

Bombardier inc. c. Union Carbide Canada inc.

2012 QCCA 1300

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-022377-121
(500-05-056325-002)

DATE : 17 JUILLET 2012

**CORAM : LES HONORABLES FRANCE THIBAUT, J.C.A.
LOUIS ROCHETTE, J.C.A.
YVES-MARIE MORISSETTE, J.C.A.**

BOMBARDIER INC.
et
BOMBARDIER PRODUITS RÉCRÉATIFS INC.
et
ALLIANZ GLOBAL RISKS US INSURANCE COMPANY
APPELANTES – Requérantes
c.

UNION CARBIDE CANADA INC.
et
DOW CHEMICAL CANADA INC.
INTIMÉES – Intimées

ARRÊT

[1] Les appelantes se pourvoient contre un jugement interlocutoire rendu le 9 janvier 2012 par la Cour supérieure, district de Montréal (honorable Chantal Corriveau), qui a accueilli en partie la *Requête en radiation d'allégations* présentée par l'intimée Union Carbide Canada inc. (maintenant Dow Chemical Canada inc.) et radié les allégations 17, 18, 20 et 21 de sa *Requête en homologation de transaction*;

[2] Pour les motifs de la juge Thibault, auxquels souscrivent les juges Rochette et Morissette, **LA COUR** :

500-09-022377-121

PAGE : 2

- [3] **ACCUEILLE** l'appel, avec dépens;
- [4] **INFIRME** en partie le jugement de première instance;
- [5] **REJETTE** la *Requête en radiation*, avec dépens.

FRANCE THIBAUT, J.C.A.

LOUIS ROCHETTE, J.C.A.

YVES-MARIE MORISSETTE, J.C.A.

M^e Martin F. Sheehan et M^e Stéphanie Lavallée
Fasken Martineau DuMoulin
Pour les appelantes

M^e Richard A. Hinse et M^e Robert Mason
Lavery, De Billy
Pour l'intimée

Date d'audience : 31 mai 2012

MOTIFS DE LA JUGE THIBAUT

[6] Les appelantes se pourvoient contre un jugement interlocutoire rendu le 9 janvier 2012 par la Cour supérieure (honorabile Chantal Corriveau), qui a accueilli en partie la *Requête en radiation d'allégations* présentée par l'intimée Union Carbide Canada inc. (maintenant Dow Chemical Canada inc.)¹ et radié les allégations 17, 18, 20 et 21 de sa *Requête en homologation de transaction* :

17. Ces discussions entre les experts ont mené à la signature par les Parties d'une liste conjointe d'admissions portant sur la valeur des réclamations couvertes (la « **Liste conjointe d'admissions** »), tel qu'il appert d'une copie du document intitulé « Joint List of Admissions of the Plaintiff and the Devendant », pièce R-7;
18. À la demande de Dow Chemical, une médiation privée, présidée par Me Max Mendelsohn, devait se tenir les 27 et 28 avril 2011;
- [...]
20. La liste conjointe d'admission a été la seule base de discussion par les Parties lors de la séance de médiation du 27 avril 2011;
21. L'ensemble des discussions lors de la médiation a porté exclusivement sur les Réclamations couvertes et les autres frais réclamés dans l'Action ré-amendée R-4. Il n'a jamais été question de réclamations visant des réservoirs autres que les réservoirs 275 500 109 et 275 500 183;

[7] L'appel concerne le droit des appelantes d'alléguer et de prouver les faits nécessaires pour définir l'objet d'une transaction intervenue entre les parties à l'occasion d'une médiation extrajudiciaire encadrée par une convention de médiation qui assujettit les parties à une obligation de confidentialité.

* * *

[8] L'appelante est chef de file dans le développement, la fabrication, la distribution et la commercialisation de véhicules récréatifs motorisés. L'intimée a été fournisseuse des réservoirs à essence de certaines motomarines commercialisées et distribuées par l'appelante.

