

**Union Carbide Canada Inc. and  
Dow Chemical Canada Inc. (now known as  
Dow Chemical Canada ULC) Appellants**

v.

**Bombardier Inc., Bombardier Recreational  
Products Inc. and Allianz Global Risks  
US Insurance Company Respondents**

and

**Attorney General of British Columbia and  
Arbitration Place Inc. Interveners**

**INDEXED AS: UNION CARBIDE CANADA INC. v.  
BOMBARDIER INC.**

**2014 SCC 35**

File No.: 35008.

2013: December 11; 2014: May 8.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Rothstein,  
Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC**

*Civil procedure — Offer to settle — Settlement privilege — Exception — Allegations in motion for homologation of settlement opposed on ground that mediation contract prevented parties from referring to events taking place during mediation process — Whether mediation contract with absolute confidentiality clause can displace common law settlement privilege, including exception to privilege where party seeks to prove existence or scope of settlement — Whether clause permitted parties to use confidential information to prove terms of settlement — Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 151.21.*

The parties are entangled in a decades-long, multi-million dollar civil suit about defective gas tanks used on Sea-Doo personal watercraft. B claimed that the tanks supplied by D were unfit for the use for which they had been intended and commenced an action for

**Union Carbide Canada Inc. et  
Dow Chemical Canada Inc. (maintenant  
connues sous le nom de Dow Chemical  
Canada ULC) Appelantes**

c.

**Bombardier Inc., Bombardier produits  
récréatifs Inc. et Allianz Global Risks  
US Insurance Company Intimées**

et

**Procureur général de la Colombie-Britannique  
et Arbitration Place Inc. Intervenants**

**RÉPERTORIÉ : UNION CARBIDE CANADA INC. c.  
BOMBARDIER INC.**

**2014 CSC 35**

N° du greffe : 35008.

2013 : 11 décembre; 2014 : 8 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges  
LeBel, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et  
Wagner.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Procédure civile — Offre de règlement — Privilège relatif aux règlements — Exception — Allégations d'une requête en homologation d'un règlement contestées au motif que le contrat de médiation empêchait les parties de faire état du déroulement de la médiation — Le contrat de médiation comportant une clause de confidentialité absolue peut-il écarter le privilège relatif aux règlements de la common law, y compris l'exception à ce privilège, lorsqu'une partie cherche à prouver l'existence ou la portée du règlement? — La clause permet-elle aux parties d'utiliser des renseignements confidentiels afin de faire la preuve des modalités d'un règlement? — Code de procédure civile, RLRQ, ch. C-25, art. 151.21.*

Les parties sont empêtrées depuis des décennies dans une action civile de plusieurs millions de dollars au sujet de réservoirs à carburant pour motomarines défectueux. B affirme que des réservoirs fournis par D étaient impropres à l'usage auquel ils étaient destinés et elle a

damages against D in Montréal, in the Quebec Superior Court. The parties agreed to private mediation and a standard mediation agreement was signed. It contained the following clause regarding the confidentiality of the process: “Nothing which transpires in the Mediation will be alleged, referred to or sought to be put into evidence in any proceeding”. The next day D submitted a settlement offer which B subsequently accepted. Two days after B’s acceptance, counsel for D stated that his client considered this to be a global settlement amount. Counsel for B replied that the settlement amount was for the Montréal litigation only. D did not send the discussed settlement amount, and B then filed a motion for homologation of the transaction in the Superior Court. D brought a motion to strike out the allegations contained in six paragraphs of the motion for homologation on the ground that they referred to events that had taken place in the course of the mediation process.

The motion judge held that in light of the confidentiality clause in the mediation agreement, the mediation proceedings were covered by art. 151.21 of the *Code of Civil Procedure*. She granted D’s motion to strike in part, ordering that four of the six allegations be struck because they referred to discussions that had occurred or submissions that had been made in the context of the mediation. The Court of Appeal allowed the appeal and found that the rules of the *Code of Civil Procedure* with respect to confidentiality do not apply to extrajudicial mediation proceedings. It observed that when mediation has resulted in an agreement, communications made in the course of the mediation process cease to be privileged and held that settlement privilege does not prevent a party from producing evidence of confidential communications in order to prove the existence of a disputed settlement agreement arising from mediation or to assist in the interpretation of such an agreement. The court declined to strike the allegations and left it to the judge hearing the motion for homologation to consider whether the impugned paragraphs were relevant to the identification of the terms of the agreement, in which case the exception to the common law settlement privilege would apply.

*Held:* The appeal should be dismissed.

At common law, settlement privilege is a rule of evidence that protects communications exchanged by parties as they try to settle a dispute. It applies even in the absence of statutory provisions or contract clauses with respect to confidentiality. The rule promotes honest and

intenté contre D une action en dommages-intérêts devant la Cour supérieure du Québec à Montréal. Les parties ont convenu d’une médiation privée et ont signé une entente type de médiation, laquelle renfermait la clause suivante concernant la confidentialité du processus : « Rien de ce qui pourra être dit ou écrit au cours de la médiation ne sera allégué, mentionné ou présenté en preuve dans le cadre d’une instance ». Le lendemain, D a soumis une offre de règlement que B a subséquemment acceptée. Deux jours après cette acceptation, l’avocat de D a indiqué que sa cliente considérait que le montant offert visait un règlement global. L’avocat de B a répondu que le montant du règlement visait uniquement la poursuite engagée à Montréal. D n’a pas envoyé le montant du règlement qui avait fait l’objet de discussions et B a alors déposé devant la Cour supérieure une requête en homologation du règlement. D a demandé par requête la radiation des allégations contenues dans six paragraphes de la requête en homologation au motif qu’elles faisaient état du déroulement de la médiation.

La juge saisie de la requête a conclu qu’en raison de la clause de confidentialité figurant dans l’entente de médiation, le compte-rendu de la médiation était protégé par l’art. 151.21 du *Code de procédure civile*. Elle a accueilli en partie la requête en radiation de D et a ordonné que quatre des six allégations soient radiées parce qu’elles portaient sur les discussions et communications échangées dans le cadre de la médiation. La Cour d’appel a accueilli l’appel et a conclu que les règles de confidentialité du *Code de procédure civile* ne s’appliquent pas à la médiation extrajudiciaire. Elle a fait remarquer que les communications faites au cours de la médiation cessent d’être privilégiées lorsqu’elles ont conduit à une entente. Elle a donc conclu que le privilège relatif aux règlements n’empêche pas une partie de produire des communications confidentielles afin de faire la preuve de l’existence d’une entente de règlement contestée découlant de la médiation, ou pour en faciliter l’interprétation. La cour a refusé de radier les allégations et a laissé au juge saisi de la requête en homologation le soin de déterminer si les paragraphes contestés permettent d’établir les modalités de l’entente, auquel cas l’exception au privilège relatif aux règlements de la common law doit s’appliquer.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

En common law, le privilège relatif aux règlements est une règle de preuve qui protège les communications échangées entre des parties qui tentent de régler un différend. Il s’applique même en l’absence de dispositions législatives ou contractuelles concernant la

frank discussions between the parties, which can make it easier to reach a settlement. However, a communication that has led to a settlement will cease to be privileged if disclosing it is necessary in order to prove the existence or the scope of the settlement. Both the common law privilege and this exception to it form part of the civil law of Quebec, which applies in this case.

A form of confidentiality is inherent in mediation in that the parties are typically discussing a settlement. This means that their communications are protected by the common law settlement privilege. However, parties can tailor their confidentiality requirements by contract, to exceed the scope of that privilege. Settlement privilege and a confidentiality clause are not the same, and they may in some circumstances conflict. One is a rule of evidence, while the other is a binding agreement; they do not afford the same protection, nor are the consequences for breaching them necessarily the same. While allowing parties to freely contract for confidentiality protection furthers the valuable public purpose of promoting settlement, contracting out of the exception to settlement privilege that applies where a party seeks to prove the terms of a settlement might prevent parties from enforcing the terms of settlements they have negotiated.

To determine whether an absolute confidentiality clause in a mediation agreement displaces this common law exception to settlement privilege, one must begin with an interpretation of the contract. It must be asked whether the confidentiality clause actually conflicts with settlement privilege or with the recognized exceptions to that privilege. Where parties contract for greater confidentiality protection than is available at common law, the will of the parties should presumptively be upheld absent such concerns as fraud or illegality. However, the mere fact of signing a mediation agreement that contains a confidentiality clause does not automatically displace the privilege and the exceptions to it. Where an agreement could have the effect of preventing the application of a recognized exception to settlement privilege, its terms must be clear.

