13 JUILLET 2023

Propriété des communications privilégiées dans les opérations de fusion et acquisition : principaux points à retenir et jurisprudence récente

Auteurs : Jonathan Bilyk, Michel Gélinas et Kevin Greenspoon

L'acheteur dans le cadre d'une opération de fusion et acquisition qui prend possession des communications privilégiées du vendeur ou de la société visée au moment de la conclusion de l'opération peut-il utiliser ces communications dans le cadre d'un litige contre le vendeur après avoir conclu l'opération? Le vendeur peut-il invoquer son privilège et exiger la restitution des documents? Dans l'affaire *Dente v Delta Plus Group* (en anglais seulement), la Cour supérieure de justice de l'Ontario a validé l'utilisation de dispositions contractuelles dans une convention de fusion et acquisition pour préserver le droit de propriété du vendeur sur les documents assortis d'un privilège, comme les communications avec les conseillers juridiques avant la conclusion de l'opération. Cette décision rappelle également aux vendeurs de faire preuve de prudence en ce qui concerne l'utilisation des comptes de courrier électronique de la société visée pour communiquer avec leurs conseillers juridiques pendant la clôture de l'opération et après celle-ci.

Dans ce bulletin, nous commencerons avec les principaux points à retenir pour des opérations de fusion et acquisition (partie I), puis nous analyserons la décision *Dente* (partie II) et la jurisprudence récente du Delaware sur ces questions (partie III).[1]

Partie I : principaux points à retenir

La convention d'achat doit préciser ce qu'il advient des communications privilégiées à la clôture de l'opération.

- La décision *Dente* confirme que les parties à une convention d'achat d'actions peuvent convenir de déroger au principe applicable par défaut selon lequel l'acheteur obtient la propriété et le contrôle des communications assorties du privilège du secret professionnel de l'avocat de la société visée à la clôture de l'opération. Bien qu'aucune décision canadienne ne tranche ces questions dans le cadre d'une opération de vente d'actifs, une formulation claire dans la convention d'achat étayant l'intention des parties quant au transfert et à la conservation des communications privilégiées devrait mener au même dénouement.
- Lorsqu'ils rédigent ces dispositions, les parties doivent établir les communications privilégiées (celles du vendeur et/ou de la société visée, et celles relatives à la convention et/ou d'autres communications préalables à la clôture) qui doivent être conservées. Les parties peuvent également prévoir une clause de non-utilisation qui précise leur entente à l'égard des documents qui ne peuvent être utilisés dans un litige postérieur à la clôture, y compris les communications qui ne sont pas visées par un privilège. Les parties doivent toutefois s'assurer qu'elles ont la propriété et le contrôle des privilèges nécessaires à la gestion des activités, des actifs et des passifs dont elles hériteront ou qu'elles conserveront à la clôture.

Dans la mesure du possible, les documents privilégiés doivent être retirés des serveurs et des autres dossiers de la société visée avant la clôture de l'opération.

- Même lorsqu'un vendeur a convenu par voie contractuelle de conserver son privilège sur certaines communications, il lui est recommandé de retirer ces communications de tous les systèmes de données ou autres dossiers qui seront transférés à l'acheteur à la clôture de l'opération. En règle générale, la protection du privilège du secret professionnel de l'avocat s'applique aux communications entre un avocat et son client qui sont échangées dans le cadre du cycle de demande et de dispense de conseils juridiques et avec l'attente raisonnable qu'elles soient confidentielles. Si le vendeur laisse des documents à la disposition de l'acheteur,

ce dernier peut prétendre que le vendeur a renoncé à son privilège à leur égard au motif qu'il a abandonné toute attente raisonnable de confidentialité. Un vendeur ayant laissé des documents par inadvertance pourra plus facilement faire rejeter une allégation de renonciation à son privilège s'il peut démontrer qu'il a déployé des efforts raisonnables pour supprimer les communications privilégiées des dossiers de la société visée avant la clôture de l'opération.

