security/getfile&pageid=954803&page=/legalresources/resource.cfm&qstring=show=954803&title=BCE Inc. and Bell Canada%3A Value-Based Fee Arrangement for Commercial Agreement Work](http://www.acc.com/advocacy/valuechallenge/toolkit/loader.cfm?csModule=security/getfile&pageid=954803&page=/legalresources/resource.cfm&qstring=show=954803&title=BCE%20Inc.%20and%20Bell%20Canada%3A%20Value-Based%20Fee%20Arrangement%20for%20Commercial%20Agreement%20Work)>.

³⁰ Christopher Guly, « The billable hour still reigns » (7 octobre 2011), en ligne : The Lawyers Weekly <<http://www.lawyersweekly.ca/index.php?section=article&articleid=1508>>.

leurs fournisseurs de services juridiques externes³¹. Les avocats présents ont notamment partagé leur opinion à l'effet que la dernière décennie a été marquée par une écoute plus active par les cabinets d'avocats des besoins des conseillers juridiques internes. Plus particulièrement, plusieurs personnes ont dit avoir noté une plus grande flexibilité dans la facturation et dans les modalités de prestation des services aux entreprises par les firmes d'avocats.

Nous appuyons fortement ce modèle de facturation alternatif et considérons qu'il rend les services juridiques plus accessibles au public. Cependant nous croyons que l'avocat devrait avertir son client à savoir lequel des modes de paiement disponibles serait dans le meilleur intérêt de ce dernier, avant qu'il fasse son choix. Le but est de ne pas charger des frais forfaitaires pour un long dossier, alors que l'avocat croit raisonnablement qu'une solution rapide et efficace serait envisageable, tel un règlement à l'amiable.

Notons que les conseillers juridiques externes ne sont pas les seuls à devoir s'adapter aux besoins de la clientèle. Regrettablement, le département juridique interne est souvent perçu comme un « centre de coûts » dans les entreprises³². Il est donc essentiel aux avocats en entreprise de démontrer leur valeur ajoutée à leur client et employeur. C'est ainsi que nous constatons que de plus en plus de départements juridiques « internes » établissent des systèmes d'indicateurs clés visant à mesurer la performance de leurs membres, dans le but ultime d'assurer le meilleur service possible

³¹ Conférence de l'Association of Corporate Counsel en association avec Osler, Hoskin & Harcourt, locaux d'Osler à Montréal, 15 février 2011 [non publiée].

³² Frank Fletcher et Keith E. Gottfried, « M&A Integration: Planning the Integration of an Acquired Company's Legal Department », *ACC Docket*, n° 29:9 (novembre 2011), 57 à la p. 58 [Fletcher, « Planning »].

à leur client unique³³. Dans un article paru dans le magazine CCCA de l'Association canadienne des conseillers juridiques d'entreprises, l'auteur résume le programme d'évaluation de la performance mis en place par le chef du département juridique de Bruce Power, Me Brian Armstrong. Ce dernier a identifié cinq axes de performance, dont l'orientation stratégique, la gestion des litiges et des avocats externes, la satisfaction du service à la clientèle et la gouvernance de l'entreprise³⁴. La performance des avocats de cette entreprise est notée par les quelque 150 cadres de celle-ci par le biais d'un court formulaire d'évaluation mensuelle, dont les commentaires déterminent l'admissibilité de chaque avocat à une prime de performance.

c. Spécialisation des services

Un tour rapide dans une librairie ou une bibliothèque, ou même une simple recherche en ligne, nous permet de découvrir un grand nombre de sources d'information de nature juridique et commerciale, avec des explications approfondies quant à leur usage. Tel est, par exemple, le cas des modèles de contrats commerciaux disponibles à l'achat. Richard Susskind, dans son livre « End of Lawyers? », tente d'expliquer ce phénomène en suggérant un modèle d'évolution des services juridiques en cinq étapes, passant du service « classique » le plus personnalisé, où l'avocat offre des services spécifiquement adaptés au client à partir d'une page blanche, à un service « systématisé », permettant à l'avocat d'adapter des modèles existants aux besoins spécifiques du client, à un service de « commodité », offrant au client des modèles préfabriqués commercialement disponibles et laissant à ce dernier le soin de les adapter

³³ Bev Cline, « Measuring Value », *Magazine CCCA [de l'Association canadienne des conseillers juridiques d'entreprises]*, n° 5:3 (automne 2011), 28 à la p. 28.

³⁴ *Ibid.*

à ses propres besoins³⁵. Cette approche, qui repose principalement sur les systèmes de technologies de l'information comme moyens de communication, démontre une claire adaptation des services juridiques à la réalité contemporaine, où, dans la poursuite de l'optimisation des dépenses, certains professionnels s'adaptent aux besoins et aux demandes de leurs clients afin de leur offrir des solutions proportionnelles à leur budget³⁶.

Cependant certains auteurs croient que cette tendance sera renversée dans les années à venir³⁷. Selon eux, les prochaines années seront marquées par la domination des cabinets d'avocats de petite et moyenne taille, offrant des services plus spécialisés. Cette position s'explique par le fait que le marché est actuellement constitué de plusieurs grands cabinets d'avocats, desservant principalement un nombre restreint des grandes entreprises. C'est ainsi que « le *branding* des avocats pourrait [devenir] une valeur ajoutée à [la] profession »³⁸.

d. La mondialisation des services juridiques

Nous avons déjà mentionné que les récentes années ont été marquées par une hausse des fusions des bureaux d'avocats canadiens. Cette tendance n'est cependant

³⁵ Susskind, *supra* note 21 à la p. 28. Les deux autres modèles, soit le service « standardisé » et le service « intégré », représentent les étapes intermédiaires à ceux décrits ci-haut, correspondant aux situations où le bénéficiaire se prévautra des textes préalablement préparés et prêts à être intégrés dans des nouveaux documents, ou des listes de vérification conçues sur foi des expériences passées, permettant de minimiser des oublis. La principale distinction entre ces deux modèles est dans l'identité du bénéficiaire; alors que dans le service « standardisé », ce sont les tâches de l'avocat qui sont optimisées, dans le modèle « intégré » l'avocat se fier à son client pour préparer son propre document juridique en lui fournissant ces mêmes outils.

³⁶ Susskind, *supra* note 21 à la p. 38.

³⁷ Pierre Boucher, économiste, cité dans Santerre, *supra* note 16.

³⁸ Dyane Perreault, directrice du Service aux membres du Barreau du Québec, citée dans Santerre, *supra* note 16.

pas exclusive au Canada : les cabinets étrangers ont également été impliqués dans les démarches similaires. Cette réalité n'est pas surprenante. La mondialisation des marchés amène le besoin pour les clients d'avoir accès aux services juridiques dans les quatre coins du monde. Dans le but de s'adapter à la demande et aux besoins de leurs clients, les cabinets d'avocats tiennent à unir leurs forces en fusionnant ou autrement s'associant les uns avec les autres. Pensons à la fusion de Fasken Martineau DuMoulin avec le cabinet britannique Stringer Saul en 2006³⁹, ou encore celle d'Ogilvy Renault avec Norton Rose⁴⁰.

Selon un récent article publié par le magazine *The Economist*, les projets d'expansion internationale ont parfois tendance à ralentir la rentabilité des cabinets d'avocats⁴¹. Cependant, Ralph Baxter, l'associé-directeur du cabinet d'avocats Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP, ayant 23 bureaux à travers le monde, rappelle que l'argent n'est pas la chose la plus importante⁴². Il décrit cette réalité de mondialisation des services juridiques comme étant une transition de la pratique de la profession à une pratique de la profession et des affaires. Selon lui, bien que l'objectif principal des cabinets d'avocats soit resté essentiellement le même, soit la pratique de la profession

³⁹ Fasken Martineau DuMoulin, communiqué « Le cabinet d'avocats canadien de premier plan Fasken Martineau fusionne avec Stringer Saul pour créer le plus grand cabinet d'avocats Canada-R.-U. à service complet » (4 décembre 2006), en ligne : Fasken Martineau DuMoulin <www.fasken.com/fr/news/Detail.aspx?news=4931>.

⁴⁰ Norton Rose, communiqué « Ogilvy Renault annonce qu'il s'est joint au Groupe Norton Rose, l'une des 10 principales pratiques juridiques internationales » (1 juin 2011), en ligne: Norton Rose <<http://www.nortonrose.com/news/51206/ogilvy-renault-annonce-quil-sest-joint-au-groupe-norton-rose-lune-des-10-principales-pratiques-juridiques-internationales>>.

⁴¹ « Homebodies rule - Globalisation slows profit growth for many law firms » (15 octobre 2011), en ligne: The Economist <<http://www.economist.com/node/21532313>>.

⁴² M. Wood, « Competition, Globalization Changing Law Firm Business, Baxter Says » (19 septembre 2005), en ligne: University of Virginia School of Law <www.law.virginia.edu/html/news/2005_fall/baxter.htm>.

et le meilleur service aux clients, la compétition de la part des autres firmes amène les cabinets à mieux s'adapter aux besoins de la clientèle; après tout, les grands bureaux possèdent des ressources plus importantes, ce qui constitue un avantage concurrentiel important pour ces derniers.

Quant aux bureaux d'avocats désireux de préserver leur indépendance tout en bénéficiant d'une ouverture à l'international, ceux-ci choisissent souvent de se joindre à l'une des associations internationales des firmes d'avocats, comme *Lex Mundi*, *TerraLex* ou *Primerus*⁴³. Li-Pu Lee, associé du cabinet taïwanais Formosan Brothers, constate qu'avec l'augmentation importante des dossiers de poursuites intentées contre les entreprises étrangères, la nécessité de la collaboration avec des bureaux d'avocats étrangers capables de desservir les clients dans la même langue devient essentielle⁴⁴.

Parallèlement à la globalisation des services juridiques, certains États tendent à faciliter l'accès à la pratique aux avocats étrangers dans leur pays, que ce soit par la révision des modalités de pratique⁴⁵ ou par des ententes spéciales avec d'autres pays⁴⁶. Rappelons cependant que malgré la capacité de l'avocat québécois de rendre des

⁴³ Voir <http://www.lexmundi.com>, <http://www.terralelex.org> et <http://www.primerus.com>.

⁴⁴ « It's a Small World: Globalisation of the Legal Market », *Paradigm [de l'International Society of Primerus Law Firms]* (hiver 2012), 6 à la p. 6.

⁴⁵ Anna Stolley Persky, « Despite Globalization, Lawyers Find New Barriers to Practicing Abroad » (1 novembre 2011), en ligne: *The American Bar Association Journal* <http://www.abajournal.com/magazine/article/the_new_world_despite_globalization_lawyers_find_new_barriers_to_practicing>.

⁴⁶ Philippe Samson, « Mobilité des avocats: Un portrait de l'entente France-Québec », *Le Journal [du Barreau du Québec]*, n° 43:12 (décembre 2011), 22 à la p. 22; *Entente entre le Québec et la France en matière de la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles*, Québec et France, 17 octobre 2008, en ligne: Ministère des Relations internationales, Francophonie et du Commerce extérieur <<http://www.mrifce.gouv.qc.ca/Content/documents/fr/2008-12.pdf>>; *Arrangement en vue de la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles entre le Barreau du Québec et le Conseil national des barreaux*, Québec et France, 17 octobre 2008, en ligne: Ministère de l'immigration et Communautés culturelles <<http://www.immigration-quebec.gouv.qc.ca/publications/fr/arm/ARM-avocats.pdf>>.

services à l'étranger, à titre de membre du Barreau du Québec, il sera toujours tenu de respecter ses obligations déontologiques et professionnelles⁴⁷. C'est ainsi que la rétention des services des avocats étrangers peut s'avérer indispensable. Nous reviendrons sur ce sujet dans la section III.6.a ci-dessous.

2. La structure de la transaction

a. Les principaux modèles

Avant de poursuivre, nous aimerions rappeler les trois principaux modèles de structure de transaction⁴⁸, de même que souligner certains avantages et désavantages de chacun. À l'occasion, ceux-ci seront combinés afin de répondre aux besoins spécifiques des parties et aux particularités de la transaction⁴⁹.

Le premier type de transaction est l'acquisition d'une participation dans le capital-actions de l'entreprise du vendeur, également connue comme l'opération de prise de contrôle (dans les cas d'une participation majoritaire). Selon les intérêts de l'acquéreur et les intentions du vendeur, la transaction peut viser l'ensemble du capital-actions ou une participation partielle. Alors que l'acquisition complète des actions octroie à l'acheteur le contrôle absolu sur l'entreprise du vendeur, ce type de transaction présente un niveau de risque supérieur pour le premier. Ceci est dû au fait qu'il acquiert l'entreprise avec tout son historique, y compris ses obligations, dont les particularités

⁴⁷ *Code de déontologie des avocats*, art. 3.00.01 et s. (et leurs équivalents dans le *Futur Code de déontologie des avocats*, soit les articles 20 et s.)

⁴⁸ Voir notamment Dominique Sagot-Duvaurox et Nathalie Coutinet, *Economie des fusions et acquisitions*, Paris, Poche, 2003 à la p. 6

⁴⁹ Daniel Picotte, « La cession d'entreprise », dans Lise Tremblay, *infra* note 112, 301 à la p. 301; Anthony D. Konkoly, « The Role of Legal Counsel in an M&A Transaction », dans Peterson, *infra* note 67, 115 à la p. 120.

et l'ampleur peuvent ne pas avoir été constatées intégralement lors de la vérification diligente. Notons qu'à titre de remède à cette réalité, l'acquisition d'une participation partielle dans l'équité du vendeur pourrait parfois suffire à l'acquéreur pour atteindre ses objectifs, alors que le vendeur pourrait maintenir le contrôle de son entreprise⁵⁰. Nous trouvons que l'idée d'une acquisition de participation partielle pourrait aussi faire débloquent certaines transactions lorsque les parties ont atteint une impasse. Ajoutons finalement que du point de vue fiscal, les vendeurs préféreront cette structure, notamment en raison des exemptions des gains en capital, de la possibilité de diminuer son gain imposable en déclarant des dividendes, et autres⁵¹.

Le deuxième type de transaction est l'acquisition des actifs du vendeur. Ce modèle est notamment employé lorsque l'acquéreur n'est pas nécessairement intéressé à prendre le contrôle de l'entreprise du vendeur. Toujours en fonction des objectifs des parties, la transaction peut viser l'intégralité ou une partie des actifs. L'avantage principal de cette structure est que l'acquéreur n'aura pas normalement à assumer de responsabilités du vendeur exclues des actifs visés, ce qui bien entendu favorise substantiellement l'acquéreur, particulièrement lorsque celui-ci cherche à acquérir des biens du vendeur, sans vouloir assumer les obligations y rattachées. Par ailleurs, contrairement à la vente du capital-actions de la société, la vente des actifs ne nécessitera pas l'approbation préalable des actionnaires, à moins qu'il s'agisse de biens dont l'aliénation pourrait substantiellement affecter les activités commerciales du

⁵⁰ Notons que selon les termes de l'entente entre les parties, telles la conclusion d'une convention de vote ou une convention unanime entre actionnaires, et le pourcentage de participation de l'acquéreur, ce dernier pourrait se voir octroyer un droit de veto sur certaines décisions stratégiques.

⁵¹ Certains faits pourraient faire en sorte que l'acquéreur soit également avantageé en optant pour ce type de transaction. Une opinion professionnelle sur l'impact fiscal de celle-ci sera donc nécessaire.

vendeur suivant la transaction⁵². Cependant, cette méthode peut présenter quelques difficultés. Par exemple, dans le cadre de l'achat des actifs, il faut aussi s'assurer de suivre les règles de cession des titres de propriété pour chaque bien composant les actifs visés⁵³. Ceci pourrait s'avérer un exercice complexe, particulièrement dans le contexte où l'on doit obtenir les consentements des tierces parties à la cession.

Le dernier modèle de transaction courant est la fusion. Celle-ci pourrait résulter en la création d'une nouvelle entreprise provenant du jumelage de celles des parties impliquées (par exemple, la fusion des sociétés A et B crée la société C), ou encore prendre la forme d'absorption d'une entreprise par l'autre (soit la fusion des entreprises A et B résulte en l'entreprise A agrandie). Alors que généralement l'acquisition des actifs ou de l'équité du vendeur est assujettie à une entente entre les parties, certains termes et conditions d'une fusion seront établis par la loi. Rappelons que deux structures de fusion existent en droit québécois et canadien⁵⁴: ordinaire et simplifiée, cette dernière étant réservée aux entreprises du même groupe corporatif⁵⁵.

⁵² Pour les transactions impliquant le capital-actions de l'entreprise nécessiteront généralement l'approbation des actionnaires par au moins les deux tiers des voix exprimées (voir notamment les articles 90, 100, 101, 191, 192 et 241 de la *Loi sur les sociétés par actions du Québec*, de même que les articles 26(5), 38, et 173, 174, 176 et 183 de la *Loi canadienne sur les sociétés par action*). Il en est de même lorsqu'il s'agit d'une vente d'actifs dont l'aliénation pourrait substantiellement affecter les activités commerciales du vendeur suivant la transaction (voir notamment les articles 271 et ss. et 372 de la *Loi sur les sociétés par actions du Québec*, de même que les articles 189 et ss. de la *Loi canadienne sur les sociétés par action*).

⁵³ Daniel Picotte, « La cession d'entreprise », dans Jocelyne Tremblay, *infra* note 343, 275 à la p. 278. Rappelons cependant que dans le cadre d'acquisitions du capital-actions, il sera également crucial de s'assurer que l'entreprise vendeur détient véritablement les titres de propriété sur ses actifs principaux (soit ceux pouvant affecter considérablement la valeur de l'entreprise visée), tels les droits de propriété intellectuelle, l'inventaire, la machinerie, etc..

⁵⁴ Nous référons ici aux personnes morales régies en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions* du Québec ou en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par action*.

⁵⁵ Voir les articles 281 et s. de la *Loi sur les sociétés par actions* du Québec et l'article 184 de la *Loi canadienne sur les sociétés par action*.

Plusieurs facteurs seront considérés par les parties dans le choix de la structure de la transaction⁵⁶. Parmi eux nous constatons notamment l'analyse de l'impact fiscal, la prise en charge des obligations par l'acquéreur, l'achat d'une portion ou de l'intégralité de l'entreprise du vendeur, la nécessité d'obtenir des consentements, des autorisations ou des permis spécifiques, le mode de financement de la transaction, de même que la nature des relations entre les parties. D'autres facteurs ont été également invoqués par certains auteurs, tels le degré de contrôle désiré sur l'entreprise cible, de même que « la capacité à faire émerger un management qui assurera le contrôle choisi »⁵⁷.

Ajoutons finalement que la structure de la transaction ne dépendra pas uniquement de l'intérêt de l'acquéreur. Par exemple, dans la mesure où le vendeur ne veut vendre qu'une portion de ses biens, la transaction prendra assurément la forme d'une acquisition d'actifs, à moins que le vendeur choisisse de vendre ses actifs comme partie d'une nouvelle entreprise qu'il établira à cette fin (« *spin-off* »)⁵⁸.

b. Les étapes d'une transaction

Nous aimerions aussi faire un petit rappel de la structure d'une transaction d'acquisition et de fusion. De façon très simpliste, une transaction peut être divisée en six étapes décrites ci-dessous.

Généralement, au tout début du processus, les parties signeront une entente de confidentialité afin de s'assurer que le contenu (voire l'existence même) de leurs

⁵⁶ Voir notamment Reed, *infra* note 109 à la p. 262 et s.

⁵⁷ Franck Bancel et Jérôme Duval-Hamel, *Fusions d'entreprises: comment les gérer, comment les vivre*, Paris, Organisation, 2008 à la p. 66.

⁵⁸ Yves Quintin, *Les Fusions-acquisitions aux USA*, Bruxelles, Bruylant, 2005 à la p. 105.

discussions demeurera confidentiel. Par la suite, normalement, ils s'entendront, en termes généraux, sur leurs objectifs commerciaux et sur les grandes lignes d'un éventuel contrat final. Cette entente préliminaire se fait d'habitude par la signature d'une lettre d'intention par laquelle les parties fixeront les principaux paramètres de la transaction, dont le prix, le caractère exclusif ou non des négociations⁵⁹, le caractère non obligatoire de la transaction⁶⁰ et les termes de la vérification diligente. Notons que même si la lettre d'intention n'établit pas de lien contractuel liant les parties, elle représente tout de même un engagement précontractuel entraînant l'obligation d'agir de bonne foi⁶¹.

Par la suite, les parties procéderont à la vérification diligente et l'analyse des informations obtenues. À cette étape, le vendeur communiquera à l'acquéreur certaines informations de nature confidentielle afin de lui permettre d'évaluer la pertinence de la transaction et ses modalités. Nous examinerons en profondeur l'implication de l'avocat à cette étape de la transaction dans la Partie II de ce texte.

La troisième étape est cruciale, car c'est là où les parties entameront la négociation de l'entente principale. Plus tard nous verrons que certains de ses termes dépendront substantiellement des conclusions de l'équipe de vérification diligente. C'est ainsi que la communication constante entre l'équipe de vérification diligente et

⁵⁹ Autrement dit, les parties conviendront que durant une certaine période de temps, le vendeur ne pourra solliciter des tiers pour obtenir des offres parallèles.

⁶⁰ Il s'agit d'une stipulation mentionnant que chacune des parties aura droit de rompre le processus de négociations advenant l'arrivée de certains événements, particuliers ou généraux. Dans les transactions d'envergure, cette disposition est souvent accompagnée d'une pénalité de retrait des négociations. Nous analyserons cette possibilité un peu plus loin.

⁶¹ *Friedman c. Ruby*, 2012 QCCS 1778 (CanLII).

celle impliquée dans la négociation de l'entente principale sera vitale à la réussite de la transaction.

Par la suite, les parties solliciteront l'autorisation des organismes réglementaires pertinents de procéder à la transaction, ou rempliront les autres formalités pouvant être imposées par celles-ci, le cas échéant⁶². Par ailleurs, fréquemment, certaines ententes commerciales signées par le vendeur, telles avec des clients ou des fournisseurs, devront être cédées ou transférées à l'acquéreur. Par contre, pour un tel acte, souvent le consentement préalable de l'autre partie à cette entente sera requis. C'est ainsi que préalablement à la clôture de la transaction d'acquisition ou de fusion, le vendeur demandera à la contrepartie de consentir à la cession de l'entente à l'acquéreur dans la mesure où les parties procèdent à la transaction (à moins que les parties conviennent, dans le but de préserver la confidentialité des démarches, de demander le consentement après la signature de l'entente finale, à l'étape post-transactionnelle).

La signature de l'entente principale suivra les étapes précédentes. Notons qu'à l'occasion les parties peuvent choisir comme date de clôture de la transaction (soit sa date d'entrée en vigueur) tant avant, en même temps, qu'après la date de la signature. Par exemple, lorsque la transaction vise un transfert des actifs existants à une certaine date, la clôture de la transaction pourrait être fixée à cette date.

⁶² Par exemple, lors d'une transaction d'acquisition directe d'une société canadienne par un acquéreur étranger provenant d'un État non-membre de l'Organisation mondiale du commerce, l'autorisation de la division d'examen d'Investissement Canada serait nécessaire lorsque la valeur des actifs de cette société dépasse 5 000 000\$ (voir notamment les articles 12 et 14 de la *Loi sur l'Investissement Canada*, L.R.C. 1985, c. C-28 (1^{er} suppl.)). Pour plus d'information, voir le site web d'Investissement Canada à l'adresse suivante: <http://www.ic.gc.ca/eic/site/ica-lic.nsf/fra/accueil>.

Finalement, une fois la transaction complétée, il importera d'intégrer l'entreprise du vendeur, ou les actifs achetés de celle-ci, le cas échéant, dans l'entreprise de l'acquéreur. Nous analyserons brièvement cette dernière étape dans la section III.1 ci-après.

c. L'entente de confidentialité

Tel que déjà mentionné, une entente de confidentialité sera signée au tout début des discussions entre les parties, visant à préserver le secret des échanges entre elles⁶³. Cependant, dans les transactions d'acquisitions et fusions les vendeurs sont particulièrement vulnérables à la fuite des informations confidentielles. Cette affirmation est vraie dans le cadre de la vérification diligente, mais d'autant plus lorsque les représentants de l'acquéreur accèdent physiquement aux locaux du vendeur afin d'y effectuer des vérifications⁶⁴. À cet égard, nous aimerions rappeler que la signature d'une entente de confidentialité ne garantit aucunement que les renseignements confidentiels ne seront pas utilisés à des fins autres que celles pour lesquelles ils ont été divulgués. Nous considérons qu'il ne faut jamais se fier outre mesure à celles-ci, mais plutôt les voir comme un outil de dernier recours.

Il ne faut pas oublier que lorsque deux entreprises évaluent la faisabilité ou la pertinence d'une transaction, c'est qu'elles partagent certains intérêts commerciaux. Ainsi les données confidentielles de l'une des parties pourraient avoir une valeur importante pour l'autre, que la transaction ait lieu ou non. Évidemment notre affirmation

⁶³ Pour la rédaction des ententes de confidentialité dans le contexte des acquisitions et fusions voir notamment Henry Lesser, « Some Practical Suggestions for the M&A Due Diligence Process », *Practical Lawyer*, n° 46:6 (septembre 2000), 47 aux pp. 47 et s.

⁶⁴ ABA, *infra* note 74 à la p. 178.

ne vise pas à mettre en doute la bonne foi des acquéreurs, d'autant qu'elle se présume en droit québécois. Cependant, derrière chaque entreprise il y a des personnes physiques. Or ces individus, ayant accès aux données confidentielles de l'autre partie dans le cadre de leurs fonctions, peuvent retenir des concepts, des techniques ou des renseignements stratégiques lesquels pourront servir non seulement d'outils de négociation (par exemple pour faire diminuer le prix d'achat), mais aussi, en cas d'échec de la transaction, à tirer un avantage commercial compétitif, stratégique ou autre⁶⁵.

Le plus souvent il sera très difficile, voire impossible, de constater et de démontrer selon le degré de preuve requis, qu'un usage interdit ou abusif des renseignements confidentiels a eu lieu. Pensons aux secrets de commerce et d'autres types de propriété intellectuelle non accessibles publiquement. De plus, le véritable dommage pouvant être subi par la partie divulguant les renseignements confidentiels pourrait être bien supérieur à la valeur de toute compensation pouvant être octroyée par un tribunal suivant une action en justice longue et coûteuse, laquelle dépendrait toujours du contenu de l'entente et de la reconnaissance de sa validité par les tribunaux en question. Dans les pires cas, une telle divulgation non autorisée pourrait même ruiner l'entreprise. Ce qui précède ne tient même pas compte des coûts rattachés aux procédures judiciaires, pouvant être encore plus inquiétants pour un vendeur qui tend à se départir de son entreprise en raison de difficultés financières, signifiant souvent

⁶⁵ Les données restant dans la mémoire des personnes ayant accès aux renseignements confidentiels sont notamment connues comme de « l'information résiduelle ». Notons qu'il arrive qu'une entente de confidentialité autorise expressément l'usage de l'information résiduelle par les employés de la partie y ayant accès, sans que cela soit considéré comme une violation des obligations de non-divulgation ou non-utilisation à d'autres fins aux termes de l'entente de confidentialité.

l'absence des liquidités nécessaires pour mener une lutte juridique pour la défense de ses intérêts jusqu'au bout.

L'acquéreur devrait également être attentif à la confidentialité des échanges, particulièrement où la cible visée serait d'intérêt pour un compétiteur, et donc faire l'objet d'une contre-offre plus attrayante de la part de ce dernier (surtout si les négociations entre les parties ne sont pas exclusives). Par conséquent, il nous semble essentiel que l'avocat de chaque partie prenne très au sérieux la question de confidentialité, et soit créatif dans son approche envers la communication des renseignements à la partie adverse, et ce, malgré l'existence de toute entente de confidentialité.

3. Comprendre son client et définir son mandat

a. Une transaction sans l'avocat?

À l'étape de la planification, acheter ou vendre une entreprise est normalement perçu comme une transaction rentable pour les parties impliquées dans celle-ci⁶⁶. La rentabilité peut être financière, stratégique, organisationnelle ou autre. Cependant, avant qu'elle soit complétée, la transaction impliquera des coûts élevés, principalement en termes d'honoraires professionnels, essentiels en grande partie pour la planification et l'encadrement financiers, comptables et juridiques de la transaction envisagée. À l'époque où la minimisation des coûts est au cœur des préoccupations tant personnelles que commerciales, il est pertinent de réfléchir également aux économies possibles lors

⁶⁶ Notons que vu le grand pourcentage d'échecs dans les transactions de ce type, la réalité prouve le contraire. Nous reviendrons sur cette question dans la section III.1.

de telles transactions. Relevant ultimement d'une décision purement commerciale et stratégique, à savoir si l'entreprise est prête à assumer seule le risque lié à la transaction, elle pourrait décider d'y procéder sans l'assistance de conseillers comptables ou juridiques, tel que mentionné précédemment. Même si un conseiller juridique est invité à contribuer à la transaction, son rôle variera en fonction des exigences particulières du client. Selon les exigences de ce dernier, l'avocat peut être invité à participer à une transaction tant au stade préliminaire des échanges qu'après que le client ait pris la décision ferme de poursuivre la transaction, ou qu'il en ait déjà négocié certains de ses termes, tel le prix⁶⁷.

Généralement le client déterminera également quels aspects de la transaction seront négociés en présence de son avocat⁶⁸.

Il n'est pas rare que les entreprises hésitent à solliciter les services des conseillers juridiques, préférant se fier à leurs ressources internes. Une telle approche est normalement adoptée pour des considérations financières. Cependant, bien que le fait de faire intervenir des avocats dans la transaction génère des coûts substantiels à la phase de la transaction, cette décision permettrait des économies importantes à moyen et long terme; l'implication d'un professionnel du droit dès les premières étapes de la transaction permettrait de structurer celle-ci de la manière la plus favorable à l'entreprise, de même que de diminuer les chances de poursuites post-

⁶⁷ T. Kurt Miller, « Helping to Create a Win-Win Situation », dans Andrea Peterson, dir., *M&A Deal Strategies*, A.I., Thomson/Aspatore, 2008, 133 à la p.134 [Peterson]; Ellen S. Friedenberg, « The Nuts and Bolts of Negotiated Transactions », dans Russ, *supra* note 8, 48 à la p. 49.

⁶⁸ Cependant nous croyons que l'avocat devrait rester vigilant quant aux décisions de son client, et savoir lui indiquer au client si son absence de certaines discussions pourrait nuire aux intérêts de ce dernier.

transactionnelles⁶⁹. Pour les fins du présent travail, nous présumerons que chacune des parties bénéficie des services d'un conseiller juridique dès le début du processus.

b. Connaître son client

Dans les dossiers d'acquisitions et fusions, tout comme dans tout autre dossier juridique, l'avocat doit, avant toute chose, s'asseoir avec son client et bien comprendre les buts visés par celui-ci⁷⁰. Ce questionnement initial devra permettre à l'avocat d'obtenir les réponses aux questions critiques, telles celles de savoir si son client vend ou achète, ce qu'il vend ou achète, si c'est son client ou plutôt la partie adverse qui détient un avantage dans les négociations à intervenir, laquelle des deux parties a davantage besoin de la transaction, quel est le temps alloué pour conclure l'entente et quel est le prix recherché⁷¹.