Here, the mediation contract shows on its face a common intention on the part of the parties to be bound

confidentialité. La règle favorise les discussions franches et ouvertes entre les parties, ce qui peut faciliter le règlement du différend. Toutefois, une communication qui a conduit à un règlement cesse d'être privilégiée si sa divulgation est nécessaire pour prouver l'existence ou la portée du règlement. Ce privilège de la common law et son exception font partie du droit civil du Québec, lequel s'applique en l'espèce.

La confidentialité constitue un aspect intrinsèque de la médiation en ce que les parties à ce processus discutent généralement de possibilités de règlement. Pour cette raison, leurs communications sont protégées par le privilège relatif aux règlements de la common law. Cependant, les parties peuvent par contrat se doter, en matière de confidentialité, d'exigences supérieures à celles que leur offre ce privilège. Le privilège relatif aux règlements et la clause de confidentialité sont différents et peuvent parfois entrer en conflit. L'un est une règle de preuve, l'autre est une entente exécutoire; la portée de la protection qu'ils offrent n'est pas la même, et les conséquences en cas de manquement ne sont pas nécessairement les mêmes. Même si le fait de permettre aux parties de contracter librement en vue de renforcer la protection de la confidentialité facilite la réalisation de l'important objectif public qui consiste à favoriser les règlements extrajudiciaires, le fait d'écarter par contrat l'exception au privilège relatif aux règlements qui s'applique lorsqu'une personne cherche à prouver les modalités d'un règlement peut empêcher les parties d'exiger le respect des modalités d'un règlement négocié.

Afin de déterminer si une clause de confidentialité absolue d'une entente de médiation a pour effet d'écarter l'exception au privilège relatif aux règlements que prévoit la common law, l'analyse doit débiter par l'interprétation du contrat. Il faut se demander si la clause de confidentialité entre effectivement en conflit avec le privilège relatif aux règlements ou avec ses exceptions reconnues. Lorsque les parties concluent un contrat qui leur assure en matière de confidentialité une protection supérieure à celle qu'offre la common law, il y a lieu à première vue de confirmer leur volonté, sous réserve de préoccupations concernant la fraude ou l'illegalité. Cependant, le simple fait de signer une entente de médiation assortie d'une clause de confidentialité n'écarter pas automatiquement le privilège et ses exceptions. Lorsqu'une entente pourrait avoir pour effet d'empêcher l'application d'une exception reconnue au privilège relatif aux règlements, elle doit l'exprimer clairement.

En l'espèce, le contrat de médiation montre de toute évidence une intention commune des parties de respecter

by confidentiality in respect of anything that might transpire in the course of the mediation. However, the nature of the contract, the circumstances in which it was formed and the contract as a whole reveals that the parties did not intend to disregard the usual rule that settlement privilege can be dispensed with in order to prove the terms of a settlement. The mediation agreement was signed on the eve of the mediation with the apparent purpose of settling an ongoing dispute. It was a standard form contract provided by the mediator, and neither party amended it or added any provisions relating to confidentiality. There is no evidence that the parties thought they were deviating from the settlement privilege that usually applies. Absent an express provision to the contrary, it is unreasonable to assume that parties who have agreed to mediation for the purpose of reaching a settlement would renounce their right to prove the terms of the settlement. Consequently, in the course of the motion for homologation, parties may produce evidence insofar as it is necessary in order to prove the terms of the settlement. If sensitive information should not be made available to the public, an application can be made to the motion judge for a confidentiality order and to consider the evidence *in camera*.

### Cases Cited

**Applied:** *Sobeys Québec inc. v. Coopérative des consommateurs de Sainte-Foy*, 2005 QCCA 1172, [2006] R.J.Q. 100; *Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 SCC 65, [2013] 3 S.C.R. 838; **considered:** *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522; **referred to:** *Sable Offshore Energy Inc. v. Ameron International Corp.*, 2013 SCC 37, [2013] 2 S.C.R. 623; *Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 41, [2010] 2 S.C.R. 592; *Ferlatte v. Ventes Rudolph inc.*, [1999] Q.J. No. 2735 (QL); *Kosko v. Bijimine*, 2006 QCCA 671 (CanLII); *Kelvin Energy Ltd. v. Lee*, [1992] 3 S.C.R. 235; *Sparling v. Southam Inc.* (1988), 41 B.L.R. 22; *Luger v. Empire, cie d'assurance vie*, [1991] J.Q. n° 2635 (QL); *Bloom Films 1998 inc. v. Christal Films productions inc.*, 2011 QCCA 1171 (CanLII); *Stewart v. Stewart*, 2008 ABQB 348 (CanLII); *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263.

### Statutes and Regulations Cited

*Civil Code of Québec*, arts. 1414, 1425, 1426, 1427, 1431.

le caractère confidentiel de tout ce qui peut être dit ou écrit au cours de la médiation. Cependant, la nature du contrat, les circonstances dans lesquelles il a été conclu, ainsi que le contrat dans son ensemble révèlent que les parties n'avaient pas l'intention de passer outre à la règle habituelle voulant que le privilège relatif aux règlements soit écarté afin de faire la preuve de modalités d'un règlement. L'entente de médiation a été signée la veille de la séance de médiation et visait apparemment à régler un différend. Il s'agissait d'un contrat type fourni par le médiateur et ni l'une ni l'autre des parties ne l'a modifié ni n'y a ajouté des dispositions concernant la confidentialité. Rien n'indique que les parties estimaient qu'elles écartaient le privilège relatif aux règlements qui s'applique habituellement. En l'absence d'une disposition expresse à cet égard, il est déraisonnable de supposer que des parties qui ont consenti à une médiation dans le but de parvenir à un règlement renonceraient à leur droit de faire la preuve des modalités du règlement. En conséquence, dans le cadre de la requête en homologation, les parties peuvent produire des éléments de preuve dans la mesure où ils sont nécessaires pour prouver les modalités du règlement. S'il y a lieu de ne pas rendre accessibles au public des renseignements délicats, on peut alors demander au juge saisi de la requête de prononcer une ordonnance de confidentialité et d'examiner ces éléments de preuve à huis clos.

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Sobeys Québec inc. c. Coopérative des consommateurs de Sainte-Foy*, 2005 QCCA 1172, [2006] R.J.Q. 100; *Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 CSC 65, [2013] 3 R.C.S. 838; **arrêts examinés :** *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522; **arrêts mentionnés :** *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, 2013 CSC 37, [2013] 2 R.C.S. 623; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592; *Ferlatte c. Ventes Rudolph inc.*, [1999] Q.J. No. 2735 (QL); *Kosko c. Bijimine*, 2006 QCCA 671, [2006] R.J.Q. 1539; *Kelvin Energy Ltd. c. Lee*, [1992] 3 R.C.S. 235; *Sparling c. Southam Inc.* (1988), 41 B.L.R. 22; *Luger c. Empire, cie d'assurance vie*, [1991] J.Q. n° 2635 (QL); *Bloom Films 1998 inc. c. Christal Films productions inc.*, 2011 QCCA 1171 (CanLII); *Stewart c. Stewart*, 2008 ABQB 348 (CanLII); *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263.

### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*, art. 1414, 1425, 1426, 1427, 1431.

*Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25, arts. 151.16, 151.21.

*Commercial Mediation Act*, S.N.S. 2005, c. 36.

*Commercial Mediation Act, 2010*, S.O. 2010, c. 16, Sch. 3.