- Dans la convention d'achat, le vendeur peut ajouter des clauses stipulant que l'acheteur i) n'invoquera pas la renonciation au privilège sur tout document laissé ou ii) n'utilisera pas ces communications dans le cadre d'un litige avec le vendeur concernant l'opération après la clôture de celle-ci. Bien que de telles clauses seraient vraisemblablement utiles en cas de litige, le vendeur préférera généralement retirer les documents plutôt que d'invoquer ces clauses. En effet, une fois que l'acheteur a vu de tels documents, il ne peut revenir dans le temps sur ce qu'il a vu, et l'avocat de l'acheteur peut considérer que le fait d'avoir laissé ces documents constitue une invitation à invoquer la renonciation au privilège. Bien entendu, tout retrait de document doit être effectué conformément à la convention d'achat.

Utilisation de comptes de courrier électronique confidentiels et politique en matière de courrier électronique professionnel.

- L'utilisation par un employé de son compte de courrier électronique professionnel pour des communications personnelles avec son avocat pourrait ne pas satisfaire au niveau de confidentialité requis pour que le privilège se rattache au courrier électronique, ce qui peut survenir lorsque l'employé n'a pas une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de son courrier électronique. Un employeur qui a une politique restreignant l'utilisation des comptes de courrier électronique professionnels à des fins personnelles, qui surveille le courrier électronique et/ou qui donne avis de l'absence de confidentialité de tout courrier électronique envoyé avec son compte professionnel par rapport à la société sont des exemples de cette situation.
- Le vendeur et la direction de la société visée doivent réfléchir à la manière dont ils communiqueront avec leurs avocats dès le début de l'opération. Lorsqu'un vendeur utilise un compte de courrier électronique de la société visée ou d'une autre société (comme un compte professionnel auprès d'un autre employeur qui a accès au courrier électronique) pour communiquer avec ses avocats en son nom personnel au sujet de l'opération, le privilège peut être levé si le vendeur ne s'attend pas raisonnablement à ce que ses communications soient confidentielles par rapport à des tiers (y compris la société visée, dans la mesure où elle n'est pas sous mandat commun avec le vendeur). Dans certains cas, le vendeur peut utiliser un compte de courrier électronique indépendant et sécurisé pour éviter cette problématique, ce qui présente l'avantage supplémentaire de limiter la quantité de documents à retirer des serveurs de la société visée à la clôture de l'opération (voir ci-dessus). Cette solution est toutefois moins adéquate lorsque le vendeur et la société visée ont un mandat commun avec l'avocat aux fins de l'opération. Dans ce cas, le vendeur et la société visée partageront généralement le privilège sur les communications relatives à l'opération, d'où l'importance pour les parties de préciser dans les documents de l'opération quelle partie conservera et contrôlera le privilège à la clôture de l'opération (voir ci-dessus).
- Bien que la convention d'achat puisse préciser la partie qui a le contrôle des communications privilégiées préalables à la clôture, c'est généralement l'acheteur qui aura le contrôle de l'ensemble du courrier électronique de la société visée produit après la clôture. Par conséquent, un vendeur doit généralement éviter d'utiliser les comptes de courrier électronique de la société visée pour des communications liées à l'opération avec ses avocats après la clôture, afin d'éviter que l'acheteur n'invoque la renonciation au privilège sur ces communications.

Consentement à ce que le vendeur fasse appel à l'avocat de l'opération après la clôture de celle-ci.

- Lorsque le vendeur et la société visée sont des clients sous mandat commun de l'avocat, ou lorsque le vendeur a une relation avec l'avocat de la société visée, les parties voudront possiblement préciser dans la convention d'achat si le vendeur peut avoir recours à cet avocat dans tout litige contre l'acheteur postérieur à la clôture, afin d'éviter toute allégation de conflit d'intérêts entre l'avocat et la société visée ou les sociétés affiliées à celle-ci (y compris l'acheteur) après la clôture.

Comprendre qui est le client.