[9] Le litige est simple. Selon les allégations de la *Requête en homologation de transaction*, deux modèles de réservoirs fournis par l'intimée sont impropres à l'usage

¹ Aux fins des présents motifs, les deux entités seront désignées sous le terme l'intimée.

500-09-022377-121

PAGE : 2

auquel ils sont destinés. L'appelante a été poursuivie par des utilisateurs de motomarines à la suite des dommages subis en raison de ces vices. Elle a conclu que le matériau composant les goulots des réservoirs fissurait, que cela avait entraîné des explosions et causé divers dommages aux propriétaires et utilisateurs de motomarines.

[10] Le ou vers le 1^{er} mars 2000, l'appelante intente contre l'intimée une action de 9 980 612,07 \$. Elle amende sa procédure le 13 septembre 2007 pour hausser sa réclamation à 31 805 950,23 \$ et ajouter, à titre de demanderesse, les appelantes Bombardier Produits Récréatifs inc. et Allianz Global Risks US Insurance Company.

[11] La réclamation des appelantes (31 805 950,23 \$) vise principalement les trois postes suivants :

- Le coût des campagnes de rappels sécuritaires (15 153 394 \$);
- Le coût des règlements, des réclamations et poursuites de consommateurs pour lésions corporelles et/ou dommages matériels (13 474 142 \$);
- Les autres coûts engagés par Bombardier Produits Récréatifs inc. (1 391 969 \$).

[12] En vue de la mise en état du dossier, les experts des parties se sont rencontrés pour convenir d'une liste d'admissions quant à la valeur de certaines poursuites de consommateurs et quant au coût respectif de chacune d'elles en référant de façon spécifique aux trois postes visés ci-dessus. Ces discussions ont mené à la signature par les parties d'une liste conjointe d'admissions.

[13] À la demande de l'intimée, une médiation extrajudiciaire, présidée par le médiateur M^e Mendelsohn, est fixée aux 27 et 28 avril 2011. La convention de médiation signée par les parties indique que la médiation porte sur le litige existant entre les parties, soit l'instance portant le numéro 500-05-056325-002 :

This is to confirm that you have retained Mr. Max Mendelsohn (**the "Mediator"**) to conduct a mediation (**the "Mediation"**) of the dispute between the parties described in the above noted proceedings, and that the parties have agreed to the following;

[14] La rubrique de la convention de médiation précise sa portée de la façon suivante :

**RE: BOMBARDIER INC. ET AL. V. UNION CARBIDE CANADA INC. ET AL.
S.C.M. 500-05-056325-002 - MEDIATION**

[15] L'ensemble des discussions intervenues entre les parties pendant la médiation a porté sur les réclamations (31 805 950,23 \$) visées dans la déclaration amendée. La médiation s'est terminée le 27 avril 2011. Aucune entente n'est intervenue. À la fin de la séance, l'intimée a néanmoins soumis aux appelantes une offre de règlement pour

500-09-022377-121

PAGE : 3

7 000 000 \$, en capital, intérêts et frais. Un avocat interne de l'appelante Bombardier Produits Récréatifs inc. a demandé de maintenir l'offre pendant trente jours pour lui permettre d'en discuter avec sa cliente, ce qui a été accepté.

[16] Le 17 mai 2011, soit vingt jours après la fin de la médiation, l'offre de 7 000 000 \$ a été acceptée par les appelantes en règlement complet et final des réclamations visées dans l'instance portant le numéro 500-05-056325-002.

[17] Toujours selon les allégations de la *Requête en homologation de transaction*, l'intimée a tenté, dans une lettre du 19 mai 2011, d'ajouter une condition à l'offre de règlement déjà acceptée en exigeant que les appelantes lui donnent quittance pour l'ensemble des réclamations tant au Canada qu'aux États-Unis, soit « all present and future litigation arising out of any fuel tanks supplied to Bombardier, BRP ». La quittance viserait ainsi les réclamations pendantes et d'autres à venir pour des modèles de réservoirs qui ne font pas l'objet du litige au Québec.