Saisir la balance du pouvoir entre les parties est l'une des étapes déterminantes dans l'établissement de la stratégie dans la transaction⁷². Dans certains cas, l'avocat pourrait même devoir remettre en question la pertinence de celle-ci pour l'atteinte des objectifs de son client; les recherches démontrent que la présomption, l'excès d'optimisme, la confiance excessive de certains gestionnaires de haut niveau en leurs habiletés de faire des transactions miraculeuses en négligeant des faits et facteurs, sont

⁶⁹ Hal N. Schwartz, « M&A Basics for the Real World », dans Ben Raphael, dir., *M&A Negotiations*, A.I., Aspatore, 2006, 7 à la p. 13 [Raphael].

⁷⁰ R. Brian Ball, « Marshalling Resources and People », dans Russ, *supra* note 8, 7 à la p. 8; Anthony D. Konkoly, « The Role of Legal Counsel in an M&A Transaction », dans Peterson, *supra* note 67, 115 à la p. 116.

⁷¹ Jay E. Bothwick, « Familiarizing Yourself with the Client », dans Russ, *supra* note 8, 90 à la p. 93.

⁷² Joseph L. Reece, « Practical Tips for Preparing and Negotiating M&A Transactions », dans Peterson, *supra* note 67, 61 à la p. 63.

à l'origine de l'échec d'un bon nombre d'acquisitions et de fusions⁷³. Nous croyons qu'il appartient au conseiller juridique d'affaires de faire les démarches nécessaires afin de faire réaliser à son client qu'il est sur le point de commettre une erreur, même si celle-ci est d'ordre commercial et n'aura pas d'impact juridique immédiat ou prévisible.

Cette réflexion critique devra par ailleurs être maintenue par l'avocat tout au long de sa relation avec son client. Dans les situations particulières où le client ignore aveuglément les commentaires de l'avocat, malgré une forte probabilité de conséquences graves, l'avocat ne devrait pas non plus écarter l'idée de cesser d'occuper⁷⁴. À cet égard, nous croyons que l'avocat devra savoir bien distinguer entre les risques commerciaux et juridiques.

Par ailleurs, nous jugeons que les mises en garde du conseiller juridique devront idéalement être toujours faites par écrit afin de s'assurer d'en avoir des traces tangibles; cela s'avérera particulièrement important dans la mesure où le client subit un échec et désire intenter des recours dans l'espoir de « trouver le coupable » et où l'avocat aurait à démontrer qu'il a correctement exécuté ses obligations professionnelles.

Plusieurs autres questions devront être posées par l'avocat dans le but de bien évaluer les circonstances, les risques et les avantages présentés par la transaction. Vise-t-on l'achat ou la vente d'une partie ou de la totalité des actifs? Est-ce plutôt la

⁷³ Sudi Sudarsanam, « Value Creation and Value Appropriation in M&A Deals », dans David Faulkner, Satu Teerikangas et Richard J. Joseph, dir., *The Handbook of Mergers and Acquisitions*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 195 à la p. 234 [Faulkner].

⁷⁴ Committee on Negotiated Acquisitions (American Bar Association), *The M&A Process: A Practical Guide for the Business Lawyer*, Chicago, American Bar Association, 2005 à la p. 27 [ABA].

vente ou l'achat d'une portion ou de la totalité du capital-actions qui intéresse le client? La propriété intellectuelle, la clientèle, l'image? Qui sont les employés clés? Doivent-ils suivre? Quelle est la position des membres du conseil d'administration face à la transaction? Généralement, le client aura déjà préparé un document stratégique interne justifiant la transaction⁷⁵. Ce document pourrait s'avérer d'une grande utilité à l'avocat pour comprendre les motivations du client et les objectifs visés.

Idéalement, cette première étape se déroulera lors des réunions face à face avec l'équipe de la haute direction de l'entreprise du client⁷⁶. Cette communication personnelle permettra à l'avocat non seulement de bien comprendre l'entreprise de son client et de poser les questions nécessaires, mais également de constater la dynamique personnelle et d'affaires au sein de celle-ci, un ingrédient d'envergure dans la planification de la stratégie pour la transaction⁷⁷.

Parallèlement, une telle rencontre permettra d'établir clairement le mandat de l'avocat et les attentes du client. L'avocat devra notamment identifier les points qu'il pourra négocier personnellement et ceux qui nécessiteront l'acceptation préalable ou l'implication directe du client⁷⁸. Bien entendu, lorsque l'avocat impliqué dans le dossier est le conseiller juridique interne de l'entreprise, celui-ci bénéficiera déjà d'une image claire et, idéalement, complète de l'état et des besoins de son employeur. Par contre, dans le cadre des transactions d'acquisition et de fusion, l'entreprise recourra la

⁷⁵ Richard Cicchillo Jr., « Domestic and Cross-Border M&A: Unique Diligence Concerns and Solutions », dans Merissa Kraham, dir., *Business Due Diligence Strategies*, A.I., Thomson Reuters / Aspatore, 2008, 87 à la p. 91 [Kraham].

⁷⁶ Joseph L. Reece, « Practical Tips for Preparing and Negotiating M&A Transactions », dans Peterson, *supra* note 67, 61 à la p. 62.

⁷⁷ *Ibid.* à la p. 63.

⁷⁸ Jay E. Bothwick, « Familiarizing Yourself with the Client », dans Russ, *supra* note 8, 90 à la p. 96.

plupart du temps aux services d'un conseiller juridique externe. Nous avons déjà mentionné quelques raisons principales justifiant ce choix, dont l'absence de compétences spécifiques, le manque de temps et la gestion des risques internes.

Par ailleurs, l'une des choses les plus importantes à déterminer pour l'avocat est le niveau de tolérance au risque de son client. Alors que pour le vendeur, celui-ci représentera généralement l'impact des obligations d'indemnisation qu'il aura à assumer suivant la clôture de la transaction, la tolérance au risque pour l'acquéreur représente une estimation de ce que le client est prêt à payer pour celle-ci⁷⁹. Les conseillers financiers pourront aider à déterminer le coût total de la transaction que l'acheteur aura à assumer, comprenant les honoraires professionnels et autres frais et dépenses requises, réelles et provisionnées. Par la suite, les calculs financiers basés sur les objectifs commerciaux établis permettront d'évaluer le taux de rendement de la transaction. À partir de ces données, l'acquéreur devra se faire une idée de tous les imprévus, en fonction de sa capacité anticipée d'atteindre ses objectifs post-transactionnels⁸⁰. Nous croyons que l'approche conservatrice envers les calculs devrait être favorisée par l'acquéreur, particulièrement lorsque l'acquéreur compte prendre le contrôle des opérations de l'entreprise du vendeur. Ceci est, entre autres, dû au fait que l'acquéreur ne connaîtra pas bien tous les aspects de l'entreprise du vendeur, malgré la vérification diligente la plus stricte⁸¹, et il ignorera sûrement certaines

⁷⁹ Kamal Ghosh Ray, *Mergers and Acquisitions: Strategy, Valuation and Integration*, New Delhi, PHI Learning, 2010 à la p. 55.

⁸⁰ Jay E. Bothwick, « Familiarizing Yourself with the Client », dans Russ, *supra* note 8, 90 à la p. 100.

⁸¹ Il s'agit d'une façon arbitraire permettant à l'acquéreur d'établir un échantillon de données sur lequel il concentrera ses efforts, notamment lors de la vérification diligente, et sur la foi duquel il fondera sa décision quant au reste de la transaction. Nous reviendrons sur cette question dans la partie II de ce travail.

réalités, sans compter les éventualités imprévisibles. La transaction pourrait également provoquer le départ de personnes, clients ou fournisseurs clés, nuisant potentiellement au succès de l'entreprise en question.

La tolérance au risque dépendra ainsi de la marge de manœuvre anticipée. Cette analyse fondamentale servira, en quelque sorte, de point de départ à la transaction. L'une des façons de diminuer les risques pour les parties est de procéder à une vérification diligente plus complète. Par exemple, l'acquéreur pourrait choisir de diminuer, voire d'éliminer le seuil de matérialité⁸², afin d'obtenir une image plus représentative de l'état de l'entreprise cible⁸³. La tolérance au risque sera grandement influencée par la répartition des responsabilités entre les parties. Nous nous pencherons davantage sur cette question dans la section III.2 de ce travail.

c. Le rôle de l'avocat dans une transaction

Une fois que l'avocat aura défini les attentes et les objectifs de son client, il devra aborder la question de la faisabilité de la transaction et de l'atteinte de tous les critères imposés par le client. Les transactions d'acquisition et de fusion nécessitent beaucoup d'efforts et d'attention. Le fait de définir des objectifs inadéquats ou irréalisables résultera en la rupture ou la stagnation inutile des discussions⁸⁴, de même que la frustration des deux parties.

En effet, à l'occasion le client aura des attentes trop élevées, ou encore se montrera inflexible face à certaines contraintes. L'avocat aura parfois à recommander

⁸² Voir la section II.3.d.

⁸³ Richard Cicchillo Jr., « Domestic and Cross-Border M&A: Unique Diligence Concerns and Solutions », dans Kraham, *supra* note 75, 87 à la p. 93.

⁸⁴ Jay E. Bothwick, « Familiarizing Yourself with the Client », dans Russ, *supra* note 8, 90 à la p. 100.

à son client de réévaluer certaines exigences ou de faire preuve d'une certaine flexibilité. Il devra par ailleurs s'assurer que son client distingue adéquatement les points non négociables des questions d'importance moindre⁸⁵. Cette analyse sera particulièrement pertinente dans le cadre de la négociation de l'entente finale de la transaction, où le client devra savoir se pencher sur le prix final de la transaction en fonction de la répartition des risques commerciaux et juridiques⁸⁶.

Une fois les véritables points critiques identifiés avec le client, l'avocat compétent devra savoir suggérer une solution créative afin de satisfaire les attentes raisonnables de ce dernier⁸⁷. En effet, l'une des grandes forces des avocats réside dans leur capacité de trouver des solutions créatives permettant d'éviter des obstacles et des impasses, et d'amener les parties à s'entendre sur des termes acceptables à chacune d'elles⁸⁸; « success is when both sides feel they have accomplished their objectives »⁸⁹.

L'une des premières choses que l'avocat devra faire, une fois les objectifs établis, est de procéder, avec la collaboration de son client, à la mise en place d'une équipe responsable de la transaction⁹⁰. Cette équipe devrait être composée des représentants de l'entreprise du client, dont ceux du département des finances, des

⁸⁵ *Ibid.* à la p. 93; Stephen J. Coukos, « Let's Make a Deal: M&A Processes and Issues », dans Raphael, *supra* note 69, 47 à la p. 55.

⁸⁶ Nous allons voir que la négociation et la rédaction de l'entente finale débute dès les premières étapes de la transaction, souvent parallèlement à la vérification diligente.

⁸⁷ Louis J. Bevilacqua, « Assessing the Multiple Impacts of a Transaction », dans Russ, *supra* note 8, 38 à la p. 42.

⁸⁸ Stephen J. Coukos, « Let's Make a Deal: M&A Processes and Issues », dans Raphael, *supra* note 69, 47 à la p. 55.

⁸⁹ David Foltyn, « The Two Sides of M&A: Representing Buyers and Sellers », dans Raphael, *supra* note 69, 59 à la p. 69.

⁹⁰ Ellen S. Friedenberg, « The Nuts and Bolts of Negotiated Transactions », dans Russ, *supra* note 8, 48 à la p. 50.

opérations, de la gestion, des affaires juridiques (dans la mesure où un tel département existe et que l'avocat principal dans le dossier est un conseiller externe). Elle devrait par ailleurs comprendre des professionnels externes spécialisés.

En effet, nous avons déjà mentionné que les acquisitions et fusions exigent l'implication de plusieurs professionnels ayant des compétences dans des champs variés. Il est courant que leur intervention génère des coûts considérables au client. C'est pourquoi celui-ci sera généralement réticent à recourir à leur aide. L'avocat devra savoir justifier la présence de ces spécialistes dans la transaction, en expliquant au client qu'il ne pourra assumer la responsabilité des conséquences potentiellement désastreuses de l'absence de leurs conseils relevant de leur expertise⁹¹. Après tout, tant le vendeur que l'acquéreur cherchent à éviter les pertes, les dépenses inutiles et l'imposition fiscale excessive sur la transaction, lesquelles peuvent toutes être minimisées, voire éliminées, grâce aux conseils des professionnels en droit, en comptabilité, en fiscalité, etc.⁹².

Une fois l'équipe constituée, il faudra s'entendre sur la façon la plus efficace de collaborer entre ses membres⁹³.

L'organisation et la communication entre ses membres sera la clé du succès⁹⁴. Ceux-ci devront être bien entraînés par l'avocat, dans le but de bien comprendre le

⁹¹ Stephen J. Coukos, « Let's Make a Deal: M&A Processes and Issues », dans Raphael, *supra* note 69, 47 à la p. 55.

⁹² David Foltyn, « The Two Sides of M&A: Representing Buyers and Sellers », dans Raphael, *supra* note 69, 59 à la p. 63.

⁹³ Ellen S. Friedenberg, « The Nuts and Bolts of Negotiated Transactions », dans Russ, *supra* note 8, 48 à la p. 50.

⁹⁴ Nous reviendrons sur cet aspect dans la section II.3. Bien que cette section porte principalement sur l'activité de vérification diligente, les commentaires portant sur la relation de collaboration entre les membres de l'équipe conserveront leur pertinence tout au long du processus de la transaction.

processus, ce qui les attend et ce que l'on attend d'eux. Par ailleurs, les membres devront comprendre qu'ils auront probablement à faire face aux contraintes temporelles et donc à travailler sous pression⁹⁵. À la fin de cette étape organisationnelle, chaque membre devra clairement comprendre son rôle, les livrables que l'on attend de lui et dans quels délais il doit les produire.

L'avocat devra également prendre en compte que la grande majorité des personnes représentant l'entreprise du client seront des gens sachant gérer une entreprise, alors que leur connaissance dans le domaine des acquisitions et fusions sera généralement limitée⁹⁶. La valeur ajoutée de l'avocat dans ce type de dossiers se trouve notamment dans sa capacité de mobiliser toutes ces personnes à travailler ensemble afin d'atteindre les objectifs de son client. Tel que précédemment mentionné, il est de l'essence même du rôle du conseiller juridique, mais aussi de tous les membres de l'équipe de son client, de bien saisir la motivation, la stratégie et les buts visés par le client avec la transaction anticipée⁹⁷.

Il devra également comprendre les principaux enjeux de l'entreprise de son client. Cette approche permettra notamment à l'avocat de l'acquéreur de se pencher non seulement sur les informations recueillies dans le cadre de la vérification diligente, mais aussi de les interpréter à la lumière des objectifs de son client et de bien

⁹⁵ Louis J. Bevilacqua, « Assessing the Multiple Impacts of a Transaction », dans Russ, *supra* note 8, 38 à la p. 40.

⁹⁶ R. Brian Ball, « Marshalling Resources and People », dans Russ, *supra* note 8, 7 à la p. 10; Louis J. Bevilacqua, « Assessing the Multiple Impacts of a Transaction », dans Russ, *supra* note 8, 38 à la p. 39.

⁹⁷ Paul S. Ware, « Developing an Effective Approach to Due Diligence », dans Kraham, *supra* note 75, 43 à la p. 44.

positionner et défendre ses intérêts lors des négociations. Stephen J. Coukos résume laconiquement le rôle de l'avocat dans une transaction comme suit:

« The better the attorney understands the industry in which the transaction is undertaken and the more familiar the attorney is with the client's key management, as well as with the other parties and advisers involved in the transaction, the more effectively the attorney can anticipate issues, resolve potential sticking points, and guide the client to a successful outcome »⁹⁸.

Bien que le rôle de l'avocat ne soit pas de substituer son jugement commercial à celui de son client, son habileté à poser les bonnes questions permet au client d'évaluer de façon plus réaliste les avantages et les inconvénients de la transaction⁹⁹. Après tout, l'avocat contemporain joue plus que jamais le rôle d'un conseiller stratégique à son client¹⁰⁰. L'établissement d'une relation basée sur le respect mutuel et l'esprit de partenariat entre l'avocat et son client est d'une importance capitale pour assurer son accomplissement.

Plus tôt, nous avons mentionné que les clients, individus et entreprises, se tournent vers les avocats en raison de leurs connaissances spécialisées nécessaires pour atteindre un résultat recherché. Or cette relation « expert-profane » est à l'origine d'une difficulté qu'éprouvent parfois certains professionnels à reconnaître la connaissance et la capacité de leur clientèle à prendre des décisions autonomes¹⁰¹. Ceci est d'autant plus apparent pour une clientèle d'affaires, généralement plus exigeante et mieux

⁹⁸ Stephen J. Coukos, « Let's Make a Deal: M&A Processes and Issues », dans Raphael, *supra* note 69, 47 à la p. 56.

⁹⁹ Jay E. Bothwick, « Familiarizing Yourself with the Client », dans Russ, *supra* note 8, 90 à la p. 96.

¹⁰⁰ Pablo Fuchs, « Talking to the Board », *Magazine CCA [de l'Association canadienne des conseillers juridiques d'entreprises]*, n° 5:3 (Automne 2011) 20 à la p. 22 [Fuchs, « Board »].

¹⁰¹ Julie Macfarlane, *The New Lawyer*, Toronto, UBC Press, 2008 à la p. 126 [Macfarlane].

renseignée, qui désire souvent participer au processus de prise de décision¹⁰². Nous considérons fondamental que l'avocat d'affaires soit, avant tout, un fidèle partenaire d'affaires pour son client. Plus important encore, ce dernier devrait avoir la même perception de son avocat¹⁰³.

d. Communiquer avec son client

Dans un esprit de collaboration, l'avocat a le droit de s'attendre à ce que son client lui divulgue la vérité. Cependant il doit toujours demeurer critique envers les renseignements reçus, et surtout ne rien présumer¹⁰⁴. L'avocat ne peut s'attendre à ce que tout lui soit divulgué sur le champ; il doit savoir se renseigner et poser toutes les questions pertinentes jusqu'à ce qu'il obtienne les réponses claires et complètes à ses interrogations, à sa satisfaction. Bien entendu, cela s'applique autant aux questions destinées à la partie adverse qu'à celles destinées à son client.

En pratique, cependant, l'avocat fera à l'occasion face à des hésitations, voire des frustrations de la part des individus responsables de lui fournir les réponses. Cela est le plus fréquemment dû au fait que la personne en question ne comprend pas entièrement la demande ou la nuance que l'avocat fait, tout en considérant que la

¹⁰² *Ibid.* à la p. 125.

¹⁰³ Cette affirmation plutôt générique touche simultanément à plusieurs aspects importants. Non seulement elle laisse entendre que les services fournis par l'avocat dépassent le cadre d'une offre de services « classique », mais elle indique également que les avocats (internes, mais d'autant plus externes) font partie, en quelque sorte, des fournisseurs de l'entreprise du client. Or pour survivre comme fournisseur dans un monde ultra-compétitif, il faut savoir se distinguer des autres, offrir des services à un prix très concurrentiel, savoir s'adapter aux besoins changeants de son client, de même que d'offrir une qualité de service exceptionnelle. Pour un conseiller juridique, cette qualité de service représente sa capacité d'être flexible, rapide à réagir, précis et surtout d'amener à la table un ensemble de connaissances uniques. Le client doit non seulement pouvoir se fier aux conseils fournis par son conseiller juridique, mais il doit aussi y voir un clair avantage, une valeur qui, à ses yeux, égale, voire dépasse la compensation financière déboursée par le premier en contrepartie.

¹⁰⁴ Stephen J. Coukos, « Let's Make a Deal: M&A Processes and Issues », dans Raphael, *supra* note 69, 47 à la p. 57.

réponse déjà fournie répond amplement à la demande de celui-ci, ou qu'elle en ignore la réponse, tout simplement.

À cet égard, nous tenons à souligner l'importance de diversifier ses sources d'information. La communication avec un nombre restreint de personnes, tels le président ou le vice-président de l'entreprise du client, pourrait ne pas suffire afin d'obtenir les réponses recherchées, notamment parce que ces individus pourraient simplement ignorer certains aspects pratiques de la vie quotidienne de l'entreprise qu'ils représentent, voire chercher à l'embellir. Dans la mesure du possible, l'avocat doit tenter d'obtenir la version de plusieurs représentants de son client corporatif. La participation de divers membres de l'équipe de direction dans la transaction sera essentielle pour pallier cette réalité. Cette collaboration devrait se poursuivre tout au long de la transaction; l'avocat, particulièrement le conseiller juridique interne, devra savoir communiquer avec plusieurs départements de son entreprise afin de les tenir à jour relativement à la progression de la transaction¹⁰⁵.

Le client devra également être mis au fait de tout changement dans la législation et la réglementation applicables pouvant affecter la transaction¹⁰⁶.

Parallèlement, l'avocat devra faire comprendre à tous les membres de l'équipe de son client, qu'il s'agisse de l'acquéreur ou du vendeur, qu'il est disponible pour répondre à toutes leurs questions¹⁰⁷; ils ne doivent jamais hésiter à évoquer leurs

¹⁰⁵ Jeff Levinson, « Top Ten Rules for Mergers and Acquisitions Success » (4 janvier 2012), en ligne: Association of Corporate Counsel <<http://www.acc.com/legalresources/publications/top10/ttrfmaas.cfm>> [Levinson].

¹⁰⁶ Michael R. Koblenz, « Mergers and Acquisitions: A Closer Look at Due Diligence and Negotiation Strategies », dans Raphael, *supra* note 69, 87 à la p. 94.

¹⁰⁷ Warren J. Casey, « Common Sense in Acquisitions », dans Raphael, *supra* note 69, 35 à la p. 38.

inquiétudes par rapport à la transaction. Ces questions peuvent non seulement faire ressortir des aspects ignorés ou oubliés par les parties, mais aussi favoriser une meilleure implication dans la transaction de la personne qui soulève cette question¹⁰⁸.

La communication devra s'effectuer non seulement avec l'équipe de gestion et, à l'occasion, certains employés, mais également avec les membres du conseil d'administration. Normalement, ce dernier joue un rôle stratégique vital¹⁰⁹, et devrait se pencher sur l'approbation de la transaction contemplée¹¹⁰. C'est ainsi qu'en vue d'une transaction, le conseiller juridique sera généralement convoqué par le conseil d'administration de l'entreprise afin de répondre aux questions des administrateurs. Les scandales ayant marqué le marché durant les dernières décennies ont eu comme conséquence que les administrateurs prennent de plus en plus au sérieux leurs responsabilités à ce titre¹¹¹. Rappelons que les administrateurs sont des

¹⁰⁸ Nous allons voir dans les sections III.1 et III.4 que les acquisitions et fusions ont souvent un effet dommageable sur les emplois du personnel de chacune des parties, tant l'acquéreur que le vendeur. C'est ainsi que le fait d'avoir accès à une personne qui pourrait répondre aux craintes, parfois injustifiées, pourrait constituer un appui moral important pour le personnel impliqué.

¹⁰⁹ Stanley Foster Reed, Alexandra Lajoux et H. Peter Nesvold, *The Art of M&A: A Merger/Acquisition/Buyout Guide*, 4^e éd., New York, McGraw-Hill, 2007 à la p. 14 [Reed]. Notons que parfois le pouvoir du conseil d'administration peut être restreint par l'existence d'une convention unanime entre actionnaires. De plus, dans certaines entreprises, une partie des pouvoirs du conseil est délégué à des comités.

¹¹⁰ Les administrateurs d'une société ont normalement les pouvoirs nécessaires afin de gérer les activités de celle-ci et prendre les décisions qui sont dans intérêt (voir notamment les articles 112 et ss. de la *Loi sur les sociétés par actions du Québec*, ainsi que les articles 102 et ss. et 122. de la *Loi canadienne sur les sociétés par action*, de même que les articles 321 et 2138 et ss. du *Code civil du Québec*). Bien qu'ultimement la décision relativement à la transaction appartienne généralement aux actionnaires (voir *supra* note 52), il est du devoir des administrateurs de faire la recommandation aux actionnaires reflétant les meilleurs intérêts de la société. Notons cependant que, dans la mesure où plusieurs groupes d'actionnaires devront approuver la transaction, rien n'oblige les administrateurs, lorsqu'ils déterminent ce qui est aux mieux des intérêts de la société, de privilégier les intérêts d'un groupe en particulier à un autre, ou même de privilégier les intérêts des actionnaires à toute autre partie intéressée, tels les créanciers de la société ou l'acheteur (voir notamment *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures 1976*, [2008] 3 R.C.S. 560).

¹¹¹ Fuchs, « Board », *supra* note 100 à la p. 21.

quasi-fiduciaires de l'entreprise et doivent agir avec prudence, diligence, compétence et loyauté envers la société¹¹². Il revient alors au conseiller juridique de s'assurer que les administrateurs agissent de manière responsable et satisfaisante, en communiquant notamment à ceux-ci les renseignements et commentaires requis pour qu'ils puissent s'acquitter de leurs devoirs¹¹³.

Effectuer une présentation devant le conseil d'administration n'est pas toujours une tâche facile. Dans un court laps de temps, l'avocat devra savoir résumer des documents et des concepts complexes d'une façon accessible aux administrateurs¹¹⁴. Pablo Fuchs fait ressortir quatre conseils pour ce type de communication¹¹⁵. Tout d'abord, vu le temps limité alloué à la présentation, il faut savoir communiquer prioritairement les points méritant le plus d'attention. Ensuite, il est préférable de prévenir les membres du conseil d'administration le plus rapidement possible des décisions qu'ils auront à prendre. Par exemple, dans le contexte d'une transaction, il serait raisonnable de s'attendre à ce que les administrateurs préfèrent obtenir l'opinion juridique sur la transaction¹¹⁶ dans des délais suffisants avant la

¹¹² Paul Martel et Maurice Martel, *La Compagnie au Québec: Les aspects juridiques*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2006 aux pp. 23-2 et s.; Paul Martel, « Le Fonctionnement interne d'une compagnie », dans Lise Tremblay, dir., *Collection Droit 2009-2010*, vol. 9, Cowansville, Yvon Blais, 2009, 207 à la p. 219 [Lise Tremblay]. Rappelons qu'en vertu de l'article 321 du *Code civil du Québec*, « [l']administrateur est considéré comme mandataire de la personne morale. Il doit, dans l'exercice de ses fonctions, respecter les obligations que la loi, l'acte constitutif et les règlements lui imposent et agir dans les limites des pouvoirs qui lui sont conférés. ».

¹¹³ Robert A. Profusek et Lyle G. Ganske, « It's Time To Rethink The Lawyer's Role In Dealmaking » (décembre 2007), en ligne: The Metropolitan Corporate Counsel <<http://www.metrocorpocounsel.com/pdf/2007/December/33.pdf>>.

¹¹⁴ Fuchs, « Board », *supra* note 100 à la p. 23.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ Normalement le conseil d'administration de l'entreprise demandera une opinion juridique indépendante visant à mieux comprendre les risques présentés par la transaction préalablement à son approbation par les administrateurs.

signature de l'entente prévue, leur permettant d'en prendre connaissance afin de pouvoir déterminer individuellement s'ils devraient ou non donner le feu vert à celle-ci. Le troisième conseil est de tenter d'anticiper les questions pouvant être soulevées par les administrateurs, ces derniers étant au fait du mandat confié à l'avocat. Finalement, il ne faut jamais répondre aux questions si l'avocat n'en connaît pas la réponse avec certitude¹¹⁷.

Jeff Levinson, vice-président et chef du département juridique de l'entreprise NetScout Systems, invite ses confrères et consœurs, particulièrement ceux œuvrant au sein des entreprises, à faire valoir leur point de vue¹¹⁸. Il rappelle que ces avocats sont des conseillers juridiques d'affaires proches de l'entreprise. À ce titre, ils ont une voix importante, et ils ne devraient pas hésiter à communiquer leur opinion sur les différents aspects de la transaction. Ce message est particulièrement important dans le contexte des transactions d'acquisition et de fusion, où les enjeux et les risques sont considérables.

Mentionnons que l'avocat devra être prêt à faire face non seulement aux complications avec la partie adverse, mais à l'occasion avec son propre client. Par exemple, qu'en est-il d'un client qui est porté à poser un geste illicite afin d'atteindre ses objectifs, tel le versement d'un pot-de-vin¹¹⁹? Alors que l'application de

¹¹⁷ Il vient de soi que cette recommandation s'applique dans tout autre aspect de la prestation des services juridiques par l'avocat. Il est notamment question d'éviter d'induire son client ou l'autre partie en erreur.

¹¹⁸ Levinson, *supra* note 105.

¹¹⁹ Nous allons voir dans la section III.6.c que parfois, dans le contexte des transactions transfrontalières, le versement d'un pot-de-vin pourrait être sollicité par certaines autorités afin de consentir à la transaction envisagée, cette situation faisant partie de la réalité de certaines sociétés et y étant considérée « normale ». Rappelons que le 31 octobre 2003, l'Assemblée générale des Nations unies a adopté la *Convention des Nations unies contre la corruption* (R.T.N.U. 2003, R.T.N.U., vol. 2349, I-42146), en vigueur depuis le 14 décembre 2005, dans le but de s'assurer de la mise en place des

l'obligation de dénonciation¹²⁰ contenue dans le *Code de déontologie des avocats* peut être relativement facile, dans le cas d'un client corporatif, la détermination du « client » peut être plus compliquée. La situation se complique davantage lorsqu'il s'agit également d'un conseiller juridique interne. Au Québec, on laisse à l'avocat le soin de choisir le niveau hiérarchique qu'il juge nécessaire de sensibiliser¹²¹. Cependant, l'avocat devra normalement procéder à la divulgation par échelle (suivant le principe « *up the ladder* »), au besoin en faisant remonter la question jusqu'à attirer l'attention du conseil d'administration, ou en cessant d'occuper, le cas échéant¹²².

e. Représenter l'acquéreur et représenter le vendeur

Nous venons de voir comment l'avocat représentant une partie procédera pour comprendre la position et les besoins de son client dans le cadre de la transaction anticipée. Or les positions des parties à cette même transaction divergeront (au moins) sur certains aspects. Par exemple, le but de l'acquéreur est de procéder à l'acquisition

mécanismes de prévention et de répression de la corruption au sein des États signataires. Au 27 décembre 2012, 140 sur 165 membres signataires avaient ratifié cet instrument (voir http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSOnline&tabid=1&mtdsg_no=XVIII-14&chapter=18&lang=fr).

¹²⁰ *Code de déontologie des avocats*, art. 3.05.18, L.R.Q., c. B-1, r. 3 [*Code de déontologie des avocats*]. Notons qu'en vertu de cet article, la divulgation est obligatoire lorsque l'acte posé risque de provoquer des « conséquences sérieuses pour le client ». Cette question demeurant incidente dans le cadre de ce travail, aucune recherche jurisprudentielle n'a été effectuée afin de déterminer si le paiement d'un pot-de-vin, mentionné dans notre exemple ci-dessus, serait en effet jugé par les tribunaux comme un acte ayant des « conséquences sérieuses pour le client ». Dans tous les cas, nous croyons fortement que l'avocat devrait minimalement communiquer sa mise en garde à son client par écrit afin d'avoir les traces tangibles d'exécution de son mandat professionnel conformément à ses obligations professionnelles et déontologiques. Bien entendu l'avocat a toujours l'option de cesser d'occuper s'il le juge nécessaire dans les circonstances. Rappelons enfin qu'il est prévu de remplacer prochainement le *Code de déontologie des avocats* par une nouvelle version, le *Futur Code de déontologie des avocats* (voir *infra* note 337). Voir aussi <http://www.barreau.qc.ca/fr/avocats/avis/2014/0212-deontologie.html>.