- L'existence d'une relation avocat-client est établie selon une analyse fondée sur les faits. Dans la plupart des cas, la réponse est claire. Dans d'autres cas, comme dans l'affaire *Dente* où l'avocat avait toujours représenté à la fois le vendeur et la société visée, il peut s'avérer prudent d'indiquer clairement dans le mandat de représentation juridique pour une opération de fusion et acquisition la partie que l'avocat représente dans l'opération. Toutefois, le mandat n'est qu'un indice de la relation avocat-client parmi d'autres. En effet, d'autres facteurs, notamment la partie qui reçoit la facture d'honoraires juridiques, donne les instructions ou reçoit les conseils, peuvent être pertinents pour déterminer quelle partie l'avocat représente dans un dossier. La clarté peut s'avérer d'une grande importance, car, comme l'illustre l'affaire *Dente*, lorsque le vendeur et la société visée sont sous mandat commun, aucune des deux parties ne peut invoquer la confidentialité ou le privilège à l'encontre de l'autre à l'égard de toute communication avec l'avocat en lien avec la représentation commune.

Partie II: Dente et al v Delta Plus Group et al

Contexte

L'affaire *Dente* est née d'une motion fondée sur le privilège dans le cadre d'un litige civil impliquant deux demandeurs individuels (père et fils) qui ont vendu les actions en circulation de deux sociétés, Degil Safety Products (1989) Inc. (« Degil ») et Ontario Glove and Safety Inc. (« OGS »), à Delta Plus Group (« Delta »). L'opération a été effectuée par le biais d'une convention d'achat d'actions. Pour faciliter l'intégration de Delta suivant la clôture, les vendeurs ont conclu des accords de consultation aux termes desquels ils ont continué à travailler au sein des sociétés visées après la vente. Ces accords ont pris fin prématurément suivant leur résiliation ou la démission des vendeurs, car les détails du transfert sont au cœur du litige dans son ensemble concernant la convention d'achat, les accords de consultation, l'indexation sur les bénéfices futurs et des questions connexes. Deux ans après la vente, les vendeurs ont poursuivi Delta et les sociétés visées, Degil et OGS.

Les demandeurs ont retenu les services du même cabinet et du même avocat que ceux qui les avaient représentés dans le cadre de l'opération avec Delta (l'« avocat des vendeurs ») pour les représenter dans le cadre du litige. Depuis 2010, l'avocat des vendeurs a agi pour le compte des demandeurs à titre individuel dans divers dossiers, notamment des affaires familiales et successorales et concernant leur participation dans Degil et OGS. À l'occasion, l'avocat des vendeurs a également représenté Degil et OGS.

Au cours de l'examen des documents à produire en preuve, les avocats des défendeurs ont indiqué avoir en leur possession (sans les examiner) 387 documents contenant potentiellement des communications avocat-client entre les vendeurs et l'avocat des vendeurs. Les documents comprenaient à la fois des communications relatives à l'opération avec Delta et des communications préalables à l'opération sans rapport avec celle-ci. Les vendeurs ont invoqué leur privilège et ont présenté une motion pour obtenir la restitution des documents. Les parties ont convenu d'un protocole et ont fait appel aux services d'un avocat neutre pour examiner les documents en première instance. Cet avocat a porté le nombre de documents visés à 135, et ceux-ci ont été remis au tribunal pour examen sous scellés.

Clients sous mandat commun et successeurs au privilège

En règle générale, la protection du privilège du secret professionnel de l'avocat s'applique aux communications confidentielles entre un avocat et son client qui sont échangées dans le cadre du cycle de demande et de dispense de conseils juridiques. Le privilège appartient au client et, bien qu'il soit protégé sur le plan judiciaire de manière presque absolue, il peut être perdu dans certaines circonstances, notamment lorsque les communications ont été divulguées à des tiers autrement que par inadvertance (voir l'analyse ci-après).