[18] L'intimée a refusé de payer le montant de 7 000 000 \$. Vu ce refus, les appelantes ont déposé une *Requête en homologation de transaction* le 8 juillet 2011, qui décrit, à ses paragraphes 17 à 22, des faits de nature à prouver l'objet de la transaction intervenue.

[19] L'intimée a déposé une *Requête en radiation d'allégations*. Elle invoque que les allégations contenues aux paragraphes 17 à 22 de la *Requête en homologation de transaction* font état de discussions et négociations tenues lors d'une séance de médiation en vue du règlement du litige entre les parties et que, à ce titre, elles sont confidentielles.

[20] Le 6 janvier 2012, les parties ont débattu la *Requête en radiation d'allégations* devant la juge Chantal Corriveau. Celle-ci a accueilli en partie la requête de l'intimée et ordonné la radiation des allégations 17, 18, 20 et 21 de la *Requête en homologation de transaction*. Elle a exprimé l'avis selon lequel les faits allégués sont confidentiels « parce qu'ils font état de discussions et soumissions intervenues dans le cadre de la médiation ».

[21] À la suite de ce jugement, l'intimée a déposé une *Requête en irrecevabilité et en rejet de la Requête en homologation de transaction*. La requête a été rejetée par le juge Émery, le 31 janvier 2012.

[22] Les appelantes ont sollicité la permission de faire appel du jugement rendu par la juge Corriveau, permission qui leur a été accordée par mon collègue Pierre Dalphond, le 16 mars 2012.

* * *

500-09-022377-121

PAGE : 4

[23] L'appel pose une question. La juge de première instance a-t-elle erré en ordonnant la radiation des paragraphes 17, 18, 20 et 21 de la *Requête en homologation de transaction*?

[24] Les appelantes plaident que c'est le cas. Selon elles, la juge a fait fi des principes de droit régissant la divulgation de la preuve, elle a occulté la latitude donnée au juge du fond en ce domaine et déformé les règles applicables au privilège de confidentialité des communications faites en vue de régler un litige.

[25] Les appelantes soutiennent aussi que le privilège relatif aux communications faites pour régler un litige comporte des exceptions notamment lorsqu'une transaction intervient. Or, ici, disent-elles, une transaction est intervenue entre les parties. C'est l'objet de la transaction qui pose problème. L'intimée cherche à étendre l'offre qu'elle a faite dans le cadre d'un litige précis, qui a été acceptée par les appelantes, à d'autres réclamations existant ailleurs au Canada et aux États-Unis. Les faits allégués dans les paragraphes radiés tendent à déterminer l'objet d'une offre, dont l'existence et l'acceptation ne sont pas contestées, et ce, à la lumière du contexte des échanges survenus à l'occasion d'une médiation.

[26] Selon l'intimée, la juge de première instance s'est bien dirigée en faits et en droit en radiant les allégations 17, 18, 20 et 21 de la *Requête en homologation de transaction*. Elle était justifiée de protéger la confidentialité des échanges faits à l'occasion d'une médiation tenue pour régler un litige, en application de la clause de confidentialité contenue à la convention de médiation. L'intimée plaide que, selon la jurisprudence de la Cour, cette clause a une portée absolue.

* * *

[27] La médiation extrajudiciaire, contrairement à la médiation judiciaire ou la conférence de règlement à l'amiable, n'est pas encadrée de façon législative². Les principes qui la régissent reposent sur deux éléments : (1) l'entente conventionnelle intervenue entre les parties et (2) le privilège de *common law* reconnu en droit québécois.

[28] La convention de médiation intervenue entre les parties stipule que « Nothing which transpires in the Mediation will be alleged, referred to or sought to be put into evidence in any proceeding ». Cela emporte que le contenu des échanges faits durant la médiation est sujet à une obligation de confidentialité.

² Voir les articles 151.16 et 151.21 *C.p.c.* pour la confidentialité des échanges tenus lors d'une conférence de règlement à l'amiable. La médiation extrajudiciaire pourrait être introduite dans le prochain *Code de procédure civile*, voir l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 2^e sess., 39^e lég., Québec, 2011, art. 1, 4, 6 et 611.