¹²¹ Bernard, *infra* note 343, 1 à la p. 40.

¹²² Voir notamment *ibid.* à la p. 14; André Laurin, « Le conseiller juridique d'entreprise face à certaines dispositions du *Code de déontologie des avocats* » (juillet 2007), en ligne: Lavery de Billy <http://www.lavery.ca/upload/pdf/fr/DS_070701f.pdf>, à la p. 5.

ou la fusion, tout en payant le moindre prix possible¹²³. Parallèlement, l'acquéreur visera à obtenir le plus de garanties possible du vendeur, s'assurant ainsi que ce dernier soit tenu responsable autant que possible de la non matérialisation des objectifs de l'acquéreur. Inutile de mentionner que la position du vendeur sera diamétralement opposée à celle de l'acquéreur dans ces exemples.

Dans la partie II, nous nous concentrerons de façon prépondérante sur la conduite de l'avocat représentant l'acquéreur. Néanmoins, il nous semble important d'examiner certaines obligations incombant à l'avocat représentant le vendeur.

L'une des premières choses que ce dernier devra faire est de s'assurer que tout est en ordre dans l'entreprise de son client¹²⁴. À cette fin, il devra effectuer une courte vérification sur l'entreprise de son client, visant à valider l'état de certains aspects clés de celle-ci, afin de se préparer au questionnement du futur acquéreur lors de sa vérification diligente¹²⁵. Nous constatons cependant que dans un monde idéal, l'avocat du vendeur effectuerait une vérification diligente complète de son client¹²⁶, similaire à celle devant être conduite par le futur acquéreur. Bien que coûteux, ce processus pourrait permettre à l'avocat non seulement de mieux comprendre les forces et les faiblesses de l'entreprise de son client, mais également de poser des gestes afin de rectifier certains problèmes, l'idée étant de la faire paraître à son meilleur à l'acquéreur

¹²³ David Foltyn, « The Two Sides of M&A: Representing Buyers and Sellers », dans Raphael, *supra* note 69, 59 à la p. 61. Nous allons voir plus loin que le prix d'achat et de vente est en réalité la résultante de plusieurs facteurs influant sur la transaction.

¹²⁴ Stephen J. Coukos, « Let's Make a Deal: M&A Processes and Issues », dans Raphael, *supra* note 69, 47 à la p. 54.

¹²⁵ Nous nous pencherons en détails sur le processus de vérification diligente dans la Partie II.

¹²⁶ David Foltyn, « The Two Sides of M&A: Representing Buyers and Sellers », dans Raphael, *supra* note 69, 59 à la p. 61.

potentiel. Non seulement cela justifiera un meilleur prix de vente, particulièrement dans un contexte de vente aux enchères, mais cela assurera une meilleure position dans le cadre des négociations du partage des responsabilités et des autres aspects de l'entente finale entre les parties¹²⁷. En effet, contrairement à l'acquéreur, les principaux objectifs du vendeur dans le cadre d'une transaction sont de maximiser le prix de vente, tout en assumant le moins de responsabilités possible suite à sa clôture¹²⁸.

Par ailleurs, cette analyse approfondie sera d'une grande importance en cas d'une éventuelle réclamation par l'acquéreur pour non-atteinte de la performance anticipée par l'entreprise vendue, puisque les conclusions de cette vérification diligente aideront à démontrer le véritable état de l'entreprise avant sa passation dans les mains de l'acheteur.

Ainsi, l'avocat devra notamment s'assurer que son client détient véritablement le droit sur l'objet de la future transaction. Par exemple, lorsque le vendeur tend à se départir de certains actifs, l'avocat devra s'assurer qu'il détient les titres de propriété sur les biens visés, et vérifier l'existence de tous droits ou sûretés pouvant affecter ces derniers. Il ne faut pas oublier que la plupart des problèmes cachés lors de la transaction refont surface après, et sont à l'origine des frustrations, voire des conflits entre les parties¹²⁹. C'est ainsi que la divulgation des renseignements pourrait être perçue comme un jeu de stratégie et de gestion des risques et conséquences envisageables.

¹²⁷ Nous reviendrons sur cette question dans la section III.2.a.

¹²⁸ David Foltyn, « The Two Sides of M&A: Representing Buyers and Sellers », dans Raphael, *supra* note 69, 59 à la p. 63.

¹²⁹ ABA, *supra* note 74 à la p. 183.

L'avocat du vendeur devra par ailleurs aider son client à commencer la préparation des documents essentiels à la vente, y compris ceux visant la vente aux enchères¹³⁰.

Dans la mesure où les discussions n'ont pas été entamées avec un acheteur potentiel ou sont à leur stade « embryonnaire », l'avocat du vendeur devra voir à ce que l'équipe de management de son client, de même que les membres de son conseil d'administration, révisent les conditions d'emploi du personnel, et surtout des employés clés¹³¹. Cette approche vise non seulement à s'assurer que les employés soient protégés contre les décisions de l'acquéreur quant à leur emploi suite à la transaction, mais elle facilitera également la collaboration de ces employés avec le vendeur dans le cadre de la transaction.

De plus, l'avocat devrait réfléchir à la pertinence de mettre en place des mécanismes de protection dans l'éventualité où des acquéreurs hostiles tentent de mettre la main sur l'entreprise. Nous reviendrons sur cette question dans la section III.5 ci-après.

Ajoutons finalement que dans le cadre des fusions d'entreprises, chacune des parties se comportera autant comme vendeur qu'acheteur, ce qui pourrait rendre la transaction plus complexe et donc plus exposée au risque.

¹³⁰ Paul S. Ware, « Developing an Effective Approach to Due Diligence », dans Kraham, *supra* note 75, 43 à la p. 47.

¹³¹ Stephen J. Coukos, « Let's Make a Deal: M&A Processes and Issues », dans Raphael, *supra* note 69, 47 à la p. 54.

II. LA VÉRIFICATION DILIGENTE

Bien que chacune des étapes d'une transaction soit importante, la vérification diligente constitue, d'une certaine manière, le point tournant de celle-ci. Comme nous allons voir, c'est le plus fréquemment à cette étape que les parties décideront de la suite de la transaction.

1. Les buts de la vérification diligente

Frank Fletcher et Keith E. Gottfried décrivent une situation regrettamment commune, dans laquelle le président d'une entreprise, dans la poursuite de la réalisation d'une transaction d'acquisition d'une autre société dans les délais désirés, décline la demande de son avocat interne de former une équipe de travail et de procéder à la vérification diligente de la cible, mentionnant qu'il n'y a pas place « pour des avocasseries » dans cette transaction¹³². Peu après la clôture de la transaction, plusieurs créanciers de l'entreprise acquise se manifestent, revendiquant le paiement de factures n'ayant jamais été comptabilisées dans les livres de la société achetée, alors que d'autres entreprises la poursuivent pour violation de leur propriété intellectuelle. Inutile de mentionner qu'aux yeux du président et de l'opinion publique, le blâme revient à l'avocat.

La morale de cette histoire est de démontrer que la vérification diligente est probablement l'aspect le plus important en vue de la préparation d'une transaction; il s'agit d'un processus d'analyse approfondie de l'état de l'entreprise visée, permettant

¹³² Frank Fletcher et Keith E. Gottfried, « Due Diligence & Your M&A Success Story », *ACC Docket*, n° 29:7 (septembre 2011), 35 à la p. 35 [Fletcher, « Due Diligence »].

notamment d'évaluer la pertinence de la transaction planifiée, du point de vue monétaire, stratégique et commercial, de même que de mieux positionner les parties dans le cadre des négociations¹³³. S'agissant donc d'un processus qui peut faire fonctionner ou échouer la transaction, elle doit être entamée par les parties, tant l'acheteur que le vendeur, avec le maximum d'attention, de sérieux et de réflexion¹³⁴.

La vérification diligente dure généralement entre deux et huit semaines¹³⁵, durant lesquelles l'équipe de l'acheteur évalue notamment la performance financière et opérationnelle de l'entreprise du vendeur en fonction de certains faits financiers, juridiques, économiques, de même que d'autres facteurs spécifiques à l'industrie¹³⁶.

Elle n'est cependant pas limitée aux intérêts de l'acquéreur. En effet, il serait dans le meilleur intérêt du vendeur d'obtenir, par l'entremise de son conseiller juridique ou autrement, le consentement de l'acheteur à une vérification diligente sur ce dernier, dans le but d'accéder à certaines informations non disponibles publiquement¹³⁷. Cette démarche pourrait entre autres aider à valider la capacité de l'acheteur de payer le solde du prix de vente, le cas échéant, ainsi qu'à évaluer les possibilités de synergies advenant la réalisation de la transaction. Cela est d'autant plus pertinent lorsque les parties

¹³³ Voir notamment Curtis G. Carlson, « A Search for Understanding: Due Diligence and the M&A Deal », dans Kraham, *supra* note 75, 7 à la p. 8; Paul S. Ware, « Developing an Effective Approach to Due Diligence », dans Kraham, *supra* note 75, 43 à la p. 44.

¹³⁴ Roddy Bailey, « Obtaining Key Information: Due Diligence Strategies for Today's Business World », dans Kraham, *supra* note 75, 57 à la p. 66; David M. Grinberg, « The Long Arm of Due Diligence Investigation », dans Russ, *supra* note 8, 126 à la p. 127.

¹³⁵ Ce processus peut néanmoins prendre jusqu'à un an et même plus dans certaines transactions complexes. Roddy Bailey, « Obtaining Key Information: Due Diligence Strategies for Today's Business World », dans Kraham, *supra* note 75, 57 à la p. 63; Reed, *supra* note 109 à la p. 387.

¹³⁶ Paul S. Ware, « Developing an Effective Approach to Due Diligence », dans Kraham, *supra* note 75, 43 à la p. 44; Reed, *supra* note 109 à la p. 381.

¹³⁷ Reed, *supra* note 109 à la p. 393.

conviennent qu'une partie du prix d'achat sera payable en capital-actions de l'acquéreur.

Dans cette partie, nous nous concentrerons davantage sur la position de l'acquéreur dans le cadre de la vérification diligente. Cependant, il ne faut aucunement sous-estimer l'importance du rôle du conseiller juridique représentant les intérêts du vendeur dans le cadre de ce processus. En effet, ses conseils relativement à la communication et au sens à donner à certaines informations divulguées pourraient s'avérer cruciaux.

La force de l'équipe du vendeur chargée de la vérification diligente est dans sa capacité de bien présenter les informations de manière à toujours avantager la position du vendeur. Dans les circonstances, l'avocat représentant le vendeur devra non seulement conseiller son client sur la manière de présenter différentes données, mais également d'anticiper la réaction de l'acquéreur afin d'aider le vendeur à préparer une réponse adéquate. Or cela ne serait possible que dans la mesure où le conseiller juridique représentant le vendeur maîtrise les forces et les faiblesses de son client, tant du point de vue stratégique qu'organisationnel et comportemental. À cet égard, nous aimerions rappeler l'importance de la question de la connaissance du client, dont nous avons discuté plus tôt.

2. Les fondements de la vérification diligente

a. La vérification préliminaire

Avant d'entamer le processus formel de vérification diligente, l'avocat doit impérativement procéder à une vérification préliminaire visant à trouver l'information

disponible publiquement sur la partie adverse. Ceci devrait inclure les données publiées dans les registres d'entreprises, l'émission des permis, la propriété intellectuelle enregistrée et les droits publiés, de même que les revues de presse, les données de l'industrie et tous les autres renseignements disponibles pouvant l'aider à cibler les points représentant un risque potentiel ou nécessitant un questionnement supplémentaire¹³⁸. Dans la mesure du possible, il importera également, dans certains cas, d'étudier la réputation des personnes impliquées dans la transaction, de même que celle des membres de la haute direction de l'entreprise de la partie adverse¹³⁹.

L'avocat du vendeur devrait effectuer une vérification minimale sur l'acquéreur afin de valider notamment le statut juridique de son entreprise et ses liens avec les personnes la représentant dans la transaction. Cette analyse permettrait d'éviter des mauvaises surprises, des abus et des conflits éventuels notamment en s'assurant dès le début que les personnes avec qui le vendeur discute possèdent sensiblement l'autorité nécessaire pour représenter l'acquéreur dans les discussions, et idéalement de s'assurer de la capacité de ce dernier à payer le prix demandé.

Quant à l'acquéreur, cette vérification préliminaire permettra à son avocat avant tout de mieux comprendre l'entreprise ciblée par sa cliente, son industrie et ses enjeux¹⁴⁰. Cette vérification préliminaire lui permettra également de mieux adapter la liste de vérification diligente et de mieux préparer son équipe pour le processus formel.

¹³⁸ David M. Grinberg, « The Long Arm of Due Diligence Investigation », dans Russ, *supra* note 8, 126 à la p. 131.

¹³⁹ Christine M. Castellano et Pritesh R. Patel, « Top Ten Considerations in Due Diligence for Developing Countries » (1 juin 2011), en ligne: Association of Corporate Counsel <<http://www.acc.com/legalresources/publications/topten/Due-Diligence-for-Developing-Countries.cfm>>.

¹⁴⁰ Nous reviendrons sur l'importance de cet aspect dans les sections II.3 et II.4 ci-après.

b. Début du processus

D'un point de vue pratique, bien que le contenu vérifié varie d'une industrie et d'un client à l'autre, le cadre de la vérification diligente demeure presque toujours le même. Ainsi, le vendeur se fera remettre par l'acheteur une liste de renseignements et de documents auxquels ce dernier demande d'avoir accès¹⁴¹. Cette liste constitue un outil essentiel à la réussite de la vérification diligente. Non seulement elle représente un moyen simple et clair de communiquer une demande de renseignements, mais il s'agit également d'une façon pour l'équipe de l'acquéreur de s'assurer que les réponses à toutes les questions ont été dûment fournies par le vendeur.

Il existe une grande variété de modèles de listes de vérification diligente disponibles à l'usage. Bien que fréquemment très complètes, ces listes ne sont pas exhaustives; elles devront être révisées et, au besoin, supplémentées par le conseiller juridique, en fonction des besoins spécifiques du client, de l'industrie et de la transaction¹⁴². Non seulement le défaut d'adapter la liste aux besoins particuliers d'une transaction donnée risque-t-il de provoquer une réaction adverse de l'équipe du vendeur, qui peut percevoir les informations demandées peu pertinentes, voire abusives¹⁴³, mais les parties risquent de se pencher sur des points additionnels de peu

¹⁴¹ Reed, *supra* note 109 à la p. 385; Paul S. Ware, « Developing an Effective Approach to Due Diligence », dans Kraham, *supra* note 75, 43 à la p. 45; Roddy Bailey, « Obtaining Key Information: Due Diligence Strategies for Today's Business World », dans Kraham, *supra* note 75, 57 aux pp. 58, 60, 61.

¹⁴² Christopher Boies, « Due Diligence – The Foundation to a Successful Transaction », dans Kraham, *supra* note 75, 69 à la p. 78; David M. Grinberg, « The Long Arm of Due Diligence Investigation », dans Russ, *supra* note 8, 126 à la p. 131; Paul S. Ware, « Developing an Effective Approach to Due Diligence », dans Kraham, *supra* note 75, 43 à la p. 47; Roddy Bailey, « Obtaining Key Information: Due Diligence Strategies for Today's Business World », dans Kraham, *supra* note 75, 57 à la p. 61.

¹⁴³ David M. Grinberg, « The Long Arm of Due Diligence Investigation », dans Russ, *supra* note 8, 126 à la p. 131.

ou d'aucune importance¹⁴⁴, de perdre leur temps en le faisant, et pis encore, de passer à côté d'aspects plus pertinents¹⁴⁵.

La liste de vérification diligente comprendra généralement la demande des renseignements d'ordre juridique (tels les statuts d'incorporation, organigramme corporatif, les ententes principales, la liste de la propriété intellectuelle et la liste des litiges), d'ordre financier (par exemple, les états financiers internes et vérifiés, le cas échéant, les conventions de prêt, de financement et les billets et débentures émises), d'ordre opérationnel, organisationnel (par exemple, la liste principale des clients, des fournisseurs, l'organigramme organisationnel, la liste des employés clés, etc.), ainsi que d'ordre technologique¹⁴⁶. Tel que précédemment mentionné, elle devra également comprendre des demandes spécifiques à la nature de la transaction.

Nous aimerions rappeler, cependant, que les avocats des parties devront demeurer vigilants quant à la nature des demandes et des renseignements dont la divulgation est recherchée. En effet, les renseignements communiqués sont souvent confidentiels et sujets aux ententes de confidentialité entre le vendeur et des tiers, tels ses clients, partenaires et fournisseurs. Dans la mesure où le vendeur ne peut divulguer ces informations directement à l'acquéreur, un mandat pourrait être confié à des

¹⁴⁴ Pensons à l'exemple suivant: à quoi sert de demander la liste des baux du vendeur, alors que la transaction vise l'acquisition des brevets de ce dernier? À contrario, il serait primordial de s'assurer que les employés auteurs des brevets ont cédé leurs droits, titres et intérêts dans les brevets concernés à l'entreprise du vendeur.

¹⁴⁵ Christopher Boies, « Due Diligence – The Foundation to a Successful Transaction », dans Kraham, *supra* note 75, 69 à la p. 78.

¹⁴⁶ David M. Grinberg, « The Long Arm of Due Diligence Investigation », dans Russ, *supra* note 8, 126 à la p. 133; Curtis G. Carlson, « A Search for Understanding: Due Diligence and the M&A Deal », dans Kraham, *supra* note 75, 7 à la p. 8; Reed, *supra* note 109 à la p. 395.

conseillers juridiques indépendants afin de préparer une opinion sur les risques représentés par ceux-ci.

Dans certains cas, les données recherchées peuvent même être assujetties à l'application des lois et règlements particuliers. Pensons, par exemple, aux renseignements personnels des employés ou des clients. Françoise Gilbert rappelle l'importance de s'assurer que l'entreprise du vendeur maintienne à jour et applique une politique en matière de la protection des renseignements personnels dans le cadre des transactions¹⁴⁷. Prenant exemple sur l'affaire Datran Media¹⁴⁸, l'auteure invite les avocats à analyser avec beaucoup de soin les aspects ayant trait à la protection des renseignements personnellement identifiables, à la vie privée et à la sécurité dans le cadre des transactions d'acquisition et de fusion. Ceci devrait notamment inclure une validation des sources des informations détenues par le vendeur, dans le but de s'assurer que les données personnelles en possession de ce dernier n'ont pas été obtenues en violation des normes en la matière, de même que la validation des ententes signées par le vendeur, permettant d'identifier des contrats intervenus en contravention avec certaines lois et règlements.

¹⁴⁷ Françoise Gilbert, « Update your M&A due diligence checklist—or it may cost you a million dollars », *Practical Lawyer*, n° 53:1 (février 2007), 21 à la p. 22.

¹⁴⁸ Entente de règlement à l'amiable entre Datran Media et l'État de New York: « Assurance of Discontinuance » (6 mars 2006), en ligne: Attorney General of the State of New York <[http://www.ag.ny.gov/sites/default/files/press-releases/archived/Datran media.pdf](http://www.ag.ny.gov/sites/default/files/press-releases/archived/Datran%20media.pdf)>. Dans cette affaire, Datran avait acheté certains actifs de la compagnie Gratis Network, plus particulièrement une base de données de la clientèle de cette dernière. Datran avait procédé à la transaction malgré sa connaissance du fait que Gratis annonçait sur son site web que les données personnelles ne feraient pas l'objet d'une divulgation ou d'une vente à des tiers. En 2006, la compagnie Datran Media, une importante société de marketing et de publicité aux États-Unis a dû payer à l'État de New York la somme de 1.1M\$ en règlement d'une poursuite en violation du droit en matière de la protection des renseignements personnels.

Comme dans la plupart des pays industrialisés, au Canada, les renseignements personnels sont protégés par des lois fédérales et provinciales¹⁴⁹, qui interdisent, comme règle générale, leur divulgation sans le consentement des personnes concernées. Les récents développements législatifs au Canada, dont la nouvelle *Loi canadienne anti-pourriel*¹⁵⁰ devant entrer en vigueur le 1 juillet 2014, ainsi que le projet de loi S-4 modifiant certaines dispositions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*¹⁵¹, mettront en place l'un des régimes les plus stricts au monde en matière de protection des renseignements personnels.

Ajoutons finalement que des règlements en matière de sécurité et de protection des renseignements, spécifiques à une industrie donnée, peuvent s'appliquer à l'entreprise du vendeur, telle la norme PCI-DSS¹⁵² pour les entreprises œuvrant dans le domaine du paiement.

¹⁴⁹ Tels la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.R.Q., c. P-39.1 et la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5.

¹⁵⁰ *Loi visant à promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne par la réglementation de certaines pratiques qui découragent l'exercice des activités commerciales par voie électronique et modifiant la Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, la Loi sur la concurrence, la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques et la Loi sur les télécommunications*, L.C. 2010, c. 23, couramment connue comme la nouvelle « Loi canadienne anti-pourriel ».

¹⁵¹ *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5; *Projet de loi S-4, Loi modifiant la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques et une autre loi en conséquence*, 2e session, 41e législature, 2014.

¹⁵² PCI-DSS (*Payment Cards Industry Data Security Standards*) est un standard en matière de sécurité applicable aux entreprises faisant affaires dans l'industrie du paiement. Il a été établi et est géré par le Conseil des standards de sécurité PCI (PCI Security Standards Council), un organisme international formé par les grands réseaux de cartes, dont VISA, MasterCard, Discover, American Express et autres. Pour plus d'information, consulter <https://www.pcisecuritystandards.org>.

c. L'organisation et la planification

Le succès de la vérification diligente est dans la préparation et la planification succinctes de ce processus¹⁵³. C'est ainsi que la liste de vérification diligente doit être établie en collaboration avec tous les intervenants au processus, dont les professionnels en matière de comptabilité, de finances, de technologies, d'opérations, de ressources humaines, et, bien entendu, de l'acquéreur¹⁵⁴. Il importe pour toutes les personnes impliquées de se rappeler que la vérification diligente est un processus très onéreux, notamment en raison du temps consacré par les professionnels à analyser l'information reçue et à préparer un rapport sur les résultats de la vérification et leurs conclusions. Ainsi, avant de rédiger ou d'adapter une liste existante à la transaction donnée, l'avocat devra établir avec son client, l'acquéreur, la portée de la vérification diligente, en fonction des critères précédemment mentionnés¹⁵⁵.

L'avocat devra également discuter avec son client de la présentation de l'éventuel rapport de la vérification diligente. En effet, ce document peut prendre plusieurs formes; selon les besoins et les instructions du client, le rapport peut tant donner une image « à 30 000 pieds d'altitude » que prendre la forme d'une revue minutieuse de tous les aspects vérifiés de l'entreprise du vendeur¹⁵⁶. L'importance de

¹⁵³ Andrew J. Sherman, *Mergers and Acquisitions from A to Z*, 3^e éd., New York, AMACOM / American Management Association, 2011 à la p. 71 [Sherman].

¹⁵⁴ En effet, la collaboration et l'implication de plusieurs personnes sera nécessaire à la réussite de la vérification diligente. Nous reviendrons sur ce sujet un peu plus loin dans ce travail.

¹⁵⁵ Tels les délais disponibles, la tolérance au risque du client et les coûts associés. David M. Grinberg, « The Long Arm of Due Diligence Investigation », dans Russ, *supra* note 8, 126 à la p. 132; Richard Cicchillo Jr., « Domestic and Cross-Border M&A: Unique Diligence Concerns and Solutions », dans Kraham, *supra* note 75, 87 à la p. 104.

¹⁵⁶ David M. Grinberg, « The Long Arm of Due Diligence Investigation », dans Russ, *supra* note 8, 126 à la p. 137.

s'entendre sur la présentation dès le début du processus permettra à l'avocat d'adapter son approche en fonction des exigences du client.

Le rapport de la vérification diligente est un document de haute importance, puisque son but est de résumer les bénéfices et les risques associés à la transaction compte tenu des faits découverts. C'est sur la foi de ce document que l'acquéreur prendra la décision de procéder ou non à la transaction. Très souvent, la rédaction du rapport commencera brièvement après la réception des premières informations du vendeur. Non seulement cette façon de procéder favorise des économies de temps après la vérification, mais elle permet également d'adapter l'approche en fonction des informations reçues et des faits découverts lors de la vérification et des échanges avec la partie adverse¹⁵⁷. Par ailleurs, tout au long de sa rédaction, ce document devrait être échangé entre tous les membres de l'équipe de vérification diligente de l'acheteur. De cette manière, toutes les personnes demeureront à jour quant à la progression de la vérification, et pourront identifier de nouveaux sujets et de nouvelles questions à poser au vendeur. Nous voyons dès cette étape initiale que tant la connaissance de son client que la capacité de rallier tous les membres de l'équipe de vérification diligente joue un rôle crucial dans la réussite de la transaction¹⁵⁸.

La vérification diligente est un processus fluide et dynamique. Il arrivera de temps à autre que le vendeur omette de fournir l'intégralité des réponses aux questions posées par l'acquéreur, alors que d'autres réponses nécessitent des éclaircissements

¹⁵⁷ *Ibid.* à la p. 138.

¹⁵⁸ Nous avons discuté de l'importance d'assurer une saine relation entre l'avocat et son client dans la section I.2.

additionnels¹⁵⁹. L'équipe du vendeur tentera, en effet, de répondre à la demande d'information à la satisfaction de l'acquéreur, tout en s'assurant, dans la mesure du possible, de ne pas divulguer de l'information pouvant nuire aux intérêts du premier. Cette situation est normale puisque le vendeur doit tenter de préserver le plus possible la confidentialité de ses informations jusqu'à la clôture de la transaction, particulièrement celles concernant ses principaux clients et fournisseurs, ses secrets de commerce et sa propriété intellectuelle¹⁶⁰, et ce, malgré toute entente de confidentialité. Comme conséquence, l'avocat de l'acquéreur soumettra une deuxième, voire une troisième demande d'information, en supplémentant chaque fois la liste initiale par des demandes additionnelles découlant des réponses déjà reçues. Bref, tout au long du processus, la liste de vérification diligente devra faire l'objet de révisions et de mises à jour régulières par l'équipe de l'acquéreur afin de refléter les nouveaux faits et données découverts lors de la vérification¹⁶¹.

On prend bien ici la mesure de l'influence de la qualité de la relation entre les parties à une transaction sur le processus de vérification diligente. Pensons à deux concurrents qui envisagent de fusionner leur entreprise. Ce type de transaction vise souvent un objectif stratégique. Dans un tel contexte, la vérification diligente servira principalement à confirmer les suppositions et à vérifier les craintes existantes relativement à l'autre partie, puisque les entreprises tendent à connaître leurs concurrents. À contrario, dans le cadre de l'acquisition d'une entreprise par une

¹⁵⁹ David M. Grinberg, « The Long Arm of Due Diligence Investigation », dans Russ, *supra* note 8, 126 à la p. 137.

¹⁶⁰ Roddy Bailey, « Obtaining Key Information: Due Diligence Strategies for Today's Business World », dans Kraham, *supra* note 75, 57 à la p. 62.

¹⁶¹ Reed, *supra* note 109 à la p. 383.

société du type « private equity », cette dernière visera principalement à valider l'atteinte ou non des bénéfices avant impôt, intérêts et amortissement (BAIIA) par la cible, de même que la solidité et la qualité de son flux de trésorerie, restant souvent relativement indifférente quant au modèle d'affaires de celle-ci¹⁶².

d. Les tendances des dernières années

Les récentes années ont été marquées par une forte tendance vers l'analyse de la performance financière de l'entreprise cible et des risques afférents¹⁶³. On remarque cependant que la portée de la vérification diligente variera en fonction de la structure anticipée de la transaction, de même que du partage des responsabilités entre les parties après la clôture de la transaction¹⁶⁴.

Tel que précédemment mentionné, le processus de la vérification diligente sera grandement influencé par le niveau de tolérance au risque par l'acheteur. À cet effet, les acheteurs vont souvent préférer l'acquisition des actifs du vendeur afin de réduire le plus possible les risques rattachés au passé de l'entreprise cible¹⁶⁵. Parallèlement, des représentations et garanties du vendeur dans l'entente finale peuvent également alléger la portée des obligations de l'acheteur après la transaction, qu'il s'agisse d'une acquisition d'actifs ou d'actions¹⁶⁶.

¹⁶² Roddy Bailey, « Obtaining Key Information: Due Diligence Strategies for Today's Business World », dans Kraham, *supra* note 75, 57 à la p. 64.

¹⁶³ Curtis G. Carlson, « A Search for Understanding: Due Diligence and the M&A Deal », dans Kraham, *supra* note 75, 7 à la p. 9; Roddy Bailey, « Obtaining Key Information: Due Diligence Strategies for Today's Business World », dans Kraham, *supra* note 75, 57 à la p. 59.

¹⁶⁴ Curtis G. Carlson, « A Search for Understanding: Due Diligence and the M&A Deal », dans Kraham, *supra* note 75, 7 à la p. 10.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ Nous avons déjà comparé sommairement les principaux modèles des transactions dans la section I.2.a ci-dessus, et nous reviendrons sur l'analyse des représentations et garanties dans la section III.2.a du présent travail.

La dernière décennie a été marquée par une utilisation accrue des technologies de l'information. Cette approche a également eu un impact important sur le processus de vérification diligente. Dans le but d'économiser du temps et de l'argent, de plus en plus d'entreprises se fient à des systèmes informatisés de partage de données, tels les *Virtual Data Rooms* (ou *VDR*)¹⁶⁷. En plus de procurer des économies substantielles, ces systèmes permettent, entre autres, un contrôle additionnel du partage des informations communiquées, par le biais d'une surveillance et d'une limitation d'accès aux données en fonction des besoins particuliers de chaque usager. Ainsi, le vendeur pourrait octroyer des accès différents à tous les intervenants, en fonction de leur rôle dans la transaction. À titre d'exemple, seules l'équipe de revue des ressources humaines et l'équipe juridique auront accès aux contrats de travail des employés de l'entreprise cible, alors que seule l'équipe de fiscalité et de comptabilité pourra accéder à ses états financiers.

Fréquemment, ces systèmes permettront au vendeur d'accéder aux statistiques sur l'usage des informations fournies, de restreindre l'impression ou la sauvegarde des documents, le tout dans le seul but de maintenir le contrôle sur ses renseignements confidentiels¹⁶⁸. En effet, l'une des préoccupations principales des vendeurs est de contrer la dissémination excessive de leurs renseignements confidentiels¹⁶⁹. Par

¹⁶⁷ Paul S. Ware, « Developing an Effective Approach to Due Diligence », dans Kraham, *supra* note 75, 43 à la p. 51; Roddy Bailey, « Obtaining Key Information: Due Diligence Strategies for Today's Business World », dans Kraham, *supra* note 75, 57 à la p. 60; Richard Cicchillo Jr., « Domestic and Cross-Border M&A: Unique Diligence Concerns and Solutions », dans Kraham, *supra* note 75, 87 à la p. 97.