Dans l'affaire *Dente*, les vendeurs ne pouvaient invoquer le privilège du secret professionnel de l'avocat sur les documents en question qu'en l'absence d'un mandat commun entre eux et les sociétés visées à l'égard de l'avocat des vendeurs. Les règles de preuve et les codes de conduite professionnelle des avocats stipulent qu'entre clients d'un mandat commun, « aucun renseignement reçu d'un client au sujet de l'affaire ne peut être considéré comme confidentiel à l'égard des autres clients » (se reporter à l'article 3.4-5 du *Code de déontologie* du Barreau de l'Ontario). Les défendeurs ont plaidé que Degil, OGS et les vendeurs étaient représentés sous mandat commun par l'avocat des vendeurs dans le cadre de l'opération avec Delta et que, par conséquent, aucune communication entre les vendeurs et l'avocat des vendeurs concernant l'opération ne pouvait être confidentielle ou privilégiée à l'égard de Degil et d'OGS. Selon le

tribunal, en tant que clients sous mandat commun, les vendeurs et les sociétés visées détiendraient un privilège commun sur les communications.

La question de savoir si les sociétés visées détenaient des droits sur le privilège se rattachant aux documents en question était pertinente dans le litige, car, comme l'a affirmé le tribunal, le privilège du secret professionnel de l'avocat détenu par un propriétaire initial passe au successeur en titre de l'entreprise, puis appartient au propriétaire ultérieur. Delta, en tant qu'acquéreur des actions en circulation des sociétés visées, a effectivement assumé la propriété des droits de Degil et d'OGS sur le privilège, tels qu'ils existaient à la date de clôture. L'application de ce principe par le tribunal n'a rien de nouveau. Cependant, ce qui est digne d'intérêt dans cette décision, c'est que le tribunal a ajouté une importante réserve à la règle du successeur qui a rarement été étudiée dans la jurisprudence canadienne : suivant la position prise par la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta dans sa décision de 2013 *NEP Canada ULC v MEC OP LLC* (en anglais seulement), le tribunal a jugé que les parties à une opération d'achat d'actions ont la liberté contractuelle de prévoir une clause dans la convention d'achat selon laquelle le vendeur conserve les droits sur les communications privilégiées.

La décision *NEP* peut être strictement interprétée comme appuyant l'idée qu'une disposition contractuelle pour conserver un privilège ne peut être utilisée que pour les communications avocat-client relatives à l'opération à laquelle la clause se rapporte, mais cette interprétation est possiblement trop restrictive. Le raisonnement dans l'affaire *Dente* laisse entendre que les parties sont généralement libres d'attribuer comme elles le souhaitent le privilège par voie contractuelle, peu importe si celui-ci se rattache à des communications dans le cadre d'une opération ou à d'autres documents.

Les sociétés visées n'étaient pas sous mandat commun avec les vendeurs et n'ont pas assumé de droits sur les communications privilégiées

La convention d'achat pour l'opération avec Delta ne contenait pas de clause prévoyant la conservation de la propriété des communications privilégiées des sociétés visées par les vendeurs. Si les vendeurs et les sociétés visées étaient des clients sous mandat commun de l'avocat des vendeurs aux fins de l'opération, les communications privilégiées des vendeurs concernant l'opération auraient été accessibles aux défendeurs, car les droits de Degil et d'OGS sur le privilège commun auraient été transférés à Delta à la clôture de l'opération.

Le tribunal a indiqué que l'existence d'une relation avocat-client est établie selon une analyse fondée sur les faits. Il faut alors se demander si, dans les circonstances, une personne raisonnable aurait raisonnablement cru que l'avocat agissait pour le compte d'une partie en particulier. Selon certains indices, comme le fait que la convention d'achat indiquait que l'avocat des vendeurs agissait pour les vendeurs et le témoignage de l'avocat des vendeurs et de ces derniers selon lequel ils pensaient tous que l'avocat des vendeurs n'agissait que pour les vendeurs, le tribunal a retenu que l'avocat des vendeurs ne représentait pas les sociétés visées dans le cadre de l'opération. Il n'y avait donc pas de privilège commun sur les communications relatives à l'opération et, par conséquent, Delta n'a pas acquis de droit de propriété sur les communications privilégiées. Toutefois, le tribunal est arrivé à la conclusion que les vendeurs et les sociétés visées détenaient un privilège commun à l'égard de certaines communications préalables à l'opération avec l'avocat des vendeurs.

