lavery
Avocats

Bulletin d'information juridique à l'intention des entrepreneurs et des décideurs, Numéro 20

1 mars 2014

QUELQUES MESURES À PRENDRE POUR PROTÉGER VOS RENSEIGNEMENTS CONFIDENTIELS DANS LE CADRE DE LA VENTE DE VOTRE ENTREPRISE

Le processus de vente d'une entreprise comporte certains risques pour le vendeur, notamment ceux associés à la divulgation à des tiers de renseignements confidentiels concernant les activités de l'entreprise. Afin de mieux cerner ces risques et d'exercer un contrôle adéquat sur le flux des renseignements échangés lors du processus de vente, il est conseillé au vendeur de prendre certaines mesures de protection tels :

- l'identification des renseignements confidentiels dont la divulgation pourrait entraîner des risques pour le vendeur
- la conclusion d'une entente de confidentialité avec l'acheteur
- la prise de certaines précautions et la mise en place de certaines procédures relatives au maintien de la confidentialité de l'opération envisagée
- l'établissement d'une stratégie de divulgation des renseignements confidentiels liés au vendeur ou à l'entreprise-cible

IDENTIFIEZ VOS DOCUMENTS ET RENSEIGNEMENTS CONFIDENTIELS

L'équipe mise en place par le vendeur devrait dans un premier temps établir une liste des renseignements et documents pertinents pour un acheteur éventuel selon leur contenu et leur pertinence. Afin d'anticiper les demandes d'un acheteur éventuel et de classer l'information de la manière la plus optimale, il peut être utile de se référer à un modèle-type de liste de vérification diligente. Un avocat expérimenté dans le domaine des fusions et acquisitions sera en mesure de vous fournir une telle liste.

Dans un deuxième temps, l'équipe du vendeur devrait identifier les documents et renseignements confidentiels, y compris ceux qui sont protégés par le secret professionnel ou qui contiennent des clauses de confidentialité ou des renseignements sensibles vis-à-vis la concurrence tels que ceux liés aux prix, aux coûts de revient ou aux parts de marché de l'entreprise. L'objectif d'une telle démarche est d'éviter que la divulgation de documents ou de renseignements relatifs à l'entreprise n'entraîne a) la perte de la protection du secret professionnel à l'égard de certains renseignements, par exemple ceux se rapportant à un litige de l'entreprise, ou b) une responsabilité de l'entreprise en raison de la violation d'une clause de confidentialité ou des lois applicables, notamment celles relatives au droit de la concurrence ou aux renseignements personnels des employés.

PROTÉGEZ-VOUS AU MOYEN D'UNE ENTENTE DE CONFIDENTIALITÉ

Avant que des renseignements confidentiels relatifs à l'entreprise-cible ne soient divulgués par le vendeur ou l'entreprise- cible à l'acheteur, le vendeur devrait conclure avec l'acheteur une entente de confidentialité. Cette entente contiendra habituellement des modalités relatives (i) à la définition des renseignements confidentiels et leur utilisation, (ii) aux personnes ayant accès à ceux-ci, (iii) à

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

la durée de l'entente de confidentialité (qui varie généralement d'un à trois ans), (iv) au retour ou à la destruction des renseignements confidentiels à la fin des négociations, et (v) au droit à l'indemnisation du vendeur en cas de violation d'un secret commercial divulgué à l'acheteur, y compris à ses employés et ses conseillers, dans le cadre de l'opération envisagée. L'entente de confidentialité peut être unilatérale et restreindre la divulgation ou l'utilisation de renseignements confidentiels fournis par le vendeur ou l'entreprise-cible ou être bilatérale et restreindre la divulgation de renseignements confidentiels fournis par le vendeur ou l'entreprise-cible et l'acheteur. Du point de vue du vendeur ou de l'entreprise-cible, l'entente de confidentialité devrait définir l'information confidentielle de la manière la plus large possible afin d'inclure tous les renseignements fournis à l'acheteur potentiel sous quelque forme que ce soit, y compris sous forme écrite, verbale et électronique, et de quelque nature qu'elle soit, même si cette information n'est pas désignée comme telle lors de la divulgation de l'information. Selon la quantité de renseignements relatifs aux employés qui sera divulguée avant la signature d'une lettre d'intention ou d'une convention d'achat par les parties, le vendeur ou l'entreprise-cible pourrait exiger l'ajout d'une clause de non-sollicitation de ses employés dans l'entente de confidentialité. Il est aussi fréquent que l'acheteur cherche à limiter la possibilité pour le vendeur de solliciter ou de conclure d'autres offres visant l'achat de l'entreprise-cible au moyen d'une clause d'exclusivité.