¹⁶⁸ Richard Cicchillo Jr., « Domestic and Cross-Border M&A: Unique Diligence Concerns and Solutions », dans Kraham, *supra* note 75, 87 à la p. 97.

¹⁶⁹ ABA, *supra* note 74 à la p. 181. Nous avons discuté des ententes de confidentialité dans la section I.2.c.

ailleurs, l'usage de tels systèmes permettra aux parties de mitiger le risque de divulgation de l'anticipation d'une transaction aux employés des parties¹⁷⁰.

Peu importe la solution, nous tenons à attirer l'attention particulière des parties aux garanties de sécurité fournies par le fournisseur du service. Le risque de fuite des renseignements confidentiels est accru alors que ce type de communication fait intervenir un tiers (le fournisseur de services en ligne). Avant de retenir un tel service, il importe de bien comprendre de quelle façon les données seront gérées et protégées par le fournisseur¹⁷¹. Ainsi, les personnes ayant des compétences en matière de sécurité doivent analyser la solution retenue, de même que les standards, les pratiques et les procédures du fournisseur¹⁷². Il existe un grand nombre de certifications en matière de protection de renseignements¹⁷³. Avant de retenir les services d'un fournisseur pour une solution VDR, il importera de s'assurer que celui-ci détient au moins une de ces certifications. Par ailleurs, ces standards devront faire l'objet d'audits réguliers par les vérificateurs accrédités, souvent les firmes comptables¹⁷⁴.

De plus, avant de retenir une telle solution, l'avocat du vendeur devra s'assurer que le fournisseur s'engage à indemniser le vendeur – la partie qui divulgue ses données – contre toute fuite d'information, par exemple en cas de *hacking* des systèmes du

¹⁷⁰ Richard Cicchillo Jr., « Domestic and Cross-Border M&A: Unique Diligence Concerns and Solutions », dans Kraham, *supra* note 75, 87 à la p. 98.

¹⁷¹ Par exemple, il faudra être conscient que les données hébergées aux États-Unis pourraient être accessibles aux autorités en vertu de l'*USA Patriot Act (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001*, Pub. L. 107-56, 115 Stat. 272 (2001)).

¹⁷² H. Ward Classen et Walter S. Delacruz, « Legal Considerations in Migrating to the Cloud », *ACC Docket*, n° 29:10 (décembre 2011), 34 à la p. 42.

¹⁷³ Tels SSAE/16, SAS 70, CICA 5025 ou PCI-DSS.

¹⁷⁴ Ceci est dû au fait que certaines certifications couramment recherchées, telles que la CICA 5025, CICA 5790 ou SAS 70, sont souvent chapeautées par les règlements comptables.

fournisseur¹⁷⁵. Parallèlement, tout comme dans le cas des autres fournisseurs, il serait pertinent de s'assurer, dans la mesure du possible, de la solvabilité de celui-ci¹⁷⁶. Finalement, il importera de valider que le fournisseur possède un plan de continuité d'affaires notamment dans l'éventualité d'une panne, afin de ne pas affecter la transaction entre les parties¹⁷⁷.

Une brève recherche des solutions disponibles à l'aide des moteurs de recherche en ligne, tels Google, Bing ou Yahoo, dévoilera une large variété de systèmes de partage d'informations offerts aux entreprises¹⁷⁸. Bien entendu, il appartient à la partie intéressée d'effectuer les recherches afin de trouver la solution convenable.

La vérification diligente ne doit cependant pas être conduite exclusivement de façon électronique, soit par le biais d'accès aux informations publiées dans un tel système informatisé de partage de données. La communication directe avec les représentants du vendeur est d'autant plus importante, puisqu'elle permet d'obtenir l'opinion des personnes directement impliquées dans le « quotidien » de l'entreprise¹⁷⁹. La communication notamment avec les hauts responsables du vendeur pourrait soulever des indices quant à la vitalité et à l'avantage compétitif de son entreprise, de même que quant aux problèmes à anticiper, telle l'existence de certaines pratiques

¹⁷⁵ *Supra* note 172 à la p. 46.

¹⁷⁶ Aimee Kraschinsky, « Top Ten Things You Should Know Before Entering Into a Cloud Computing Agreement » (1 décembre 2011), en ligne: Association of Corporate Counsel <<http://www.acc.com/legalresources/publications/topten/tyskbecca.cfm>>.

¹⁷⁷ *Supra* note 172 à la p. 46.

¹⁷⁸ Recherches effectuées entre le 10 et le 15 novembre 2011 sur les sites web Google Canada <<http://www.google.ca>> Bing Canada <<http://www.bing.ca>> et Yahoo! Canada <<http://www.yahoo.ca>>, à l'aide des mots clés suivants: « Virtual Data Room » et « Secure Online Data Share ».

¹⁷⁹ Paul S. Ware, « Developing an Effective Approach to Due Diligence », dans Kraham, *supra* note 75, 43 à la p. 51.

illicites. Or cela serait impossible si les échanges étaient limités à ces systèmes de communication de l'information.

3. Réussir la vérification diligente

Malgré l'existence de plusieurs listes de vérification diligente et de directives quant à l'approche à adopter au moment de procéder à cette vérification, il n'existe pas de manuel préétabli quant à la gestion du processus comme tel.

a. L'équipe de vérification diligente

Nous avons déjà mentionné que certains aspects des transactions d'acquisition ou de fusion, et tout particulièrement le processus de la vérification diligente, nécessitent l'implication de plusieurs professionnels ayant des connaissances nécessaires à la réalisation de cette transaction. En effet, bien qu'au fil des années les aspects de la vérification diligente pré-transactionnelle n'aient pas changé substantiellement, l'apparition de nouvelles industries a provoqué la nécessité d'impliquer de plus en plus de spécialistes; après tout, l'analyse des risques se fait sur la base de l'expérience des membres de la vérification diligente¹⁸⁰.

En l'absence d'expérience spécifique, l'acquéreur et son équipe doivent faire preuve de grande réflexion et de créativité, afin de déterminer adéquatement quels aspects des opérations de l'entreprise cible méritent une attention particulière¹⁸¹. Le

¹⁸⁰ Peter J. Barrett, Bruce W. Raphael et Jennifer N. Oswitt, « Structuring, Negotiating, and Consummating an M&A Transaction », dans Raphael, *supra* note 69, 17 à la p. 27; Curtis G. Carlson, « A Search for Understanding: Due Diligence and the M&A Deal », dans Kraham, *supra* note 75, 7 à la p. 9.

¹⁸¹ Curtis G. Carlson, « A Search for Understanding: Due Diligence and the M&A Deal », dans Kraham, *supra* note 75, 7 à la p. 10.

rôle de l'avocat représentant l'acquéreur est de s'assurer que son client bénéficie des professionnels nécessaires pour réussir la vérification diligente et la transaction¹⁸². Si l'équipe de gestion de l'acquéreur n'est pas en mesure d'évaluer correctement les besoins de son entreprise dans le cadre de cette transaction, sa capacité d'intégrer l'entreprise du vendeur sera fortement atténuée¹⁸³. Par ailleurs, en fonction des besoins de la transaction, l'implication des professionnels avec des connaissances spécialisées pourrait s'avérer nécessaire. À titre d'exemple, la même transaction peut exiger la présence tant d'un conseiller juridique œuvrant en droit du travail, que d'un avocat commercial et corporatif, et d'un autre en propriété intellectuelle¹⁸⁴.

L'un des principaux problèmes à l'origine des vérifications diligentes déficientes est le manque de planification, d'organisation et de coordination dès le début du processus. La discipline, la ponctualité et la disponibilité des membres d'une équipe bien organisée constituent la clé du succès de la vérification diligente. C'est ainsi que la désignation d'un gestionnaire de projet peut s'avérer hautement bénéfique pour une gestion plus saine du processus¹⁸⁵.

Typiquement, ce rôle est assumé par l'avocat, souvent externe, représentant les intérêts de l'acquéreur¹⁸⁶. Plus particulièrement, l'avocat impliqué dans la transaction doit s'assurer que chaque spécialiste membre de l'équipe de la revue

¹⁸² Levinson, *supra* note 105.

¹⁸³ Nous discuterons davantage du processus d'intégration dans la section III.1.

¹⁸⁴ Christopher Boies, « Due Diligence – The Foundation to a Successful Transaction », dans Kraham, *supra* note 75, 69 à la p. 77; Levinson, *supra* note 105.

¹⁸⁵ Paul S. Ware, « Developing an Effective Approach to Due Diligence », dans Kraham, *supra* note 75, 43 à la p. 53; Christopher Boies, « Due Diligence – The Foundation to a Successful Transaction », dans Kraham, *supra* note 75, 69 à la p. 76.

¹⁸⁶ Reed, *supra* note 109 à la p. 384. Tel que déjà mentionné, cela pourrait être attribué autant au manque de temps ou de connaissances à l'interne, que pour les fins de gestion du risque.

diligente se voit assigner des responsabilités claires, précises et adaptées à ses connaissances, et ce le plus rapidement possible¹⁸⁷.

Idéalement, une réunion de l'équipe chargée de la vérification diligente sera organisée par le conseiller juridique, lors de laquelle chacune des personnes impliquées sera informée des étapes à venir, des priorités, des particularités de la transaction, de même que du rôle de chacune d'elles dans celle-ci¹⁸⁸. À cet égard, le travail des avocats transactionnels pourrait être comparé à celui d'un chef d'orchestre¹⁸⁹: tout comme ce dernier amène plusieurs musiciens à jouer la même pièce, l'avocat doit savoir coordonner plusieurs intervenants, tant externes qu'internes, à travailler ensemble pour atteindre les objectifs du client.

Cependant le travail de l'avocat ne s'arrête certainement pas à ce stade. Non seulement doit-il savoir « diriger l'orchestre », mais il doit aussi être en mesure d'exiger que chaque membre de son équipe fasse le travail auquel on s'attend de lui et de le motiver en conséquence. Ceci ne se limite pas aux consultants externes; l'implication de la haute direction et de certains autres représentants internes de l'acquéreur est essentielle à la réussite de la vérification diligente et, donc, de la transaction.

b. Établir les priorités

Nous avons déjà mentionné que l'avocat doit aussi savoir prioriser les aspects de la vérification diligente en fonction des besoins particuliers du client et de

¹⁸⁷ Reed, *ibid.*; Paul S. Ware, « Developing an Effective Approach to Due Diligence », dans Kraham, *supra* note 75, 43 à la p. 53.

¹⁸⁸ Hal N. Schwartz, « M&A Basics for the Real World », dans Raphael, *supra* note 69, 7 à la p. 11.

¹⁸⁹ Laurence Niosi, « Plus large, plus ardu, plus loin » (3 novembre 2013), en ligne: La Presse <<http://affaires.lapresse.ca/portfolio/droit-des-affaires/201311/13/01-4710167-plus-large-plus-ardu-plus-loin.php>>.

l'industrie. Ceci est d'autant plus important lorsque le temps constitue un facteur plus important que d'habitude, par exemple, une période d'exclusivité dans un contexte hautement compétitif. En effet, il arrive souvent que le vendeur octroie à l'acheteur une période d'exclusivité, permettant à ce dernier de procéder à la vérification diligente et de conclure une entente finale d'acquisition ou de fusion, sans que le vendeur puisse solliciter d'autres offres similaires¹⁹⁰. Cette exclusivité peut témoigner d'une bonne relation entre les parties, particulièrement dans un contexte où l'entreprise du vendeur est une cible d'acquisition pour plusieurs acheteurs. Dans les circonstances, il est d'autant plus important pour l'acquéreur de bénéficier de cette « période de grâce ». Ainsi, l'avocat supervisant le processus devra faire preuve d'un grand esprit d'organisation et de rigueur dans ses démarches, en assumant en parallèle son rôle de « chef d'orchestre ».

c. Entre la confiance et la diligence

Un autre point important à considérer pour tout avocat impliqué dans une transaction d'acquisition ou de fusion est de ne jamais prendre la parole de la contrepartie pour un fait avéré¹⁹¹. Le but n'est aucunement de remettre en question la bonne foi et l'honnêteté des personnes impliquées dans ce type de transactions, mais plutôt d'amener les conseillers juridiques à faire preuve de jugement critique et de diligence, en tant que professionnels représentant les intérêts de leur client. Il est donc

¹⁹⁰ Comme règle générale, une telle stipulation est négociée au stade de la conclusion de la lettre d'intention ou du protocole d'entente. Notons que l'obligation d'exclusivité peut être bilatérale; le vendeur ne pourra solliciter d'autres offres d'achat, et l'acquéreur ne pourra approcher des entreprises concurrentes au vendeur durant la période d'exclusivité. Par ailleurs, la période d'exclusivité peut être différente pour l'acheteur et le vendeur.

¹⁹¹ *Supra* note 147; Roddy Bailey, « Obtaining Key Information: Due Diligence Strategies for Today's Business World », dans Kraham, *supra* note 75, 57 à la p. 65.

du ressort de l'avocat de l'acheteur de s'assurer que le vendeur comprenne que son client prend ce processus au sérieux, qu'il effectuera sa vérification avec diligence, qu'il soulèvera les points méritant une attention particulière et effectuera des suivis appropriés, passant ainsi le message que les équipes des deux parties devront communiquer tout au long du processus, et même après¹⁹².

De son côté, le vendeur doit s'assurer que les renseignements demandés soient communiqués de façon diligente, structurée et dans des délais raisonnables. Cette situation rappelle le vieux proverbe : « on n'a jamais le luxe de faire une première impression une deuxième fois ».

De manière générale, l'acheteur doit s'assurer que le vendeur n'ait pas l'impression d'être en conflit avec l'équipe de vérification diligente de l'acheteur, alors que le vendeur doit démontrer une certaine ouverture à partager les informations, manifestant ainsi sa confiance envers l'acheteur.

d. Le seuil de matérialité

Tel que précédemment mentionné, l'équipe de l'acquéreur demandera, dans la plupart des cas, à l'entreprise cible de lui fournir la liste ou la copie des ententes, des litiges, des fournisseurs, des clients, etc. Cependant, ces listes sont souvent longues, et leur analyse exige beaucoup de temps. Dans le but de limiter les coûts additionnels et de sauver du temps, il n'est pas rare de voir l'acquéreur limiter la portée de sa demande à la liste des « principaux » contrats, litiges, fournisseurs ou clients. Dans la pratique,

¹⁹² Warren J. Casey, « Common Sense in Acquisitions », dans Raphael, *supra* note 69, 35 à la p. 37; Roddy Bailey, « Obtaining Key Information: Due Diligence Strategies for Today's Business World », dans Kraham, *supra* note 75, 57 à la p. 65.

on réfère plus communément à la liste des contrats, litiges, fournisseurs ou clients dits « matériels ».

Bien entendu, cette approche augmente le risque rattaché à la vérification diligente et donc à la transaction, puisque l'acquéreur basera son analyse sur un échantillon des données qui lui sera divulgué plutôt que sur l'ensemble des faits. À cet égard, un seuil de matérialité devra être établi par l'acquéreur dans sa demande.

Ce seuil de matérialité variera en fonction de plusieurs facteurs, propres tant à l'acquéreur qu'à la transaction visée ou au prix d'achat¹⁹³, et toujours dans les limites de la tolérance au risque de l'acquéreur. Par exemple, dans le cadre d'une transaction de 300 000 000\$, l'acquéreur pourrait juger peu pertinent de demander la divulgation des litiges dont le montant en jeu est inférieur à 100 000\$. Cependant, malgré que le seuil de matérialité soit établi, nous croyons que le conseiller juridique de l'acquéreur devrait au moins demander un bref sommaire de tous les litiges potentiels ou en cours, comprenant notamment la nature des procédures, le nom et l'adresse des parties, la défense possible, la couverture par une police d'assurance, le cas échéant¹⁹⁴. Cela est d'autant plus important lorsque le montant en jeu ne représente pas la véritable valeur du litige, par exemple lorsque l'image de l'entreprise dans les yeux du public est en jeu. De plus, un seuil de matérialité différent devra être établi pour chaque demande d'information. Dans notre exemple, ayant établi le seuil de matérialité à 100 000\$ pour les dossiers de litiges, l'acquéreur pourrait bien choisir de fixer la limite minimale de matérialité pour les ententes commerciales à 25 000\$ en revenu annuel brut et décider

¹⁹³ Reed, *supra* note 109 à la p. 401.

¹⁹⁴ *Ibid.*

ainsi que les ententes correspondant à ce critère lui soient divulguées par le vendeur dans le cadre de la vérification diligente.

Cependant, la matérialité des ententes commerciales pourrait être mesurée non pas sur la base des revenus générés par celles-ci, mais sur les avantages stratégiques ou les risques qu'elles pourraient potentiellement représenter. L'établissement des bons seuils de matérialité s'avérera un exercice fort important pour l'acquéreur et pour la transaction, et l'implication de l'avocat dans cette démarche est d'autant plus importante. Rappelons que le rôle de l'avocat de l'acquéreur est notamment de bien identifier les risques commerciaux et légaux, y compris ceux provenant de ces ententes¹⁹⁵.

e. L'analyse de certains risques particuliers

Fréquemment, ce qui importe à l'acquéreur est de s'assurer que les ententes principales demeureront en vigueur après la transaction. Il importera dans ces cas d'établir notamment la portée de la responsabilité de l'acquéreur advenant la prise en charge de ces ententes par ce dernier suivant la réussite de la transaction. Ainsi, en plus de devoir comprendre la nature de chaque entente, l'avocat devra examiner la portée de certains termes généraux de chacune d'elles. Par exemple, pour une entreprise faisant affaire dans un marché hautement compétitif, signer des ententes de très courte durée pourrait signifier que les clients du vendeur pourraient décider d'abandonner ses services et de choisir la compétition, plutôt que de les renouveler.

Par ailleurs, si l'entreprise fait l'objet d'une réclamation en responsabilité civile, y a-t-il une limitation à sa responsabilité monétaire pour l'ensemble des

¹⁹⁵ *Ibid.* à la p. 443.

dommages pouvant naître de ses produits ou services? Si oui, est-ce que la couverture de l'assurance-responsabilité commerciale est suffisante pour pallier la poursuite? Combien de poursuites de ce type pourraient être couvertes par l'assureur, épargnant ainsi les liquidités de l'entreprise? Est-ce qu'un consentement de la contrepartie est requis pour la cession de l'entente? Qu'en est-il dans le cas d'un changement de contrôle¹⁹⁶? Ce ne sont là que quelques exemples de questions qu'à notre avis l'avocat de l'acquéreur devrait se poser dans le cadre de son analyse des ententes commerciales du vendeur.

Par ailleurs, les dispositions relatives au droit de la propriété intellectuelle et des obligations d'entiercement constituent également des points vitaux pour l'analyse des risques liés aux ententes commerciales. Ceci est le plus souvent le cas des entreprises de technologies d'information (TI). Pensons à l'exemple suivant: l'entreprise « A », une PME peu connue sur le marché, tend à commercialiser son seul produit, un logiciel de gestion d'inventaire sur le web. L'entreprise « B » s'intéresse à cette solution innovatrice, considérant qu'elle répondrait parfaitement aux besoins de son unité de vente à la clientèle. Cependant, puisque ce logiciel serait destiné principalement à l'usage des clients de « B », cette dernière exige que l'interface du logiciel ne contienne aucune référence à l'entreprise « A », de même qu'il soit adapté aux standards de marques de commerce propres à « B ». Par ailleurs, elle impose comme deuxième condition que « A » rende son logiciel capable d'échanger des

¹⁹⁶ Généralement, on réfère au changement de contrôle d'une entreprise lorsque celle-ci vend la majorité de ses actions à un tiers. Cependant, il arrive dans certains cas que les parties conviennent, dans le cadre d'une entente, d'assimiler au changement de contrôle la vente d'une portion substantielle des actifs de l'entreprise, ou encore la cession de certains contrats particuliers.

données avec un logiciel commercial très populaire utilisé pour la gestion de l'inventaire et des commandes à l'interne, une situation courante dans la pratique.

Supposons que quelques mois après la signature de l'entente de licence, l'entreprise « A » reçoit une offre d'achat de l'entreprise « C ». L'avocat de « C » se devra de vérifier la portée de l'entente de licence signée entre « A » et « B ». Une analyse adéquate soulèvera quelques points méritant une réflexion additionnelle. Premièrement, le fait de ne pas afficher la marque de commerce de « A » sur l'interface de son logiciel diminue potentiellement la notoriété de cette marque, et conséquemment, sa valeur. Dans la mesure où toutes les licences de « A » sont identiques à celle octroyée à « B », est-ce que ceci pourrait avoir un impact sur le prix de la transaction? Deuxièmement, le développement supplémentaire exigé par « B » afin de rendre le logiciel de « A » compatible avec une autre solution populaire constitue une valeur ajoutée au logiciel. Cependant, que prévoit l'entente de licence quant à l'appartenance du droit de propriété intellectuelle sur cette mise à niveau? Dans la mesure où « B » a payé à « A » des frais professionnels pour le développement de cette mise à niveau, est-ce que « B » retient le droit de propriété exclusif sur cet ajout? Ce droit appartient-il conjointement aux deux entreprises? Ou « A » est-elle le propriétaire unique de cette technologie? Dans la mesure où « B » est propriétaire exclusif ou conjoint de la propriété intellectuelle, est-ce que « A » bénéficie d'une licence d'usage ou de commercialisation de cette mise à jour? Si oui, est-ce que des redevances doivent être payées par « A » à « B » sur chaque vente de la mise à niveau à d'autres clients? Nous voyons que l'avocat de l'acquéreur devra proprement évaluer chacune de ces questions en fonction de leur impact potentiel sur la transaction.

Poursuivons avec notre exemple. « B », visant la plus grande stabilité dans ses opérations, exige des garanties quant à la disponibilité du logiciel à long terme¹⁹⁷. À cet égard, une entente d'entiercement intervient entre « A », « B » et « D », l'agent d'entiercement. Dans un tel contexte, il devient essentiel à l'avocat de l'acquéreur « C » de bien comprendre non seulement le contenu détenu par l'agent d'entiercement, mais surtout les termes et conditions de sa divulgation potentielle, et les risques y associés. Dans notre exemple, l'actif principal de « A » est le droit de propriété intellectuelle sur le logiciel. Il est donc raisonnable de supposer que la divulgation de la technologie derrière celui-ci¹⁹⁸ risque d'occasionner une perte importante de la valeur de « A ». Il importe d'ajouter que, dans la pratique, l'une des conditions utilisées par les entreprises est la divulgation du contenu advenant la vente de l'entreprise ou une partie substantielle des actifs de celle-ci.

C'est ainsi que l'avocat de « C » devra impérativement valider si « A » est, a été, ou croit être en défaut face à « B », pouvant ainsi déclencher le processus de divulgation de la technologie. Le cas échéant, toute divulgation existante devra être

¹⁹⁷ Cette position est très fréquente particulièrement dans le contexte des ententes de services retenus par les grandes entreprises. L'une des façons répandues de pallier cette situation est pour les parties de retenir les services d'un tiers, l'agent d'entiercement (« *Escrow Agent* »), dont le rôle sera de préserver une copie de la technologie, de même qu'une description détaillée de son usage, durant une période de temps déterminée, fréquemment, la durée du contrat entre les parties. Par une entente d'entiercement, le plus souvent parallèle à l'entente entre les parties (en raison de l'intervention de l'agent d'entiercement à celle-ci), les parties conviendront mutuellement des événements dont l'arrivée déclenchera le processus de divulgation du contenu détenu par l'agent d'entiercement au client du propriétaire de ce contenu. Cette approche permet à ce dernier de préserver la confidentialité de ses technologies et de son savoir-faire, dans la mesure où il respecte ses engagements contractuels, alors que la contrepartie bénéficie d'une assurance de continuité d'affaires. Pour plus d'information, voir notamment Gene K. Landy et Amy J. Mastrobattista, *The IT/Digital Legal Companion*, Burlington (MA), Syngress, 2008; Laura Plimpton, *Business Contracts*, Madisson, Entrepreneur Magazine, 2007.

¹⁹⁸ Fréquemment, dans les ententes d'entiercement, les parties prévoient que toute divulgation potentielle du contenu entiercé devra demeurer assujettie aux obligations de confidentialité entre les parties, et le bénéficiaire de la divulgation ne pourra utiliser le contenu obtenu pour les fins autres que pour assurer la continuité d'affaires de son entreprise.

analysée en profondeur, afin d'établir ses impacts sur l'entreprise du vendeur, sur ses opérations, sa stratégie, et principalement sa valeur. Des représentations et garanties appropriées devront être ajoutées à cet égard à la convention finale entre les parties.

Il importera également de s'assurer que l'entreprise visée soit en conformité avec la réglementation en matière d'import et d'export, dans la mesure où celle-ci importe ou exporte la marchandise. Il se peut que la société cible n'ait pas comptabilisé dans ses livres certains frais à venir, tels des redevances, des droits d'import/export, des intérêts, des pénalités, voire des droits de douane anti-dumping compensateurs. Notons que dans les cas extrêmes, les autorités peuvent même suspendre les importations ou exportations de l'entreprise visée, provoquant ainsi des conséquences potentiellement désastreuses pour les opérations de cette dernière. L'acquéreur devra non seulement s'assurer que l'entreprise visée détient tous les permis et autorisations nécessaires à cet égard, mais aussi qu'elle se conforme aux procédures prescrites dans le cadre de ses opérations. En effet, les emplois du personnel responsable des opérations seront souvent transférés dans la nouvelle entreprise, faisant en sorte que les anciennes pratiques pourront subsister après la transaction. Il appartiendra donc à l'acquéreur de s'assurer que les procédures suivies sont en conformité avec la réglementation applicable, mais aussi avec les pratiques de l'entreprise de l'acheteur. De toute manière, des représentations et garanties adéquates devront être négociées et incluses dans l'entente finale afin de bien protéger l'acquéreur des omissions du vendeur.

Les points soulevés dans cette section ne sont que la pointe de l'iceberg dans le cadre d'une vérification diligente; ils ne visent qu'à illustrer très sommairement certains aspects de ce processus. Bien que notre exemple ait touché des entreprises de

technologies d'information, chaque industrie présente ses enjeux particuliers devant être proprement compris, analysés et interprétés par l'avocat responsable du dossier.

f. La gestion du temps

Le temps est un autre facteur essentiel dans une transaction. Revenons à l'histoire relatée plus tôt, où l'avocat, sous la pression du président de l'entreprise, avait dangereusement limité la portée de la vérification diligente afin de rencontrer les contraintes temporelles imposées par ce dernier. En effet, dans la plupart des transactions, l'avocat de l'acquéreur sera soumis à une constante pression de la part du client, exigeant que la vérification diligente prenne moins de temps¹⁹⁹. Dans un contexte d'affaires, ce processus nécessite non pas de choisir entre le temps et la portée de la vérification, mais plutôt d'atteindre un équilibre entre les deux²⁰⁰.

Nous avons déjà couvert la question de l'importance pour l'avocat de comprendre l'entreprise et les motivations de son client. Cependant, la compréhension et la connaissance de celles de la partie adverse est d'autant plus importante²⁰¹. Tel que précédemment mentionné, la connaissance de l'entreprise du vendeur pourrait permettre au conseiller juridique de l'acquéreur de mieux orienter le questionnement lors de la vérification diligente, épargnant ainsi le temps et l'argent de son client, mais aussi de préparer sa stratégie de négociations de façon appropriée.

¹⁹⁹ Paul S. Ware, « Developing an Effective Approach to Due Diligence », dans Kraham, *supra* note 75, 43 à la p. 50.

²⁰⁰ Levinson, *supra* note 105.

²⁰¹ Nous reviendrons sur cette question un peu plus loin.

Lorsque les parties sont flexibles sur le temps, elles auront tendance à laisser la transaction suivre son cours²⁰². Cependant, généralement, il est dans le meilleur intérêt des parties d'accélérer le processus. Non seulement cela permet de procéder à la transaction rapidement et d'éviter des imprévus (tels l'apparition d'autres offres d'achat/vente et changements économiques), mais une courte vérification diligente minimise normalement son impact sur les opérations du vendeur et les dépenses des parties sur les frais courants. La plus importante utilité de l'accélération de la vérification diligente pour l'acquéreur est qu'il puisse rapidement évaluer la pertinence de la transaction, sa structure, ses termes et conditions et surtout le prix d'achat²⁰³, devant tous être pris en considération pour la gestion de sa propre entreprise. Notons par ailleurs que la limitation du temps de façon globale pourrait également pousser les parties à opter pour l'acquisition des actifs, plutôt que de procéder à une acquisition d'actions ou à la fusion²⁰⁴.

Finalement, il est raisonnable de s'attendre à ce que certaines formalités soient remplies pour la finalisation de la transaction. Nous nous référons ici notamment à l'obtention de certains consentements à la cession des ententes, à l'obtention des autorisations des institutions réglementaires ou financières, le cas échéant. Par ailleurs, dans certains cas, des délais réglementaires devront être respectés avant la clôture de la transaction²⁰⁵. C'est ainsi qu'une planification préalable de ces événements pourrait

²⁰² Warren J. Casey, « Common Sense in Acquisitions », dans Raphael, *supra* note 69, 35 à la p. 40.

²⁰³ Reed, *supra* note 109 à la p. 387.

²⁰⁴ ABA, *supra* note 74 à la p. 157.

²⁰⁵ Roddy Bailey, « Obtaining Key Information: Due Diligence Strategies for Today's Business World », dans Kraham, *supra* note 75, 57 à la p. 63.

grandement contribuer à accélérer la clôture de la transaction et l'intégration de l'entreprise du vendeur ou de ses actifs²⁰⁶.

Dans les situations où la transaction doit être complétée selon un échéancier serré, l'avocat de l'acquéreur ne bénéficiera pas toujours de la possibilité de « bombarder » le vendeur d'une multitude de questions et de s'attendre à avoir ses réponses dans le temps opportun²⁰⁷. Il importera donc de s'assurer que les réponses aux demandes principales soient priorisées par le vendeur. De plus, un membre de l'équipe de vérification diligente devra effectuer des suivis relativement aux demandes soumises au vendeur (qu'elles fassent partie ou non de la liste de vérification diligente).

4. L'analyse de l'information

Un sondage réalisé auprès d'environ 250 hauts dirigeants impliqués dans les transactions d'acquisition et de fusion a mis en lumière des révélations choquantes²⁰⁸ : 50% des répondants ont confirmé avoir omis de constater des problèmes majeurs lors de la vérification diligente. Le même nombre a constaté que l'entreprise cible avait été « ajustée » pour mieux paraître lors de ce processus, alors que deux tiers des répondants ont reconnu que leurs vérifications diligentes surévaluent régulièrement les possibilités de synergies avec l'entreprise cible. L'analyse adéquate et approfondie des informations obtenues suite à la vérification diligente permettra à la partie qui l'a effectuée de se faire une idée plus complète de ce qu'elle s'engage à acheter ou à qui

²⁰⁶ Levinson, *supra* note 105.

