

La confidentialité des discussions de règlement et l'homologation des transactions

Par Me Suzanne Handman* et Me Robin Schiller**

I. Introduction

Les modes alternatifs de règlement des litiges aboutissant à des transactions existent depuis des dizaines d'années. À l'issue des négociations, une partie peut tenter de présenter des preuves de son accord dans le cadre d'une procédure ultérieure ou chercher à faire homologuer son accord. La confidentialité étant inhérente aux médiations et aux conférences de règlement, la question se pose de savoir si les parties peuvent présenter des preuves concernant leurs communications orales ou écrites confidentielles dans d'autres procédures.

Récemment, la Cour suprême du Canada a traité cette question dans les affaires *Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier et Association de médiation familiale du Québec c. Bouvier*. Ces jugements ont eu un impact important sur la détermination du maintien de la confidentialité des communications lors des discussions de règlement au Québec ou de la levée de la confidentialité dans certaines circonstances.

Le présent article traitera du principe de la confidentialité des pourparlers de règlement, de son cadre juridique, de son application dans les procédures écrites et les audiences, ainsi que des clauses qui peuvent être rédigées. Enfin, nous aborderons la notion de transaction et les questions qui se posent lorsqu'une partie souhaite homologuer ou annuler l'homologation d'une transaction.

II. La confidentialité

1. La notion de confidentialité et son objet

Au Québec, l'article 1(3) du Code de procédure civile (« CPC ») prévoit que les parties doivent envisager des modes privés de prévention et de règlement avant de soumettre leur différend aux tribunaux. La résolution des conflits n'est pas seulement prévue par le législateur, mais les tribunaux ont également une politique judiciaire visant à promouvoir la résolution efficace des conflits. Les parties sont encouragées à régler leur conflit en raison de l'engorgement des tribunaux, de la complexité des affaires, des coûts élevés

des litiges et des longs délais des procès. En outre, les parties qui participent à des médiations et à des conférences de règlement sont très satisfaites.

Un accord conclu par les parties leur permet de résoudre leur conflit rapidement, sans les frais et le stress d'un procès. En outre, les parties choisissent souvent de participer à un processus de médiation privé ou à une conférence de règlement à l'amiable en raison de la possibilité d'élaborer leur propre solution au conflit et de la confidentialité qui y est attachée. La nature confidentielle de la procédure leur permet de conserver des informations personnelles, des questions financières ou d'autres préoccupations, telles que des secrets commerciaux, et de les rendre inaccessibles à des tiers.

La confidentialité des discussions de règlement est établie par notre législation. En ce qui concerne les médiations privées, l'article 4 du Code de procédure civile stipule que les parties qui choisissent un processus privé de prévention et de résolution des litiges s'engagent à préserver la confidentialité de tout ce qui a été dit, écrit ou fait au cours du processus.

Il en va de même lorsque les parties choisissent une conférence de règlement (« CRA »), présidée par un juge, pour résoudre leur conflit. La confidentialité d'une conférence de règlement amiable est protégée par l'article 163(3) du Code de procédure civile, qui stipule que « tout ce qui est dit, écrit ou fait au cours de la conférence est confidentiel » :

« Tout ce qui est dit, écrit ou fait pendant la conférence est confidentiel.

L'obligation de préserver la confidentialité du processus de règlement s'applique non seulement aux parties, mais aussi à la personne qui les assiste ainsi qu'à toute personne ayant participé au processus.

Avant d'assister à une séance de médiation ou à une conférence de règlement à l'amiable, ou avant même que les discussions ne commencent, les parties signent souvent un protocole contenant des clauses de confidentialité. Ces clauses peuvent se limiter à indiquer que le processus est confidentiel, ou être plus détaillées et régir ce qui peut ou ne peut pas être divulgué en rapport avec leur différend.

La confidentialité est une partie intégrante et essentielle du processus de règlement. Elle permet aux parties d'être franches et honnêtes l'une envers l'autre. Elle facilite leurs discussions et la possibilité d'un règlement, sans inhibition, sans crainte que les informations échangées, les aveux, les offres ou les compromis faits par les parties soient utilisés contre elles au tribunal si elles ne parviennent pas à un règlement. Les parties seront plus enclines à conclure un accord si elles sont sûres que leurs discussions et négociations ne seront pas divulguées.

Dans l'affaire Kosko, la Cour d'appel a expliqué dans le passage suivant pourquoi la protection de la confidentialité dans les pourparlers de règlement est importante[49] :

[La protection de la confidentialité de ces « discussions de règlement » est la manifestation la plus concrète dans le droit de la preuve de l'importance que les tribunaux accordent au règlement des différends par les parties elles-mêmes. Cette protection prend la forme d'une règle de preuve ou d'un privilège de common law, selon lequel les pourparlers de règlement sont inadmissibles en preuve[50].

Les tribunaux et les commentateurs ont unanimement reconnu, d'une part, que les pourparlers de règlement seraient impossibles ou du moins inefficaces sans cette protection et, d'autre part, qu'il est d'intérêt public et d'ordre public que les parties à un litige tiennent de tels pourparlers[51].

En protégeant la confidentialité des pourparlers de règlement, les tribunaux ont montré l'importance qu'ils accordent au règlement des conflits par les parties elles-mêmes. Les tribunaux et les universitaires ont reconnu que, sans la protection offerte par la confidentialité, les discussions de règlement ne seraient pas efficaces ou n'auraient pas lieu du tout. Les parties peuvent hésiter à tenter de négocier l'une avec l'autre, car elles risquent, si elles ne parviennent pas à un accord, d'être affectées par la divulgation des communications qui ont eu lieu au cours de ces négociations. En outre, il est dans l'intérêt du public et de l'ordre public que les parties à un litige puissent participer à ces discussions.

2. Le privilège de règlement

Le privilège de règlement est une règle de preuve de common law qui protège la confidentialité des informations divulguées par les parties dans le but de régler leur différend.