Communications préalables à la clôture laissées sur les serveurs des sociétés visées

Les vendeurs ont toujours utilisé les comptes de courrier électronique des sociétés visées pour communiquer, en leur propre nom, avec l'avocat des vendeurs au sujet de leurs contrats de services juridiques personnels. Ils ont continué à le faire pour l'opération avec Delta et pendant la durée de leurs fonctions aux termes de leur entente de consultation postérieure à la clôture.

Les vendeurs alléguaient qu'ils avaient pris des mesures pour supprimer tous les documents assortis d'un privilège des serveurs des sociétés visées et qu'ils pensaient n'avoir laissé aucun de ces documents sur les serveurs au moment où ceux-ci ont été intégrés aux systèmes de Delta. Néanmoins, les défendeurs ont découvert sur leur réseau des communications préalables à la clôture avec l'avocat des vendeurs et ont plaidé que les vendeurs avaient renoncé à tout privilège lié à ces documents en les laissant derrière. Pour leur part, les vendeurs ont fait valoir qu'ils avaient laissé ces documents sur les serveurs par inadvertance.

En règle générale, le tribunal peut exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur du maintien du privilège malgré l'allégation de divulgation par inadvertance. Pour établir si la divulgation constitue une renonciation, le tribunal tiendra compte de divers facteurs, notamment en

évaluant si la divulgation est réellement survenue par inadvertance, si la divulgation est excusable et si, dès la découverte de la divulgation, des mesures ont immédiatement été prises pour récupérer les documents. Tenant pour avérée l'affirmation des vendeurs selon laquelle ils ont consciencieusement tenté de retirer les documents en question des serveurs des sociétés visées et croyaient que ces documents avaient tous été supprimés (affirmation que les défendeurs n'ont pas été en mesure de contredire au moyen d'une preuve contraire), le tribunal a tranché que les documents laissés avaient été divulgués par inadvertance par les vendeurs et que, par conséquent, il n'y avait pas eu renonciation au privilège.

Ce résultat aurait pu être différent si les sociétés visées avaient adopté une politique en matière de courrier électronique professionnel qui limitait le droit des employés à la protection de leur vie privée et à la confidentialité se rattachant à leurs communications personnelles (voir l'analyse ci-après). Dans cette éventualité, le privilège n'aurait pu se rattacher aux communications relatives à l'opération entre les vendeurs et leur avocat dès le départ.

Une certaine ambiguïté persiste quant à savoir si un vendeur qui convient par voie contractuelle de conserver son privilège sur les communications préalables à la clôture de l'opération doit tout de même prendre des mesures pour supprimer ces communications des serveurs de la société visée au moment de la clôture. Même si le privilège lié aux communications relatives à l'opération appartenait aux vendeurs dans l'affaire *Dente*, le tribunal a évalué si ces derniers avaient renoncé à ce privilège en laissant les documents entre les mains de l'acheteur après la clôture de l'opération. Il serait prudent pour des vendeurs qui souhaitent conserver le privilège sur les communications de prendre des mesures raisonnables pour éliminer ces documents des serveurs et des autres dossiers transférés à l'acheteur lors de la clôture de l'opération. Bien que dans certains cas, il puisse s'avérer impossible de retirer tous les documents, il ressort de la décision *Dente* que l'élimination minutieuse des documents avant la clôture est un facteur important dont le tribunal tient compte lorsqu'il évalue s'il y a eu renonciation au privilège.

Communications postérieures à la clôture sur les serveurs de l'acheteur

En ce qui concerne l'utilisation par les vendeurs des comptes de courrier électronique des sociétés visées pendant la durée de leurs fonctions à titre de consultants suivant la clôture, le tribunal a examiné la jurisprudence existante sur la question de savoir si l'utilisation par un employé du système informatique de son employeur pour envoyer du courrier électronique compromet le privilège du secret professionnel de l'avocat. Le tribunal s'est fondé sur le principe général selon lequel la capacité d'un employé à invoquer le privilège sur son courrier électronique dépend de son attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de ces communications. Ce faisant, le tribunal a entre autres souligné la pertinence de savoir si l'employeur avait ou non une politique qui mettait en garde ses employés contre une telle utilisation ou qui limitait les droits des employés en matière de vie privée, de privilège ou de confidentialité concernant leur courrier électronique, y compris les messages personnels envoyés ou reçus sur les serveurs de la société.