500-09-022377-121

PAGE : 5

[29] Pour établir l'objet d'une transaction intervenue entre les parties, les appelantes souhaitent prouver des faits qui se sont déroulés pendant une médiation extrajudiciaire et qui, en principe, sont visés par une obligation de confidentialité.

[30] Dans *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*³, la Cour suprême a écrit que, même en l'absence d'une règle de procédure adoptée par voie législative, les négociations tenues par les parties en vue du règlement d'un litige bénéficient de la protection de la confidentialité :

[77] Dans *Lac d'Amiante*, la Cour a conclu qu'un engagement implicite de confidentialité s'appliquait à la preuve obtenue ou fournie lors des interrogatoires préalables. Cet engagement vise à permettre aux parties d'obtenir une vue aussi complète que possible du litige, sans craindre que la divulgation de ces renseignements porte préjudice notamment à leurs droits à la vie privée :

On semble privilégier une exploration étendue et libérale pour permettre aux parties d'obtenir une vue aussi complète que possible du litige. En contrepartie de cette liberté d'investigation est apparue en jurisprudence une obligation implicite de confidentialité, même dans les cas où la communication ne fait pas l'objet d'un privilège spécifique [. . .] On veut éviter qu'une partie hésite à dévoiler une information par crainte de l'usage accessoire qui en serait fait. Par cette procédure, on entend également préserver le droit des individus à la vie privée.

• • •

. . . [M]algré l'impératif de protection de la vie privée, à cette occasion, cette finalité de l'interrogatoire favorise le dévoilement le plus complet des informations disponibles. Par contre, lorsqu'une partie redoute que des informations soient rendues publiques à la suite d'un tel interrogatoire, cette situation peut l'inciter à ne pas dévoiler des documents ou à ne pas répondre franchement à certaines questions, au détriment de la bonne administration de la justice et de l'objectif de communication complète de la preuve. [par. 60 et 74]

À l'étape de l'interrogatoire préalable, il est difficile pour les parties d'évaluer la pertinence de la preuve. L'engagement de confidentialité favorise la communication franche et complète des renseignements dont elles disposent à cette étape de l'instance.

[78] Ce même facteur joue à l'égard des négociations en vue d'un règlement et de la médiation avant l'instruction. Dans *Kosko c. Bijimine*, 2006 QCCA 671,

³ *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, [2010] 2 R.C.S. 592, 2010 CSC 41, paragr. 78-80. Voir aussi; *Gesca Itée c. Groupe Polygone Éditeurs inc. (Malcom Média inc.)*, 2009 QCCA 1534, paragr. 47, 48, *Kosko c. Bijimine*, 2006 QCCA 671, paragr. 48-56.

500-09-022377-121

PAGE : 6

[2006] R.J.Q. 1539, la Cour d'appel du Québec a formulé des observations sur la raison d'être des engagements de confidentialité — semblables à ceux pris dans le contexte d'un interrogatoire préalable — dans le contexte de la médiation :

La protection du caractère confidentiel de ces « échanges de règlement » est la manifestation la plus concrète, en droit de la preuve, de l'importance qu'accordent les tribunaux au règlement des différends par les parties elles-mêmes. Cette protection prend la forme d'une règle de preuve ou d'un privilège en common law, par lequel les pourparlers de règlement ne sont pas admissibles en preuve.

Les tribunaux et la doctrine reconnaissent unanimement, d'une part, que sans cette protection aucun pourparler de règlement ne serait possible ou à tout le moins efficace et, d'autre part, qu'il y va de l'intérêt et de l'ordre public que les parties à un litige puissent procéder à de telles discussions. [par. 49-50]

[...]