La Cour suprême, dans l'affaire Union Carbide, a reconnu l'importance de la protection de la confidentialité en réitérant avec approbation l'arrêt précité de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire Kosko à ce sujet. La Cour a indiqué que le « privilège de règlement », qui est parfois connu sous le nom de « règle de non-préjudice », protège les communications que les parties échangent dans leur tentative de régler un différend.

Le privilège de règlement s'applique aux médiations et aux discussions de règlement même lorsque les parties n'ont pas invoqué le privilège. Il protège ce qui a été dit et échangé non seulement avant et pendant une conférence de règlement et une médiation, mais, à la différence d'une clause de confidentialité dans un contrat, il s'applique également après qu'un règlement a été conclu.

En plus des dispositions du Code de procédure civile, le privilège de règlement, issu de la common law, constitue une autre base pour protéger le processus de règlement des différends et les communications entre les parties qui tentent de régler leur conflit. Comme l'a souligné la Cour suprême dans l'affaire *Globe and Mail c. Canada (Attorney General)*, les règles énoncées dans le Code civil du Québec trouvent leur origine à la fois dans le droit français et dans la common law, ce qui signifie que le droit français et la common law peuvent être utilisés pour interpréter ces règles. Le Québec est donc considéré comme une juridiction mixte ; si la source ultime d'une règle juridique est la common law, il serait logique de se tourner vers la common law pour interpréter et articuler la même règle en droit civil.

Le privilège d'établissement, dont l'applicabilité est maintenant reconnue au Québec, est connu sous le nom de « devoir de confidentialité ». Il a été codifié en droit québécois à l'article 4 du Code civil du Québec, comme nous l'avons déjà indiqué. Il importe peu que les parties parviennent à un accord pour que le privilège prenne effet.

À cet égard, la Cour suprême a déclaré dans l'arrêt *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp* :

(...) la protection s'applique aux négociations en vue d'un règlement, qu'un règlement soit conclu ou non. Cela signifie que les négociations qui aboutissent ne bénéficient pas d'une protection moindre que celles qui n'aboutissent pas à un règlement (...).

3. L'application de la confidentialité dans les jugements québécois

Les parties sont tenues de respecter leur obligation de confidentialité lorsqu'elles choisissent de prévenir un différend ou de régler un différend déjà né, au moyen d'un processus de règlement des différends. Nos tribunaux ont protégé la confidentialité de ce qui a été dit, écrit ou fait dans les médiations et dans les CRA dans plusieurs cas. Cette protection s'étend aux documents préparés dans le cadre des négociations.

Par conséquent, les tribunaux ont accepté des objections à des preuves qui révéleraient ce qui s'est passé, de sorte que les preuves de cette nature ne sont pas autorisées en raison de leur caractère confidentiel.

L'affaire *Caux and Sons Inc.* constitue un exemple où la Cour a refusé d'entendre des preuves dans le cadre d'une action en résiliation d'un contrat de franchise. Le demandeur souhaitait interroger le défendeur sur les échanges verbaux survenus lors d'une conférence de règlement. La Cour rappelle que, dans leurs ententes rédigées aux fins d'une conférence de règlement, les parties ont indiqué sans équivoque que les documents et informations échangés dans ce contexte ne pourraient être opposés en cas d'échec de la conférence de règlement. En conséquence, la Cour a conclu que tout ce

qui a suivi la signature de ces accords doit être protégé et rester confidentiel afin de préserver l'intégrité et l'utilité de ce mode alternatif de règlement des litiges. D'autres arrêts ont adopté la même position.

En plus des dispositions du Code de procédure civile, comme indiqué ci-dessus, le privilège de règlement est un moyen supplémentaire de protéger le processus de règlement des différends et les communications entre les parties qui tentent de régler leur conflit.

Dans l'affaire *Alliance québécoise des techniciens de l'image et du son (AQTIS) c. Alliance internationale des employés de scène, théâtre, techniciens de l'image, artistes et métiers connexes des États-Unis, ses territoires et du Canada, section locale 514 (AIEST 514)*, l'objectif du demandeur était d'attaquer la crédibilité du représentant du défendeur en mettant en preuve l'animosité qui existait entre les parties lors de la médiation. De plus, le demandeur voulait interroger le représentant du défendeur sur la transaction conclue entre les parties. Le tribunal a appliqué le privilège de règlement de common law et s'est référé au fait que l'intérêt public favorise le règlement des litiges. La Cour a considéré qu'il n'y avait pas de motifs justifiant une exception au principe du privilège de règlement et que les allégations que le demandeur voulait prouver pouvaient être établies sans divulguer les discussions qui ont eu lieu au cours du processus de médiation.

Les parties ont tenté, dans leurs procédures écrites, d'introduire des discussions concernant le comportement qui a eu lieu lors des conférences de règlement ou des médiations. Notre jurisprudence a noté que les tribunaux sont prudents avant de diffuser des allégations, afin que les parties puissent être entendues et participer à un débat contradictoire, et que toutes les informations pertinentes soient mises en évidence pour établir la vérité. Cependant, nos tribunaux n'ont pas hésité à radier des paragraphes d'une procédure qui révèlent les communications entre les parties ou le contenu des offres faites dans le cadre d'un processus de résolution des litiges.

Par exemple, dans l'affaire *Dr Élise Shoghikian inc. c. Syndicat des copropriétaires du Clos St-Bernard*, la Cour d'appel a conclu que les paragraphes de la requête introductive d'instance permettaient au demandeur de présenter une preuve du comportement reproché au défendeur, sans qu'il soit nécessaire de connaître les détails des négociations qui ont précédé la conférence de règlement ou les offres présentées lors de la conférence de règlement elle-même. Selon la Cour, ces négociations étaient protégées par le code de procédure civile ainsi que par l'accord de confidentialité signé par tous les participants.