MAINTENEZ LA CONFIDENTIALITÉ DE L'OPÉRATION ENVISAGÉE

Afin de maintenir la confidentialité de l'opération envisagée, l'équipe du vendeur devrait prendre certaines précautions et mettre en place certaines procédures, y compris :

- embaucher un courtier ou un banquier d'affaires qui est en mesure d'identifier des acheteurs potentiels sérieux
- identifier les dirigeants, employés ou conseillers externes pouvant être mis au courant de l'opération et les aviser qu'ils ne doivent pas divulguer l'existence de celle-ci à des tiers
- assigner un nom de code à l'opération et à chacune des parties en cause
- tenir des réunions liées à l'opération à l'extérieur des lieux de l'entreprisecible.

L'identification des employés pouvant être mis au courant de l'opération est une question particulièrement délicate. Bien que la plupart des employés soient généralement informés tard dans le processus de vente, il est parfois préférable pour le vendeur d'aviser les employés dès le début du processus lorsqu'il est d'avis que cela est nécessaire afin d'éviter que les employés aient un sentiment de perte de confiance.

ÉTABLISSEZ UNE STRATÉGIE DE DIVULGATION DE VOS RENSEIGNEMENTS CONFIDENTIELS

Le vendeur devrait établir une stratégie de divulgation des renseignements confidentiels qui tient compte des risques liés à leur divulgation. Cette stratégie devrait prévoir:

- que les personnes ayant accès à de l'information confidentielle n'obtiennent que celle dont ils ont besoin pour accomplir leur travail
- l'identification des dirigeants, employés et conseillers du vendeur ou de l'entreprise-cible et de l'acheteur qui communiqueront ou recevront de l'information confidentielle
- la signature par certains conseillers, tels les courtiers ou banquiers d'affaires, d'une entente de confidentialité - puisque les avocats sont tenus par le secret professionnel, il ne sera pas nécessaire de leur faire signer une telle entente
- la création d'une salle de vérification diligente traditionnelle, de préférence à l'extérieur des lieux de l'entreprise, ou d'une salle de vérification diligente virtuelle
- si les renseignements confidentiels seront disponibles en format électronique ou en format papier
- si l'acheteur pourra imprimer les documents électroniques ou faire des copies des documents en format papier

Le vendeur pourrait aussi prévoir que la divulgation des renseignements confidentiels se fera de manière graduelle, lorsque certaines étapes auront été franchies. Par exemple, le vendeur pourrait décider, (i) dans un premier temps, après la signature d'une entente de confidentialité, de divulguer certains renseignements de base relatifs à l'entreprise, (ii) dans un deuxième temps, après la signature d'une lettre d'intention avec l'acheteur, de divulguer davantage de renseignements relatifs aux opérations de l'entreprise et (iii) finalement, après la signature d'une convention d'achat, de

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

divulguer certains renseignements plus sensibles. Une telle approche de divulgation par étape peut donner au vendeur un meilleur contrôle sur le flux des renseignements confidentiels échangés.

Votre conseiller juridique pourra vous procurer des solutions adaptées à chaque situation, n'hésitez donc pas à le consulter.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.