[80] Même en l'absence d'une règle de procédure adoptée par voie législative, la common law a reconnu depuis longtemps que, pour inciter les parties à régler leurs différends au moyen de négociations en vue d'un règlement, celles-ci doivent demeurer confidentielles. En effet, ce privilège de confidentialité remonte au moins aux années 1790, lorsque le lord juge en chef Kenyon a affirmé dans *Waldrige c. Kennison* (1794), 1 Esp. 143, 170 E.R. 306 :

[traduction] . . . les confessions ou les aveux faits par une partie concernant l'objet du litige, obtenus en vue d'un règlement et sur la foi de celui-ci, et que cette partie a pu être amenée à faire sur la foi d'un compromis imminent, ne peuvent être admis en preuve contre elle . . .

Les propos du juge sont à l'origine d'une règle de preuve suivant laquelle le contenu et l'essence des négociations en vue d'un règlement sont inadmissibles en preuve si l'affaire débouche sur un procès (*Histed c. Law Society of Manitoba*, 2005 MBCA 106, 195 Man. R. (2d) 224, par. 44; *Société Radio-Canada c. Paul*, 2001 CAF 93, [2001] A.C.F. no 542 (QL)). Dans l'arrêt *Gesca*, la Cour d'appel du Québec a récemment conclu que les négociations en vue d'un règlement tenues en dehors du cadre législatif prévu par le C.p.c. — autrement dit, celles qui ne sont pas présidées par un juge qui agit à titre de médiateur — bénéficiaient également de la protection de la confidentialité (par. 47)

[Je souligne]

[31] Le privilège de la confidentialité rattaché à la médiation judiciaire ou extrajudiciaire est fondé sur des considérations d'ordre public, faut-il le rappeler. Une saine administration de la justice requiert que les parties règlent elles-mêmes leur différend avant d'instituer des procédures ou même pendant une instance judiciaire.

500-09-022377-121

PAGE : 7

Elles doivent donc pouvoir échanger des informations et faire des concessions, en toute franchise et avec l'esprit ouvert, sans crainte que leurs communications soient invoquées contre elles comme cela pourrait l'être, par exemple, si une offre de règlement était associée à un aveu ou à la reconnaissance de la faiblesse de leur cause⁴.

[32] La doctrine répertorie les conditions qui doivent être réunies pour établir l'existence du privilège de confidentialité de la façon suivante : l'existence d'un litige réel ou éventuel, une communication faite pour régler le litige, une communication faite sous la condition expresse ou implicite de demeurer confidentielle, la communication ne doit pas avoir donné lieu à une transaction⁵.

[33] C'est de cette dernière condition dont il est question ici. Les appelantes plaident qu'une transaction est intervenue entre les parties et que son objet doit être précisé par la preuve des communications et des échanges faits au cours de la médiation.

[34] La doctrine est formelle. Une communication cesse d'être privilégiée si elle conduit à une transaction.

[35] L'auteur Royer écrit :

1137 – Limites de ce privilège – Cette règle d'exclusion de preuve est motivée par la volonté de favoriser le règlement à l'amiable des litiges. Aussi, le caractère privilégié de la communication est limité aux faits reliés à la négociation d'un règlement. Ainsi, une expertise est privilégiée lorsqu'elle est transmise avec une communication faite dans le but de régler un litige. Par ailleurs, un plaideur ne peut s'opposer à la preuve d'un fait indépendant et distinct d'une offre de règlement. Une telle objection sera *a fortiori* rejetée si le fait est contraire à l'ordre public ou à la morale ou s'il est de nature à causer un préjudice sérieux au destinataire de la communication. Ainsi, ne sont pas privilégiées la menace d'un débiteur contenue dans une offre de règlement et sa déclaration à l'effet qu'il est incapable de payer ses créanciers. Une communication cesse d'être privilégiée, si elle conduit à une transaction que l'une des parties désire établir. Il est également permis de prouver l'existence d'une négociation entre les parties et des offres de règlements pour faire la preuve de certains faits pertinents permettant de trancher une question de prescription, pour démontrer des manœuvres frauduleuses ou pour expliquer et justifier le retard à intenter une poursuite.⁶

[Je souligne]

⁴ Jean-Claude Royer, *La preuve civile*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, n^o 1131, p. 997.