Dans le dossier qui nous occupe, le tribunal a retenu que les défendeurs n'avaient pas de politique limitant l'utilisation du courrier électronique à des fins de communication personnelle ou stipulant que la confidentialité ou le privilège ne pouvaient s'attacher à de telles communications, et que les vendeurs n'avaient pas été avertis par les défendeurs concernant leur utilisation à des fins personnelles. Les efforts déployés par les vendeurs pour supprimer tous ces messages du système avant la fin de leurs services de consultation sont également pris en compte. Le tribunal a conclu que les vendeurs avaient une attente raisonnable en matière de vie privée sur le courrier électronique échangé pendant la période de consultation et, pour parvenir à cette conclusion, a évalué d'un œil favorable les efforts déployés par les vendeurs pour supprimer les messages concernés et demander leur restitution immédiate après avoir constaté que certains d'entre eux se trouvaient encore sur les serveurs des défendeurs.

Partie III : jurisprudence récente du Delaware

Protection contractuelle dans le cadre des conventions de fusion et acquisition : la clause « Great Hill »

Les décisions canadiennes rendues dans les affaires *NEP* et *Dente* sont étroitement alignées sur la jurisprudence du Delaware, l'un des principaux territoires où l'on s'est penché sur ces questions en matière de droit des affaires au cours de la dernière décennie.

Dans la décision de 2013 *Great Hill Equity IV, LP v. SIG Growth Equity Fund I, LLLP* (en anglais seulement), la Cour de la Chancellerie du Delaware a statué que dans une fusion effectuée selon l'article 259 de la *Delaware General Corporation Law* (la « DGCL »), tous les

privilèges rattachés aux communications préalables à la fusion de la société visée (y compris celles relatives à la négociation de la fusion) sont transférés à la société issue de la fusion par simple application de l'article 259 de la DGCL, à moins que les parties n'en décident autrement dans la convention d'acquisition. Bien que des décisions ultérieures aient remis en question le raisonnement déployé dans *Great Hill* (notamment l'interprétation par le tribunal de la définition d'un « privilège » (*privilege*) au sens de l'article 259 (voir *Hyde Park Venture v. FairXchange, LLC*)), le principe de fond et l'incidence de la décision demeurent inchangés. En effet, on parle souvent de *Great Hill clause* pour désigner la disposition d'une convention d'achat qui préserve les droits du vendeur sur les communications visées par un privilège en raison du caractère innovateur de cette décision sur cette question au Delaware.

Par analogie avec la réflexion sur l'incidence juridique d'une fusion selon l'article 259 de la DGCL dans *Great Hill*, nous soulignons que la société visée dans la décision *NEP* avait fusionné avec l'acheteur immédiatement après la clôture en vertu de l'*Alberta Business Corporations Act*. Conformément à l'incidence juridique d'une fusion effectuée selon la loi canadienne, le tribunal dans *NEP* a confirmé que les droits de la société visée sur les communications privilégiées préalables à la fusion étaient conservés et maintenus par l'entité fusionnée.

Dans la décision *Dlo Enterprises, Inc. v. Innovative Chemical Products Group, LLC*, la Cour de la Chancellerie du Delaware a retenu que, dans le cadre d'une vente d'actifs (c'est-à-dire lorsque le vendeur ne cesse pas d'exister ni n'est absorbé par l'acheteur à la clôture), le vendeur conservera le privilège lié à tous les actifs exclus qui lui sont réservés aux termes de la convention d'achat d'actifs, à moins que les parties n'en conviennent autrement. Lorsque les actifs exclus comprennent les droits du vendeur prévus dans la convention d'acquisition (un actif généralement exclu), le vendeur conservera par défaut l'ensemble du privilège préalable à la clôture se rattachant à la convention d'acquisition et aux négociations. Bien qu'aucune décision faisant jurisprudence au Canada n'explore ces questions dans le cadre d'une convention d'achat d'actifs, une formulation claire dans la convention d'achat étayant l'intention des parties quant au transfert et à la conservation des communications privilégiées, y compris l'identification des communications privilégiées relatives à l'entreprise et à l'opération qui seront conservées par le vendeur en tant qu'actif exclu, devrait régir l'issue du dossier.