### Authors Cited

- Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.
- Boulle, Laurence, and Kathleen J. Kelly. *Mediation: Principles, Process, Practice*. Markham, Ont.: Butterworths, 1998.
- Brown, Kent L. “Confidentiality in Mediation: Status and Implications”, [1991] *J. Disp. Resol.* 307.
- Bryant, Alan W., Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
- Crosbie, Fiona. “Aspects of Confidentiality in Mediation: A Matter of Balancing Competing Public Interests” (1995), 2 *C.D.R.J.* 51.
- Freedman, Lawrence R., and Michael L. Prigoff. “Confidentiality in Mediation: The Need for Protection” (1986), 2 *Ohio St. J. Disp. Resol.* 37.
- Glaholt, Duncan W., and Markus Rotterdam. *The Law of ADR in Canada: An Introductory Guide*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011.
- Grammond, Sébastien, Anne-Françoise Debruche and Yan Campagnolo. *Quebec Contract Law*. Montréal: Wilson & Lafleur, 2011.
- Gray, Owen V. “Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation” (1998), 36 *Osgoode Hall L.J.* 667.
- Green, Eric D. “A Heretical View of the Mediation Privilege” (1986), 2 *Ohio St. J. Disp. Resol.* 1.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 2012.
- Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
- Silver, Michael P. *Mediation and Negotiation: Representing Your Clients*. Markham, Ont.: Butterworths, 2001.
- Thibault, Joëlle. *Les procédures de règlement amiable des litiges au Canada*. Montréal: Wilson & Lafleur, 2000.
- United Nations. Commission on International Trade Law. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use 2002*. New York: United Nations, 2004, art. 9.

*Code de procédure civile*, RLRQ, ch. C-25, art. 151.16, 151.21.

*Commercial Mediation Act*, S.N.S. 2005, ch. 36.

*Loi de 2010 sur la médiation commerciale*, L.O. 2010, ch. 16, ann. 3.

### Doctrine et autres documents cités

- Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.
- Boulle, Laurence, and Kathleen J. Kelly. *Mediation: Principles, Process, Practice*. Markham, Ont.: Butterworths, 1998.
- Brown, Kent L. « Confidentiality in Mediation : Status and Implications », [1991] *J. Disp. Resol.* 307.
- Bryant, Alan W., Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
- Crosbie, Fiona. « Aspects of Confidentiality in Mediation : A Matter of Balancing Competing Public Interests » (1995), 2 *C.D.R.J.* 51.
- Freedman, Lawrence R., and Michael L. Prigoff. « Confidentiality in Mediation : The Need for Protection » (1986), 2 *Ohio St. J. Disp. Resol.* 37.
- Glaholt, Duncan W., and Markus Rotterdam. *The Law of ADR in Canada : An Introductory Guide*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011.
- Grammond, Sébastien, Anne-Françoise Debruche and Yan Campagnolo. *Quebec Contract Law*. Montréal : Wilson & Lafleur, 2011.
- Gray, Owen V. « Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation » (1998), 36 *Osgoode Hall L.J.* 667.
- Green, Eric D. « A Heretical View of the Mediation Privilege » (1986), 2 *Ohio St. J. Disp. Resol.* 1.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 2012.
- Nations Unies. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. *Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale et Guide pour son incorporation dans le droit interne et son utilisation 2002*. New York : Nations Unies, 2004, art. 9.
- Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
- Silver, Michael P. *Mediation and Negotiation : Representing Your Clients*. Markham, Ont.: Butterworths, 2001.
- Thibault, Joëlle. *Les procédures de règlement amiable des litiges au Canada*. Montréal : Wilson & Lafleur, 2000.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Thibault, Rochette and Morissette J.J.A.), 2012 QCCA 1300, SOQUIJ AZ-50874424, [2012] J.Q. n° 6890 (QL), 2012 CarswellQue 7252, setting aside a decision of Corriveau J., 2012 QCCS 22, SOQUIJ AZ-50819121, [2012] J.Q. n° 39 (QL), 2012 CarswellQue 72. Appeal dismissed.

*Richard A. Hinse, Robert W. Mason and Dominique Vallières*, for the appellants.

*Martin F. Sheehan and Stéphanie Lavallée*, for the respondents.

*Jonathan Eades and Mark Witten*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*William C. McDowell and Kaitlyn Pentney*, for the intervener Arbitration Place Inc.

The judgment of the Court was delivered by

WAGNER J. —

## I. Introduction

[1] This Court recently confirmed the vital importance of the role played by settlement privilege in promoting the settlement of disputes and improving access to justice: *Sable Offshore Energy Inc. v. Ameron International Corp.*, 2013 SCC 37, [2013] 2 S.C.R. 623. Settlement privilege is a common law evidentiary rule that applies to settlement negotiations regardless of whether the parties have expressly invoked it. This privilege is not the only tool available to parties, however, as parties like the appellants and the respondents in the case at bar often sign mediation agreements that provide for the confidentiality of communications made in the course of the mediation process.

[2] This case concerns the interaction between these two protections: confidentiality of communications provided for in a private mediation contract and the common law settlement privilege. More

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Thibault, Rochette et Morissette), 2012 QCCA 1300, SOQUIJ AZ-50874424, [2012] J.Q. n° 6890 (QL), 2012 CarswellQue 7252, qui a infirmé une décision de la juge Corriveau, 2012 QCCS 22, SOQUIJ AZ-50819121, [2012] J.Q. n° 39 (QL), 2012 CarswellQue 72. Pourvoi rejeté.

*Richard A. Hinse, Robert W. Mason et Dominique Vallières*, pour les appelantes.

*Martin F. Sheehan et Stéphanie Lavallée*, pour les intimées.

*Jonathan Eades et Mark Witten*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*William C. McDowell et Kaitlyn Pentney*, pour l'intervenante Arbitration Place Inc.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WAGNER —

## I. Introduction

[1] Notre Cour a confirmé récemment l'importance cruciale du privilège relatif aux règlements lorsqu'il s'agit de favoriser le règlement des différends et d'améliorer l'accès à la justice : *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, 2013 CSC 37, [2013] 2 R.C.S. 623. Le privilège relatif aux règlements est une règle de preuve de la common law qui s'applique aux négociations en vue d'un règlement, même si les parties ne l'ont pas expressément invoqué. Or, ce privilège n'est pas le seul outil à la disposition des parties. À l'instar des appelantes et des intimées en l'espèce, les parties signent souvent des ententes de médiation prévoyant que les communications faites durant la médiation demeureront confidentielles.

[2] Le présent pourvoi porte sur l'interaction entre ces deux moyens de protection : les contrats privés prévoyant le caractère confidentiel de la médiation et le privilège relatif aux règlements de la

specifically, it relates to a common law exception to settlement privilege that applies where a party seeks to prove the existence or the scope of a settlement. At issue is whether a mediation contract with an absolute confidentiality clause displaces the common law settlement privilege, including this exception, thereby foreclosing parties from proving the terms of a settlement.

[3] Ironically, both the appellants and the respondents argue that the Court's answer could negatively affect the development of mediation in Canada, either by undermining its confidential nature or by frustrating its main objectives. I disagree. I reach this decision bearing in mind the overriding benefit to the public of promoting the out-of-court settlement of disputes regardless of the legal means employed to reach a given settlement. For the reasons that follow, I find that parties are at liberty to sign mediation contracts under which the protection of confidentiality is different from the common law protection. This enables parties to secure the safeguards they deem important and fosters the free and frank negotiation of settlements, thereby serving the same purpose as settlement privilege: the promotion of settlements. However, I reject the presumption that a confidentiality clause in a mediation agreement automatically displaces settlement privilege, and more specifically the exceptions to that privilege that exist at common law. The exceptions to settlement privilege have been developed for public policy reasons, and they exist to further the overall purpose of the privilege. A mediation contract will not deprive parties of the ability to prove the terms of a settlement by producing evidence of communications made in the mediation context unless a court finds, applying the appropriate rules of contractual interpretation, that that is the intended effect of the agreement.

[4] Because this dispute arose in Quebec, Quebec contract law applies. I find that although it was open to the parties to contract out of the exception to settlement privilege, they did not do so. They

common law. Plus particulièrement, il a trait à une exception au privilège relatif aux règlements que prévoit la common law et qui s'applique lorsqu'une partie cherche à établir l'existence ou la portée d'un règlement. Il nous faut déterminer si un contrat de médiation qui assure une confidentialité absolue écarte le privilège relatif aux règlements de la common law, y compris cette exception, et empêche de ce fait les parties de faire la preuve des modalités d'un règlement.