Si la nature de ce qui se passe lors d'une médiation ou d'une conférence de règlement est confidentielle, il convient de noter que l'existence d'une médiation ou de négociations de règlement entre les parties n'est pas confidentielle. Il s'agit d'un élément de preuve qui peut être présenté pour démontrer que les parties ont envisagé les différents moyens de résolution des conflits avant de saisir les tribunaux, comme l'exige l'article 1 du Code de procédure civile. De même, le refus de participer à une conférence de règlement n'est pas un fait protégé par le « litigation privilege ». Les tribunaux associent le privilège du litige au secret des négociations pour protéger ce mécanisme de règlement, mais pas le fait de participer aux négociations.

4. L'exception au privilège de règlement

Le privilège de règlement, bien qu'applicable pour protéger les informations et les discussions confidentielles qui ont lieu pendant les séances de règlement des différends, n'est pas absolu. Il existe des exceptions à ce privilège : la confidentialité peut être levée en cas de fausse déclaration, de fraude, d'influence induite et de prévention d'une surcompensation pour le plaignant.

Les informations protégées peuvent également être divulguées pour prouver l'existence ou la portée d'un accord de règlement. Dans l'affaire *Union Carbide*, la Cour suprême a expliqué l'exception au privilège de règlement comme suit :

[l'exception au privilège de règlement en cause en l'espèce est la règle selon laquelle les communications protégées peuvent être divulguées afin de prouver l'existence ou la portée d'un règlement. Cette exception est expliquée par Bryant, Lederman et Fuerst :

Si les négociations sont fructueuses et aboutissent à un accord consensuel, les communications peuvent être présentées comme preuve de l'accord lorsque l'existence ou l'interprétation de l'accord est elle-même en cause. Ces communications constituent l'offre et l'acceptation d'un contrat contraignant et peuvent donc être présentées en preuve pour établir l'existence d'un accord de règlement. [para. 14.340]

La règle est simple et conforme à l'objectif de promotion des règlements amiables. Une communication qui a conduit à un règlement cessera d'être privilégiée si sa divulgation est nécessaire pour prouver l'existence ou la portée du règlement. Une fois que les parties se sont mises d'accord sur un règlement, l'intérêt général de la promotion des règlements exige qu'elles soient en mesure de prouver les termes de leur accord. Loin de l'emporter sur la politique en faveur de la promotion des règlements (*Sable Offshore*, paragraphe 30), la raison de la divulgation – prouver les termes d'un règlement – tend à la renforcer. La règle est logique parce qu'elle sert le même objectif que le privilège lui-même : favoriser les règlements à l'amiable.

Selon la Cour, l'exception relative aux règlements à l'amiable sert le même intérêt public que le privilège lui-même, à savoir la promotion des règlements à l'amiable.

Dans l'affaire *Sable Offshore Energy Inc.*, la Cour suprême a expliqué les considérations qui s'appliquent lorsque la Cour estime qu'une situation peut être qualifiée d'exception au privilège de règlement et lève le privilège de confidentialité entourant une conférence de règlement[19] :

[Il y a inévitablement des exceptions au privilège. Pour bénéficier de ces exceptions, le défendeur doit démontrer que, tout bien considéré, « un intérêt public concurrent l'emporte sur l'intérêt public à encourager le règlement » (...).

L'exception s'applique même lorsque les parties ne concluent un accord qu'après la fin de la médiation. Toutefois, elle ne s'applique qu'à ce qu'il est nécessaire de divulguer pour prouver l'existence ou la portée de l'accord.

Non seulement le privilège de règlement est applicable au Québec, mais l'exception au privilège de règlement est également applicable au Québec. Comme indiqué ci-dessus, bien que la confidentialité fasse partie intégrante des médiations et des conférences de règlement, les communications peuvent être divulguées lorsqu'une partie souhaite prouver l'existence ou la portée d'un accord résultant de ces discussions de règlement. De même, les parties sont autorisées à prouver les faits survenus et les échanges effectués après la conclusion d'un accord afin d'établir l'objet d'un accord ou d'exposer les faits pertinents pour déterminer la mauvaise foi d'une partie dans le processus de résolution du litige.

En conséquence, les tribunaux ont levé la confidentialité des discussions qui ont lieu dans l'intention de régler un litige dans les cas qui relèvent des exceptions indiquées ci-dessus. Comme les parties souhaitent souvent homologuer leurs accords, la levée de la confidentialité a été invoquée dans des requêtes visant à homologuer une transaction, en particulier lorsque les parties ne sont pas d'accord sur la question de savoir si elles ont effectivement conclu un accord et lorsqu'elles en contestent les termes.

De même, si la confidentialité d'une conférence de règlement n'est pas levée à la légère, elle l'a été lorsqu'une partie conteste la validité d'une transaction et prétend qu'elle est nulle. Si une partie ne pouvait pas invoquer les discussions qui ont eu lieu au cours d'une procédure de règlement des différends pour démontrer une fraude ou une fausse déclaration, les parties pourraient agir de mauvaise foi sans en subir les conséquences.

L'exception à la règle générale du privilège du règlement s'applique également aux médiations familiales. Dans l'arrêt *Association de médiation familiale du Québec*, la Cour suprême a stipulé que la confidentialité est un « moyen de parvenir à une fin ». Par

conséquent, lorsque les conjoints règlent leur différend, ils doivent disposer des outils appropriés pour prouver et mettre en œuvre leur accord. La Cour a considéré que l'exclusion de l'exception de règlement en faveur d'une confidentialité absolue une fois le litige résolu pourrait empêcher un conjoint de faire valoir ses droits contre l'autre conjoint qui est de mauvaise foi.

Bien que le privilège de règlement et la confidentialité aient un objectif commun, à savoir favoriser les règlements en encourageant les parties à tenter de régler leur conflit sans craindre que toute divulgation qu'elles font soit utilisée contre elles par la suite, ils ne sont pas identiques. Le privilège de règlement, comme expliqué ci-dessus, est une règle de preuve. Une clause de confidentialité, en revanche, est un accord.