²⁰⁷ Richard Cicchillo Jr., « Domestic and Cross-Border M&A: Unique Diligence Concerns and Solutions », dans Kraham, *supra* note 75, 87 à la p. 96.

²⁰⁸ Sudi Sudarsanam, « Value Creation and Value Appropriation in M&A Deals », dans Faulkner, *supra* note 73, 195 à la p. 237.

elle s'engage à vendre. Une analyse bien faite permettra également à la partie d'identifier les risques rattachés à l'entreprise cible²⁰⁹ et de prendre des décisions éclairées quant à la suite des événements.

Dans la mesure du possible, il est parfois intéressant pour l'équipe de l'acquéreur de comparer les données reçues de différentes sources de l'entreprise cible. À titre d'exemple, si deux départements de celle-ci produisent un rapport similaire, il serait fort pertinent de les analyser en parallèle afin d'en faire ressortir les divergences²¹⁰. Ceci pourrait devenir particulièrement important lorsque la différence remarquée concerne une question prioritaire pour l'acquéreur. Pensons également à la situation où l'on découvre une augmentation de près de 15% des revenus dans les huit derniers mois, alors que lors de toutes les autres années la hausse était stable. S'agit-il d'une hausse réelle du chiffre d'affaires de la cible, ou s'agit-il plutôt des efforts artificiels du vendeur pour rendre son entreprise plus rentable « sur le papier »²¹¹? Les renseignements découverts devraient aussi permettre à l'équipe de l'acheteur de bien planifier la suite des événements, y compris la stratégie de négociation des représentations et garanties, ainsi que le prix. Par exemple, une courte durée du bail restant sur la principale place d'affaires du vendeur sans option de renouvellement pourrait aider à diminuer la valeur de la transaction, puisqu'il faudrait prévoir des fonds pour un potentiel déménagement²¹². Il faudrait également analyser les ententes

²⁰⁹ T. Kurt Miller, « Helping to Create a Win-Win Situation », dans Peterson, *supra* note 67, 133 à la p. 137.

²¹⁰ Reed, *supra* note 109 à la p. 392.

²¹¹ Paul S. Ware, « Developing an Effective Approach to Due Diligence », dans Kraham, *supra* note 75, 43 à la p. 49.

²¹² Michael R. Koblenz, « Mergers and Acquisitions: A Closer Look at Due Diligence and Negotiation Strategies », dans Raphael, *supra* note 69, 87 à la p. 90.

d'emploi de la haute direction et des employés clés, notamment afin d'assurer une transition post-transactionnelle sans imprévus substantiels, ainsi qu'une bonne continuité des opérations²¹³.

Si l'implication directe de l'avocat dans le processus de vérification diligente est importante, elle le devient encore plus au moment de l'analyse des données recueillies. Les avocats se font confier la responsabilité de vérification diligente pour leur capacité de condenser l'ensemble des informations reçues dans un bref document – le rapport de la vérification diligente – rédigé dans un langage accessible et facile à utiliser pour les personnes n'ayant pas nécessairement le temps de passer à travers tous les renseignements divulgués par le vendeur durant la vérification diligente²¹⁴. Afin de bien s'acquitter de ses devoirs, l'avocat devrait savoir aller chercher les informations directement auprès des personnes effectuant la vérification diligente « sur le champ ». Cela permettrait non seulement d'obtenir les réponses plus rapidement et « sans déformations », mais aussi de mieux comprendre ce qui a été découvert afin de proprement refléter le tout dans l'entente finale²¹⁵. Le défaut de l'acquéreur et de son avocat de dûment comprendre l'entreprise du vendeur constitue une raison importante des échecs des transactions d'acquisition et de fusion²¹⁶.

Les conseillers juridiques responsables de la vérification diligente et de la rédaction de l'entente finale doivent savoir adéquatement analyser et interpréter les

²¹³ *Ibid.* à la p. 92; Philippe Véry, *Des fusions et des hommes*, Paris, Organisation, 2002 à la p. 33 [Véry]. Nous reviendrons sur cette question dans la section III.4.

²¹⁴ Paul S. Ware, « Developing an Effective Approach to Due Diligence », dans Kraham, *supra* note 75, 43 à la p. 53.

²¹⁵ Fletcher, « Due Diligence », *supra* note 132 à la p. 40.

²¹⁶ Roddy Bailey, « Obtaining Key Information: Due Diligence Strategies for Today's Business World », dans Kraham, *supra* note 75, 57 à la p. 65.

informations obtenues dans le cadre de la vérification diligente. Encore une fois, la force de l'avocat à ce stade sera dans sa capacité de bien comprendre la nature de l'entreprise du vendeur, notamment par le biais de la vérification diligente et des échanges avec la partie adverse. C'est sur la foi de cette analyse que l'avocat pourra recommander et définir la structure de la transaction, apporter des adaptations nécessaires à l'entente finale, ainsi qu'utiliser certaines découvertes afin de tenter de négocier à la baisse le prix d'achat²¹⁷. C'est ainsi que nous aimerions particulièrement souligner l'importance pour l'avocat de savoir comprendre et interpréter les états financiers du vendeur. Sans ces connaissances essentielles, l'avocat ne pourra pas pleinement apprécier l'impact possible des informations juridiques et opérationnelles découvertes lors de la vérification diligente sur les finances du vendeur²¹⁸.

La préparation du rapport de la vérification diligente représente à notre avis l'une des principales responsabilités de l'avocat dans le cadre des transactions d'acquisitions et fusions. C'est dans ce document qu'il devra divulguer à son client tous les risques représentés par l'entreprise cible, autant du point de vue juridique que comptable, opérationnel ou autre, tels que constatés à l'aide des conseils judiciaires des autres professionnels. L'avocat ne sera pas le seul professionnel à mettre en jeu sa responsabilité professionnelle en produisant le rapport de vérification; tous les autres professionnels impliqués, tels les fiscalistes et les comptables, auront également à se pencher sur le document en question et à partager leur opinion. À cet égard, nous

²¹⁷ Fletcher, « Due Diligence », *supra* note 132 à la p. 38.

²¹⁸ Paul S. Ware, « Developing an Effective Approach to Due Diligence », dans Kraham, *supra* note 75, 43 à la p. 50.

croyons que l'avocat devrait rappeler aux autres personnes impliquées dans la préparation de ce document leur devoir d'agir avec prudence et diligence.

Bien entendu, la vérification diligente peut se conclure tant en faveur d'une transaction, qu'en sa défaveur. Il arrive donc que l'équipe de vérification diligente conclue, suite à son analyse, que la transaction ne serait pas dans le meilleur intérêt de l'acheteur, compte tenu des faits découverts. Une telle nouvelle peut être décevante pour toutes les parties. Certains praticiens d'expérience rappellent que la plupart des entreprises peuvent avoir des « squelettes dans leur placard », et que les entreprises acquièrent régulièrement d'autres entreprises, malgré leurs problèmes²¹⁹. La clé du succès sera donc de s'assurer que l'acquéreur soit au courant de tous les dangers et problèmes existants et anticipés de l'entreprise du vendeur au moment de la transaction. C'est ainsi que malgré les conclusions, l'avocat doit savoir demeurer objectif et dûment évaluer les risques par rapport aux avantages d'affaires de la transaction, tout en sachant mettre un terme au processus lorsqu'il le juge nécessaire²²⁰. Il importe de se souvenir que chaque transaction présentera des difficultés inattendues. Un bon avocat devra toujours s'attendre aux imprévus. Cependant il devra se rappeler que la plupart des problèmes peuvent être résolus²²¹. Après tout, dans une transaction, tout est en principe négociable²²².

Bien que la vérification diligente soit une étape essentielle, elle peut être très onéreuse pour le client. En pratique, les cabinets d'avocats assigneront le plus souvent

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ Levinson, *supra* note 105.

²²¹ Warren J. Casey, « Common Sense in Acquisitions », dans Raphael, *supra* note 69, 35 à la p. 39.

²²² Keith Larsen, « Basic Concepts in Structuring and Negotiating a Successful Transaction », dans Peterson, *supra* note 67, 89 à la p. 90.

leurs confrères et consœurs juniors à cette tâche, à l'occasion pénible²²³. Nous appuyons cette approche, car non seulement elle avantage les intérêts du client du point de vue financier (en raison des honoraires professionnels inférieurs des avocats juniors), mais permet aussi une meilleure formation pour les nouveaux professionnels. Cependant nous considérons qu'elle devrait être utilisée avec soin et modération.

Il est raisonnable de s'attendre à ce que les professionnels juniors n'aient pas toutes les connaissances pouvant être nécessaires pour une analyse adéquate de tous les aspects de l'entreprise cible lors de la vérification diligente sur celle-ci. Il leur appartient, bien entendu, de réfléchir à leurs aptitudes à rendre le service demandé en fonction de leurs obligations déontologiques²²⁴. Cependant, en pratique, ces derniers céderont à l'occasion à la pression inévitable existante dans le milieu du travail, et accepteront de se pencher sur la tâche demandée. Or une erreur ou une omission de leur part, notamment en l'absence d'une supervision adéquate, pourrait provoquer des dépenses excessives et des conséquences potentiellement désastreuses pour le client.

²²³ David M. Grinberg, « The Long Arm of Due Diligence Investigation », dans Russ, *supra* note 8, 126 à la p. 127; Paul S. Ware, « Developing an Effective Approach to Due Diligence », dans Kraham, *supra* note 75, 43 à la p. 52.

²²⁴ Pensons notamment aux devoirs de connaissances et de compétence prévus aux articles 3.00.01, 3.01.01, 3.02.03 et 5.02 du *Code de déontologie des avocats* (et leurs équivalents dans le *Futur Code de déontologie des avocats*, soit les articles 20, 29 et 10 respectivement).

III. QUELQUES AUTRES ASPECTS IMPORTANTS

Les transactions d'acquisition et de fusion sont des opérations assez complexes, et touchent à plusieurs aspects. Dans cette section nous aimerions nous pencher brièvement sur ceux qui nous semblent particulièrement importants mais, à notre avis, insuffisamment couverts par les auteurs.

1. La planification de l'intégration

Nous avons longuement discuté de la vérification diligente et de son impact sur la transaction. Cependant ce processus a un autre avantage important: il permet à l'acquéreur de commencer la planification de l'intégration de l'entreprise du vendeur avant même que la transaction ne soit complétée. Cette phase essentielle à toute transaction vise à établir comment l'acquéreur opérera l'entreprise acquise dès le jour « Un » suivant la clôture de la transaction.

Plusieurs questions primordiales doivent être posées et répondues par l'équipe d'intégration de l'acquéreur, en passant de la liste des personnes clés et de leurs conditions de travail à la fermeture de certains emplacements physiques, à l'élimination des postes et l'optimisation des départements, au nom de l'entreprise à utiliser après la fusion, le cas échéant, et aux stratégies de commercialisation. Ces exemples limités illustrent déjà qu'un plan d'intégration doit être établi le plus rapidement possible, en tenant compte des objectifs de la nouvelle entreprise, de la répartition des ressources

des systèmes et des responsabilités afin appuyer ces objectifs, de même que du temps alloué pour l'intégration²²⁵.

Malgré que ce processus relève davantage de l'équipe de gestion d'une entreprise, nous jugeons important d'attirer l'attention des avocats sur cet aspect de la transaction pour deux raisons principales. Tout d'abord, tel que discuté, le conseiller juridique impliqué dans une transaction est un partenaire d'affaires important. Il doit, entre autres, tenter d'offrir à son client les conseils permettant à celui-ci de maximiser ses chances de succès. Diverses sources établissent qu'entre 40% et 80% des fusions et acquisitions échouent pour une raison ou une autre²²⁶. Dans un tel contexte, nous constatons que l'avocat, interne ou externe, devra aviser ses clients de l'importance d'une planification adéquate de l'intégration de l'entreprise afin d'optimiser la valeur de la transaction. La deuxième raison vise principalement les conseillers juridiques en entreprise. Il n'est pas rare de voir ces professionnels s'impliquer tant dans les affaires juridiques, que dans la gestion de l'entreprise de leur employeur. À ce titre, ils pourraient non seulement être invités à participer au processus de l'intégration, mais

²²⁵ Reed, *supra* note 109 à la p. 651; Jay E. Bothwick, « Familiarizing Yourself with the Client », dans Russ, *supra* note 8, 90 à la p. 100.

²²⁶ Bien que la définition de « l'échec » d'une transaction varie, la plupart des études utilisent comme référence la capacité de l'acquéreur de générer de la valeur aux actionnaires avec la transaction. Voir notamment: Donald DePamphilis, *Mergers, Acquisitions, and Other Restructuring Activities*, 5^e éd., Burlington (MA), Academic Press, 2010 à la p. 211 [DePamphilis, « Mergers »]; Ronald N. Ashkenas, Lawrence J. DeMonaco et Suzanne C. Francis, « Making the Deal Real: How GE Capital Integrates Acquisitions », dans Harvard *Business Review on Mergers and Acquisitions*, A.I., Harvard Business Press, 2001, 149 à la p. 153 [Harvard]; Satu Teerikangas et Richard J. Joseph, « Post-Deal Integration: An Overview », dans Faulkner, *supra* note 73, 339 aux pp. 339 et s.; Rita Salame, « Why Do Mergers Fail? What Can Be Done to Improve their Chances of Success » (janvier 2006), en ligne: Key Strategy <http://www.peoplemix.com/documents/articles/Why_Do_Mergers_Fail.pdf>; Emmanuel Metais et Pierre-Xavier Meschi, « The Failure of Merger-Acquisitions, Myth or Reality? » (18 mai 2009), en ligne: EDHEC Business School <http://www.edhec-mba.com/03370970/1/fiche___pagelibre>.

également avoir à planifier et gérer l'intégration d'un département, tel celui des affaires juridiques de l'entreprise acquise.

Très fréquemment les transactions s'avèrent désastreuses pour l'acquéreur, malgré qu'elles aient paru financièrement et stratégiquement rentables sur papier²²⁷. Cette situation arrive le plus souvent en raison d'une mauvaise planification de l'intégration de l'entreprise acquise (voire l'absence de planification); dans certains cas, les acquéreurs échouent à développer les synergies avec l'entreprise nouvellement acquise dans les délais appropriés, ou prennent trop de temps à reconnaître que ces synergies ne se matérialiseront pas, ne réussissent pas à fusionner les cultures corporatives et amener les gens à collaborer, ou encore font défaut d'assurer la fidélité de la clientèle existante au moment de la transaction. Les auteurs attribuent partiellement ces échecs à la mauvaise approche des gestionnaires impliqués dans la transaction, due en partie aux craintes liées à l'augmentation des responsabilités, pertes d'emplois, changements de carrière et autres conséquences liées aux transactions d'acquisition et de fusion²²⁸.

La culture corporative est en effet souvent définie par les gens qui y travaillent. Les recherches démontrent que les différences culturelles sont parmi les sources majeures des conflits dans les acquisitions et fusions, mais particulièrement après la transaction²²⁹. C'est ainsi que les déclarations de la mission corporative et des valeurs

²²⁷ Ronald N. Ashkenas, Lawrence J. DeMonaco et Suzanne C. Francis, « Making the deal real: how GE Capital integrates acquisitions », dans Harvard, *supra* note 226, 149 à la p. 151.

²²⁸ Nous reviendrons sur cette question un peu plus loin dans cette section.

²²⁹ Brendan McSweeney et Elina Happonen, « Pre-deal Management », dans Faulkner, *supra* note 73, 175 à la p. 187.

de l'entreprise cible, souvent disponibles publiquement, ne doivent jamais être prises à la légère par l'acquéreur.

Souvent, et surtout lorsque la valeur d'une entreprise repose en grande partie sur les compétences particulières de certaines personnes, leur départ peut provoquer celui de toute son équipe, de même que celui des clients faisant affaire avec ce groupe. Pensons, par exemple, au départ des associés dans les bureaux d'avocats, ou des banquiers²³⁰. C'est dans ce contexte que certains auteurs privilégient une approche de l'intégration non pas comme une étape pénible mais comme un processus essentiel²³¹.

Cinq éléments de motivation peuvent contribuer au succès de l'intégration²³². Ces points, énumérés ci-après, proviennent de diverses études visant à trouver les meilleures façons de présenter la transaction, que ce soit aux employés, à l'équipe de gestion, aux partenaires ou à d'autres intéressés.

1. La motivation stratégique : il s'agit d'une approche visant à démontrer la grande valeur stratégique de la transaction.
2. La relation de la transaction avec le « noyau commercial » (« core business ») de l'acquéreur : cette approche vise à présenter la transaction comme un grand atout visant à développer davantage la principale ligne d'affaires de l'acquéreur.
3. Le prix économique : vise à justifier le paiement du prix de la transaction en le présentant comme étant une somme avantageuse dans les

²³⁰ Very, *supra* note 213 à la p. 33.

²³¹ DePamphilis, « Mergers », *supra* note 226 à la p. 211.

²³² Reed, *supra* note 109 à la p. 650.

circonstances, tel que confirmé par des experts indépendants (tels les conseillers financiers et comptables externes).

4. Approche prudente dans le financement : vise à établir que l'acquéreur a été prudent dans le financement de la transaction, compte tenu de la disponibilité de ses liquidités, de son niveau d'endettement général, et d'autres facteurs connexes.
5. Planification efficace de l'intégration: vise à aviser les gens que l'intégration a été dûment planifiée dans les détails, et que chaque personne impliquée recevra une liste détaillée des gestes à poser auxquels l'acquéreur s'attend d'elle.

La planification de l'intégration de l'entreprise visée doit commencer peu après le début de la vérification diligente. Cette approche permettra de déterminer les aspects de la transaction qui ne sont pas négociables, puisque essentiels à la réussite de l'intégration²³³. Conséquemment, le processus de la vérification diligente sera également influencé par les objectifs d'intégration de l'entreprise visée. C'est ainsi que l'équipe de vérification diligente devra, lors de son analyse des informations reçues, se pencher sur les façons de combiner les actifs, les processus et autres ressources du vendeur afin d'optimiser les dépenses post-transactionnelles, et de rentabiliser maximale la transaction, les opérations et les synergies²³⁴. Par ailleurs, une intégration plus rapide et la maximisation de la communication entre les parties augmentent considérablement les chances du succès dans les transactions, notamment

²³³ Levinson, *supra* note 105.

²³⁴ DePamphilis, « Mergers », *supra* note 226 à la p. 211.

en raison de la matérialisation plus rapide des synergies planifiées, de même que de la minimisation du risque d'attrition de la clientèle et de perte des employés²³⁵.

Malgré le grand nombre de transactions, il n'existe pas de modèle préfabriqué du plan d'intégration disponible à l'adaptation, comme par exemple les modèles de listes de vérification diligente²³⁶. Ceci s'explique par le fait qu'il est en pratique impossible d'établir une liste des items applicables à l'intégration d'une entreprise, puisque chaque transaction est unique, et que chaque acquéreur opère à sa manière, en fonction de ses objectifs, ses coutumes et sa stratégie. Afin de maximiser les chances du succès de l'intégration, il est avantageux non seulement de créer un plan d'intégration détaillé pour l'ensemble de l'entreprise acquise, mais également d'établir et de suivre rigoureusement un plan spécifique à chaque département, tel le département juridique.

Cette situation est au cœur de l'article publié dans *ACC Docket*, magazine spécialisé pour les avocats d'entreprise²³⁷. Les auteurs rappellent notamment que la collaboration entre les avocats internes du vendeur et de l'acquéreur pourrait conduire à la découverte d'inventions n'ayant jamais été brevetées ou commercialisées, ou encore à la découverte de marques de commerce pouvant être recyclées dans l'entreprise de l'acquéreur. Par ailleurs, l'intégration du département juridique permettrait de découvrir les côtés « obscurs » de l'entreprise du vendeur, tels des dépenses excessives dans le maintien et la gestion du portfolio de propriété

²³⁵ Satu Teerikangas et Richard J. Joseph, « Post-Deal Integration: An Overview », dans Faulkner, *supra* note 73, 339 aux pp. 351 à 354; Reed, *supra* note 109 à la p. 649; DePamphilis, « Mergers », *supra* note 226 à la p. 210.

²³⁶ Fletcher, « Planning », *supra* note 32 à la p. 58.

²³⁷ *Ibid.* à la p. 60

intellectuelle et des honoraires de conseillers externes encourus en raison d'une gestion inefficace des relations avec ceux-ci²³⁸. Cette intégration pourrait également rendre possible la découverte des licences maintenues et non utilisées, ou encore un dédoublement de celles-ci entre les deux entreprises, conduisant ainsi à accroître l'efficacité de la nouvelle entreprise. Finalement, elle aiderait à mieux comprendre la nature des litiges en cours, voire à constater l'existence de réclamations n'ayant jamais été divulguées lors de la vérification diligente²³⁹.

2. L'entente finale d'achat et de vente

Bien que la vérification diligente influence substantiellement tant la structure de la transaction que les responsabilités des parties à celle-ci, il n'est pas rare que les parties commencent à négocier l'entente finale avant même que la vérification diligente soit complétée²⁴⁰. Certes, les termes et conditions de celle-ci seront assujettis aux

²³⁸ Richard G. Stock, « The quest for cost-effective counsel », *Magazine CCCA [de l'Association canadienne des conseillers juridiques d'entreprises]*, n° 5:4 (hiver 2012), 9 à la p. 9.

²³⁹ Rappelons que dans certains cas, seuls les litiges « matériels » seront divulgués à l'acquéreur, laissant ainsi de côté les autres réclamations, lesquelles seront traitées suivant la clôture de la transaction.

²⁴⁰ Cela permet non seulement de progresser plus rapidement, mais aussi de comprendre lesquels des aspects pourraient nécessiter des discussions plus avancées entre les parties. Certes, il y a des questions lesquelles, naturellement, seront plus « sensibles » pour l'une ou autre des parties, et seront donc plus difficiles à négocier, telles certaines représentations, garanties et les indemnités. Cependant, lorsque l'avocat de l'une des parties constate une réticence de la partie opposée à accepter des termes contractuels ne devant pas, généralement, être problématiques, cela pourrait signifier l'existence d'une complication, pouvant nécessiter une investigation additionnelle. Pensons, par exemple, à un acheteur qui refuse catégoriquement de signer une clause par laquelle il s'engagerait à continuer à opérer l'entreprise du vendeur pendant une certaine période de temps, alors qu'il promet verbalement de préserver tous les emplois advenant la réalisation de la transaction. Est-ce concevable que la véritable motivation de l'Acquéreur dans cette transaction soit d'éliminer son concurrent (le vendeur)? Est-ce que la conservation de son entreprise fait partie des exigences ou attentes du vendeur? Un questionnement interne s'imposera afin d'évaluer les risques, établir la position formelle à prendre eu égard à la question, de même que de définir une stratégie pour le plan « B » dans la mesure où les craintes se confirment.

changements pouvant résulter des découvertes durant ce processus²⁴¹. Cependant il sera important pour le client de comprendre dès le début des démarches qu'il sera impossible d'atteindre une transaction sans aucun risque²⁴². Le but de l'avocat et de l'équipe impliquée dans la transaction est de tenter de se rapprocher maximalement de cet idéal.

a. Les représentations, les garanties et la gestion du risque

L'un des éléments centraux dans l'atteinte des résultats optimaux pour le client est la bonne planification et gestion des risques, ce qui transparaîtra dans la section des représentations et garanties de l'entente finale²⁴³. Nous avons déjà mentionné que le prix d'une transaction est en quelque sorte la dérivée de l'accord entre les parties sur le partage des responsabilités et les obligations d'indemnisation. À cette fin, l'avocat doit savoir bien analyser et interpréter les risques rattachés aux décisions prises dans le cadre des négociations préalables et des conclusions tirées suite à la vérification diligente, le tout en tenant compte des objectifs et des intérêts de son client. Cette analyse s'avérera cruciale pour la suite des événements.

L'avocat devrait, entre autres, aider son client à bien gérer les risques en fonction de son niveau de tolérance à ceux-ci. Cela signifie pour l'avocat de déterminer avec son client les probabilités que l'objet représentant un risque identifié se concrétise, et de comparer aux autres risques, en les organisant par le niveau d'importance pour le

²⁴¹ Peter J. Barrett, Bruce W. Raphael et Jennifer N. Oswitt, « Structuring, Negotiating, and Consummating an M&A Transaction », dans Raphael, *supra* note 69, 17 à la p. 22.

²⁴² Sherman, *Supra* note 153 à la p. 70; Warren J. Casey, « Common Sense in Acquisitions », dans Raphael, *supra* note 69, 35 à la p. 36.

²⁴³ David Foltyn, « The Two Sides of M&A: Representing Buyers and Sellers », dans Raphael, *supra* note 69, 59 à la p. 66.

client. Cette analyse permettra à l'avocat de bien préparer la liste des représentations et garanties, de même que de déterminer lesquelles sont les plus importantes pour son client²⁴⁴. En fait, l'objectif des représentations et garanties est de mettre par écrit, dans l'entente finale, les principales déclarations de chaque partie vis-à-vis l'autre, de même que les garanties dans l'éventualité où certaines déclarations s'avèrent fausses ou incomplètes²⁴⁵. Il sera extrêmement important pour les avocats de chaque partie de prendre le temps et d'analyser la clause des représentations et garanties avec son client, identifiant tous les dangers et les avantages de celles-ci²⁴⁶.

Parallèlement aux représentations et garanties, les clauses d'indemnisation devront être préparées et scrutées par les avocats des parties et leur client respectif. Ces dispositions devraient toujours être considérées à la lumière des représentations et garanties fournies par l'autre partie (de façon largement prépondérante, le vendeur), et doivent spécifier les défauts pour lesquels une partie s'engage à indemniser l'autre²⁴⁷. Ces dispositions constituent, d'une certaine façon, un mécanisme de dédommagement pré-négocié par les parties afin de régler certaines situations problématiques dans le futur, sans avoir à procéder par la voie judiciaire.

²⁴⁴ Cela s'avérera particulièrement important à l'étape des négociations, alors qu'il faudra probablement faire des concessions en échange des éléments se trouvant plus haut dans la liste des priorités pour son client.

²⁴⁵ Pour plus d'information sur l'usage des représentations et les garanties dans les ententes commerciales voir notamment Raymond Millien, « Contracts 101: Covenants, Representations and Warranties in IP License Agreements » (5 avril 2013), en ligne: IP Watchdog <<http://www.ipwatchdog.com/2013/04/05/contracts-101-covenants-representations-and-warranties-in-ip-license-agreements/id=38621>>.

²⁴⁶ Peter J. Barrett, Bruce W. Raphael et Jennifer N. Oswitt, « Structuring, Negotiating, and Consummating an M&A Transaction », dans Raphael, *supra* note 69, 17 à la p. 30.

²⁴⁷ *Ibid.*

Tel que précédemment mentionné, toutes ces dispositions auront également un impact sur la portée de la vérification diligente²⁴⁸, notamment en assouplissant la portée de celle-ci. Lorsque le vendeur est hésitant à faire plusieurs représentations et donner des garanties dans la convention finale, l'acquéreur sera porté à effectuer une revue diligente plus stricte, se penchant sur le maximum d'aspects possible. À contrario, si le vendeur est ouvert à faire plus de représentations et garanties, l'acquéreur aura tendance à limiter sa revue diligente aux points exclus des représentations et garanties du vendeur²⁴⁹.

Ultimement, il s'agit d'une question de gestion de risque pour l'acquéreur; le but est de trouver un équilibre acceptable entre la portée d'une vérification diligente et les clauses protégeant ses intérêts. Cependant la gestion des risques ne s'arrête pas à ce stade.

Malgré une vérification diligente dûment faite, souvent les acquéreurs échouent à interpréter adéquatement leur trouvailles et donc bien identifier les risques, particulièrement en ce qui a trait aux pires scénarios²⁵⁰. Parfois, malgré que les calculs de risque concluent en désavantage de la transaction, l'équipe de l'acquéreur, motivée de la faire fonctionner, pourrait être portée à justifier la nécessité de celle-ci par les besoins stratégiques de l'entreprise. Dans un tel contexte, certains auteurs

²⁴⁸ Roddy Bailey, « Obtaining Key Information: Due Diligence Strategies for Today's Business World », dans Kraham, *supra* note 75, 57 à la p. 64; Curtis G. Carlson, « A Search for Understanding: Due Diligence and the M&A Deal », dans Kraham, *supra* note 75, 7 à la p. 11.

²⁴⁹ Curtis G. Carlson, « A Search for Understanding: Due Diligence and the M&A Deal », dans Kraham, *supra* note 75, 7 à la p. 11. Cependant, rappelons que, peu importe la portée des clauses de protection contractuelle, l'acquéreur ne doit jamais sous-estimer l'importance d'une revue diligente adéquate.

²⁵⁰ Robert G. Eccles, Kersten L. Lanes et Thomas C. Wilson, « Are You Paying Too Much for That Acquisition? », dans Harvard, *supra* note 226, 45 à la p. 69.

recommandent fortement de mettre un terme à la transaction, précisant que la clé du succès des acquisitions et des fusions est de savoir le prix maximal à payer et ne pas franchir cette barrière malgré toute tentation²⁵¹.

Il est en effet impossible pour un client de faire une bonne transaction s'il ne sait se retirer au moment opportun²⁵². Nous avons déjà discuté dans la section II.4 de l'importance pour l'avocat de rester prudent et critique, et de savoir recommander à son client de se retirer de la transaction si la vérification diligente fait ressortir des risques élevés, particulièrement dans les situations où il constate que certains membres de l'équipe de son client font preuve de confiance excessive. L'avocat devra maintenir cette attitude tout au long de la transaction, et devra savoir aviser son client lorsqu'il juge que ce dernier devrait mettre un terme aux démarches. Bien entendu, l'avocat avisant son client que ce moment est venu doit bénéficier d'une crédibilité et d'une confiance absolue de son client, souvent bâtie dans le cadre d'une relation précédant la transaction en cours²⁵³.

Lorsque le retrait n'est pas une option, d'autres mesures pourraient être considérées afin de gérer adéquatement les risques, telle la police d'assurance garanties et responsabilités. Il s'agit d'une mesure moins connue, laquelle pourrait néanmoins s'avérer d'une grande utilité pour un acquéreur visant à limiter ses risques à tout prix. En effet, ce type d'assurance à haut risque est généralement assez dispendieux. Cependant, lorsque la tolérance au risque de l'acquéreur est limitée, le paiement de cette prime pourrait devenir une alternative intéressante. Par ailleurs, l'intervention

²⁵¹ *Ibid.* à la p. 48.

²⁵² Milton R. Stewart, « Achieving Fair Compromise Solutions », dans Russ, *supra* note 8, 32 à la p. 35.