⁵ J.-C. Royer, *ibid.*, n^{os} 1134 et 1137, p. 998 et 1002; Léo Ducharme, *L'administration de la preuve*, 4^e édition par Léo Ducharme et Charles-Maxime Panaccio, La Collection Bleue, Wilson & Lafleur, Montréal, 2010, n^{os} 498-503, p. 192-194; Laurence Boule and Kathleen J. Kelly, *Mediation : Principles, Process, Practice*, Toronto and Vancouver, Butterworths, 1998, p. 303.

⁶ J.-C. Royer, *ibid.*, n^o 1137, p. 1002.

500-09-022377-121

PAGE : 8

[36] L'auteur Ducharme écrit :

503. – Pour que l'immunité de divulgation d'une communication faite en vue du règlement d'un litige s'applique, il faut que la communication n'ait pas donné lieu à une transaction. Lorsqu'elle donne lieu à une transaction, elle perd son caractère privilégié. Ainsi, si une contestation surgit au sujet de l'existence ou non d'une transaction, celui qui prétend que oui peut faire la preuve de la correspondance échangée entre les parties qui auraient produit ce résultat, sans que son adversaire puisse s'y opposer en invoquant le caractère privilégié de cette correspondance. Il va de soi, par ailleurs, qu'une transaction ne revêt aucun caractère confidentiel.⁷

[Je souligne]

[37] Les auteures Boulle et J. Kelly écrivent :

There are a number of limitations to the without prejudice privilege. The following is a list of situations in which there will be no protection for statements or admissions made in mediation:

- a) the statement is made in circumstances that cannot be objectively considered part of the negotiations for the settlement, or reasonably incidental thereto;
- b) the statements are part of the settlement negotiations but are unqualified admissions concerning objective facts;
- c) the statement is not concerned with the same subject-matter as the negotiations;
- d) a party engages in conduct which is misleading or deceptive or contrary to trade practices or fair trading legislation and an action for breach of the legislation is instituted;
- e) they are communications which contain an offer and an acceptance which thereby create a contract;
- f) they are communications which constitute or disclose criminal conduct;
- g) they are communications the disclosure of which will prevent a party from misleading the court; and
- h) they are communications which constitute tortuous conduct.⁸

[Je souligne]

⁷ L. Ducharme, *supra*, note 5, n° 503, p. 194.

⁸ L. Boulle et J. Kelly, *supra*, note 5, p. 303.

500-09-022377-121

PAGE : 9

[38] Les auteurs Bryant, Lederman et Fuerst écrivent :

14.340 If the negotiations are successful and result in a consensual agreement, then the communications may be tendered in proof of the settlement where the existence or interpretation of the agreement is itself in issue. Such communications form the offer and acceptance of a binding contract, and thus may be given in evidence to establish the existence of a settlement agreement. Some courts have made the overly broad statement that, once a concluded settlement is reached, the privilege is lost. This suggests that it is lost for the purpose of any subsequent suit whether between the parties or strangers, no matter whether the agreement itself is put in issue in subsequent proceedings.

[...]

14.350 The difference in approach affects the burden of proof. If mediation is part of the settlement privilege, the party seeking disclosure must establish that the circumstances fall within an exception such as to prove the existence or terms of a completed settlement agreement. On the other hand, with a case-by-case privilege approach, there is a presumption of disclosure unless the party seeking the privilege can establish that the Wigmore criteria have been satisfied.⁹

[Je souligne]

[39] Deux jugements de la Cour supérieure ont aussi décidé que les communications survenues en vue de régler un litige perdent leur caractère privilégié lorsqu'elles conduisent à une transaction.