Le champ d'application du privilège de règlement ne se limite pas à la séance de médiation. Il s'applique même après la conclusion d'un accord. Toutefois, les parties à une médiation sont libres de modifier la portée du privilège de règlement et peuvent créer leurs propres règles régissant la confidentialité de leurs discussions de règlement. Elles peuvent, par exemple, stipuler que pour être valable, un accord conclu lors d'une médiation doit être immédiatement consigné par écrit. Toutefois, à moins que les parties n'aient renoncé par contrat au secret professionnel, la Cour peut analyser leurs communications pour déterminer si un accord a été conclu ou non.

5. L'impact des arrêts de la Cour suprême

Il ressort clairement des récents arrêts de la Cour suprême et des arrêts qui les ont suivis que les clauses de confidentialité typiques signées par les parties aux fins de discussions en vue d'un règlement ne sont pas hermétiques. Comme nous l'avons déjà indiqué, diverses situations ouvrent la voie à la divulgation des discussions et des documents échangés dans le cadre d'un règlement amiable. Nos tribunaux ont facilement admis des preuves permettant la divulgation de telles informations s'ils considèrent que les faits de l'affaire correspondent à une exception au privilège de la transaction et justifient la levée de la confidentialité.

Toutefois, des juristes ont exprimé leur inquiétude quant au fait que les profanes qui participent à des séances de médiation ne peuvent pas raisonnablement être informés de l'exception au privilège de la transaction et de son application aux transactions. Les parties qui signent des protocoles de confidentialité pour régler un litige considèrent généralement que ces protocoles s'appliquent et que tout ce qui est dit, écrit ou fait dans le cadre d'un règlement restera privé.

Par conséquent, il serait bénéfique pour les parties que le protocole de médiation précise clairement les limites des engagements de confidentialité qu'il contient. En outre, elles devraient être informées de l'application des exceptions au privilège de la transaction.

Ainsi, les parties ne seront pas prises par surprise si les tribunaux lèvent la protection de la confidentialité et autorisent la divulgation de leurs discussions et négociations. Par conséquent, les avocats doivent réfléchir à la manière dont les clauses de confidentialité doivent être rédigées pour refléter les souhaits de leurs clients, qui peuvent ou non vouloir qu'une confidentialité absolue régisse leurs pourparlers de règlement.

6. Clauses de confidentialité

Les parties aux pourparlers de règlement peuvent prévoir une plus grande protection de la confidentialité en se soustrayant à l'exception de common law au privilège de règlement. Elles peuvent ainsi empêcher l'autre partie de présenter des preuves concernant les communications qui ont eu lieu avant, pendant ou après leurs pourparlers. Toutefois, pour que de telles clauses soient acceptées par les tribunaux, elles doivent être écrites très clairement dans l'accord des parties.

Inversement, les parties peuvent prévoir que les informations nécessaires pour démontrer l'existence ou la portée d'un accord conclu dans le cadre d'une médiation ou d'une conférence de règlement à l'amiable soient admissibles en tant que preuves.

Voici un exemple de protocole de médiation qui prévoit expressément la divulgation de ce qui s'est passé au cours d'une médiation ou d'une conférence de règlement à l'amiable, si nécessaire, pour prouver que les parties ont conclu un accord ou pour en prouver la portée :

- Confidentialité

Nous reconnaissons que le contexte de nos rencontres, y compris les discussions, les écrits, les documents et/ou les actions, est confidentiel. Nous nous engageons à ne pas utiliser comme preuve, que ce soit oralement ou par écrit, dans une procédure arbitrale, administrative ou judiciaire, lié ou non au litige, ce qui s'est passé lors de la séance de médiation (ou de la conférence de règlement à l'amiable), sans le consentement des parties.

Nous comprenons que nous ne pouvons être contraints de divulguer, dans le cadre d'une procédure arbitrale, administrative ou judiciaire, liée ou non au litige, tout ce qui s'est passé pendant la médiation (ou la conférence de règlement), y compris les négociations, les offres, les compromis, les aveux, ainsi que ce qui nous a été dit, discuté, montré ou révélé de quelque manière que ce soit pendant la médiation ou la conférence de règlement.

Nous comprenons que nous pouvons être appelés à témoigner pour établir l'existence d'un accord conclu lors de la médiation ou de la conférence de règlement amiable ou sa portée et que toute information utile à cet égard peut être admise comme preuve.

Nous reconnaissons que le médiateur (ou le juge) qui préside la médiation (ou la conférence de règlement amiable) ne sera pas appelé à témoigner dans une procédure judiciaire ou autre de ce qui s'est passé au cours de la séance de médiation ou de la conférence de règlement amiable, et nous nous engageons à ne pas l'appeler à le faire.

(Traduction anglaise, le soulignement est de nous)

Voici un autre exemple de clause de confidentialité qui autorise la divulgation de preuves, mais seulement dans certaines circonstances. Elle interdit l'utilisation de preuves issues du processus de médiation, sauf en cas d'homologation ou de révision judiciaire.

- Confidentialité de la médiation

a) Tout ce qui est dit ou écrit au cours du processus de médiation est formulé sous le couvert de la confidentialité, sans préjudice, et n'est pas admissible comme preuve dans toute procédure, qu'elle soit judiciaire ou autre ;

b) Le médiateur, les parties, leurs avocats, leurs représentants et toutes les personnes qui les accompagnent doivent préserver la confidentialité de l'ensemble du processus de médiation ; toutefois, aucune disposition du présent accord ne porte atteinte au droit de la partie qui a divulgué un document de l'utiliser dans toute procédure, judiciaire ou autre, alors qu'elle aurait eu le droit de le faire autrement ;

c) La présente clause de confidentialité ne s'applique pas en cas de demande d'homologation ou de contrôle judiciaire ;

d) En tout état de cause, le médiateur ne sera pas assigné à témoigner dans le cadre d'une procédure, judiciaire ou autre.

(Traduction anglaise, le soulignement est de nous)

Pour empêcher l'application de l'exception au privilège de règlement et empêcher la divulgation de tout aspect d'une médiation ou d'une conférence de règlement, les termes d'un accord ne doivent pas être ambigus de quelque manière que ce soit.