²⁵³ *Ibid.*

d'un assureur dans le dossier pourrait influencer la balance du pouvoir dans les négociations. Notons que ce type de protection s'offre tant à l'acquéreur qu'au vendeur, ce dernier pouvant bénéficier d'une limitation de responsabilité complémentaire, faire diminuer la période de validité de ses représentations et garanties, de même que se protéger contre les dépenses excessives dans l'éventualité d'un différend entre les parties. Nous considérons que l'avocat devrait discuter de cette option avec son client, laissant à ce dernier la discrétion de prendre la décision à cet égard. Ajoutons cependant que non seulement l'intervention d'un assureur dans une transaction coûtera cher, mais elle risque également de retarder le processus, puisque ce dernier aura lui aussi à procéder à la vérification diligente et à réviser l'entente finale, à laquelle normalement il désirera intervenir.

b. Le prix de la transaction

L'une des questions incontournables de toute transaction est l'établissement du prix²⁵⁴. Plusieurs facteurs entreront en compte lors de la détermination de ce montant, dont le nombre d'acquéreurs potentiels ou d'autres cibles similaires, le moyen de paiement, les conditions du prêt obtenu par l'acquéreur dans le cadre du financement, l'existence d'autres opportunités similaires pour l'acquéreur, les perspectives de synergies ou de réduction des coûts à long terme, et autres²⁵⁵.

²⁵⁴ Dans le cadre des fusions, cette question demeure bien entendue d'actualité, notamment afin de déterminer les parts de participation des propriétaires des deux entreprises dans la société combinée. Cependant, dans cette section nous nous pencherons de façon prépondérante sur les transactions d'acquisitions.

²⁵⁵ ABA, *supra* note 74 à la p. 143; Conférence donnée par KPMG en association avec l'Association of Corporate Counsel, Montréal, 14 septembre 2010 [non publiée]. Présentation disponible en ligne : Association of Corporate Counsel <<http://www.acc.com/vl/membersonly/ProgramMaterial/loader.cfm?csModule=security/getfile&pageid=1266147&page=/legalresources/resource.cfm&qstring=show=1266147&title=L%E2%80%99%C3%A9tablissement%20des%20prix%20dans%20un%20contexte%20d%E2%80%99acquisition>>.

Normalement, l'acquéreur préférera posséder des garanties sur l'atteinte des résultats promis par le vendeur. À cet égard, il arrive souvent que les parties lient le paiement du prix de vente à la réalisation de ces engagements. De tels arrangements, connus comme les « *Earnouts* », font en sorte qu'une portion du prix de vente devient payable en fonction de l'atteinte ou non de certains critères particuliers convenus entre les parties au moment de la négociation de la convention finale²⁵⁶. Cette clause sera parfois accompagnée d'un engagement par l'acquéreur de bonifier le prix d'achat dans la mesure où les résultats atteints excèdent substantiellement les objectifs fixés²⁵⁷. Souvent, ce type d'entente permettra aux parties de parvenir à un accord sur la véritable valeur de l'entreprise, particulièrement lorsque l'acquéreur doute de la capacité de l'entreprise visée à atteindre les objectifs. Cependant dans la pratique, les *earnouts* représentent un danger important, car ils ouvrent la porte à l'interprétation quant aux raisons d'une éventuelle non-atteinte des résultats²⁵⁸. C'est ainsi que, lorsqu'un tel mécanisme est choisi par les parties, l'avocat de chacune d'elles devra avertir son client respectif des dangers qu'elle représente.

Certains autres moyens d'ajustement de prix s'offrent aux parties, dont le bénéficiaire est normalement l'acquéreur²⁵⁹; après tout, dans les transactions

²⁵⁶ Voir notamment Patrick della Faille, *Fusions, acquisitions et évaluations d'entreprises*, Bruxelles, De Boeck & Lancier, 2001 à la p. 182 [Faille]; Reed, *supra* note 109 à la p. 132; Sudi Sudarsanam, « Value Creation and Value Appropriation in M&A Deals », dans Faulkner, *supra* note 73, 195 à la p. 226.

²⁵⁷ Reed, *supra* note 109 à la p. 132.

²⁵⁸ Kipp B. Cohen, « Buyer Tools for Navigating the Acquisition of Middle-Market Private Companies », dans Peterson, *supra* note 67, 73 à la p. 84; Reed, *supra* note 109 à la p. 132.

²⁵⁹ Tels des clauses d'ajustement visant à protéger les actifs existants à la date de la clôture rétroactive choisie et la date de la signature de la convention finale. Voir Faille, *supra* note 256 à la p. 184.

d'acquisition et de fusion virtuellement tout est négociable²⁶⁰. Par contre « [m]ême si l'acquéreur a pris ses précautions et peut revoir à la baisse le prix payé, [la découverte de certains « cadavres dans le placard » de l'entreprise acquise peut] bouleverser ses plans et le contraindre à modifier en profondeur les mécanismes par lesquels il comptait créer de la valeur²⁶¹.

Un autre facteur à considérer dans l'établissement du prix d'achat est l'existence d'un programme d'options d'achat d'actions en vigueur dans l'entreprise cible. Il n'est pas rare que la haute direction, l'équipe de management et même les employés ordinaires soient détenteurs d'options d'achat d'actions de leur entreprise, une mesure populaire de motivation des employés²⁶². Dans ces cas, le prix d'achat sera généralement calculé sur une base pleinement ou partiellement diluée, notamment en fonction des termes et conditions de ce plan²⁶³. Ceci est particulièrement important dans le cadre d'une transaction visant l'achat du capital-actions.

²⁶⁰ Keith Larsen, « Basic Concepts in Structuring and Negotiating a Successful Transaction », dans Peterson, *supra* note 67, 89 à la p. 90.

²⁶¹ Very, *supra* note 213 à la p. 33.

²⁶² L'exercice d'option d'achat sera normalement assujéti au plan d'options d'achat d'actions en vigueur dans l'entreprise du vendeur, lequel établira un calendrier d'éligibilité des options à être utilisées en fonction de la date de leur émission. Par exemple, le plan pourrait prévoir que l'employé détenant des options ne pourra exercer que 25% de ses options par année.

²⁶³ Cela signifie que l'offre d'achat tiendra compte du nombre d'actions émises, ainsi que pouvant être émises suivant l'exercice des options d'achat d'actions par leurs détenteurs. Le calcul sur une base partiellement diluée ne tiendra compte que des options étant éligibles à être exercées au moment de la transaction, en fonction des conditions établies dans le plan d'options d'achat d'actions, alors que le calcul sur une base pleinement diluée tiendra compte de toutes les options détenues (qu'elle ait atteint ou non leur maturité en vertu du plan d'options d'achat d'actions en question).

3. Communiquer et négocier avec la partie adverse

Le succès de toute transaction dépend considérablement de la capacité des parties d'établir une communication constructive et efficace entre elles. Bien que les échanges face-à-face aient perdu du terrain au fil des ans, il ne faut jamais oublier que le destinataire de chaque courriel, télécopie ou même appel téléphonique est une autre personne physique²⁶⁴.

Chaque personne d'affaires, et particulièrement l'avocat représentant les intérêts d'un client, devrait toujours se souvenir que, dans une communication, on estime que seul 7% du message est attribué au message textuel, alors que 38% est déchiffré par l'interlocuteur à travers l'intonation, l'inflexion et les autres sons²⁶⁵. Les 55% restants sont attribués au non-verbal. Les recherches montrent que dans le cadre d'une négociation téléphonique, l'argument le plus convaincant prévaut. Cependant, la situation change dans le cas d'une négociation en personne, puisque les décisions que l'on prend correspondent davantage à ce que l'on voit, plutôt qu'à ce que l'on entend²⁶⁶. C'est ainsi que l'une des meilleures façons d'établir une bonne relation avec la partie adverse est la communication personnelle.

Nous avons déjà mentionné que la vérification diligente ne devrait pas être limitée à la consultation du système de communication des données du type *VDR*. Cependant cette affirmation ne devrait pas se limiter à la vérification diligente. Non seulement la communication directe facilite l'échange et aide à bâtir une meilleure

²⁶⁴ *Supra* note 297.

²⁶⁵ Allan Pease et Barbara Pease, *The Definitive Book of Body Language*, New York, Bantam Bell / Random House, 2006 à la p. 9.

²⁶⁶ *Ibid.*

relation entre les parties, mais elle permet de découvrir des faits et des opportunités lesquelles seraient autrement « tombées entre deux chaises ».

Parallèlement, la communication directe avec l'équipe du vendeur permettra à l'acquéreur de personnellement constater l'efficacité de celle-ci dans les conditions de pression²⁶⁷. Cet aspect, souvent ignoré, est pourtant très important. Souvenons-nous que le succès d'une entreprise est en grande partie attribuable à la capacité de l'équipe de gestion de bien organiser et gérer les opérations de celle-ci, d'où la volonté des acquéreurs de s'assurer que l'équipe du vendeur demeurera en place pour une certaine période après la transaction dans le but de transférer ses connaissances à l'équipe de l'acquéreur.

L'avocat jouera un rôle important dans ces démarches. Le professionnel impliqué dans les négociations d'une transaction pour son client devra faire preuve de leadership. Il doit savoir rester poli, tout en sachant employer le ton dur lorsque nécessaire²⁶⁸. Lorsque vient le temps de négocier, l'avocat devra notamment prendre en considération les aptitudes de négociateur de son client. Par exemple, un client « néophyte » nécessiterait sans doute d'un encadrement plus rigoureux de la part de son conseiller juridique, alors que les gens d'affaires expérimentés pourraient choisir de mener les négociations sur les aspects commerciaux eux-mêmes, laissant parfois l'avocat quelque-peu à l'écart.

Le client devra apprendre à distinguer les points non-négociables de ceux pouvant être « échangés ». À cet égard, l'avocat devra recourir à son jugement critique.

²⁶⁷ Warren J. Casey, « Common Sense in Acquisitions », dans Raphael, *supra* note 69, 35 à la p. 38.

²⁶⁸ David Foltyn, « The Two Sides of M&A: Representing Buyers and Sellers », dans Raphael, *supra* note 69, 59 à la p. 67.

Le fait de déclarer un point « non négociable », mais finir par le concéder à la partie adverse résultera en sa perte de crédibilité aux yeux de la partie adverse²⁶⁹. Il en est, par ailleurs, de même du recours à la menace dans les négociations. Non seulement le recours à cette technique de coercition encourage l'escalade dans le conflit et la non-coopération de la partie adverse²⁷⁰, mais le fait de ne pas la mettre à exécution, si la partie adverse ne se plie pas, mettrait en péril la crédibilité de la partie menaçante²⁷¹.

C'est ainsi que l'avocat transactionnel doit posséder suffisamment de flexibilité afin de pouvoir s'adapter à la bonne approche dans les circonstances²⁷², autant en ce qui a trait aux habiletés de son client qu'au style de négociation de la partie adverse. Par exemple, l'avocat représentant un client qui possède un avantage sur l'autre partie, peut se permettre d'être plus ferme dans les négociations par rapport à un avocat dont le client n'a pas cet avantage. Peu importe la stratégie, l'avocat ne doit jamais oublier le but ultime de ses démarches – réussir la transaction aux conditions optimales pour son client²⁷³. C'est ainsi que l'avocat devrait toujours être à la recherche des combinaisons « gagnant-gagnant » dans les négociations, et savoir concéder lors des négociations, s'il juge que c'est dans le meilleur intérêt de son client; « [t]he toughest thing for a zealous lawyer to do is to give in, especially when you believe the

²⁶⁹ Jay E. Bothwick, « Familiarizing Yourself with the Client », dans Russ, *supra* note 8, 90 à la p. 97.

²⁷⁰ Marwan Sinaceur, « Utilisation de la menace en négociation », *Revue française de gestion*, n° 153 (juin 2004), 101 à la p. 112.

²⁷¹ David Foltyn, « The Two Sides of M&A: Representing Buyers and Sellers », dans Raphael, *supra* note 69, 59 à la p. 69.

²⁷² T. Kurt Miller, « Helping to Create a Win-Win Situation », dans Peterson, *supra* note 67, 133 à la p. 139.

²⁷³ *Ibid.* à la p. 140.

other side is wrong »²⁷⁴. Les meilleures transactions ont lieu lorsque les parties adoptent une attitude de collaboration, et laissent place à la créativité²⁷⁵.

Il est en effet courant que dans le cadre des discussions les parties prennent la ligne dure sur certaines questions importantes. Après tout, chacune d'elles aura des points non-négociables, dont l'acceptation par la partie adverse sera fondamentale à la poursuite des discussions. Cependant, il arrivera à l'occasion que le comportement du conseiller juridique de la partie adverse mette en péril la transaction en raison de son intransigeance tout au long des négociations. Il est possiblement vrai qu'un tel avocat ne rend peut-être pas le meilleur service à son client. Cependant, comment passer le message à l'autre partie que l'approche de son conseiller juridique risque de causer la rupture de la transaction?

Le *Code de déontologie des avocats* interdit à ceux-ci de communiquer avec la partie adverse lorsqu'elle est représentée par un conseiller juridique²⁷⁶. Cependant rien n'empêche le client de l'avocat de communiquer directement avec la partie adverse sans l'assistance de son conseiller juridique. Ce qui précède n'a aucunement pour but d'amener les avocats à faire indirectement ce qu'ils ne peuvent faire directement. Cependant dans le contexte commercial, une telle approche pourrait faciliter l'échange entre les parties et donc favoriser une transaction acceptable à chaque client. À titre d'exemple, le PDG du client aurait plus de succès à négocier le prix de la transaction avec sa contrepartie que leurs conseillers juridiques respectifs²⁷⁷.

²⁷⁴ Alan Dershowitz, *Letters to a Young Lawyer*, New York, Basic Books, 2001 à la p. 161.

²⁷⁵ Milton R. Stewart, « Achieving Fair Compromise Solutions », dans Russ, *supra* note 8, 32 à la p. 34.

²⁷⁶ *Code de déontologie des avocats*, art. 3.02.01(h) (et son équivalent, art. 119 al. 1 du *Futur Code de déontologie des avocats*).

²⁷⁷ Jay E. Bothwick, « Familiarizing Yourself with the Client », dans Russ, *supra* note 8, 90 à la p. 97.

Ajoutons enfin que, dans la pratique, il n'est pas rare de voir certains consultants externes insister que les échanges entre les parties passent nécessairement par eux. Par exemple, l'avocat du vendeur insistera souvent que toute communication entre l'acquéreur avec l'équipe de gestion du vendeur soit faite en sa présence, et que toute communication d'information soit préalablement approuvée par lui²⁷⁸ dans le but de bien gérer le risque et bien positionner son client dans le cadre des négociations. Cette approche peut être intéressante pour les représentants de chacune des parties, puisqu'elle assure que ces consultants seront au courant de tout progrès des discussions. Cependant, l'avocat de chaque partie devra être prudent à ne pas bloquer ou freiner l'échange d'informations; une telle approche peut mettre en péril la capacité de l'acquéreur de dûment analyser l'entreprise du vendeur, voire de comprendre les perspectives de synergies avec celle-ci, pouvant être au centre de la transaction.

4. Gérer les personnes clés

Nous avons vu dans la section III.1 que les transactions affectent souvent la performance de l'équipe de gestion. Leur distraction, occasionnée par les craintes relativement à leur statut dans l'entreprise suivant la transaction, risque de nuire à la transaction et à l'intégration de l'entreprise acquise, mettant ainsi en danger le succès de celle-ci. Cette réalité origine principalement de la mauvaise représentation des intérêts de l'équipe de gestion dans le cadre des négociations, voire de l'absence de celle-ci. Les avocats de chacune des parties devraient porter cette problématique à

²⁷⁸ Warren J. Casey, « Common Sense in Acquisitions », dans Raphael, *supra* note 69, 35 à la p. 37.

l'attention de leur client respectif. De plus, l'avocat de l'acquéreur devra s'assurer que celui-ci traite l'équipe de management du vendeur avec respect et honnêteté²⁷⁹.

Tel que précédemment mentionné, l'entière collaboration de la haute direction des parties, et particulièrement de celle du vendeur, est essentielle à la réussite de toute transaction. La clé est donc d'aligner les intérêts de ces individus avec ceux des entreprises qu'ils représentent. Pour cette raison, très souvent, l'acquéreur offrira aux membres clés de l'équipe de gestion du vendeur une prime individuelle, dont le paiement sera assorti de conditions spécifiques. Cela permettrait de minimiser les inquiétudes de la haute direction et de la motiver à travailler dans le meilleur intérêt des parties à la transaction. Le versement de la prime pourrait même se faire en quelques étapes, chacun des paiements étant lié à l'atteinte d'un objectif donné²⁸⁰. Ainsi, une première prime, pourrait être payable dans la mesure où la personne clé demeure en poste et collabore avec les parties jusqu'à une date donnée, telle la clôture de la transaction. Une deuxième portion de la prime, la « prime du succès », pourrait être décernée aux gestionnaires dans la mesure où l'entreprise acquise réussit à atteindre les objectifs provisionnés dans le cadre de la transaction. Cette approche est particulièrement intéressante, puisqu'elle permet de rallier les intérêts des gestionnaires à ceux des actionnaires, particulièrement où ces individus ne participent pas au capital-actions de la société. Par ailleurs, la prime peut même être payable par l'octroi aux personnes visées d'une portion négligeable du capital-actions de l'une des parties à la transaction.

²⁷⁹ *Ibid.* à la p. 42.

²⁸⁰ Vincent E. Hillery et Robert M. Fields, « Protecting the Interests of Executives in Private Equity Acquisitions », *ACC Docket*, n° 26:2 (mars 2008), 28 à la p. 29.

Il ne faut jamais oublier qu'à part l'équipe de gestion, ce sont également les employés qui assurent le succès d'une entreprise. Le départ de certains employés clés peut avoir des répercussions négatives sur les opérations de celle-ci. Il n'est pas faux de considérer que tous sont remplaçables. Cependant, remplacer un employé peut coûter cher, et prendre beaucoup de temps à former la relève²⁸¹. Voici donc la raison pour laquelle l'approche ci-mentionnée s'applique également aux employés clés, dont l'implication est essentielle au succès tant de la transaction que des opérations de l'entreprise visée. Généralement, ceux-ci seront invités à demeurer à leur poste durant la transaction, et pour une période additionnelle minimale, allant souvent de 12 à 24 mois, au bout de laquelle, une récompense leur sera payée par l'acquéreur²⁸².

Par ailleurs, lorsque l'acquéreur constate que certains membres de l'équipe de gestion du vendeur ne répondent pas aux critères de l'acquéreur, il ne devrait pas tarder à communiquer son intention à ces individus relativement à leur emploi lors de la clôture de la transaction ou peu après celle-ci. Les personnes étant incertaines de leur avenir dans une entreprise passeront plus de temps à se chercher un autre emploi que sur leurs responsabilités principales²⁸³.

Ajoutons finalement que l'acquéreur devra également être prudent avec ses propres employés, ces derniers pouvant être inquiets des conséquences de l'intégration de l'entreprise nouvellement acquise²⁸⁴.

²⁸¹ Reed, *supra* note 109 à la p. 710.

²⁸² *Supra* note 280 à la p. 31.

²⁸³ Warren J. Casey, « Common Sense in Acquisitions », dans Raphael, *supra* note 69, 35 à la p. 42.

²⁸⁴ *Ibid.* à la p. 44.

Les récentes années ont été marquées par la hausse importante de l'influence des médias sociaux dans le monde des affaires. De plus en plus de sociétés partagent leurs nouvelles en ligne, alors que les professionnels et gestionnaires de tous niveaux publient des mises à jour sur leurs pages personnelles. Or une telle pratique peut grandement affecter le cours d'une transaction, voire résulter en son échec notamment en raison de la publication des renseignements ou d'opinions nuisibles²⁸⁵.

Les entreprises sous-estimeront souvent l'impact de ces moyens de communication sur le cours de leurs affaires. À cet égard, l'avocat devra rappeler à son client l'importance de restreindre la connaissance de l'existence de la transaction au nombre minimal de personnes afin d'éviter la fuite des renseignements, tel que discuté précédemment. L'existence de systèmes de contrôle ou de politiques sur l'usage des médias sociaux au sein de l'entreprise-cliente, y compris leur véritable application dans la pratique, serait un autre élément important à considérer.

Une autre pratique est mise en place par certaines entreprises; celles-ci demandent à leurs employés, particulièrement ceux impliqués dans des transactions, à se créer des comptes sur les réseaux sociaux principaux, sans nécessairement les utiliser. L'idée est de se réserver le compte d'utilisateur sur le réseau donné afin d'éviter que les tiers créent un compte au nom d'un employé et publient en son nom des renseignements faux ou trompeurs, pouvant ultimement affecter le cours de la transaction. Alors que nous croyons que cela ne peut constituer une obligation liée à l'emploi, la pratique pourrait certainement aider à diminuer les chances de la désinformation.

²⁸⁵ *Arpin c. Grenier*, 2004 CanLII 11259 (QC CQ).

5. Les prises de contrôle hostiles

Nous avons déjà vu que la relation entre les parties jouera un rôle important dans la définition de la structure de la transaction. Cette relation sera en réalité modelée en fonction de l'intérêt et l'appui du conseil d'administration, ainsi que de l'équipe de gestion de l'entreprise cible, agissant dans le meilleur intérêt de celle-ci, à donner suite aux discussions et ultimement à la transaction. C'est ainsi que dans le contexte d'une transaction négociée, les parties pourront convenir de la structure de celle-ci en fonction des critères précédemment énumérés, et poursuivre les discussions dans la voie choisie. Cependant qu'en est-il des transactions où non seulement l'entreprise cible ne désire pas collaborer avec l'acquéreur, mais s'oppose à l'idée même de procéder à la transaction²⁸⁶? Cette situation fait appel au concept des prises de contrôle « hostiles ».

Dans ces circonstances, l'acquéreur serait porté à approcher directement les actionnaires de l'entreprise cible afin de racheter leur participation dans l'actionnariat de cette dernière²⁸⁷. Non seulement les acquisitions hostiles limitent le choix de la structure de la transaction, mais généralement elles coûtent plus cher, minimisent les chances d'une intégration fluide²⁸⁸, de même qu'elles risquent de soulever l'intérêt

²⁸⁶ Brendan McSweeney, « Takeover Strategies, Competitive Bidding and Defensive Tactics », dans Faulkner, *supra* note 73, 285 à la p. 291.

²⁸⁷ Donald DePamphilis, *Mergers and Acquisitions Basics: All You Need to Know*, Burlington (MA) Academic Press, 2011 à la p. 18 [DePamphilis, « Basics »]. Nous aimerions mentionner que les prises de contrôle hostiles sont plus courantes dans le contexte des sociétés publiques, dû notamment au fait que dans les entreprises privées, les actionnaires (devant approuver la vente) et les administrateurs sont souvent des personnes proches, voire les mêmes individus.

²⁸⁸ Brendan McSweeney, « Takeover Strategies, Competitive Bidding and Defensive Tactics », dans Faulkner, *supra* note 73, 285 à la p. 291.

d'autres acquéreurs potentiels²⁸⁹. Inutile de préciser, par ailleurs, que dans ce type de transactions, les négociations entre les parties sont fortement limitées.

Quelques stratégies et tactiques ont été développées historiquement, permettant aux parties de contrer les démarches de l'autre dans le contexte des prises de contrôle hostiles, selon les circonstances, telles le « spécial du samedi soir » ou les offres d'achat « en deux étapes », dans le cas de l'acquéreur, ou l'augmentation de la valeur des actions, les « pilules empoisonnées » (« *Poison Pills* »), et les « Chevaliers blancs », pour l'entreprise cible²⁹⁰. Sans s'attarder davantage sur ces stratégies, nous encourageons fortement les avocats impliqués dans les transactions d'acquisition et de fusion à bien maîtriser ces tactiques pouvant autant être employées par la partie adverse qu'être nécessaires afin de défendre les intérêts de leurs clients.

6. Les transactions transfrontalières

Les vingt dernières années ont été marquées par l'expansion des liens d'interdépendance entre les pays. La mondialisation a grandement influencé la vie des gens, mais également celle des entreprises. Plus de transactions que jamais ont lieu au niveau international. Les sociétés étrangères s'intéressent beaucoup au secteur des ressources naturelles canadien, particulièrement le secteur de l'énergie²⁹¹. Cependant nos entreprises acquièrent, elle aussi, des compagnies à l'extérieur de nos frontières.

²⁸⁹ DePamphilis, « Basics », *supra* note 287 à la p. 18

²⁹⁰ Voir notamment Brendan McSweeney, « Takeover Strategies, Competitive Bidding and Defensive Tactics », dans Faulkner, *supra* note 73, 285 aux pp. 285 et s.; Olivier Meier et Guillaume Schier, *Fusions Acquisition: Stratégie, finance, management*, 3^e éd., Paris, Dunod, 2009, c. 6.

²⁹¹ *Supra* note 4.

En fait, les entreprises canadiennes ont acquis deux entreprises étrangères pour chaque société canadienne vendue aux acheteurs étrangers dans les récentes années²⁹².

Ces transactions transfrontalières ouvrent la porte à un très grand nombre de questions et défis qui ne se présentent pas lors des acquisitions et fusions au niveau national. Non seulement il faut s'assurer de respecter les « règles du jeu » généralement applicables aux transactions d'acquisition et fusion dans les deux territoires, mais il faut également tenir compte des limitations imposées dans les pays concernés quant aux achats et ventes d'entreprises ou d'actifs par les sociétés étrangères. Or les difficultés ne s'arrêtent pas là.

En procédant aux transactions au niveau international, on constate rapidement que les coutumes locales peuvent obliger les parties à sortir de leur « zone de confort » et à s'adapter aux façons de faire affaires différentes de celles auxquelles elles sont habituées afin de réussir à mener à terme la transaction.

Vu la place qu'occupent les transactions transfrontalières dans notre économie, et les défis qu'elles présentent, nous aimerions nous attarder davantage sur les responsabilités de l'avocat impliqués dans celles-ci.

a. Les lois locales

Tout d'abord, en procédant à une transaction transfrontalière, il importe de s'assurer du respect des lois locales applicables²⁹³. L'avocat de l'acquéreur impliqué

²⁹² Mark Adkins *et al.*, « 2012 Trends in Canadian Mergers and Acquisitions » (11 janvier 2012), en ligne: Blake, Cassels & Graydon <<http://www.blakes.com/english/view.asp?ID=5123>>.

²⁹³ Nuançons que, malgré l'usage du terme « transfrontalier », il en est de même pour les transactions interprovinciales. Par exemple, des lois albertaines s'appliqueraient normalement dans le cadre de l'acquisition d'une compagnie locale par une société québécoise.

dans une telle transaction n'aurait pas nécessairement les connaissances requises²⁹⁴. C'est ainsi que les services d'un conseiller juridique local devront être retenus, idéalement le plus tôt possible dans le processus²⁹⁵, afin de proprement évaluer les opérations et l'état de l'entreprise du vendeur en fonction de l'impact des lois locales sur celles-ci, de même que de comprendre les droits et les responsabilités de l'acquéreur dans le contexte d'une transaction. Notons qu'il en est de même des autres professionnels, tels les comptables, les fiscalistes ou les conseillers en matière des ressources humaines, dont les services s'avéreront cruciaux dans l'évaluation de la performance du vendeur, de son respect du droit local, de même que dans l'analyse du risque potentiellement couru par l'acquéreur. De plus, dans la mesure où le vendeur a des opérations dans plusieurs emplacements, les professionnels appropriés devront être retenus dans chacun d'eux afin d'évaluer les droits et responsabilités de l'acquéreur de façon globale, avant et après la clôture de la transaction.

Selon les particularités de la transaction, le vendeur se trouvant à l'étranger pourrait également devoir retenir les services de conseillers juridiques (et potentiellement d'autres professionnels) dans la juridiction de l'acquéreur. Par exemple, lorsqu'une portion du prix d'achat est payable en équité dans l'entreprise de l'acquéreur, il serait de mise pour le vendeur de bien évaluer la portée de ses responsabilités à titre d'actionnaire selon le droit local, de vérifier l'existence d'un impact fiscal, de même que d'évaluer toute autre éventualité de cette transaction.

²⁹⁴ Rappelons que, conformément à ses obligations déontologiques, l'avocat québécois a le devoir de connaissance et compétence envers son client. Voir notamment *supra* note 224.

²⁹⁵ ABA, *supra* note 74 à la p. 55.

Analysons la situation propre aux avocats. Nous avons déjà mentionné dans la section I.1.d que certaines firmes d'avocats bénéficient d'un réseau international de bureaux. Il va de soi que dans le cas d'une transaction internationale, un cabinet ayant des représentants à l'endroit où celle-ci est contemplée confierait à ces derniers de représenter les intérêts de ses clients (bien entendu, sujet à la disponibilité des compétences nécessaires des avocats dans le bureau local concerné à rendre les services requis). Parallèlement, le client continuerait à faire affaire avec le même cabinet. La situation change lorsque la transaction doit avoir lieu à un endroit où les conseillers juridiques n'ont pas de bureau à l'étranger qui pourrait prendre la relève du dossier au niveau local.

Généralement, le client, l'acquéreur ou le vendeur, n'aura pas de conseiller juridique existant à l'endroit de la transaction. Il se fierait donc à la discrétion et à la compétence des avocats le représentant dans la transaction pour en recommander un. Il appartiendra donc à l'avocat principal d'effectuer les recherches nécessaires et d'identifier ses correspondants. L'avocat retenu devra non seulement maîtriser le droit et la culture locale, mais également comprendre les attentes et l'éthique d'affaires de son client étranger²⁹⁶. Sa crédibilité au niveau local jouera un rôle important dans l'établissement des relations entre les parties. Idéalement il possédera un bon sens d'affaires et saura évaluer les concessions faites par son client en fonction de leur valeur correspondante dans la culture de l'entreprise « locale ». De plus, des connaissances spécifiques nécessaires pour certaines transactions devront être également considérées

²⁹⁶ James R. Silkenat, Jeffrey M. Aresty et Jacqueline Klosek, *The ABA Guide to International Business Negotiations*, 2e éd., Chicago, American Bar Association, 2000 à la p. 149 [Silkenat].

dans le choix de l'avocat correspondant. Par exemple, les connaissances en matière de propriété intellectuelle et du droit des technologies pourront s'avérer nécessaires dans le cadre d'une acquisition d'une entreprise de technologie d'information.

b. Les différences culturelles

Le deuxième facteur est souvent négligé par plusieurs personnes impliquées dans les transactions. Il s'agit néanmoins de l'un des aspects les plus importants à considérer, puisqu'il peut provoquer la rupture des discussions sans même que les parties en comprennent la cause. Nous faisons référence ici aux différences culturelles.

En effet, un bon pourcentage des échecs des discussions internationales peut être attribué au défaut des parties de constater cette différence et de comprendre l'autre. Une entreprise faisant son entrée dans un nouveau marché se prévaudra souvent de son expérience passée dans une société qu'elle « comprend », en tentant de l'appliquer dans le contexte d'une nouvelle culture²⁹⁷. Or, le monde des affaires est particulièrement propice à la découverte des différences culturelles; lorsque les enjeux sont importants, les gens tendent à dévoiler leur vraie nature, puisque c'est dans ces situations que leurs ressources sont le plus nécessaires²⁹⁸, leur attention étant principalement concentrée sur la problématique.

Dans certains pays, particulièrement en Orient, la « forme » des discussions dépasse souvent leur « fond ». La parole indirecte occupe une place beaucoup plus importante dans les négociations, dont le sens variera en fonction du contexte social

²⁹⁷ Natalie Holder-Winfield, « Cultural Competency Across Borders », *Diversity & The Bar [de l'Association of Corporate Counsel]* (mars/avril 2011), 32 à la p. 32.