Renonciation par inadvertance

Comme c'est le cas au Canada, une certaine ambiguïté persiste dans l'État du Delaware à savoir si un vendeur qui convient par voie contractuelle de conserver des communications privilégiées préalables à l'opération sera considéré comme ayant renoncé à ce privilège si les communications sont laissées en possession de l'acheteur après la clôture, par exemple dans le courrier électronique ou d'autres fichiers électroniques laissés sur les serveurs acquis par l'acheteur.

Dans l'affaire *Great Hill*, par exemple, l'acheteur a souligné que le vendeur n'avait pris aucune mesure pour isoler les communications privilégiées ou les retirer des systèmes informatiques de la société visée, que ce soit avant la fusion ou dans l'année ayant suivi la clôture. Puisque le tribunal a retenu que le privilège relatif à ces documents était transféré à l'acheteur en vertu de l'article 259 de la DGCL, il ne s'est pas penché sur les questions de renonciation. Néanmoins, le tribunal a fortement laissé entendre qu'il serait défavorable aux défenses niant renonciation présentées par des vendeurs qui n'ont déployé aucun effort raisonnable pour protéger le privilège en question.

Dans l'affaire *Shareholder Representative Services LLC v. RSI Holdco, LLC*, la Cour de la Chancellerie a eu l'occasion de se pencher de nouveau sur un scénario similaire, dans lequel un vendeur avait laissé des communications privilégiées sur des ordinateurs et des serveurs de courrier électronique dont l'acheteur avait pris possession après la fusion. Dans ce dossier, la convention comprenait une clause de type Great Hill, qui prévoyait un engagement de l'acheteur à ne pas utiliser les communications privilégiées dans le cadre d'un éventuel litige avec le vendeur après la clôture, ainsi qu'une disposition obligeant l'acheteur à prendre les mesures nécessaires pour garantir la survie et le maintien en vigueur du privilège du vendeur après la clôture de l'opération. Le tribunal a fait appliquer l'engagement de non-utilisation de l'acheteur et, de ce fait, a refusé d'analyser si le vendeur avait ou n'avait pas renoncé au privilège et annulé les protections de la clause Great Hill. Le tribunal a indiqué que si un privilège avait fait l'objet d'une renonciation, celle-ci aurait vraisemblablement été en partie attribuable à la violation par l'acheteur de son propre engagement à prendre les mesures nécessaires pour préserver le privilège. Le tribunal a également précisé que la décision *Great Hill* n'avait pas statué sur la question de la renonciation, ce qui laisse une ouverture lors d'éventuels litiges qui porteraient sur celle-ci.

Utilisation postérieure à la clôture des comptes de courrier électronique de la société visée ou de l'acheteur

Une approche similaire à celle utilisée pour évaluer le privilège à l'égard du courrier électronique des employés dans l'affaire *Dente* est adoptée au Delaware, où les politiques d'entreprises et les attentes des employés en matière de vie privée et de confidentialité sont des facteurs clés pour établir si le privilège a fait l'objet d'une renonciation (par exemple, voir *Dlo*, *In re WeWork Litigation, Consol* et *Twitter, Inc. v. Elon R Musk, X Holdings I, Inc., and X Holdings II, Inc.*).

[1] À la date de publication du présent bulletin, une motion en autorisation d'interjeter appel a été introduite auprès de la Cour divisionnaire.

Personnes-ressources : Michel Gélinas, Kevin Greenspoon et Seann D. McAleese

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

© 2025 DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG S.E.N.C.R.L., s.r.l.