[3] Paradoxalement, tant les appelantes que les intimées font valoir que la décision de la Cour pourrait nuire à l'évolution de la médiation au Canada, soit en portant atteinte à son caractère confidentiel, soit en faisant obstacle à ses principaux objectifs. Je ne suis pas d'accord. Ma décision tient compte de l'avantage prépondérant pour le public de favoriser le règlement extrajudiciaire des différends, quels que soient les moyens juridiques mis en œuvre pour parvenir à un règlement. Pour les motifs qui suivent, j'estime que les parties sont libres de signer des contrats de médiation qui assurent une protection de la confidentialité différente de celle que procure la common law. Les parties peuvent ainsi obtenir les mesures de protection qu'elles jugent importantes et négocier un règlement en toute liberté et en toute franchise, réalisant de ce fait le même objectif que le privilège relatif aux règlements : favoriser les règlements. Je rejette cependant la présomption selon laquelle toute clause de confidentialité figurant dans une entente de médiation a pour effet d'écarter automatiquement le privilège relatif aux règlements, et en particulier les exceptions à ce privilège reconnues par la common law. Les exceptions au privilège ont été élaborées pour des raisons d'intérêt public et visent à réaliser l'objectif général du privilège. Un contrat de médiation n'empêchera pas les parties de faire la preuve des modalités d'un règlement au moyen des communications faites au cours de la médiation à moins que le tribunal estime, en appliquant les règles d'interprétation des contrats, que tel était l'effet recherché à l'entente.

[4] Comme le présent litige a pris naissance au Québec, le droit québécois des contrats s'applique. J'estime que, même si les parties pouvaient se soustraire par contrat à l'exception au privilège relatif

therefore retain their right to produce evidence of communications made in the mediation context in order to prove the terms of their settlement. I would affirm the Court of Appeal's decision, albeit for different reasons.

## II. Facts

[5] The parties are entangled in a decades-long, multi-million dollar civil suit about defective gas tanks used on Sea-Doo personal watercraft. The appellants, Dow Chemical Canada Inc. and Union Carbide Canada Inc., now known as Dow Chemical Canada ULC ("Dow Chemical"), manufacture and distribute gas tanks for personal watercraft. The respondent Bombardier Inc. manufactured and distributed Sea-Doo personal watercraft before selling its recreational products division to the respondent Bombardier Recreational Products Inc. (jointly "Bombardier"). A dispute arose over the fitness of the gas tanks as a result of consumer complaints.

[6] This appeal results from an allegation by Bombardier that two gas tank models supplied by Dow Chemical were unfit for the use for which they had been intended. More specifically, Bombardier alleged that the material used and recommended by Dow Chemical for the gas tanks had been cracking and that this had in some cases caused explosions as a result of which owners and users of the watercraft had suffered property damage and bodily injury. Bombardier recalled the watercraft equipped with the gas tanks in question in 1997, 1998 and 2003, and it has been sued by a number of consumers.

[7] In March 2000, Bombardier Inc. commenced an action against Union Carbide Canada Inc. in the Quebec Superior Court (file No. 500-05-056325-002) for \$9,980,612.07 in damages. Dow Chemical Canada Inc. was subsequently added as a defendant, as a result of its merger with Union Carbide. They filed their defence to the action on May 6, 2003.

aux règlements, elles ne l'ont pas fait. Elles conservent donc leur droit de produire les communications échangées dans le cadre de la médiation pour faire la preuve des modalités de leur règlement. Je suis d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel, quoique pour des raisons différentes.

## II. Les faits

[5] Les parties sont empêtrées depuis des décennies dans une action civile de plusieurs millions de dollars au sujet de réservoirs à carburant pour motomarines défectueux. Les appelantes, Dow Chemical Canada Inc. et Union Carbide Canada Inc., maintenant connues sous le nom de Dow Chemical Canada ULC (« Dow Chemical »), fabriquent et distribuent des réservoirs à carburant pour motomarines. L'intimée Bombardier Inc. fabriquait et distribuait des motomarines avant de vendre sa division de produits récréatifs à l'intimée Bombardier produits récréatifs Inc. (conjointement, « Bombardier »). Des plaintes des consommateurs sont à l'origine d'un différend au sujet du caractère approprié des réservoirs.

[6] Le présent pourvoi découle de l'allégation de Bombardier selon laquelle deux modèles de réservoirs à carburant fournis par Dow Chemical étaient impropres à l'usage auquel ils étaient destinés. Plus particulièrement, Bombardier a affirmé que le matériau utilisé et recommandé par Dow Chemical pour la fabrication des réservoirs à carburant fissurait, ce qui avait dans certains cas causé des explosions; les propriétaires et les utilisateurs des motomarines avaient en conséquence subi des dommages matériels et des lésions corporelles. En 1997, 1998 et 2003, Bombardier a rappelé les motomarines équipées de réservoirs à carburant de ces modèles et a fait l'objet de nombreuses poursuites intentées par des consommateurs.

[7] En mars 2000, Bombardier Inc. a intenté devant la Cour supérieure du Québec (dossier 500-05-056325-002) une action en dommages-intérêts contre Union Carbide Canada Inc. pour la somme de 9 980 612,07 \$. Subséquemment, Dow Chemical Canada Inc. a été ajoutée à titre de défenderesse à la suite de sa fusion avec Union

On May 29, 2007, Bombardier Inc. amended the declaration to add Bombardier Recreational Products Inc., which had since acquired its recreational products division, and Allianz Global Risks US Insurance Company as co-plaintiffs (Allianz is also a respondent to this appeal). In this amended declaration, the amount of the claim was raised to \$30,019,505, and an additional claim for \$1,786,445.23 was made on behalf of Allianz. Finally, on or about July 31, 2008, Dow Chemical filed an amended defence.

[8] Bombardier claimed three separate amounts: (1) \$15,153,394 for the cost of the safety recall campaigns; (2) \$13,474,142 for the cost of settlements with and lawsuits by consumers for damage and injuries caused by the gas tanks; and (3) \$1,391,969 for other costs incurred by Bombardier.

[9] After signing a joint list of admissions on the value of the claims, the parties agreed to private mediation to be conducted in Montréal by lawyer Max Mendelsohn. On April 26, 2011, before the mediation commenced, a standard mediation agreement was signed. It contained the following clause regarding the confidentiality of the process:

2. Anything which transpires in the Mediation will be confidential. In this regard, and without limitation:
  - (a) Nothing which transpires in the Mediation will be alleged, referred to or sought to be put into evidence in any proceeding;
  - (b) No statement made or document produced in the Mediation will become subject to discovery, compellable as evidence or admissible into evidence in any proceeding, as a result of having been made or produced in the Mediation; however, nothing will prohibit a party from using, in judicial or other proceedings, a document which has been divulged in the

Carbide. Elles ont déposé une défense à l'action le 6 mai 2003. Le 29 mai 2007, Bombardier Inc. a modifié sa déclaration pour ajouter Bombardier produits récréatifs Inc., laquelle avait depuis acquis sa division de produits récréatifs, ainsi que Allianz Global Risks US Insurance Company à titre de codemandereses (Allianz est également intimée dans le présent pourvoi). Dans cette déclaration modifiée, le montant réclamé a été augmenté à 30 019 505 \$ et Allianz a présenté une demande additionnelle de 1 786 445,23 \$. Enfin, le 31 juillet 2008 ou vers cette date, Dow Chemical a déposé une défense modifiée.

[8] Bombardier a réclamé trois montants distincts : (1) 15 153 394 \$, soit le coût des campagnes de rappels sécuritaires; (2) 13 474 142 \$, soit le coût des règlements intervenus avec les consommateurs et le coût des poursuites engagées par eux pour le préjudice causé par les réservoirs à carburant; et (3) 1 391 969 \$, soit les autres frais engagés par Bombardier.

[9] Après avoir signé une liste conjointe d'admissions quant à la valeur des réclamations, les parties ont convenu d'une médiation privée qui serait présidée par M<sup>e</sup> Max Mendelsohn, à Montréal. Avant le début de la médiation, soit le 26 avril 2011, les parties ont signé une entente type de médiation, laquelle renfermait la clause suivante concernant la confidentialité du processus :

[TRADUCTION]

2. Tout ce qui pourra être dit ou écrit au cours de la médiation sera confidentiel. À cet égard, notamment :
  - a) Rien de ce qui pourra être dit ou écrit au cours de la médiation ne sera allégué, mentionné ou présenté en preuve dans le cadre d'une instance;
  - b) Aucune déclaration faite ni aucun document produit au cours du processus de médiation ne pourra faire l'objet d'une communication préalable ou d'un témoignage contraint, ni être admissible en preuve, dans le cadre d'une instance; toutefois, rien n'empêchera une partie d'utiliser, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou autre, un document qui a été

course of the Mediation and which it would otherwise be entitled to produce;

- (c) The recollections, documents and work product of the Mediator will be confidential and not subject to disclosure or compellable as evidence in any proceeding.