²⁹⁸ John Hooker, « Cultural Differences in Business Communication » (décembre 2008), en ligne: Carnegie Mellon University <<http://ba.gsia.cmu.edu/jnh/businessCommunication.pdf>>.

des parties²⁹⁹. Par exemple, dans certaines sociétés, le « oui » ne témoigne pas nécessairement du consentement de la partie adverse, mais peut plutôt indiquer une reconnaissance par cette dernière qu'elle a reçu le message³⁰⁰. Or les différences culturelles existent même entre des sociétés culturellement plus proches, par exemple le Canada et les États-Unis. Par exemple, dans le contexte des vérifications diligentes, généralement les Canadiens sont portés à répondre plus vite et communiquer plus d'informations que nos voisins du sud³⁰¹.

Parallèlement, l'établissement d'une relation de confiance, si importante dans les transactions, peut s'avérer un défi de taille dans un contexte international. En effet, dans certaines sociétés, les gens font affaires exclusivement avec des personnes proches – amis et membres de leurs familles. Alors que dans les sociétés occidentales, la « confiance » s'accompagne normalement par la conclusion d'une entente écrite, d'autres cultures privilégient des relations personnelles et la parole de ses proches³⁰²; le fait de simplement serrer la main suffit pour juger de l'existence d'une entente entre les parties. C'est ainsi que le professeur John Hooker, de l'université Carnegie Mellon, observe que les ententes dans les sociétés occidentales sont normalement très volumineuses, puisqu'elles tendent à prévoir toutes les éventualités, tous les risques³⁰³. À contrario, dans les pays orientaux, les accords ressemblent davantage à des lettres

²⁹⁹ Silkenat, *supra* note 296 à la p. 37.

³⁰⁰ *Supra* note 298.

³⁰¹ Tel que mentionné par les conférenciers lors de la conférence organisée par l'Association of Corporate Counsel, précitée, note 31.

³⁰² Silkenat, *supra* note 296 à la p. 103.

³⁰³ *Supra* note 298.

d'intention, puisque leurs termes sont plutôt vagues et peuvent faire l'objet de variation dans leur interprétation.

Afin de pouvoir bien comprendre la réaction et la motivation de ses interlocuteurs, et ultimement rendre le meilleur service à ses clients, l'avocat doit être conscient de l'existence des différences culturelles, et faire l'effort pour développer son « intelligence culturelle », cette « faculté qu'ont des individus confrontés à des modes de pensée et de fonctionnement, souvent d'origine culturelle, qui leur sont inconnus ou qu'ils n'ont pas eux-mêmes expérimentés, de s'adapter à ces derniers et d'ajuster leurs comportements en conséquence »³⁰⁴. La connaissance des différences culturelles permettra à l'avocat de déterminer avant même le début des négociations si la relation avec la partie adverse sera coopérative ou compétitive, formelle ou informelle, émotionnelle ou non³⁰⁵. Par ailleurs, la maîtrise de l'étiquette d'affaires propre à la culture de la contrepartie pourra permettre d'éviter certaines situations délicates. Par exemple, dans certaines sociétés il est mal vu de parler des affaires en mangeant³⁰⁶.

Le concept des différences culturelles n'est certainement pas nouveau. Cependant, alors qu'avant on devait comprendre ces différences pour s'assurer une victoire, aujourd'hui l'intelligence culturelle est essentielle simplement pour participer dans le monde des affaires au niveau international³⁰⁷. En raison de ces divergences, même les tâches les plus simples peuvent parfois présenter des complications. L'avocat

³⁰⁴ Gaudreault-DesBiens, « Contexte », *supra* note 15 à la p. 33.

³⁰⁵ Silkenat, *supra* note 296 à la p. 43.

³⁰⁶ *Ibid.* à la p. 193.

³⁰⁷ *Supra* note 297.

impliqué dans une transaction doit non seulement comprendre lui-même les différences, mais aussi éduquer à l'occasion son client³⁰⁸.

Nous avons vu dans la section précédente que la rétention d'un correspondant local permettrait d'évaluer l'application des lois locales à la transaction. Il importe cependant d'ajouter que la même personne pourrait devenir une source importante pour la compréhension des différences culturelles. Non seulement elle pourra recommander les meilleures approches et éviter à son client de poser des gestes pouvant être jugés maladroits, mais elle pourrait aussi s'impliquer plus directement dans les négociations commerciales. Cette approche pourrait faciliter l'établissement d'une bonne communication entre les parties, de même qu'augmenter les chances de bâtir une relation de confiance entre elles.

Par ailleurs, l'avocat québécois retenu par un client étranger devrait également savoir s'adapter afin de maximiser sa relation avec celui-ci. L'approche générale et les techniques d'entrevue et de communication devront entre autres être adaptées aux attentes et aux besoins de son client, non seulement sur la foi des indices « types » applicables à tout autre client, mais également en tenant compte de son contexte culturel³⁰⁹. Une récente étude a démontré que le comportement des parties à une transaction d'acquisition ou de fusion dépendra de leur héritage culturel, et que cette réalité devrait être prise en considération non seulement au stade transactionnel, mais également à l'étape de l'intégration³¹⁰; les différences des cultures sont importantes,

³⁰⁸ Richard Cicchillo Jr., « Domestic and Cross-Border M&A: Unique Diligence Concerns and Solutions », dans Kraham, *supra* note 75, 87 à la p. 101.

³⁰⁹ Gaudreault-DesBiens, « Contexte », *supra* note 15 à la p. 165.

³¹⁰ Satu Teerikangas et Philippe Véry, « Culture in Mergers and Acquisitions: A Critical Synthesis and Steps Forward », dans Faulkner, *supra* note 73, 392 à la p. 416.

mais elles le deviennent d'autant plus lorsqu'il y a résistance au changement organisationnel parallèlement à une incompréhension mutuelle entre les différents groupes d'employés³¹¹.

Bien entendu, il serait erroné de croire que le contexte socioculturel joue un rôle important exclusivement dans le cadre des transactions internationales ou dans le contexte d'affaires. Comme la plupart des sociétés occidentales, le Québec et le reste du Canada accueillent continuellement un nombre considérable d'immigrants (en fait, l'un des plus grands nombres d'immigrants parmi les pays occidentaux³¹²), qui amènent avec eux leurs valeurs, traditions, perceptions et opinions³¹³.

c. Les situations particulières dans le contexte interculturel

Les relations dans un contexte international amènent les individus à faire face à des situations peu communes dans leur pays d'origine. Au-delà des différences juridiques, organisationnelles et culturelles, certaines particularités économiques peuvent aussi avoir un impact sur la conduite des affaires à l'étranger.

. Suivant la leçon tirée notamment du scandale impliquant la célèbre compagnie de vêtements GAP³¹⁴, l'acquéreur d'une entreprise à l'étranger, tel un

³¹¹ Voir notamment David Faulkner, Robert Pitkethly et John Child, « Country Cultural Differences in Acquisition Management », dans Faulkner, *supra* note 73, 431 aux pp. 431 et s.; Very, *supra* note 213, c. 5b.

³¹² Jean-François Gaudreault-Desbiens et Diane Labrèche, « Le contexte social du droit dans le Québec contemporain », dans Jocelyne Tremblay, *supra* note 343, 247 à la p. 252.

³¹³ Voir également Pierre Nadeau, *Le droit en partage: le monde juridique face à la diversité culturelle*, Montréal, Thémis, 2003.

³¹⁴ En 2007, GAP s'est retrouvée au centre d'un scandale puisqu'elle s'approvisionnait auprès d'une entreprise en Inde employant des mineurs de 10 ans dans des conditions d'emploi difficiles. Voir notamment : « Travail des enfants: Gap pris la main dans le sac » (29 octobre 2007), en ligne, L'Expresse <http://www.lexpress.fr/actualite/economie/travail-des-enfants-gap-pris-la-main-dans-le-sac_467499.html>.

manufacturier de textile en Asie³¹⁵, devra réfléchir non seulement à la pertinence de la transaction du point de vue commercial, mais également se pencher sur l'impact de celle-ci sur son image, compte tenu de certaines pratiques d'éthique; après tout, la marque se bâtit pendant des années, mais peut être perdue du jour au lendemain³¹⁶. Nous croyons que l'avocat de l'acquéreur devrait aviser son client d'évaluer, dans le cadre de l'étude des risques rattachés à la transaction, l'impact que la réalisation de celle-ci pourrait avoir sur l'image publique autant de l'acheteur que du vendeur, puisque la protection de l'image de son client fait partie de ses responsabilités implicites.

Par contre, ce ne sont pas que des questions d'éthique et d'image qui peuvent avoir un impact sur la transaction. Dans certains pays, la question de la corruption est également au centre des préoccupations. Des pots-de-vin pourraient être exigés par certaines sources afin d'octroyer une autorisation ou un permis nécessaire pour la réalisation de la transaction³¹⁷. Cette question est au cœur de l'article « Foreign Corrupt Practices Act: A Growing Factor in M&A » publié par la firme comptable Deloitte³¹⁸, où l'auteur se penche sur l'application de la loi États-Unienne. Au Canada, une loi similaire, la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers*³¹⁹, fait l'objet des mêmes

³¹⁵ Bien que les pays asiatiques soient fameux pour les piètres conditions de travail dans cette industrie, plusieurs autres pays offrent les mêmes conditions de travail, tels certains États en Amérique du Sud, ou ceux en Afrique. Voir notamment Robert J. Flanagan, *Globalization and Labor Conditions*, New York, Oxford University Press, 2006.

³¹⁶ Oonagh Harpur, « Buiding a Sustainable Reputation », dans *Business Ethics*, Londres, The Economist, 2001, 101 à la p. 103 [Ethics]; Keith Jones, « Global Sourcing », dans *Ethics*, précité, 146 à la p. 147.

³¹⁷ George Moody-Stuart, « Corruption », dans *Ethics*, *supra* note 316, 133 à la p. 136.

³¹⁸ Ed Rial, « Foreign Corrupt Practices Act: A Growing Factor in M&A » (octobre 2009), en ligne: Deloitte <<http://author.acc.com/legalresources/resource.cfm?show=758713>>.

³¹⁹ *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers*, L.C. 1998, c. 34.

débats. À cet égard, l'avocat impliqué dans une transaction doit être conscient des dangers présentés par cette pratique pour une entreprise canadienne, pouvant impliquer notamment des pénalités substantielles. Il est impératif pour l'équipe de l'acquéreur de valider, dans le cadre de la vérification diligente, si l'entreprise cible a recours à ces pratiques, afin de bien établir l'ampleur des risques rattachés à la transaction et de préparer un plan d'action en conséquence. Le rapport annuel sur la lutte contre la corruption à l'étranger, déposé au parlement à l'automne 2011, faisait état d'une intensification des efforts des autorités à renforcer l'application des mesures punitives contre les entreprises canadiennes opérant à l'étranger³²⁰. À cet égard, plusieurs praticiens recommandent l'établissement de programmes de formation des employés, de même que la mise en place de politiques corporatives traitant des questions d'anti-corruption, applicables non seulement aux employés internes, mais également aux consultants et à d'autres fournisseurs externes³²¹.

Nous aimerions également soulever un autre aspect important dans le contexte des transactions internationales – l'espionnage industriel. L'un des buts principaux est d'avoir le plus d'informations confidentielles et stratégiques afin d'en tirer avantage lors des négociations, mais encore de déterminer s'il serait possible de mettre la main sur les technologies de l'entreprise-victime sans avoir à participer à la transaction. Récemment quelques professionnels en matière de sécurité de l'information ont partagé

³²⁰ Adam Rambert, Michael Torrance et Graham Erion, « On the front burner: Canada's fight against bribery of foreign public officials » (janvier 2012), en ligne: Norton Rose <<http://www.nortonrose.com/files/on-the-front-burner-canadas-fight-against-bribery-of-foreign-public-officials-pdf-91kb-61938.pdf>>.

³²¹ Christa C. Wessel, « Canada Cracks Down », *Magazine CCCA [de l'Association canadienne des conseillers juridiques d'entreprises]*, n° 5:3 (automne 2011), 12 à la p. 12; Pablo Fuchs, « Lois anticorruption : l'étau se resserre. », *Magazine CCCA [de l'Association canadienne des conseillers juridiques d'entreprises]*, n° 5:4 (hiver 2012), 22 à la p. 22.

leurs constatations quant à l'existence de très fortes probabilités de tentatives de hacking dans le contexte des transactions avec certains pays³²². Selon ces experts, le taux grimpe à 100% lorsque les discussions touchent à certaines industries stratégiques, telles les hautes technologies, l'aviation et le secteur de l'énergie. C'est ainsi que la question de protection des renseignements confidentiels, du point de vue technologique, devient d'autant plus importante. Nous croyons que l'avocat devra aviser son client de promptement consulter son équipe de technologies d'information afin de valider la fiabilité de ses systèmes informatiques, et d'identifier des solutions curatives au besoin.

d. Représenter un acquéreur au Québec

Dans cette section nous avons examiné certaines particularités des transactions transfrontalières. Nous avons notamment mentionné que les services des conseillers juridiques locaux sont impératifs afin de bien évaluer le cadre juridique de la transaction. Cependant, les transactions dans un contexte international ne visent pas nécessairement les entreprises étrangères; un bon nombre d'acquisitions visent annuellement les sociétés québécoises. Dans ces cas, c'est au tour des avocats de la « Belle Province » d'être retenus à titre de correspondants par leurs confrères et consœurs étrangers afin d'émettre une opinion sur le droit applicable, alors que d'autres représenteront l'entreprise visée.

³²² Dmitri Alperovitch, « Changing Security Paradigm: Taking on the Adversary », 3^{ème} Congrès annuel sur la vie privée, l'accès et la sécurité, Hôtel Westin d'Ottawa, 4 octobre 2012; William J. Cook, « Panel B: Privacy Breaches », 3^{ème} Congrès annuel sur la vie privée, l'accès et la sécurité, Hôtel Westin d'Ottawa, 4 octobre 2012; voir également Thomas J. Shaw, dir., *Information Security and Privacy: A Practical Guide for Global Executives, Lawyers and Technologists*, A.I., American Bar Association, 2012.

Rappelons simplement que l'avocat québécois devra être conscient de certaines dispositions statutaires spécifiques pouvant s'appliquer aux investisseurs étrangers, telles que contenues dans la *Loi sur la concurrence*³²³, la *Loi sur Investissement Canada*³²⁴, les lois fiscales, ou encore dans certaines lois relevant des industries stratégiques, telles l'énergie et sur les télécommunications³²⁵. En effet, tant au Canada qu'aux États-Unis et ailleurs dans le monde, les dernières années ont été marquées par l'intensification de la surveillance par l'État des transactions d'acquisition et de fusion pour les investissements étrangers de même que des dispositions sur la concurrence³²⁶. En vertu de ces dernières, les autorités réglementaires, telles le Commissaire à la concurrence dans le cas du Canada³²⁷, pourraient avoir à se pencher sur la transaction et ses possibles conséquences sur le marché et agir en conséquence³²⁸. Par ailleurs, la question d'application des lois spéciales aux acquéreurs étrangers demeure aussi importante dans les autres pays, lesquels, tout comme le Canada, mettent en place des moyens de contrôle du marché.

³²³ *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34 [*Loi sur la concurrence*].

³²⁴ *Loi sur Investissement Canada*, L.R.C. 1985, c. 28 (1^{er} suppl.).

³²⁵ Par exemple la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, c. 11 ou la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, c. 38.

³²⁶ Christopher Caparelli, Neville Jugnauth et Dany Assaf, « M&A: Torys' Top Trends for 2012 » (19 décembre 2011), en ligne: Torys <<http://www.torys.com/Publications/Documents/Publication%20PDFs/matrends2012.pdf>>.

³²⁷ *Loi sur la concurrence*, art. 7.

³²⁸ Bien entendu, l'étendue des pouvoirs des autorités concernées variera d'une juridiction à l'autre. Au-delà même de la réglementation locale, plusieurs pays industrialisés ont signé des accords d'échange d'information, visant notamment à assurer la collaboration entre les autorités des pays concernés dans le but ultime de minimiser les abus et assurer une concurrence plus saine. Pour plus d'information, voir notamment *International Antitrust Cooperation Handbook*, Chicago, American Bar Association, 2004.

À notre avis, cette question nécessite une attention prioritaire dans le cadre des transactions transfrontalières.

Dans le contexte d'une transaction d'acquisition d'une société étrangère par une entreprise canadienne, le fait de retenir un avocat correspondant ne signifie aucunement la décharge des obligations pour l'avocat québécois. Celui-ci demeurera normalement le principal conseiller juridique à l'acquéreur québécois, et, à notre avis, devra donc continuer à s'acquitter de tous les devoirs et responsabilités qui lui incombent. Autant il est du devoir de l'avocat québécois de soulever ces questions prioritaires auprès de son client et de ses correspondants, afin de minimiser la perte de temps et la dépense inutile de fonds de son client, qu'il est de son devoir de fournir les réponses à ces mêmes questions lorsqu'il agit comme correspondant pour un client étranger. Quelles sont les restrictions légales ou réglementaires imposées par des autorités locales aux acquéreurs étrangers? Existe-il des restrictions particulières pouvant ralentir ou empêcher la transaction envisagée? Quels sont les alternatives possibles? Voilà quelques exemples de questions dont les réponses sont, à notre avis, d'une importance capitale pour la transaction transfrontalière envisagée.

7. Qu'en est-il de la jurisprudence?

L'objectif premier du présent travail est de tenter de définir le rôle de l'avocat impliqué dans les transactions d'acquisition et fusion. Certes, nos démarches auraient été incomplètes sans l'analyse du point de vue des tribunaux. Or nos recherches n'ont permis d'identifier qu'un nombre infime de décisions traitant de la responsabilité de

l'avocat impliqué dans ce type de dossiers. Cela nous semble d'autant plus surprenant, considérant le pourcentage si élevé des transactions échouées³²⁹.

Dans la mesure où l'une des parties n'est pas représentée par des conseillers juridiques, il appartient à l'avocat de proprement expliquer les principales conséquences des actes que celle-ci s'apprête à signer. Dans l'affaire *Abou-Kasm*³³⁰, la Cour avait conclu que bien que l'avocat n'ait représenté que le vendeur, il avait fait une représentation contractuelle à la partie adverse non représentée par un conseiller juridique, que son mandat était de rédiger l'entente de la transaction « substantiellement en conformité » avec l'offre d'achat acceptée. Cette offre référait à un permis obtenu, mais au moment de la clôture il est devenu évident que ce n'était pas le cas. L'avocat fut trouvé responsable d'avoir manqué à son devoir d'agir dans le meilleur intérêt de son client (la partie adverse), et avec prudence en omettant de vérifier la validité des propos de son client original (le vendeur) quant à l'existence du permis, ce dernier ayant orchestré une fraude. De plus, la Cour avait conclu que dans les circonstances, en découvrant l'absence du permis en question, l'avocat devait expliquer aux acheteurs les risques et les conséquences associés à l'absence du permis, manquant ainsi à son devoir de conseil. Finalement, l'avocat s'était placé en conflit d'intérêts, et aurait dû ajourner la séance de clôture afin de permettre aux acquéreurs d'obtenir l'avis d'un conseiller juridique indépendant.

Une autre décision nous enseigne qu'au moment de la clôture de la transaction, l'avocat doit confirmer auprès de toutes les parties, de même que tous les autres

³²⁹ Nous avons déjà discuté de cette question dans la section III.1.

³³⁰ *Abou-Kasm*, *supra* note 344.

professionnels impliqués, que tout est en ordre, à la pleine satisfaction des parties³³¹. Le conseiller juridique, particulièrement lorsqu'il est le seul professionnel de droit impliqué dans la transaction, doit savoir expliquer aux parties les conséquences de certains gestes pouvant avoir des conséquences juridiques et financières importantes. Dans *Pneus Gaumont ltée c. Prévost*³³², le notaire ayant rédigé l'entente de la transaction et procédé à la séance de la clôture a failli à son devoir de conseil en omettant d'expliquer au vendeur que le prix d'achat n'est pas garanti par une sûreté, tel qu'il est généralement le cas, et que le représentant de l'acquéreur ne s'engageait pas personnellement, mais plutôt par le biais des entreprises insolubles, des coquilles vides.

Dans *Acme c. McCarthy Tétrault*³³³ il était question d'une société d'investissement ayant subi une perte suivant la transaction, notamment en raison d'une clause de rajustement du prix d'achat liée non pas à la valeur économique de la transaction, mais plutôt à la valeur comptable des actions, conformément aux directives données à l'avocat par son client, l'acquéreur. La cour a conclu que l'avocat n'avait pas failli à son devoir de conseil en omettant d'expliquer les conséquences d'une telle disposition, en raison de l'expérience en finances et en affaires du représentant principal de l'acquéreur, son président. Ce dernier n'en était pas à sa première transaction d'acquisition, et était également entouré d'autres professionnels dans le cadre de celle-ci, dont des conseillers en matière comptable. Il connaissait les dangers

³³¹ 1632-6787 *Québec inc. c. Compagnie Montréal Trust*, [2004] R.R.A. 11.

³³² *Pneus Gaumont ltée c. Prévost*, 2009 QCCS 4032.

³³³ *Groupe Acme Canada inc. c. McCarthy, Tétrault*, (2000) AZ-00021414 [*Acme*].

représentés par l'entreprise acquise, découverts dans le cadre de la vérification diligente.

Dans cette décision fortement intéressante, la Cour rappelle que « le devoir de conseil des avocats n'en fait pas les assureurs de leurs clients » lorsque les affaires tournent mal. D'ailleurs, en mentionnant la décision *Labrie c. Tremblay*³³⁴, la cour rappelle que le domaine des acquisitions et fusions est un champ de pratique de haute spécialité. Ainsi l'avocat impliqué dans ce type de transactions devra non seulement comprendre les conséquences de l'orientation juridique qu'il propose à son client mieux qu'un généraliste, mais aussi s'assurer d'y tenir compte des décisions d'affaires.

Nous croyons que cette quasi-absence de décisions judiciaires portant sur la responsabilité professionnelle ou civile des avocats serait attribuable à quelques raisons. Tout d'abord les gens impliqués dans celles-ci sont, dans la plupart des cas, des personnes « qualifiées », des gens d'affaires ayant donc des connaissances et compétences en matière de gestion des risques et de prise de décisions stratégiques³³⁵. À titre de gestionnaires, souvent de haut niveau, représentant l'une des parties à une transaction, ces individus sont réputés avoir les habiletés nécessaires pour anticiper, minimiser, prévenir ou accepter des risques, retenir les services des professionnels qualifiés, poser les questions requises lorsque pertinent et exiger les réponses. En présentant une réclamation contre le professionnel qu'ils auraient eux-mêmes engagé, ces gens d'affaires pourraient affecter leur propre crédibilité en tant que gestionnaires, n'ayant pas pu prendre les bonnes décisions en temps opportun, que ce soit en termes

³³⁴ *Labrie c. Tremblay*, [1999] REJ6 15458 (C.A.Q.).

³³⁵ Voir notamment l'affaire *Acme*, *supra* note 333.

de choix d'avocat compétent ou de reconnaître, prévenir ou minimiser le risque couru. C'est ainsi que l'idée d'un recours en responsabilité contre son conseiller juridique devient moins attrayante pour ceux-ci.

Par ailleurs, nous croyons qu'un recours en responsabilité contre l'avocat pourrait avoir peu de succès en raison d'un possible acquiescement au risque par ces représentants « qualifiés » de son client, en toute connaissance de cause. Avant même de se rendre à ce point, la partie préjudiciée tentera sensiblement de présenter ses demandes auprès de l'autre partie à la transaction. Dans le cas de l'acquéreur, il sera souvent question de non atteinte des objectifs visés ou omission de divulguer des faits matériels à la transaction, résultant en une demande de diminution de prix d'achat ou d'indemnisation, alors que pour le vendeur, il sera question de mauvaise gestion de son ancienne entreprise par l'équipe de l'acquéreur, ainsi que de l'acquiescement au risque découvert lors de la vérification diligente. En effet, tel que déjà vu, généralement plusieurs représentants des deux parties seront impliqués tout au long de la transaction, dont dans le cadre de la vérification diligente. Ainsi, les représentants des deux entreprises auront le temps de se pencher sur les découvertes et de tirer leurs propres conclusions. Aussi, l'implication de toutes ces personnes, dont d'autres professionnels, dans le dossier fait en sorte que non seulement les risques les plus apparents passent inaperçus moins fréquemment, mais aussi qu'ils sont partagés par plusieurs personnes impliquées, diminuant donc la donne pour l'avocat. De plus, il ne serait pas déraisonnable de s'attendre à ce qu'il y ait un petit pourcentage de règlements à l'amiable, hors cour, minimisant davantage l'exposition publique des dossiers problématiques.

Finalement, un grand nombre de sources d'information et de modèles préconçus de contrats d'acquisition et de fusion est disponible aujourd'hui à l'usage. Tout professionnel de droit pourrait effectuer une recherche, et, sur la foi de quelques exemples, produire une entente pour son client. Bien entendu elle pourrait ne pas être la plus favorable pour ce dernier, mais en ce qui a trait aux obligations déontologiques de l'avocat, elles pourraient être rencontrées.

Comme nous pouvons voir, cette réalité ouvre la porte à des abus, et met en évidence la faiblesse dans notre système de contrôle d'exercice de la profession. Non seulement souvent le client ne se rendra pas compte de l'excès de confiance envers son avocat, voire de l'abus de sa part, mais advenant même cette réalisation, il hésitera à présenter sa demande en justice compte tenu, entre autres, des raisons exposées ci-haut.

8. Survol des obligations éthiques et déontologiques

Le terme « avocat » provient du mot latin « *advocatus* », soit celui qui est appelé à aider³³⁶. Dans l'espoir de trouver la solution désirée, les clients – individus et entreprises – confient à ceux-ci leurs problèmes et situations les plus confidentielles, en se fiant substantiellement, comme règle générale, à leur jugement. Compte tenu de l'importance et surtout de l'impact que cette profession a dans la société, il est primordial que les clients sollicitant des services juridiques puissent pleinement faire confiance aux avocats dans leurs démarches. À cette fin, plusieurs mécanismes de

³³⁶ Le nouveau petit Robert, 1993, s.v. « avocat »; Larousse, s.v. « avocat », en ligne : Larousse.com <<http://www.larousse.fr/encyclopedie/nom-commun-nom/avocat/24773>>; Wikipedia, s.v. « advocatus », en ligne: Wikipedia.fr <<http://fr.wiktionary.org/wiki/advocatus>>.

contrôle de l'exercice de la profession ont été mis en place par les autorités, dont l'établissement de la réglementation régissant la pratique de la profession.

Les avocats sont soumis à une longue liste de lois, codes et règlements. Cependant, malgré l'effort constant de rendre ces règles les plus complètes possibles par des mises à jour et des réformes³³⁷, celles-ci ne fournissent qu'un ensemble de lignes directrices d'exercice de la profession. Au Québec, ce contrôle s'exerce principalement par les divers départements du Barreau du Québec et ses organismes affiliés³³⁸, dont la mission est de jouer un rôle de médiateur, en assurant « la protection du public [tout en maximisant] les liens de confiance entre les avocats et les avocates, le public et l'État »³³⁹.

La législation québécoise impute aux avocats deux types de responsabilité : civile et professionnelle³⁴⁰. Selon les statistiques du Fonds d'assurance-responsabilité du Barreau du Québec, sur l'ensemble des réclamations présentées par les assurés-avocats entre 1988 et 2009, un total de 15.9% ont été faites par les professionnels œuvrant en droit des affaires³⁴¹. Rappelons que la police d'assurance

³³⁷ Telle l'entrée en vigueur du *Règlement sur la comptabilité et les normes d'exercice professionnel des avocats*, R.R.Q., c B-1, r. 5, de même que le dépôt de l'avant-projet pour la réforme du *Code de déontologie des avocats*. Le texte de cet avant-projet a été publié dans la Gazette officielle du Québec (*Code de déontologie des avocats*, G.O.Q. 2014.II.510. [*Futur Code de déontologie des avocats*]).

³³⁸ Tels l'École du Barreau, l'Inspection professionnelle, le Bureau du syndic, le comité disciplinaire, et le Fonds d'assurance-responsabilité professionnelle.

³³⁹ La mission du Barreau du Québec, telle que publiée sur le site web de l'organisme, au <http://www.barreau.qc.ca/fr/barreau/fondements/mission/index.html> au 9 novembre 2012.

³⁴⁰ Par exemple, un avocat qui a laissé prescrire les droits de son client peut faire l'objet d'un recours en dommages-intérêts intenté par celui-ci devant les tribunaux du droit civil, et parallèlement, faire face aux sanctions disciplinaires imposées par le Comité de discipline du Barreau.

³⁴¹ Guylaine LeBrun, Allocution, Atelier de formation portant sur le Code de déontologie appliquée aux avocats en entreprise de l'Association of Corporate Counsel et du Barreau du Québec, Hôtel Saint-Sulpice de Montréal, 30 septembre 2010 [non publiée]. Me LeBrun est le Coordonnateur aux activités de prévention au Fonds d'assurance-responsabilité professionnelle du Barreau du Québec.

d'assurance-responsabilité des avocats du Québec ne couvre pas les actes posés par ceux-ci à titre de dirigeants ou administrateurs d'entreprises. Me René Langlois, directeur général de l'organisme, rappelle que selon les données de l'inscription du Tableau de l'Ordre en 2011, « près de 700 membres du Barreau du Québec siègent au conseil d'administration d'entités qui ne maintiennent aucune assurance-responsabilité pour leurs administrateurs ou dirigeants », alors que la couverture des 1 935 avocats siégeant à des conseils d'administration des organismes autres que leur bureau d'avocats excède la limite de couverture de dernier ressort offerte par le Fonds d'assurance du Barreau³⁴². C'est ainsi que Me Langlois insiste sur l'importance pour les avocats d'entreprises d'exiger qu'une police d'assurance-responsabilité soit contractée par l'entreprise pour les avocats y œuvrant à titre de dirigeants ou siégeant en tant qu'administrateurs.

Bien que la présente recherche ne vise pas l'analyse ou l'interprétation de règles en matière de déontologie ou d'éthique des avocats, nous croyons qu'un bref rappel de certaines notions, avant de poursuivre, serait de rigueur³⁴³. En acceptant un mandat, l'avocat s'engage à utiliser les moyens dont il dispose pour rendre le meilleur service à son client³⁴⁴. Dans l'exécution de ce mandat, l'avocat doit tenir compte non seulement de ses connaissances et compétences, mais devra aussi agir avec intégrité,

³⁴² René Langlois, « Avocats administrateurs ou dirigeants », *Præventio [bulletin du Fonds d'assurance-responsabilité professionnelle du Barreau du Québec]*, n° 12:2 (juin 2011) 1 à la p. 1.

³⁴³ Voir également Pierre Bernard, « Le secret professionnel et la loyauté de l'avocat – Dans une entreprise, qui y a droit? », dans *Avocats en entreprise: Tendances et perspectives*, vol. 274, Cowansville, Yvon Blais, 2007 [Bernard]; Daniel Weinstock, « Introduction aux fondements de l'éthique et de la déontologie », dans Jocelyne Tremblay, dir., *Collection Droit 2012-2013*, vol. 1, Cowansville, Yvon Blais, 2012, c. I [Jocelyne Tremblay]; Raymond Doray, « Les devoirs et les obligations de l'avocat », dans Jocelyne Tremblay, précité, ch. II.