Nous suggérons que tout texte traitant de la confidentialité d'une médiation ou d'une conférence de règlement à l'amiable contienne, en plus des clauses standard, un paragraphe qui stipule spécifiquement que l'exception au privilège de règlement à l'amiable est déplacée. Voici un exemple d'un tel texte :

Les parties confirment qu'elles participent à des discussions de règlement dans l'intention de régler leur différend à l'amiable.

Les parties souhaitent garder strictement confidentielles toutes les communications et tous les documents échangés au cours du processus de médiation ou de la conférence de règlement à l'amiable.

Les discussions tenues avant, pendant ou après la médiation ou la conférence de règlement, ainsi que tous les documents utilisés ou échangés par une partie, qui ne font pas partie du dossier du tribunal et qui ne peuvent pas être légalement introduits comme preuve, sont confidentiels et ne seront en aucun cas divulgués. En conséquence, les parties s'engagent à ne pas alléguer, mentionner ou chercher à mettre en preuve dans une procédure, juridique ou autre, quoi que ce soit qui se produise ou soit lié à la médiation ou à la conférence de règlement, y compris toute communication orale ou écrite ou tout comportement qui s'y produit.

Les parties renoncent expressément à l'exception au privilège de règlement.

Aucune divulgation ne peut être faite dans une procédure, judiciaire ou autre, de ce qui a été dit, écrit ou fait dans le cadre de leurs tentatives de régler leur différend, d'établir l'existence d'un accord, sa portée, son objet, sa validité, une fausse déclaration, une fraude, une influence indue ou la mauvaise foi d'une partie, ou à toute autre fin que ce soit.

Le médiateur, les avocats, les parties et tout autre participant à la procédure de médiation ou à la conférence de règlement à l'amiable s'engagent à préserver la confidentialité de tous les aspects des discussions de règlement à l'amiable. Ils ne peuvent être contraints de divulguer le contenu des discussions tenues, les documents échangés, les offres, les admissions ou les concessions faites avant, pendant ou après la procédure de médiation ou la conférence de règlement à l'amiable. Les parties conviennent que tous les participants sont liés par la présente exclusion de l'exception au privilège de règlement.

Les parties s'engagent à s'abstenir de faire des captures d'écran, d'enregistrer de quelque manière que ce soit, de diffuser ou de transmettre la procédure de médiation ou la conférence de règlement à l'amiable. Elles s'engagent à ne pas contacter d'autres personnes par des moyens technologiques, à l'exception de leur avocat, si celui-ci n'est pas présent lors de la médiation ou de la conférence de règlement à l'amiable.

Les parties reconnaissent qu'elles peuvent se retirer de la médiation ou de la conférence de règlement à l'amiable à tout moment, mais qu'elles ne pourront pas obliger l'autre partie à divulguer ce qui a été dit, écrit ou fait pendant la médiation ou la conférence de règlement à l'amiable.

En résumé, la protection accordée aux règlements dépend des souhaits exprimés par les parties dans le protocole de médiation ou de règlement qu'elles ont signé. En

l'absence d'une formulation claire concernant la volonté expresse des parties, c'est le principe du privilège de la transaction et son exception qui s'appliquent.

Une fois les négociations terminées, une partie peut demander à la Cour d'homologuer l'accord, en alléguant qu'une transaction a été conclue. L'autre partie peut contester. La section suivante traite de la nature des transactions et des différentes considérations qui se posent dans le cadre de la procédure d'homologation.

III. Homologation des transactions

1. Demandes d'homologation d'une transaction

Une transaction est un contrat écrit ou verbal que les parties ont conclu après avoir fait des concessions ou des réserves mutuelles. Elle a pour objet de prévenir un litige futur, de mettre fin à un procès ou de résoudre les difficultés nées de l'exécution d'un jugement.

Tout ne peut pas faire l'objet d'une transaction. Il existe des exceptions, telles que l'état ou la capacité d'une personne et les questions d'ordre public.

Les transactions doivent être homologuées, c'est-à-dire approuvées par le tribunal, avant de pouvoir être exécutées. Une fois homologuées, les transactions ont la même force et le même effet qu'un jugement.

La procédure, qui commence par une demande d'homologation d'une transaction, peut faire l'objet d'une contestation de la demande, fondée sur divers motifs. Dans les situations où la confidentialité est invoquée, les tribunaux traiteront d'abord cette question. Si la contestation fondée sur la confidentialité est rejetée, les tribunaux seront alors appelés à déterminer si une transaction a été conclue.

2. Les conditions d'une transaction

Dans l'affaire *Sacchetti c. Nuccio*, le juge Martin Sheehan a procédé à un examen approfondi du droit relatif à l'établissement et à l'homologation d'une transaction. Il en ressort que : (1) la transaction n'a pas besoin d'une forme spécifique, elle peut être verbale ; (2) la partie qui tente de prouver la transaction a la charge de la prouver selon la balance des probabilités ; (3) des présomptions peuvent être utilisées pour prouver une transaction, mais elles doivent être sérieuses, précises et concordantes ; (4) les parties doivent avoir la capacité de s'entendre ; (5) il doit y avoir un échange de consentements et une cause et un objet valables.

La Cour fédérale s'est également prononcée sur les éléments essentiels d'une transaction dans l'affaire SSE Holdings, LLC c. Le Chic Shack Inc. (« Shake Shack »). Selon la Cour :

[À la lumière des dispositions du C.c.Q. et de la jurisprudence relative à la formation des contrats, les exigences applicables pour conclure à l'existence d'un accord de règlement peuvent être résumées comme suit : 1) pour qu'il y ait un contrat de transaction contraignant, il doit y avoir une offre et une acceptation concordantes sur tous les termes essentiels à l'accord ; 2) l'acceptation doit être sans équivoque ; 3) comme pour tout autre accord, il doit y avoir des considérations qui vont dans les deux sens ; 4) les termes doivent être suffisamment sûrs ; 5) il peut y avoir une offre et une acceptation de nature à créer un contrat obligatoire même en l'absence d'un accord écrit ou lorsque les parties envisagent l'exécution, à une date ultérieure, d'un document formel attestant les termes de l'accord ; 6) des négociations en cours concernant un document plus formel ne signifient pas nécessairement qu'une offre ou une acceptation a été répudiée ; 7) le tribunal doit apprécier les preuves de manière objective, qu'il s'agisse de l'existence de l'accord, de la certitude de ses termes ou de leur caractère essentiel.