[10] The agreement also contained a clause regarding the mediator's role:

4. The Mediator will have no decision-making power, but will merely assist the parties in attempting to arrive at a settlement of their dispute.

[11] At the mediation session on April 27, 2011, Dow Chemical submitted a settlement offer for \$7 million. Counsel for Bombardier asked Dow Chemical to keep this offer open for 30 days, as he had to ask his client for instructions, and Dow Chemical agreed to do so. On May 17, 2011, before the 30 days expired, counsel indicated to Dow Chemical that Bombardier was accepting the offer:

My clients, BRP, Bombardier and Allianz have given me instructions to accept Dow Chemical's offer to settle the above-mentioned case for an amount of CAN\$ 7 million in capital, interest and costs.

I would ask that you request a check from your client to the order of Fasken Martineau in trust at your earliest convenience or have the amount wired to our trust account using the following coordinates.

. . .

In the meantime, I will prepare a draft release that I will forward to you very shortly. Of course, Fasken Martineau will undertake to hold the sums until the release documents have been signed and returned to Lavery.

[12] Two days later, on May 19, 2011, counsel for Dow Chemical emailed counsel for Bombardier, stating that his client considered this to be a global settlement amount. Dow Chemical thus wanted

communiqué au cours du processus de médiation et qu'elle aurait pu autrement produire;

- c) Les souvenirs du médiateur, de même que les documents et les travaux produits par celui-ci, seront confidentiels et ne pourront faire l'objet d'une communication préalable ou d'un témoignage contraint dans le cadre d'une instance.

[10] L'entente comprenait également la disposition suivante relative au rôle du médiateur :

[TRADUCTION]

4. Le médiateur n'aura aucun pouvoir décisionnel; son rôle consiste simplement à aider les parties à arriver à un règlement de leur différend.

[11] Lors de la séance de médiation du 27 avril 2011, Dow Chemical a soumis une offre de règlement de 7 millions de dollars. Puisqu'il avait besoin de consulter sa cliente à cet égard, l'avocat de Bombardier a demandé à celui de Dow Chemical de maintenir l'offre pendant 30 jours, ce que Dow Chemical a accepté. Le 17 mai 2011, avant l'expiration du délai de 30 jours, l'avocat de Bombardier a communiqué en ces termes l'acceptation de l'offre de Dow Chemical :

[TRADUCTION] Mes clientes, BRP, Bombardier et Allianz m'ont demandé d'accepter l'offre présentée par Dow Chemical de régler l'affaire susmentionnée pour la somme de 7 millions \$ CA, en capital, intérêts et frais.

Veillez demander à votre cliente de nous faire parvenir un chèque fait à l'ordre de Fasken Martineau en fiducie dans les plus brefs délais ou de virer ladite somme dans notre compte en fiducie, aux coordonnées suivantes.

. . .

Entre-temps, je rédigerai un projet de quittance que je vous ferai parvenir sous peu. Bien entendu, Fasken Martineau s'engage à retenir les sommes visées jusqu'à ce que les documents de quittance soient signés et retournés à Lavery.

[12] Deux jours plus tard, soit le 19 mai 2011, l'avocat de Dow Chemical a envoyé à l'avocat de Bombardier un courriel dans lequel il indiquait que sa cliente considérait que le montant visait un

Bombardier to sign a release absolving it of liability in any future litigation not only in Quebec and with respect to the two gas tank models at issue, but anywhere in the world and involving any gas tank models:

It is my client's expectation that this settlement will put an end to all present and future litigation arising out of any fuel tanks supplied to Bombardier, BRP et al by Wedco, Union Carbide and Dow Chemicals et al. My client realizes that it may be conceivably named as a co-defendant with your client in matters arising out of one of the fuel tanks delivered, but expects that the settlement document will be clear so that neither party would institute a warranty or third party proceedings against the other. It is my client's feeling that litigation with respect to fuel tanks supplied by Wedco, Union Carbide, Dow Chemicals et al has been going on long enough and has proven to be very expensive for both parties and it wants to put an end to the dispute once and for all.

[13] After a short follow-up email from Dow Chemical's counsel on June 1, 2011, counsel for Bombardier replied, on June 6, 2011, that the settlement amount was for the Montréal litigation only. His email also detailed further courses of action:

As you well know, the object of the discussions at the mediation and the offer that Dow presented at that time never encompassed the type of release referred to in your e-mail of May 19th. The numbers exchanged were always based on the claim before the Superior court of the district of Montreal and the third party claims covered by that action. These were limited to existing claims at the time the admissions were made and no other. . . .

I therefore enclose a release that reflects the scope of your offer and our binding acceptance. For the purpose of buying the peace, BRP has agreed to extend the release to any exi[s]ting or potential claims involving 109 and 183 tanks manufactured by Wedco regardless of whether or not they existed at the time the admissions were made. However, they will not go so far as to settle existing or potential claims for fuel tanks that are not the object of the Montreal litigation.

règlement global. Dow Chemical voulait ainsi que Bombardier signe une quittance la dégageant de toute responsabilité à l'égard de toute poursuite future dont elle pourrait faire l'objet, non seulement au Québec et au sujet des deux modèles de réservoirs à carburant en cause, mais partout dans le monde et relativement à tous les modèles de réservoirs à carburant :

[TRADUCTION] Ma cliente s'attend à ce que le présent règlement mette fin à tout litige présent et futur concernant tout réservoir à carburant fourni à Bombardier, BRP et d'autres, par Wedco, Union Carbide, Dow Chemicals et d'autres. Ma cliente est consciente qu'elle pourrait être désignée comme codéfenderesse avec votre cliente dans des affaires liées à l'un des réservoirs à carburant livrés, mais elle s'attend à ce que le document lié au règlement soit clair de sorte qu'aucune des parties ne puisse appeler l'autre en garantie ou la mettre en cause. Ma cliente estime que le litige concernant les réservoirs à carburant fournis par Wedco, Union Carbide, Dow Chemicals et d'autres, a assez duré et s'est révélé très coûteux pour les deux parties, et elle souhaite y mettre fin de façon définitive.

[13] À la suite d'un bref courriel de suivi envoyé par l'avocat de Dow Chemical le 1<sup>er</sup> juin 2011, l'avocat de Bombardier a répondu, le 6 juin 2011, que le montant du règlement visait uniquement la poursuite engagée à Montréal. Ce courriel faisait également état d'autres démarches envisagées :

[TRADUCTION] Comme vous le savez très bien, les discussions engagées au cours de la médiation, et l'offre présentée par Dow à cette occasion, n'ont jamais porté sur le type de quittance mentionné dans votre courriel du 19 mai. Les chiffres dont nous avons parlé concernaient toujours l'action intentée devant la Cour supérieure du district de Montréal et les mises en cause dans cette poursuite. Ces chiffres ne concernaient que les actions en cours au moment des admissions et rien d'autre. . .

Vous trouverez donc ci-joint une quittance qui reflète l'étendue de votre offre et notre acceptation. Pour acheter la paix, BRP a accepté d'étendre la portée de la quittance à toute action en cours ou éventuelle relative aux réservoirs 109 et 183 fabriqués par Wedco, qu'elle ait ou non été engagée au moment des admissions. Cependant, BRP n'ira pas jusqu'à consentir au règlement des actions en cours ou éventuelles relatives aux réservoirs à carburant qui ne font pas l'objet de la poursuite intentée à Montréal.

It appears to me we now have 3 choices:

1) Dow significantly increases its offer to cover the release it now wants;

2) We settle the Montreal action and attempt to settle the other existing and potential claims you now want to settle (with or without the assistance of a mediator). If you wish to go this latter route I suggest Dow obtain settlement authority before we engage in the process to avoid a take it or leave position as occurred last time around.

3) Dow refuses to settle and BRP will either a) continue the suit or b) decide to file an homologation action. [Emphasis in original.]

[14] On June 14, 2011, counsel for Bombardier sent counsel for Dow Chemical a demand letter for payment of the \$7 million settlement amount. Counsel for Dow Chemical replied on June 16, 2011, reiterating their position on the release sought by their client:

Your clients were fully aware of the nature of the release that our clients required and at no time suggested that they would provide a narrower release. If your clients are not prepared to grant the release that we have outlined to you, then no payment will be forthcoming and any proceedings will be contested.