³⁴⁴ *Code civil du Québec*, art. 2100; *Bailey c. Fasken Martineau Dumoulin, s.r.l.*, [2005] R.R.A. 842; *Abou-Kasm c. Levine*, [2003] R.R.A. 643 [*Abou-Kasm*].

prudence, diligence et loyauté, en évitant en tout temps de se placer dans une situation de conflit d'intérêts³⁴⁵. Nous sommes d'avis que, conformément aux meilleures pratiques de la profession, l'acceptation et la portée du mandat devrait être constatée par écrit et signée par le client, afin d'éviter des complications éventuelles.

³⁴⁵ Voir notamment les articles 2.00.01, 3.00.01, 3.01.01, 3.03.01, 3.05.05, 3.05.06, 3.05.07, 3.06.01, 3.06.06 et 3.06.08 du *Code de déontologie des avocats* (et leurs équivalents dans le *Futur Code de déontologie des avocats*, soit les articles 4, 20, 29, 39, 63, 71, 74, 76 et 79).

RÉFLEXIONS ET CONCLUSIONS

En novembre 2011, le magazine Forbes a octroyé au Canada le titre du « meilleur pays au monde pour les affaires »³⁴⁶. L'auteur de l'article explique que ceci est en partie dû à notre système bancaire, lequel a démontré sa solidité lors de la crise financière ayant secoué le monde depuis 2007. Un an plus tard, l'Organisation pour la coopération économique et le développement (OCDE) a publié un rapport dans lequel elle prévoit que le Canada demeurera dans les positions du pôle parmi les pays du G7 de meilleure croissance économique pour les prochains cinquante ans³⁴⁷. Ces reconnaissances internationales des perspectives positives pour le marché canadien dans les années à venir laissent croire que l'activité des acquisitions et fusions maintiendra son rythme.

Dans ce travail, nous voulions nous pencher sur la réalité des avocats et avocates œuvrant dans cette branche du droit de même que partager certaines idées et expériences personnelles, dans le but de provoquer une réflexion quant à la pratique dans ce domaine et sur les changements affectant la pratique du droit en général, le tout dans le but ultime de contribuer à l'effort de la communauté juridique du Québec de rendre un meilleur service à la clientèle commerciale.

Bien entendu, il a été impossible de traiter de toutes les questions touchant le rôle de l'avocat dans les transactions d'acquisition et de fusion dans le cadre de ce travail. Les conseils et les réflexions présentés dans notre recherche ne constituent

³⁴⁶ Kurt Badenhausen, « The Best Countries For Business » (3 octobre 2011), en ligne: Forbes <<http://www.forbes.com/sites/kurtbadenhausen/2011/10/03/the-best-countries-for-business>>.

³⁴⁷ « OECD says Canada to lead G7 in growth for next 50 years » (9 novembre 2012), en ligne: CBC News <<http://www.cbc.ca/news/business/story/2012/11/09/oecd-canada-growth.html>>.

qu'un très bref aperçu d'une transaction. Nous voyons une bonne partie de ceux-ci comme étant des obligations ne relevant pas des devoirs directs du conseiller juridique, particulièrement vu l'implication des autres professionnels. Néanmoins, compte tenu des changements importants affectant le milieu juridique d'aujourd'hui, nous avons tenté d'établir des ponts entre la pratique du droit des affaires, les obligations professionnelles de l'avocat moderne à l'ère du numérique et les besoins de la clientèle sophistiquée, faisant affaires à l'échelle mondiale. Les développements technologiques et la globalisation ont rendu ces sujets interdépendants, dont la compréhension est désormais indispensable à la réussite de tout professionnel œuvrant en droit commercial.

Nous avons noté que la formation fournie au Québec dans le cadre des études structurées fournit généralement, selon nous, très peu d'information quant à cette branche du droit. La situation ne change pas rendu au programme de formation professionnelle à l'École du Barreau. Il est raisonnable de reconnaître que la plupart des avocats impliqués dans ce type de transactions acquerront leur expérience en participant dans les dossiers de leurs confrères et consœurs plus expérimentés. Cependant qu'en est-il des autres? Nous considérons qu'une formation académique axée sur des cas pratiques des dossiers d'acquisitions et fusions pourrait aider à pallier le manque, et même permettre aux professionnels expérimentés d'améliorer leurs compétences. Ces cours permettraient aux juristes de comprendre l'ampleur de l'impact de l'avocat dans la transaction, de l'importance pour celui-ci de savoir collaborer avec les gens d'affaires et d'autres professionnels, mais surtout celle de

savoir bien comprendre et proprement interpréter les craintes et les motivations de chacun d'eux.

Offrir une telle formation dès le stade universitaire permettrait aux gens intéressés de mieux se renseigner d'avance, et même de suivre des formations additionnelles, telles en fiscalité, en management, et même en psychologie, pouvant ultimement leur permettre de devenir de meilleurs professionnels du droit transactionnel, et donc de rendre un meilleur service au public. Après tout, les gens sont moins enclins à suivre une formation structurée une fois sur le marché du travail.

Quant aux conseillers juridiques désireux d'améliorer leurs qualifications professionnelles, une formation basique en vente de même qu'en psychologie sociale serait de grande utilité. Nous référons notamment à une meilleure compréhension et interprétation du langage non verbal, de même qu'aux compétences en réseautage.

Sur le plan personnel, nous croyons que les meilleurs traits à posséder et à développer pour les juristes impliqués dans les acquisitions et fusions seraient la curiosité, la créativité professionnelle et la persévérance. La pratique de l'avocat en droit des acquisitions et fusions, tout comme dans tout autre domaine, nécessite une grande flexibilité personnelle et un constant apprentissage sur ses expériences passées. « Capitaliser les expériences de façon intelligente consiste à tirer parti des leçons apprises sur des cas anciens, puis à utiliser ces leçons pour gérer de façon plus efficace le nouveau cas »³⁴⁸.

En entamant la présente recherche, nous nous sommes donné comme objectif de tenter de définir le rôle de l'avocat impliqué dans les transactions d'acquisition et

³⁴⁸ Very, *supra* note 213 à la p. 156.

fusions. Nous croyons fortement que l'avocat œuvrant en droit commercial, et notamment en acquisitions et fusions, est, avant tout, un partenaire d'affaires fiable pour son client, dont le rôle n'est pas uniquement de guider ce dernier dans les questions d'ordre juridique, mais également de contribuer à son développement à l'aide des conseils et des recommandations stratégiques, faisant appel à un ensemble de compétences en matière du droit, des finances, de la gestion et des affaires en général. Cela devient d'autant plus vrai dans le contexte des changements affectant actuellement la profession juridique. Nous croyons profondément que tout professionnel qui garde cette pensée en tête lors de l'interaction avec ses clients non seulement rendra de meilleurs services à ceux-ci, mais également bénéficiera d'une meilleure clientèle, contente et fidèle.

BIBLIOGRAPHIE

Législation citée

Québec

- *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.
- *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26.
- *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.R.Q., c. P-39.1
- *Loi sur le barreau*, L.R.Q., c. B-1.
- *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-3.
- *Loi sur les sociétés par action*, L.R.Q, c S-31.1.

Canada

- *Loi canadienne sur les sociétés par action*, L.R.C. 1985, c. C-44.
- *Loi sur Investissement Canada*, L.R.C. 1985, c. 28 (1^{er} suppl.).
- *Loi sur Investissement Canada*, L.R.C. 1985, c. C-28 (1^{er} suppl.).
- *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34.
- *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers*, L.C. 1998, c. 34.
- *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5.
- *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, c. 11.
- *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, c. 38.
- *Loi visant à promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne par la réglementation de certaines pratiques qui découragent l'exercice des activités commerciales par voie électronique et modifiant la Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, la Loi sur la concurrence, la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques et la Loi sur les télécommunications*, L.C. 2010, c. 23.
- *Projet de loi S-4, Loi modifiant la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques et une autre loi en conséquence*, 2^e session, 41^e législature, 2014.

États-Unis

- *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act (USA PATRIOT ACT) of 2001*, Pub. L. 107-56, 115 Stat. 272 (2001)

Réglementation provinciale citée

- *Code de déontologie des avocats*, L.R.Q., c. B-1, r. 3.
- *Code de déontologie des avocats*, G.O.Q. 2014.II.510 (futur *Code de déontologie des avocats*).
- *Règlement 45-106 sur les dispenses de prospectus et d'inscription*, R.R.Q., c. V-1.1, r. 21.
- *Règlement sur la comptabilité et les normes d'exercice professionnel des avocats*, R.R.Q., c B-1, r. 5.

Traités internationaux

- *Convention des Nations unies contre la corruption*, R.T.N.U. 2003, R.T.N.U., vol. 2349, I-42146.

Autres ententes internationales

- *Arrangement en vue de la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles entre le Barreau du Québec et le Conseil national des barreaux, Québec et France*, 17 octobre 2008, en ligne: Ministère de l'immigration et Communautés culturelles <<http://www.immigration-quebec.gouv.qc.ca/publications/fr/arm/ARM-avocats.pdf>>.
- *Entente entre le Québec et la France en matière de la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles*, Québec et France, 17 octobre 2008, en ligne: Ministère des Relations internationales, Francophonie et du Commerce extérieur <<http://www.mrifce.gouv.qc.ca/Content/documents/fr/2008-12.pdf>>.

Jurisprudence

- *1632-6787 Québec inc. c. Compagnie Montréal Trust*, [2004] R.R.A. 11.
- *Abou-Kasm c. Levine*, [2003] R.R.A. 643.
- *Arpin c. Grenier*, 2004 CanLII 11259 (QC CQ).
- *Bailey c. Fasken Martineau Dumoulin, s.r.l.*, [2005] R.R.A. 842.
- *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures 1976*, [2008] 3 R.C.S. 560.

- *Friedman c. Ruby*, 2012 QCCS 1778 (CanLII).
- *Groupe Acme Canada inc. c. McCarthy, Tétrault*, (2000) AZ-00021414 [Acme].
- *Labrie c. Tremblay*, [1999] REJ6 15458 (C.A.Q.)
- *Magasins à rayons Peoples Inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461.
- *Pneus Gaumont ltée c. Prévost*, 2009 QCCS 4032.

Doctrine: Monographies

- *International Antitrust Cooperation Handbook*, Chicago, American Bar Association, 2004.
- BANCEL, Franck et DUVAL-HAMEL, Jérôme. *Fusions d'entreprises: comment les gérer, comment les vivre*, Paris, Organisation, 2008.
- BERNARD, Pierre. « Le secret professionnel et la loyauté de l'avocat – Dans une entreprise, qui y a droit? », dans *Avocats en entreprise: Tendances et perspectives*, vol. 274, Cowansville, Yvon Blais, 2007.
- COMMITTEE ON NEGOTIATED ACQUISITIONS (American Bar Association), *The M&A Process: A Practical Guide for the Business Lawyer*, Chicago, American Bar Association, 2005.
- DELLA FAILLE, Patrick. *Fusions, acquisitions et évaluations d'entreprises*, Bruxelles, De Boeck & Lancier, 2001.
- DEPAMPHILIS, Donald. *Mergers and Acquisitions Basics: All You Need to Know*, Burlington (MA) Academic Press, 2011.
- DEPAMPHILIS, Donald. *Mergers, Acquisitions, and Other Restructuring Activities*, 5e éd., Burlington (MA), Academic Press, 2010.
- DERSHOWITZ, Alan. *Letters to a Young Lawyer*, New York, Basic Books, 2001.
- FOSTER REED, Stanley, LAJOUX, Alexandra et NESVOLD, H. Peter. *The Art of M&A: A Merger/Acquisition/Buyout Guide*, 4^e éd., New York, McGraw-Hill, 2007.
- GAUDREAU-DESBIENS, Jean-François et LABRÈCHE, Diane. *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain*, Cowansville, Yvon Blais, 2009.
- GHOSH RAY, Kamal. *Mergers and Acquisitions: Strategy, Valuation and Integration*, New Delhi, PHI Learning, 2010.
- LANDY, Gene K. et MASTROBATTISTA, Amy J.. *The IT/Digital Legal Companion, Burlington (MA)*, Syngress, 2008.
- MACFARLANE, Julie. *The New Lawyer*, Toronto, UBC Press, 2008.
- MARTEL, Paul et MARTEL, Maurice. *La Compagnie au Québec: Les aspects juridiques*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2006.

- MEIER, Olivier et SCHIER, Guillaume. *Fusions Acquisition: Stratégie, finance, management*, 3^e éd., Paris, Dunod, 2009.
- NADEAU, Pierre. *Le droit en partage: le monde juridique face à la diversité culturelle*, Montréal, Thémis, 2003.
- PEASE, Allan et PEASE, Barbara. *The Definitive Book of Body Language*, New York, Bantam Bell / Random House, 2006.
- PLIMPTON, Laura. *Business Contracts*, Madison, Entrepreneur Magazine, 2007.
- QUINTIN, Yves. *Les Fusions-acquisitions aux USA*, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- Robert J. Flanagan, *Globalization and Labor Conditions*, New York, Oxford University Press, 2006.
- SAGOT-DUVAUROUX, Dominique et COUTINET, Nathalie. *Economie des fusions et acquisitions*, Paris, Poche, 2003.
- SHERMAN, Andrew J.. *Mergers and Acquisitions from A to Z*, 3^e éd., New York, AMACOM / American Management Association, 2011.
- SILKENAT, James R., ARESTY, Jeffrey M. et KLOSEK, Jacqueline. *The ABA Guide to International Business Negotiations*, 2^e éd., Chicago, American Bar Association, 2000.
- SUSSKIND, Richard. *End of Lawyers?*, New York, Oxford University Press, 2008.
- VÉRY, Philippe. *Des fusions et des hommes*, Paris, Organisation, 2002.

Doctrine: Collections

- *Business Ethics*, Londres, The Economist, 2001.
- *Harvard Business Review on Mergers and Acquisitions*, A.I., Harvard Business Press, 2001.
- FAULKNER, David, TEERIKANGAS, Satu et JOSEPH, Richard J.. dir., *The Handbook of Mergers and Acquisitions*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- KRAHAM, Merissa. dir., *Business Due Diligence Strategies*, A.I., Thomson Reuters / Aspatore, 2008.
- PETERSON, Andrea. dir., *M&A Deal Strategies*, A.I., Thomson/Aspatore, 2008.
- RAPHAEL, Ben. dir., *M&A Negotiations*, A.I., Aspatore, 2006.
- RUSS, Kari A.. dir., *Winning Legal Strategies for Mergers & Acquisitions*, A.I., Thomson/Aspatore, 2005.
- SHAW, Thomas J.. dir., *Information Security and Privacy: A Practical Guide for Global Executives*, Lawyers and Technologists, A.I., American Bar Association, 2012.

- TREMBLAY, Jocelyne. dir., *Collection Droit 2012-2013*, vol. 1, Cowansville, Yvon Blais, 2012.
- TREMBLAY, Jocelyne. dir., *Collection Droit 2012-2013*, vol. 9, Cowansville, Yvon Blais, 2012.
- TREMBLAY, Lise. dir., *Collection Droit 2009-2010*, vol. 9, Cowansville, Yvon Blais, 2009.

Doctrine: Périodiques

- « It's a Small World: Globalisation of the Legal Market », *Paradigm [de l'International Society of Primerus Law Firms]* (hiver 2012), p. 6 et s.
- CLASSEN, H. Ward et DELACRUZ, Walter S.. « Legal Considerations in Migrating to the Cloud », *ACC Docket*, no 29:10 (décembre 2011), p. 34 et s.
- CLINE, Bev. « Measuring Value », *Magazine CCCA [de l'Association canadienne des conseillers juridiques d'entreprises]*, n° 5:3 (automne 2011), p. 28 et s.
- FLETCHER, Frank et GOTTFRIED, Keith E.. « M&A Integration: Planning the Integration of an Acquired Company's Legal Department », *ACC Docket*, n° 29:9 (novembre 2011), p. 57 et s.
- FLETCHER, Frank et GOTTFRIED, Keith E.. « Due Diligence & Your M&A Success Story », *ACC Docket*, n° 29:7 (septembre 2011), p. 35 et s.
- FUCHS, Pablo. « Lois anticorruption : l'étau se resserre. », *Magazine CCCA [de l'Association canadienne des conseillers juridiques d'entreprises]*, n° 5:4 (hiver 2012), p. 22 et s.
- FUCHS, Pablo. « Talking to the Board », *Magazine CCCA [de l'Association canadienne des conseillers juridiques d'entreprises]*, n° 5:3 (Automne 2011) p. 20 et s.
- FURLONG, Jordan. « L'ère de la consolidation », *Magazine National [de l'Association du barreau canadien]*, n°. 20:2 (mars 2011), p. 15 et s.
- GILBERT, Françoise. « Update your M&A due diligence checklist—or it may cost you a million dollars », *Practical Lawyer*, n° 53:1 (février 2007), p. 21 et s.
- HILLERY, Vincent E. et FIELDS, Robert M.. « Protecting the Interests of Executives in Private Equity Acquisitions », *ACC Docket*, n° 26:2 (mars 2008), p. 28 et s.
- HOLDER-WINFIELD, Natalie. « Cultural Competency Across Borders », *Diversity & The Bar [de l'Association of Corporate Counsel]* (mars/avril 2011), p. 32 et s.
- LANGLOIS, René. « Avocats administrateurs ou dirigeants », *Præventio [bulletin du Fonds d'assurance-responsabilité professionnelle du Barreau du Québec]*, n° 12:2 (juin 2011), p. 1.

- LESSER, Henry. « Some Practical Suggestions for the M&A Due Diligence Process », *Practical Lawyer*, n° 46:6 (septembre 2000), p. 47 et s.
- SAMSON, Philippe. « Mobilité des avocats: Un portrait de l'entente France-Québec », *Le Journal [du Barreau du Québec]*, n° 43:12 (décembre 2011), p. 22 et s.
- SANTERRE, David. « Portrait de l'avocat de 2021: une femme, jeune, spécialisée, qui ne facturera plus à l'heure », *Le Journal [du Barreau du Québec]*, n° 43:12 (décembre 2011), p. 12 et s.
- SINACEUR, Marwan. « Utilisation de la menace en négociation », *Revue française de gestion*, n° 153 (juin 2004), p. 101 et s.
- STOCK, Richard G.. « The quest for cost-effective counsel », *Magazine CCCA [de l'Association canadienne des conseillers juridiques d'entreprises]*, no 5:4 (hiver 2012), p. 9 et s.
- WESSEL, Christa C.. « Canada Cracks Down », *Magazine CCCA [de l'Association canadienne des conseillers juridiques d'entreprises]*, n° 5:3 (automne 2011), p. 12 et s.

Publications en ligne

- « Avocats (partout au Canada) et notaires (au Québec) » (3 septembre 2013), en ligne: Services Canada <http://www.servicecanada.gc.ca/fra/qc/emploi_avenir/statistiques/4112.shtml>.
- « Canadian Deals Quarterly – PwC Deals Annual 2010 & 2011 Forecast: A Perfect Storm » (20 janvier 2011), en ligne: PriceWaterhouse Coopers <www.pwc.com/ca/en/deals_publications/canadian-quarterly-2011-01-en.pdf>.
- « OECD says Canada to lead G7 in growth for next 50 years » (9 novembre 2012), en ligne: CBC News <<http://www.cbc.ca/news/business/story/2012/11/09/oecd-canada-growth.html>>.
- « Homebodies rule - Globalisation slows profit growth for many law firms » (15 octobre 2011), en ligne: The Economist <<http://www.economist.com/node/21532313>>.
- « Capital Markets Flash: Canadian M&A Deals Quarterly » (19 janvier 2014), en ligne: PriceWaterhouse Coopers <<http://www.pwc.com/ca/en/managing-in-a-downturn/capital-markets-flash/publications/pwc-cmf-2014-01-29-en.pdf>>.
- « Capital Markets Flash » (1 mai 2014), en ligne: PriceWaterhouse Coopers <<http://www.pwc.com/ca/en/managing-in-a-downturn/capital-markets-flash/publications/pwc-cmf-2014-05-01-en.pdf>>.
- « Travail des enfants: Gap pris la main dans le sac » (29 octobre 2007), en ligne, L'Expresse <http://www.lexpress.fr/actualite/economie/travail-des-enfants-gap-pri-la-main-dans-le-sac_467499.html>.

- ADKINS, Mark *et al.*. « 2012 Trends in Canadian Mergers and Acquisitions » (11 janvier 2012), en ligne: Blake, Cassels & Graydon <<http://www.blakes.com/english/view.asp?ID=5123>>.
- ADKINS, Mark, GANS, Michael et KARIYA, Jamie. « Mergers & Acquisitions: Trends to Watch In 2014 » (février 2014), en ligne: Blake, Cassels & Graydon <<http://www.blakes.com/English/WhatWeDo/Practices/MergersAndAcquisitions/Pages/Mergers--Acquisitions-Trends-to-Watch-in-2014.aspx>>
- BADENHAUSEN, Kurt. « The Best Countries For Business » (3 octobre 2011), en ligne: Forbes <<http://www.forbes.com/sites/kurtbadenhausen/2011/10/03/the-best-countries-for-business>>.
- CAPARELLI, Christopher, JUGNAUTH, Neville et ASSAF, Dany. « M&A: Torys' Top Trends for 2012 » (19 décembre 2011), en ligne: Torys <<http://www.torys.com/Publications/Documents/PublicationPDFs/matrends2012.pdf>>.
- CASTELLANO, Christine M. et PATEL, Pritesh R.. « Top Ten Considerations in Due Diligence for Developing Countries » (1 juin 2011), en ligne: Association of Corporate Counsel <<http://www.acc.com/legalresources/publications/topten/Due-Diligence-for-Developing-Countries.cfm>>.
- CHEVRETTE, Charles, HOFFMAN, Pierre-Christian et WONG, Enda. « Développements récents en droit des sociétés par actions du Québec, 2012 » (octobre 2012), en ligne : McMillan <http://www.mcmillan.ca/Files/148598_CharlesChevretteetal_CollBlaisRendezvous2012endroitsocietes_vol13.pdf>.
- COMITÉ SUR L'AVENIR DE LA PROFESSION (Barreau du Québec), « Les avocats de pratique privée en 2021 : Rapport du Comité sur les problématiques actuelles reliées à la pratique privée et l'avenir de la profession » (juin 2011), en ligne : Barreau du Québec <<https://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/rapport-pratique-privee-2021.pdf>>.
- GRAY, Jeff. « Lawyers finding new ways to get paid » (31 mai 2011), en ligne: The Globe and Mail <<http://www.theglobeandmail.com/report-on-business/industry-news/the-law-page/lawyers-finding-new-ways-to-get-paid/article2041988/singlepage/#articlecontent>>.
- GULY, Christopher. « The billable hour still reigns » (7 octobre 2011), en ligne : The Lawyers Weekly <<http://www.lawyersweekly.ca/index.php?section=article&articleid=1508>>.
- HODGES, Jeremy. « Norton Rose Merges With Fulbright & Jaworski to Form Top-10 Firm » (14 novembre 2012), en ligne: Bloomberg <<http://www.bloomberg.com/news/2012-11-14/norton-rose-merges-with-fulbright-jaworski-to-form-top-10-firm.html>>.

- HOOKER, John. « Cultural Differences in Business Communication » (décembre 2008), en ligne: Carnegie Mellon University <<http://ba.gsia.cmu.edu/jnh/businessCommunication.pdf>>.
- KRASCHINSKY, Aimee. « Top Ten Things You Should Know Before Entering Into a Cloud Computing Agreement » (1 décembre 2011), en ligne: Association of Corporate Counsel <<http://www.acc.com/legalresources/publications/topten/tyskbecca.cfm>>.
- LAURIN, André. « Le conseiller juridique d'entreprise face à certaines dispositions du Code de déontologie des avocats » (juillet 2007), en ligne: Lavery de Billy <http://www.lavery.ca/upload/pdf/fr/DS_070701f.pdf>.
- LEVINSON, Jeff. « Top Ten Rules for Mergers and Acquisitions Success » (4 janvier 2012), en ligne: Association of Corporate Counsel <<http://www.acc.com/legalresources/publications/topten/ttrfmaas.cfm>>
- LEWANDOWSKI, René. « Fusions et Acquisitions: Moins de travail pour les avocats? », *La Presse [de Montréal]* (13 octobre 2011), en ligne: LaPresse.ca <<http://lapresseaffaires.cyberpresse.ca/dossiers/affaires-juridiques/201110/13/01-4456760-fusions-et-acquisitions-moins-de-travail-pour-les-avocats.php>>.
- METAIS, Emmanuel et MESCHI, Pierre-Xavier. « The Failure of Merger-Acquisitions, Myth or Reality? » (18 mai 2009), en ligne: EDHEC Business School <http://www.edhec-mba.com/03370970/1/fiche___pagelibre>.
- MILLIEN, Raymond. « Contracts 101: Covenants, Representations and Warranties in IP License Agreements » (5 avril 2013), en ligne: IP Watchdog <<http://www.ipwatchdog.com/2013/04/05/contracts-101-covenants-representations-and-warranties-in-ip-license-agreements/id=38621>>.
- NIOSI, Laurence. « Plus large, plus ardu, plus loin » (3 novembre 2013), en ligne: La Presse <<http://affaires.lapresse.ca/portfolio/droit-des-affaires/201311/13/01-4710167-plus-large-plus-ardu-plus-loin.php>>.
- PROFUSEK, Robert A. et GANSKE, Lyle G.. « It's Time To Rethink The Lawyer's Role In Dealmaking » (décembre 2007), en ligne: The Metropolitan Corporate Counsel <<http://www.metrocorpocounsel.com/pdf/2007/December/33.pdf>>.
- RAMBERT, Adam, TORRANCE, Michael et ERION, Graham. « On the front burner: Canada's fight against bribery of foreign public officials » (janvier 2012), en ligne: Norton Rose <<http://www.nortonrose.com/files/on-the-front-burner-canadas-fight-against-bribery-of-foreign-public-officials-pdf-91kb-61938.pdf>>.
- RIAL, Ed. « Foreign Corrupt Practices Act: A Growing Factor in M&A » (octobre 2009), en ligne: Deloitte <<http://author.acc.com/legalresources/resource.cfm?show=758713>>.
- SALAME, Rita. « Why Do Mergers Fail? What Can Be Done to Improve their Chances of Success » (janvier 2006), en ligne: Key Strategy <[http://www.peoplemix.com/documents/articles/ Why Do Mergers Fail.pdf](http://www.peoplemix.com/documents/articles/Why%20Do%20Mergers%20Fail.pdf)>.

- STOLLEY PERSKY, Anna. « Despite Globalization, Lawyers Find New Barriers to Practicing Abroad » (1 novembre 2011), en ligne: The American Bar Association Journal <http://www.abajournal.com/magazine/article/the_new_world_despite_globalization_lawyers_find_new_barriers_to_practicing>.
- TURCOTTE, Martine. « BCE Inc. and Bell Canada: Value-Based Fee Arrangement for Commercial Agreement Work » (juin 2010), en ligne: Association of Corporate Counsel <[http://www.acc.com/advocacy/valuechallenge/toolkit/loader.cfm?csModule=security/getfile&pageid=954803&page=/legalresources/resource.cfm&qstring=show=954803&title=BCE Inc. and Bell Canada%3A Value-Based Fee Arrangement for Commercial Agreement Work](http://www.acc.com/advocacy/valuechallenge/toolkit/loader.cfm?csModule=security/getfile&pageid=954803&page=/legalresources/resource.cfm&qstring=show=954803&title=BCE%20Inc.%20and%20Bell%20Canada%3A%20Value-Based%20Fee%20Arrangement%20for%20Commercial%20Agreement%20Work)>.
- WOOD, M.. « Competition, Globalization Changing Law Firm Business, Baxter Says » (19 septembre 2005), en ligne: University of Virginia School of Law <www.law.virginia.edu/html/news/2005_fall/baxter.htm>.

Communiqués de presse

- Fasken Martineau DuMoulin, communiqué « Le cabinet d'avocats canadien de premier plan Fasken Martineau fusionne avec Stringer Saul pour créer le plus grand cabinet d'avocats Canada-R.-U. à service complet » (4 décembre 2006), en ligne : Fasken Martineau DuMoulin <www.fasken.com/fr/news/Detail.aspx?news=4931>.
- Norton Rose, communiqué « Ogilvy Renault annonce qu'il s'est joint au Groupe Norton Rose, l'une des 10 principales pratiques juridiques internationales » (1 juin 2011), en ligne: Norton Rose <<http://www.nortonrose.com/news/51206/ogilvy-renault-annonce-quil-sest-joint-au-groupe-norton-rose-lune-des-10-principales-pratiques-juridiques-internationales>>.

Conférences

- Conférence de l'Association of Corporate Counsel en association avec Osler, Hoskin & Harcourt, locaux d'Osler à Montréal, 15 février 2011 [non publiée].
- Conférence donnée par KPMG en association avec l'Association of Corporate Counsel, Montréal, 14 septembre 2010 [non publiée]. Présentation disponible en ligne : Association of Corporate Counsel <<http://www.acc.com/vl/membersonly/ProgramMaterial/loader.cfm?csModule=security/getfile&pageid=1266147&page=/legalresources/resource.cfm&qstring=show=1266147&title=L%E2%80%99%C3%A9tablissement%20des%20prix%20dans%20un%20contexte%20d%E2%80%99acquisition>>.

- Dmitri Alperovitch, « Changing Security Paradigm: Taking on the Adversary », 3^{ème} Congrès annuel sur la vie privée, l'accès et la sécurité, Hôtel Westin d'Ottawa, 4 octobre 2012.
- Guylaine LeBrun, Allocution, Atelier de formation portant sur le Code de déontologie appliquée aux avocats en entreprise de l'Association of Corporate Counsel et du Barreau du Québec, Hôtel Saint-Sulpice de Montréal, 30 septembre 2010 [non publiée].
- Son Excellence David Johnston, Allocution, Conférence juridique canadienne de l'Association du Barreau canadien – La profession juridique dans une nation avertie et bienveillante: une vision pour 2017, Halifax, 14 août 2011. Transcription disponible en ligne: Le Gouverneur général du Canada, <www.gg.ca/document.aspx?id=14195>.
- William J. Cook, « Panel B: Privacy Breaches », 3^{ème} Congrès annuel sur la vie privée, l'accès et la sécurité, Hôtel Westin d'Ottawa, 4 octobre 2012.

Ouvrages de référence

- Le nouveau petit Robert, 1993, *s.v.* « avocat ».

Références en ligne

- Larousse, *s.v.* « avocat », en ligne : Larousse.com <<http://www.larousse.fr/encyclopedie/nom-commun-nom/avocat/24773>>.
- Wikipedia, *s.v.* « advocatus », en ligne: Wikipedia.fr <<http://fr.wiktionary.org/wiki/advocatus>>.

Autres documents

- Entente de règlement à l'amiable entre Datran Media et l'État de New York: « Assurance of Discontinuance » (6 mars 2006), en ligne: Attorney General of the State of New York <[http://www.ag.ny.gov/sites/default/files/press-releases/archived/Datran media.pdf](http://www.ag.ny.gov/sites/default/files/press-releases/archived/Datran%20media.pdf)>.