Il ressort de la jurisprudence que pour établir l'existence d'une transaction :

1. La convention doit avoir pour objet de mettre fin à un litige ou de l'éviter ;
2. Les parties doivent faire des concessions ou des réserves réciproques ;
3. Les parties doivent être d'accord sur tous les éléments essentiels de la transaction.

L'existence d'une transaction est une question de fait. Il incombe à la partie qui allègue la transaction d'en prouver l'existence. Les trois critères ci-dessus doivent être réunis. En l'absence d'un seul de ces critères, la demande ne sera pas acceptée.

3. Preuves examinées pour déterminer l'existence d'une transaction

Pour déterminer si les parties ont conclu une transaction, les tribunaux examinent les preuves présentées afin de s'assurer que les conditions d'existence d'une transaction ont été remplies.

L'affaire Union Carbide a donné l'occasion à la Cour suprême du Canada de discuter de la nature de la preuve qu'une partie peut utiliser pour établir une transaction. La Cour a pris en considération l'accord de médiation signé par les parties avant le début de la médiation et les communications échangées pour déterminer les intentions des parties. Sur la base de la preuve, la Cour a conclu à la conclusion d'une transaction.

La Cour fédérale du Canada, dans l'affaire *Domaines Pinnacle Inc. c. Beam Suntory Inc.* (Beam) a pris en compte des éléments de preuve similaires pour conclure à l'existence d'une transaction. Les parties se sont mutuellement poursuivies pour de prétendues violations de marques. Il s'agissait de déterminer si l'acceptation inconditionnelle d'une offre finale de règlement mettait fin au litige devant la Cour fédérale et constituait une transaction liant l'auteur de l'offre, qui avait refusé de s'y conformer.

Beam avait proposé de régler l'affaire en demandant à chaque partie de se désister de son action (demande et demande reconventionnelle) sans frais. L'offre a été acceptée par Pinnacle qui a déposé son avis de désistement auprès de la Cour fédérale. Cependant, Beam a refusé de signer l'accord et de produire son avis de désistement lorsqu'elle a découvert que l'interprétation par Pinnacle de l'accord entre les parties n'empêchait pas Pinnacle de poursuivre son action devant la Cour supérieure du Québec. Beam invoque un vice de consentement et demande au tribunal de déclarer qu'il n'y a pas d'entente entre les parties.

Lors de l'audition de la requête en homologation, Pinnacle a établi qu'elle avait accepté sans condition l'offre écrite de règlement de Beam, que cette dernière n'avait jamais retirée ou révoquée. En outre, l'offre de Beam n'était pas subordonnée au règlement de l'action intentée devant la Cour supérieure.

La Cour fédérale a estimé qu'il y avait bien eu transaction. Pour arriver à cette conclusion, le juge de première instance a pris en considération tous les affidavits et documents soumis par les parties, y compris les contre-interrogatoires des parties.

Dans l'affaire *Audrey Chédor et le ministre de l'Immigration, des Réfugiés et de la Citoyenneté du Canada*, la Cour fédérale a examiné les dispositions du Code civil du Québec pour déterminer si l'accord était conforme au Code. L'existence de l'accord de règlement n'était pas contestée. La question en litige était la suivante : [55] L'article 2633 du Code civil du Québec

[L'article 2633 du CCQ prévoit qu'une transaction a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée, mais qu'elle n'est susceptible d'exécution forcée que lorsqu'elle est « homologuée » (...). Dans la province de Québec, les transactions sont habituellement homologuées par les tribunaux, ce qui pose la question de savoir si l'approbation du Règlement par la CCDP – qui n'est ni un tribunal ni un tribunal administratif (comme le Tribunal canadien des droits de la personne) – constitue une « homologation » au sens de l'article 2633 du CCQ.

La Cour a conclu qu'elle avait le pouvoir d'homologuer l'accord de règlement.

Ayant constaté que les dispositions du Code civil du Québec étaient respectées, la Cour a homologué l'entente de règlement et a déclaré qu'aux fins d'exécution, l'entente de règlement est devenue une ordonnance de la Cour fédérale.

Dans l'affaire Shake Shack, la Cour a également examiné les dispositions applicables du Code civil du Québec pour déterminer si les parties étaient parvenues à un accord. Shake Shack avait poursuivi Le Chic Shack pour une prétendue contrefaçon de marque. Les parties ont accepté de participer à une séance de médiation assistée par le tribunal. Après la séance de médiation, Shake Shack était d'avis qu'un accord avait été conclu, mais Le Chic Shack n'était pas d'accord. Il a été prouvé que les parties n'étaient pas parvenues à se mettre d'accord sur la taille de la zone d'exclusivité dans laquelle Le Chic Shack pouvait continuer à utiliser sa marque. Shake Shack a néanmoins intenté une action en justice pour faire respecter le prétendu accord.

La Cour fédérale a mis en place des règles spécifiques régissant les séances de médiation assistées par la Cour, notamment l'article 389 des règles qui stipule que lorsque les parties règlent tout ou partie d'une procédure, leur accord doit être signé par les parties ou leurs avocats. Or, à aucun moment de la séance de médiation assistée par le tribunal, les parties n'ont mis par écrit l'accord qu'elles proposaient. Le tribunal n'a pas considéré ce fait comme suffisant en soi pour rejeter l'accord proposé. Au contraire, il a reconnu son autorité à considérer le droit civil du Québec afin de déterminer si une transaction avait été conclue.