I remind you of the confidentiality provisions of the mediation agreement signed by yourself on your own behalf and on behalf of your clients on April 26, 2011. Any attempt to violate the confidentiality of what transpired in the mediation will be met with the appropriate proceedings.

[15] Counsel for Bombardier replied to that letter on June 29, 2011, stating that they would proceed by filing a motion if they did not receive the payment:

We understand that your client is no longer willing to abide by the agreement that was reached in the above-mentioned matter.

As such, unless Dow Chemical revisits its position, BRP will have no other choice but to file the attached Motion.

À mon avis, trois possibilités s'offrent maintenant à nous :

1) Dow augmente substantiellement son offre en fonction de la quittance qu'elle souhaite obtenir à présent;

2) Nous réglons l'action intentée à Montréal et tentons de régler les autres actions en cours et éventuelles que vous voulez régler à présent (avec ou sans l'aide d'un médiateur). Si vous optez pour cette dernière solution, je propose que Dow obtienne le pouvoir de conclure un règlement avant d'aller plus loin, de façon à éviter qu'elle adopte une position « à prendre ou à laisser » comme cela s'est produit la dernière fois.

3) Dow refuse le règlement et BRP a) poursuit l'instance, ou b) décide d'introduire une demande d'homologation. [Souligné dans l'original.]

[14] Le 14 juin 2011, l'avocat de Bombardier a envoyé à l'avocat de Dow Chemical une mise en demeure exigeant le paiement de 7 millions \$ correspondant au montant du règlement. Dans sa réponse en date du 16 juin 2011, l'avocat de Dow Chemical a réitéré la position de sa cliente au sujet de la quittance recherchée :

[TRADUCTION] Vos clientes étaient parfaitement au courant de la nature de la quittance que nos clientes exigeaient et n'ont jamais laissé entendre qu'elles restreindraient la portée de la quittance. Si vos clientes ne sont pas disposées à accorder la quittance demandée, aucun paiement ne sera effectué et toute procédure judiciaire sera contestée.

Je vous rappelle les dispositions relatives au caractère confidentiel de l'entente de médiation que vous avez signée en votre nom et au nom de vos clientes, le 26 avril 2011. Toute tentative de porter atteinte au caractère confidentiel de tout ce qui a été dit ou écrit au cours de la médiation fera l'objet des procédures appropriées.

[15] L'avocat de Bombardier a répondu le 29 juin 2011, indiquant que sa cliente présenterait une requête en cas de défaut de paiement :

[TRADUCTION] Nous constatons que votre cliente n'est plus disposée à respecter l'entente conclue relativement à l'affaire susmentionnée.

En conséquence, à moins que Dow Chemical ne revienne sur sa position, BRP n'aura pas d'autre choix que de déposer la requête ci-jointe.

We have considered the arguments raised in your letter with regard to the confidentiality of discussions that may have taken place during the mediation. However, these are without merit.

First of all, as you know, there is an exception to confidentiality when settlement discussions have led to a transaction.

Moreover, the contract between the parties is not applicable in this case as Dow Chemical agreed to keep its offer open for consideration after the mediation and the acceptance of BRP was sent outside of the mediation forum.

[16] In a further letter dated July 6, 2011, counsel for Dow Chemical argued that neither the correspondence from Bombardier nor the draft motion had addressed the issue of the consideration to be provided by Bombardier in return for the sum to be paid by Dow Chemical. Counsel for Dow Chemical reiterated that in their client's opinion, there was "no agreement and no transaction".

[17] Dow Chemical did not send the discussed settlement amount, and Bombardier then filed a motion for homologation of the transaction on July 8, 2011, in the Superior Court, District of Montréal. The motion detailed the history of the dispute between the parties and referred to both the mediation and the subsequent settlement discussions.

[18] Dow Chemical brought a motion to strike out the allegations contained in six paragraphs of the motion for homologation on the ground that they referred to events that had taken place in the course of the mediation process, which was in violation of the confidentiality clause in the mediation agreement. The paragraphs at issue were the following:

[TRANSLATION]

17. The Joint List of Admissions was the sole basis for discussion by the Parties at the mediation session of April 27, 2011;

Nous avons examiné les arguments invoqués dans votre lettre au sujet du caractère confidentiel des discussions engagées au cours de la médiation. Or, ces arguments ne sont pas fondés.

Tout d'abord, vous savez sans doute qu'il existe une exception à la confidentialité lorsque les discussions ont permis de conclure une transaction.

De plus, le contrat conclu entre les parties n'est pas applicable dans la présente affaire puisque Dow Chemical a accepté de maintenir son offre pour qu'elle puisse être examinée après la médiation, et que l'acceptation de BRP n'a pas été transmise dans le cadre de la médiation.

[16] Dans une autre lettre en date du 6 juillet 2011, l'avocat de Dow Chemical a soutenu que ni la correspondance envoyée par Bombardier ni les documents liés au projet de requête ne faisaient état de la contrepartie que devait fournir Bombardier en échange de la somme que Dow Chemical devait verser. Là encore, l'avocat de Dow Chemical a rappelé que, selon sa cliente, il n'existait [TRADUCTION] « ni entente ni transaction ».

[17] Dow Chemical n'a pas envoyé le montant du règlement qui avait fait l'objet de discussions et le 8 juillet 2011 Bombardier a déposé devant la Cour supérieure du district de Montréal une requête en homologation du règlement. La requête présentait de manière détaillée l'historique du différend opposant les parties et faisait état de la médiation ainsi que des communications échangées par la suite en vue d'un règlement.

[18] Dow Chemical a présenté une requête en radiation des allégations contenues dans six paragraphes de la requête en homologation au motif qu'elles faisaient état du déroulement de la médiation, en violation de la clause de confidentialité figurant dans l'entente de médiation. Voici les paragraphes en question :

17. 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;

18. All the discussions in the course of the mediation related exclusively to the Covered Claims and the other costs claimed in the Re-amended Action R-4. No claims concerning tanks other than tanks 275 500 109 and 275 500 183 were ever discussed;
19. Moreover, the mediation related exclusively to the existing dispute between the parties as described in the Pleadings, as can be seen from a copy of the mediation contract signed by the Parties on April 26, 2011 that is attached hereto as Exhibit R-8;
20. The mediation was terminated unsuccessfully on April 27, 2011 when Dow Chemical submitted to BRP and Allianz an offer to settle the Re-amended Action for \$7,000,000 in capital, interest and costs, but indicated to BRP and to the mediator that it had no authority to increase this offer;
21. Yves St-Arnaud, in-house counsel for BRP, asked Dow Chemical to keep this offer open for thirty (30) days and promised to get back to them shortly. Dow Chemical acceded to this request;
22. On May 17, 2011, that is, twenty (20) days after the end of the mediation, counsel for BRP and for Allianz advised counsel for Dow Chemical that the applicants accepted the settlement offer for \$7,000,000 in capital, interest and costs in full and final settlement of the claims made in the case bearing court file No. 500-05-056325-002 (the "Transaction"), as can be seen from a copy of an email attached hereto as Exhibit R-9;
18. 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;
19. D'ailleurs, la médiation portait exclusivement sur le litige existant entre les parties tel que décrit dans les Procédures, le tout tel qu'il appert d'une copie du contrat de médiation signé par les Parties le 26 avril 2011 annexée au soutien des présentes comme pièce R-8;
20. La médiation s'est terminée sans succès le 27 avril 2011 lorsque Dow Chemical a soumis à BRP et Allianz une offre de régler l'Action ré-amendée pour un montant de 7 000 000 \$, en capital, intérêts et frais, tout en indiquant à BRP et au médiateur qu'elle n'avait aucune autorité pour bonifier cette offre;
21. M<sup>e</sup> Yves St-Arnaud, avocat interne pour BRP, a demandé à Dow Chemical de maintenir cette offre ouverte pour une période de trente (30) jours et leur a promis de leur revenir sous peu. Dow Chemical a acquiescé à cette demande;
22. Le 17 mai 2011, soit vingt (20) jours après la fin de la médiation, les avocats de BRP et de Allianz ont avisé les avocats d[e] Dow Chemical que l'offre de règlement au montant de 7 000 000 \$ en règlement complet et final des réclamations soulevées dans l'instance portant le numéro de Cour 500-05-056325-002, en capital, intérêts et frais était acceptée par les requérantes (la « Transaction »), tel qu'il appert d'une copie d'un courriel annexée au soutien des présentes comme pièce R-9;