[40] Dans *Ferlatte c. Ventes Rudolph inc.*¹⁰, les parties avaient convenu de régler un litige pour 75 000 \$. L'avocat d'une partie a informé celui de l'autre partie que son client avait changé d'idée et qu'il ne voulait plus signer la convention. Les communications écrites entre les avocats portaient la mention « Without prejudice ». Une requête en homologation de transaction a été déposée. La partie qui refusait de donner suite à la transaction s'est opposée au dépôt des lettres en s'appuyant sur la mention précitée. Le juge a accepté le dépôt en écrivant :

12 Unchallenged judicial authority in Quebec, the common law provinces and in England holds that privilege protects communications between opposing counsel aimed at settling a dispute. Therefore offers of settlement cannot be introduced in evidence unless they are accepted. In that case they are admissible, not as proof that the offerors admit responsibility for the offerees' claims, but that they choose to end their conflict by settling on the terms of the offers. Such communications benefit from the protection of privilege on the policy ground that without it, disputing parties would be reluctant to attempt settlement negotiations, fearing their initiatives will come back to haunt them at trial if they fail.

⁹ Alan W. Bryant, Sidney N. Lederman et Michelle K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 3e éd., Markham, LexisNexis Canada Inc., 2009, p. 1040 et 1043.

¹⁰ *Ferlatte v. Ventes Rudolph inc.*, J.E. 99-1704 (C.S.).

500-09-022377-121

PAGE : 10

13 The same objective of forestalling needless conflict justifies that communications tending to prove settlement should see the light of day rather than be entombed by privilege. Therefore marking correspondence "Without Prejudice" does not by itself assure the protection. Rather, it is the contents of the correspondence that determine the matter. Offers of settlement and ancillary communications are therefore presumed protected until acceptance, even without the warning. By the same token, the protection vanishes despite the presence of words that announce it, once its purpose has been realized. Put simply, the words "Without Prejudice" or expressions to similar effect are not really necessary on offers of settlement, and once the offers are accepted, they are useless.

[Je souligne]

[41] Dans *Luger c. Empire(L'), compagnie d'assurance-vie*¹¹, le demandeur s'opposait à des questions reliées à l'acceptation d'une offre en invoquant le droit au secret professionnel et au privilège rattaché aux communications entre avocat et client. Le juge a rejeté les objections en écrivant :

9 [...] À mon avis, le demandeur était mal fondé à s'objecter à répondre aux questions qui lui étaient posées relativement à la transmission d'une offre de règlement et à l'acceptation par lui de cette offre. Les objections étaient mal fondées parce qu'il s'agissait de questions portant sur l'acceptation d'une offre de règlement et parce que le demandeur avait adressé copie de sa lettre d'acceptations à la défenderesse. La question de l'acceptation d'une offre n'est pas couverte par le privilège et, au surplus, le demandeur avait renoncé à la confidentialité en adressant copie de sa réponse à la défenderesse. Dans les circonstances, la lettre de son avocat à l'avocat de la défenderesse ne constituait pas, en dépit de la mention "sous toute réserve", une communication privilégiée.

10 Le demandeur s'est objecté, lors de l'enquête, à ce que la défenderesse fasse état des faits qu'il a reconnus dans cet interrogatoire en invoquant que ses réponses ne valaient pas preuve sur l'action. Il faudrait, selon lui, faire abstraction de ce qu'il a reconnu sous serment. Qu'il suffise de mentionner que le demandeur ne pouvait pas et ne peut pas invoquer le secret professionnel ou le privilège des communications devant les allégations spécifiques relatives à l'acceptation de l'offre de règlement, devant les documents en démontrant prima facie l'acceptation et devant la renonciation découlant de l'expédition à la défenderesse de copie de sa lettre d'acceptation à son avocat (pièce D-15). A lui seul, ce dernier geste du demandeur ouvrait la porte à la preuve de l'offre. De plus, l'interrogatoire du demandeur pouvait être utilisé en vue de prouver l'exception à la règle de la confidentialité, savoir l'existence d'une transaction.

[Je souligne]

¹¹ *Luger c. Empire (L'), compagnie d'assurance-vie*, [1991] J.Q. no 2635 (C.S.). Pour une application en matière familiale, voir *R. B. c. C. (C.) W.*, [2004] R.J.Q. 1554 (C.S.) et *M. A. c. Mi. J.*, [2005] R.J.Q. 205 (C.S.).