La preuve entourant la conclusion d'un accord est souvent examinée pour déterminer si les parties se sont entendues sur tous les éléments essentiels de la transaction.

Dans l'affaire Shake Shack, la Cour a estimé que la restriction territoriale dans cette affaire de marque de commerce était un élément essentiel de la transaction. Le fait que les parties ne se soient pas entendues sur le territoire a empêché la Cour de conclure à l'existence d'une transaction.

La notion d'éléments essentiels a également été abordée dans l'affaire Rathwell, où une partie a fait valoir qu'une transaction avait été conclue à la suite de l'acceptation alléguée d'une promesse d'achat. La partie contestante a déclaré qu'il n'y avait pas eu de transaction et que l'acheteur promettant n'avait pas respecté ses propres engagements.

La Cour, rappelant les principes qui doivent la guider lorsqu'elle est appelée à homologuer une transaction, a déclaré :

[compte tenu de la nature contractuelle d'une transaction, les parties doivent s'être entendues sur tous les éléments essentiels pour qu'une transaction soit constatée^[5] et la Cour peut prendre en considération les dispositions du Code civil relatives à

l'interprétation des contrats. Le contenu des documents et des discussions contemporaines, le contexte dans lequel ces discussions ont eu lieu ainsi que le comportement des parties ou de leurs avocats peuvent être pris en compte pour éclairer l'intention des parties[6].

La preuve a montré que les parties n'avaient pas réussi à se mettre d'accord sur une date de clôture. Ayant constaté que la date de clôture était une condition essentielle, la Cour est d'avis qu'aucune transaction n'a été conclue.

Dans l'affaire Groupe Hexagone c. Miron, l'une des parties a soutenu qu'il n'y avait pas eu de transaction parce que les parties n'avaient pas réussi à s'entendre sur le traitement fiscal d'un paiement. Selon la Cour, le traitement fiscal n'était pas un élément essentiel de la transaction et n'empêchait pas son homologation.

Dans un autre cas, la décision de la Cour s'est fondée sur la question de savoir si les parties avaient fait des concessions ou des réserves mutuelles. Dans l'affaire La Rochelle c. Gesco Columbus inc. le tribunal a confirmé que l'absence de concessions ou de réserves réciproques était fatale. Il a également rappelé que l'accord ne peut être contraire à l'ordre public.

4. Éléments secondaires

Comme indiqué ci-dessus, tout en déterminant si les parties se sont entendues sur les éléments essentiels d'une transaction, les tribunaux identifient parfois des éléments secondaires.

Franchises Eggsquis inc. c. 9174-7600 Québec inc. en est un bon exemple. Les parties ont continué à négocier un contrat de vente d'entreprise après la conclusion d'une entente. La Cour distingue la conclusion d'une transaction de son application, qui peut entraîner la rédaction d'autres ententes ou actes juridiques. La Cour a estimé que la négociation sur la forme du contrat de vente ne suffisait pas à nier l'existence d'une transaction.

Selon la Cour] :

[En effet, il importe de distinguer la conclusion d'une transaction de sa mise en application, laquelle peut impliquer la rédaction d'autres ententes ou actes juridiques afin de donner effet à la transaction[5].

[71] Quant à la présence d'un consensus entre les parties, le juge Dumais précise ce qui suit en faisant une distinction entre l'entente elle-même et sa mise en application :

[34] À ce niveau, le Tribunal rappelle qu'il faut distinguer l'entente elle-même de sa mise en application, laquelle implique souvent la rédaction d'un document final signé par les parties.

[35] Dans la décision *Morin c. Villeneuve, M.* le juge Fraiberg écrivait à ce sujet :

On ne doit pas confondre, d'ailleurs, le contrat et sa réalisation. La mise en application d'une transaction nécessite souvent l'exécution d'autres ententes ou actes juridiques. Cela n'empêche pas que le contrat lie toujours les parties, de sorte que l'une ou l'autre puisse exiger l'exécution en nature des obligations prévues. Voilà en effet l'objectif de l'homologation : rendre exécutoires ses obligations advenant le refus de l'une ou l'autre des parties de donner suite à la transaction valablement conclue.

[Emphase en gras omis. Notre soulignement]

Une fois que le tribunal conclut à l'existence d'une transaction, l'étape suivante est l'homologation.

5. Le pouvoir du tribunal lorsqu'il est appelé à homologuer une transaction

La jurisprudence est constante et considère que le rôle du juge se limite à déterminer l'existence d'une transaction. Le tribunal ne peut se prononcer sur le bien-fondé de l'accord que s'il est expressément habilité à le faire. Le tribunal outrepassa sa compétence s'il tente d'évaluer si les concessions faites étaient appropriées.

Comme il a été dit dans l'affaire *Rathwell* :

[lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur une demande d'homologation d'une transaction, le rôle de la Cour est limité en ce sens qu'elle ne fait qu'examiner sa légalité pour déterminer si une transaction existe bel et bien. Dans cette détermination, il n'y a pas de place pour une évaluation du bien-fondé des prétentions respectives des parties ou de l'opportunité de leurs concessions réciproques[7].

L'affaire *Audrey Chédor* est un autre exemple de l'autorité limitée de la Cour. Confrontée à une demande d'homologation, la Cour a confirmé que son rôle se limitait à examiner la transaction pour s'assurer de sa conformité avec les règles de droit civil relatives aux transactions.

Contrairement aux transactions civiles, le pouvoir de la Cour en matière familiale est plus étendu. Comme il s'agit de questions d'ordre public, telles que la garde des enfants et la pension alimentaire, l'accord ne peut être exécuté tant que la Cour ne l'a pas examiné pour en déterminer l'opportunité.

Dans l'affaire Association de médiation familiale du Québec, la Cour a considéré que les parties en matière familiale pouvaient prouver l'existence et les conditions d'une transaction de la même manière que les parties en matière civile ou commerciale. Les preuves acceptables sont les courriels, les chèques émis et encaissés et les témoignages.