[19] In oral argument in this Court, counsel for Dow Chemical stated that no settlement had been reached between the parties. This is not completely accurate. The record of communications between the parties shows that there was a settlement offer and that it was accepted, but that the parties subsequently disagreed on the scope of the release. In short, Bombardier's view is that the settlement is limited to the ongoing Montréal litigation, and seeks to admit evidence from the mediation session to enable it to prove this. Dow Chemical disagrees on the scope of the settlement, viewing it as a global settlement, and argues that the evidence from the mediation session on which Bombardier seeks to rely

[19] Dans sa plaidoirie devant la Cour, l'avocat de Dow Chemical a affirmé que les parties n'avaient conclu aucun règlement. Ce n'est pas tout à fait exact. Le dossier des communications entre les parties révèle qu'il y a eu une offre de règlement et qu'elle a été acceptée, mais que par la suite, les parties ne se sont pas entendues sur la portée de la quittance. En résumé, Bombardier estime que le règlement porte uniquement sur le litige en instance à Montréal, et pour lui permettre d'en faire la preuve, elle cherche à faire admettre des éléments de preuve provenant de la séance de médiation. Dow Chemical n'est pas d'accord sur la portée du règlement, qu'elle considère être un règlement

in its motion for homologation is inadmissible by virtue of the confidentiality agreement.

### III. Judicial History

#### A. *Quebec Superior Court, 2012 QCCS 22 (CanLII)*

[20] Corriveau J. based her analysis on art. 151.16 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25 (“CCP”), as well as on art. 151.21, which provides that anything said or written during a settlement conference is confidential. She cited cases from the Quebec Court of Appeal which confirmed the confidential nature of mediation or settlement conferences, and reasoned that those cases applied regardless of whether the mediation was conducted by a judge or, as in the instant case, by a lawyer. She held that in light of the confidentiality clause in the mediation agreement, the mediation proceedings were covered by art. 151.21 of the *CCP*.

[21] On this basis, Corriveau J. granted the appellants’ motion to strike in part, ordering that four of the six allegations (paras. 17, 18, 20 and 21) be struck from the respondents’ motion for homologation because they referred to discussions that had occurred or submissions that had been made in the context of the mediation. She denied Dow Chemical’s request to strike para. 22 from the motion for homologation, as it referred to the settlement offer itself, which had been kept open after the mediation session. Having struck the four paragraphs in question, Corriveau J. explained that Bombardier could continue to rely on the remainder of the motion for homologation relating to the claim, the mediation contract and the discussions that followed the mediation. Bombardier applied to the Quebec Court of Appeal for leave to appeal, which was granted on March 16, 2012.

global, et elle soutient que les éléments de preuve provenant de la séance de médiation sur lesquels Bombardier veut s’appuyer dans sa requête en homologation ne sont pas admissibles aux termes de l’entente de confidentialité.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour supérieure du Québec, 2012 QCCS 22 (CanLII)*

[20] La juge Corriveau a fondé son analyse sur l’art. 151.16 du *Code de procédure civile*, RLRQ, ch. C-25 (« *C.p.c.* »), ainsi que sur l’art. 151.21, qui prévoit que tout ce qui est dit ou écrit au cours d’une conférence de règlement à l’amiable est confidentiel. Elle s’est appuyée sur la jurisprudence de la Cour d’appel du Québec qui confirme le caractère confidentiel de la médiation ou des conférences de règlement, et elle a conclu que cette jurisprudence s’applique, peu importe que la médiation soit présidée par un juge ou, comme en l’espèce, par un avocat. La juge a conclu qu’en raison de la clause de confidentialité figurant dans l’entente de médiation, le compte-rendu de la médiation était protégé par l’art. 151.21 du *C.p.c.*

[21] Pour ce motif, la juge Corriveau a accueilli en partie la requête en radiation des appelantes et a ordonné que quatre des six allégations (par. 17, 18, 20 et 21) soient radiées de la requête en homologation des intimées parce qu’elles portaient sur les discussions et communications échangées dans le cadre de la médiation. Elle a rejeté la demande de Dow Chemical de radier le par. 22 de la requête en homologation, lequel portait sur l’offre de règlement même, qui avait été maintenue après la séance de médiation. Après avoir radié ces quatre paragraphes, la juge Corriveau a expliqué que Bombardier pouvait continuer à s’appuyer sur les autres paragraphes de la requête en homologation relatifs à la demande, au contrat de médiation et aux discussions consécutives à la médiation. Bombardier a demandé l’autorisation d’interjeter appel de cette décision à la Cour d’appel du Québec, laquelle lui a été accordée le 16 mars 2012.

B. *Quebec Court of Appeal, 2012 QCCA 1300 (CanLII) (Thibault, Rochette and Morissette J.J.A.)*

[22] Thibault J.A., writing for a unanimous court, allowed the appeal and, contrary to the motion judge, found that the rules of the *CCP* with respect to confidentiality do not apply to extrajudicial mediation proceedings. Given the absence of legislation in this regard, two factors must be considered to determine whether mediation proceedings presided over by someone other than a judge are confidential: (1) the mediation contract agreed to by the parties, and (2) the common law settlement privilege as recognized in Quebec law. In the Court of Appeal's view, the language of the contract ("Nothing which transpires in the Mediation will be alleged, referred to or sought to be put into evidence in any proceeding") indicated that what was said in the course of the mediation session was subject to an obligation of confidentiality, and this obligation applied to some of the facts Bombardier sought to rely upon.

[23] The Court of Appeal then restated the general rule that settlement negotiations are confidential, even in the absence of a legislated rule of procedure. It cited *Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 41, [2010] 2 S.C.R. 592, to reiterate that the purpose of settlement privilege is to enable parties to have frank discussions about a possible settlement without worrying that what they disclose in the course of the negotiations will be used against them in litigation. The court noted that settlement privilege is based on public policy considerations, as it is preferable, in the interests of the proper administration of justice, that parties try to resolve their own disputes before resorting to litigation.

[24] Where mediation has resulted in an agreement, the Court of Appeal observed, communications made in the course of the mediation process cease to be privileged. It supported this comment by quoting various authors, from both civil law and

B. *Cour d'appel du Québec, 2012 QCCA 1300 (CanLII) (les juges Thibault, Rochette et Morissette)*

[22] S'exprimant au nom de la cour à l'unanimité, la juge Thibault a accueilli l'appel et a conclu, contrairement à la juge des requêtes, que les règles de confidentialité du *C.p.c.* ne s'appliquent pas à la médiation extrajudiciaire. En l'absence de texte législatif à cet égard, l'examen de deux facteurs permet de déterminer si la médiation non présidée par un juge est confidentielle : (1) le contrat de médiation conclu entre les parties, et (2) le privilège relatif aux règlements de la common law reconnu en droit québécois. De l'avis de la Cour d'appel, selon les termes du contrat ([TRADUCTION] « Rien de ce qui pourra être dit ou écrit au cours de la médiation ne sera allégué, mentionné ou présenté en preuve dans le cadre d'une instance »), une obligation de confidentialité s'appliquait au contenu des échanges qui ont eu lieu au cours de la médiation, et cette obligation s'appliquait à certains des faits sur lesquels Bombardier cherchait à se fonder.

[23] La Cour d'appel a alors reformulé la règle générale voulant que les négociations en vue d'un règlement soient confidentielles, même en l'absence d'une règle de procédure adoptée par voie législative. Elle a cité l'arrêt *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592, afin de rappeler que le privilège relatif aux règlements a pour objet de permettre aux parties de mener des discussions en toute franchise au sujet d'un règlement possible, sans crainte que les révélations faites au cours des négociations soient utilisées à leur détriment dans un litige. La cour a fait remarquer que le privilège relatif aux règlements est fondé sur des considérations d'intérêt général car il est préférable, pour une saine administration de la justice, que les parties tentent de régler elles-mêmes leur différend avant de recourir aux tribunaux.