500-09-022377-121

PAGE : 11

[42] Cela signifie que, si une contestation surgit quant à l'existence d'une transaction, l'une ou l'autre des parties peut en faire la preuve. L'obligation de confidentialité rattachée aux communications faites durant la médiation n'a plus d'application puisque les raisons qui justifiaient de conserver le caractère confidentiel des communications des parties ont disparu. Une partie ne peut donc plus se réfugier derrière le caractère confidentiel des communications faites durant la médiation et faire valoir leur caractère préjudiciable. En effet, dans ce cas, il n'y a plus de litige en raison de la transaction qui y a mis fin.

[43] L'une ou l'autre des parties peut donc faire la preuve des communications échangées à l'occasion d'une médiation pour prouver l'existence ou non d'une transaction ainsi que son étendue, le cas échéant. En cas d'échec dans cette démonstration, ces communications ne seront pas admissibles en preuve à d'autres fins. Elles ne pourront donc pas être utilisées comme élément de preuve à l'occasion du litige qui oppose les parties. L'auteur Ducharme précise, à ce sujet, que le privilège de confidentialité n'empêche pas comme tel la divulgation de ces communications. Le juge doit, en effet, en prendre connaissance pour vérifier si les conditions d'existence du privilège sont réunies. Ce privilège rend plutôt inopposable la communication en tant qu'élément de preuve si l'existence d'une transaction valide n'est pas établie :

504. – Lorsqu'une communication satisfait aux quatre conditions que nous venons de voir, elle bénéficie d'une immunité. Il ne s'agit toutefois pas, à proprement parler, d'une immunité qui en empêche divulgation, mais d'une immunité qui la rend inopposable en tant qu'élément de preuve contre la partie de qui elle émane. Il ne peut s'agir d'une immunité de divulgation parce qu'il est essentiel que le tribunal en soit informé, afin qu'il puisse décider si elle satisfait aux conditions requises pour bénéficier de l'immunité des communications faites en vue du règlement d'un litige. Il s'agit plutôt d'une immunité d'opposabilité, puisqu'elle a pour effet de rendre la communication inopposable en tant qu'élément de preuve contre la partie de qui elle émane. [...].¹²

[44] L'intimée a référé à trois arrêts de la Cour qui, à son avis, supporteraient l'idée que la confidentialité des discussions et communications faites lors d'une médiation extrajudiciaire a un caractère absolu lorsque la convention de médiation comporte une clause de confidentialité. Dans ces trois arrêts, la Cour a reconnu le caractère confidentiel des communications et des échanges survenus lors d'une conciliation judiciaire¹³, d'une médiation judiciaire¹⁴ ou d'une conférence de règlement à l'amiable¹⁵. Elle n'a cependant pas exprimé un avis contraire aux enseignements précités de la doctrine suivant lesquels une telle preuve est admissible à l'égard des parties pour prouver l'existence ou l'étendue d'une transaction intervenue entre elles.

¹² L. Ducharme, *supra*, note 5, n° 504, p. 195.

¹³ *Kosko c. Bijimine*, *supra*, note 3.

¹⁴ *Bloom Films 1998 inc. c. Christal Films productions inc.*, 2011 QCCA 1171.

¹⁵ *Weinberg c. Ernst and Young*, 2010 QCCA 1727.

500-09-022377-121

PAGE : 12

* * *

[45] Sur le fond de la question, il s'agit de décider si les faits allégués dans les paragraphes radiés sont pertinents, c'est-à-dire s'ils tendent à établir l'objet de la transaction. À ce stade, il paraît prudent de ne pas faire un découpage hors contexte et pointilleux dans les allégations 17, 18, 20 et 21. Le juge saisi de la *Requête en homologation* au fond sera en meilleure position pour décider de la pertinence, de l'admissibilité et de la valeur probante des faits qui y sont allégués.

[46] En conséquence, je propose d'accueillir l'appel, avec dépens et de rejeter la *Requête en radiation*, avec dépens.

FRANCE THIBAUT, J.C.A.