Les pouvoirs de la Cour ont également été examinés dans l'affaire Duquette Construction (1994) ltée c. Klub Athletik 40 inc. où le demandeur poursuit l'homologation d'une transaction. Le défendeur s'y oppose au motif que le demandeur a été payé en entier. La Cour confirme que ses pouvoirs se limitent à déterminer si une transaction a eu lieu ou non. L'argument du défendeur selon lequel le demandeur avait été intégralement payé concernait l'exécution de la transaction et non sa validité. Le défendeur ne pouvait soulever ces arguments qu'au stade de l'exécution, une fois l'homologation accordée. La Cour a homologué la transaction.

Une fois homologuée, une transaction a la même force qu'un jugement, ce qui permet à une partie de l'exécuter si la transaction n'est pas respectée. Il n'est pas possible d'exécuter partiellement une transaction ; celle-ci doit être considérée comme un tout indivisible.

Dans l'affaire Sacchetti c. Nuccio, la Cour d'appel a examiné le critère d'intervention appliqué par une cour d'appel lorsqu'elle réexamine le jugement d'homologation d'un tribunal inférieur. Selon la Cour :

[54] (...)

[Lorsqu'on lui demande d'homologuer une transaction, le juge de première instance doit, tout en gardant à l'esprit les conditions et principes applicables, procéder à une analyse factuelle fondée sur la preuve afin de déterminer s'il y a eu convergence de vues sur les conditions essentielles donnant lieu à la transaction. À ce titre, la Cour d'appel ne devrait intervenir qu'en cas d'« erreur palpable et dominante », comme l'a déjà souligné notre Cour dans le contexte d'une transaction contestée dans l'affaire Supreme Precision Castings (1963) Ltd c. Parker Industries Ltd :

La détermination de savoir s'il y a eu ou non transaction est essentiellement une question de fait, question sur laquelle une Cour d'appel n'interviendra pas à moins d'erreur manifeste du juge du procès[59].

[Renvois omis]

(Traduction anglaise)

6. Motifs d'annulation d'une transaction

Le Code civil prévoit qu'une transaction peut être annulée pour les mêmes causes que les contrats en général, telles que l'erreur, la crainte ou la lésion. L'erreur de droit n'est pas une cause d'annulation d'une transaction. De même, la découverte de documents, après coup, ne justifie pas l'annulation de la transaction, à moins qu'ils n'aient été retenus intentionnellement.

Des arrêts récents ont traité des motifs d'annulation. Par exemple, dans l'affaire Groupe Drumco Construction inc. c. 7 321 228 Canada inc. il s'agissait de l'appel d'un jugement homologuant une transaction. La Cour d'appel a confirmé qu'une fois qu'une transaction est homologuée, elle ne peut être annulée au motif que l'une des parties ne respecte pas ses obligations. Le recours approprié dans ces circonstances est une action distincte pour rupture de contrat.

Dans l'affaire Docteure Renée Gendron parodontiste inc. c. Pelletier, il s'agissait de déterminer si la force majeure pouvait annuler une transaction. Un litige est survenu concernant l'achat de la participation d'une partie dans une clinique dentaire. Les parties ont assisté à une CRA où elles ont signé une transaction et une quittance. Après l'ARC, le défendeur a refusé de respecter la transaction et de payer le montant convenu, alléguant la pandémie et la fraude du demandeur. La Cour a statué que l'impossibilité personnelle d'une partie de payer une somme d'argent n'était pas considérée comme un cas de force majeure et ne constituait pas un motif d'annulation de la transaction et a déclaré :

[31] précisément sur la question de savoir si la force majeure peut être opposée à l'obligation de payer une somme d'argent, le Tribunal est accord avec les principes qui se dégagent du jugement Fardad c. Altitude Montréal inc.[10]. La juge Catherine Mandeville s'y exprime ainsi :

[11] cette position est insoutenable en droit et manifestement non fondée. Dans un premier temps, la doctrine enseigne que la notion de force majeure n'est pas opposable à un défaut de payer une somme d'argent. C'est ainsi que dans l'ouvrage de doctrine bien connu, Les obligations, on indique :

39. Lorsqu'il s'agit de l'obligation de payer une somme d'argent, c'est une obligation de garantie et la force majeure n'est pas un moyen de défense permettant de se soustraire à cette obligation.

[12] L'argent étant un bien fongible, la présente situation se distingue de celles où, en raison de force majeure, le bien n'est plus disponible ou détruit et ne peut donc pas être remis.

[...]

[20] Monsieur Fardad allègue son incapacité à effectuer les versements attendus en fonction du contrat. Mais son incapacité personnelle n'est pas synonyme d'impossibilité pour tous. Par ailleurs, ses déclarations lors de son interrogatoire permettent de relativiser cette incapacité et de conclure qu'il s'agit plutôt d'une difficulté.

Dans l'affaire Cai c. 9104-2523 Québec inc. la demanderesse allègue que le demandeur n'a pas lu l'entente de transaction. La Cour a considéré ce manquement comme une erreur inexcusable et non comme une justification pour empêcher l'homologation.

IV. Conclusion

Les médiations et les conférences de règlement à l'amiable sont confidentielles ; il existe toutefois des exceptions à ce principe. Par conséquent, les parties qui participent à des négociations en vue d'une transaction doivent le faire en sachant que ce qu'elles disent, écrivent et font peut être utilisé contre elles, à moins qu'elles n'aient spécifiquement conclu un contrat prévoyant une protection de la confidentialité plus importante que celle prévue par la common law.

Une fois que les parties ont mis fin à leurs discussions, une partie peut alors demander l'homologation de leur accord présumé afin qu'il puisse être exécuté. L'autre partie peut contester la demande. Les tribunaux seront alors appelés à déterminer si les conditions requises pour un accord ont été remplies.

Il est clair que les amendements de 2016 au Code de procédure civile représentent un changement en faveur des processus de prévention et de résolution des conflits, de sorte que les tribunaux n'hésiteront pas à homologuer un accord, lorsqu'il existe des faits suffisants pour soutenir cette conclusion.