[24] La cour a fait remarquer que les communications faites au cours de la médiation cessent d'être privilégiées lorsqu'elles ont conduit à une entente. Elle a cité à l'appui de cette remarque divers ouvrages de doctrine de droit civil et de common

common law backgrounds (paras. 35-38), as well as two decisions of the Quebec Superior Court, including *Ferlatte v. Ventes Rudolph inc.*, [1999] Q.J. No. 2735 (QL), in which that court had commented as follows, at para. 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. [Emphasis added.]

[25] Thibault J.A. argued that, if a dispute arises regarding the existence or the terms of a transaction, the obligation of confidentiality of communications made in the course of the mediation process is no longer necessary given that the underlying purpose of confidentiality — to further the achievement of a settlement — is no longer relevant. If an agreement was not in fact reached, on the other hand, such communications cannot of course be admitted in evidence for any other purpose.

[26] The Court of Appeal held that settlement privilege does not prevent a party from producing evidence of confidential communications in order to prove the existence of a disputed settlement agreement arising from mediation or to assist in the interpretation of such an agreement. It considered three cases cited by Dow Chemical in support of the proposition that the confidentiality of discussions and communications from an extrajudicial mediation process is absolute where the mediation agreement contains a confidentiality clause, but it noted that those cases did not call into question the application of the exception to settlement privilege that enables a party to produce evidence of such discussions and communications in order to prove the existence or

law (aux par. 35-38), ainsi que deux décisions de la Cour supérieure du Québec, dont *Ferlatte c. Ventes Rudolph inc.*, [1999] Q.J. No. 2735 (QL), où la cour a affirmé ce qui suit, au par. 12 :

[TRADUCTION] Selon certaines décisions judiciaires du Québec, des provinces de common law et de l'Angleterre, le privilège protège les communications que s'échangent les avocats des parties adverses en vue du règlement d'un litige. En conséquence, une offre de règlement ne peut pas être produite en preuve à moins qu'elle ait été acceptée. Dans un tel cas, elle est admissible, non pas pour établir que l'offrant reconnaît sa responsabilité envers le bénéficiaire, mais comme preuve que les parties ont décidé de mettre fin au différend en s'entendant sur les conditions de l'offre. Pareilles communications sont protégées par le privilège pour des raisons de principe car, en l'absence de ce privilège, les parties hésiteraient à tenter de négocier un règlement par crainte que leurs initiatives reviennent les hanter au procès en cas d'échec. [Je souligne.]

[25] Comme l'a indiqué la juge Thibault, en cas de différend au sujet de l'existence ou des modalités d'un règlement, l'obligation de confidentialité rattachée aux communications faites durant la médiation n'a plus d'application puisque l'objet de la confidentialité — favoriser un règlement — a disparu. Si aucune entente n'a en fait été conclue, les communications ne peuvent être invoquées en preuve à aucune autre fin.

[26] La Cour d'appel a conclu que le privilège relatif aux règlements n'empêche pas une partie de produire des communications confidentielles afin de faire la preuve de l'existence d'une entente de règlement contestée découlant de la médiation ou pour en faciliter l'interprétation. Elle a examiné la jurisprudence citée par Dow Chemical qui dit que le caractère confidentiel des discussions et des communications faites lors d'une médiation extrajudiciaire est absolu lorsque l'entente de médiation contient une clause de confidentialité. Elle a toutefois noté que ces décisions n'écartent pas l'application de l'exception au privilège relatif aux règlements qui permet à une partie de produire ces discussions et ces communications afin de prouver

the scope of a settlement agreement. Reversing the motion judge's ruling, the Court of Appeal held that the allegations at issue should not be struck from the motion for homologation. It left it to the judge hearing that motion to consider whether the impugned paragraphs were relevant to the identification of the terms of the agreement, in which case the exception to the common law settlement privilege would apply.

#### IV. Analysis

[27] In my view, there are two questions to answer in this appeal. The first is whether a confidentiality clause in a private mediation contract can override the exception to the common law settlement privilege that enables parties to produce evidence of confidential communications in order to prove the existence or the scope of a settlement. The second question, which arises only if the answer to the first is yes, is whether the confidentiality clause at issue in the case at bar displaces that exception. If it does, the information referred to in the impugned paragraphs cannot be disclosed. If it does not, that information may be disclosed if it meets the criteria of the exception.

[28] The appellants argue that a court must give effect to a confidentiality clause in a mediation agreement to which both parties have freely consented, and that there are no public policy reasons to nullify the clause. The respondents counter that a standard form confidentiality clause cannot displace the exception to the common law settlement privilege and that, even if it could do so, the clause at issue in this case, if correctly interpreted, does not preclude the application of that exception.

[29] I see value in the submissions of both the appellants and the respondents. On the first question, I agree with the appellants that a court must give effect to a confidentiality clause to which both parties have agreed, and that it is open to the parties

l'existence ou la portée d'une entente de règlement. Infirmant la conclusion de la juge des requêtes, la Cour d'appel a statué que les allégations en cause dans la requête en homologation ne devaient pas être radiées. Elle a laissé au juge des requêtes le soin de déterminer si les paragraphes contestés permettent d'établir les modalités de l'entente, auquel cas l'exception au privilège relatif aux règlements de la common law doit s'appliquer.

#### IV. Analyse

[27] À mon avis, deux questions doivent être tranchées dans le présent pourvoi. Il s'agit en premier lieu de savoir si une clause de confidentialité dans un contrat de médiation privée peut écarter l'exception au privilège relatif aux règlements de la common law qui permet aux parties de produire en preuve des renseignements confidentiels afin d'établir l'existence ou la portée d'un règlement. La deuxième question, qui ne se pose que si la réponse à la première est affirmative, est de savoir si, en l'espèce, la clause de confidentialité a pour effet d'écarter cette exception. Dans l'affirmative, les renseignements dont font état les paragraphes contestés doivent rester confidentiels. Dans la négative, ces renseignements peuvent être divulgués s'ils répondent aux conditions d'application de l'exception.

[28] Les appelantes plaident que les tribunaux doivent donner effet à une clause de confidentialité contenue dans une entente de médiation à laquelle les deux parties ont consenti librement, et qu'il n'existe aucune raison d'intérêt général d'annuler cette clause. Les intimées répondent qu'une entente type de confidentialité ne peut écarter l'exception au privilège relatif aux règlements de la common law et que, même si elle pouvait l'écarter, la clause en question en l'espèce, si on l'interprète correctement, n'empêche pas l'application de cette exception.

[29] J'estime qu'il y a du bon dans les arguments des deux parties. En ce qui concerne la première question, je suis d'accord avec les appelantes pour dire que les tribunaux doivent donner effet à une clause de confidentialité acceptée par les deux

to contract out of common law rules, including the exception to settlement privilege. Parties may desire that the protection of confidential information disclosed in the mediation process be broader than that afforded by the common law privilege, and disregarding this desire would undermine one of the main features that encourage parties to opt for this oft-used form of alternative dispute resolution. On the second question, however, I agree with the respondents that, on the facts of this case, overriding the common law exception was not what the parties intended when they signed their mediation agreement, which means that the parties *can* produce communications from the mediation process to prove the terms of their settlement.

A. *Does a Confidentiality Clause Supersede the Exception to the Common Law Doctrine of Settlement Privilege?*

[30] This case requires a review both of the common law settlement privilege in the mediation context and of the use of confidentiality clauses in mediation agreements. In my view, it will be helpful to consider each of these distinct concepts — including their application in Quebec — in turn, before discussing how they overlap.

(1) Settlement Privilege

[31] Settlement privilege is a common law rule of evidence that protects communications exchanged by parties as they try to settle a dispute. Sometimes called the “without prejudice” rule, it enables parties to participate in settlement negotiations without fear that information they disclose will be used against them in litigation. This promotes honest and frank discussions between the parties, which can make it easier to reach a settlement: “In the absence of such protection, few parties would initiate settlement negotiations for fear that any concession they would be prepared to offer could be used to their

parties, et que les parties peuvent se soustraire par contrat aux règles de la common law, y compris à l’exception au privilège relatif aux règlements. Les parties peuvent souhaiter renforcer la protection des renseignements confidentiels échangés lors de la médiation au-delà de la protection qu’offre le privilège de la common law. Faire abstraction de leur volonté à cet égard irait à l’encontre de l’un des principaux aspects qui encouragent les parties à choisir cette forme communément acceptée de règlement extrajudiciaire des différends. Par contre, en ce qui concerne la deuxième question, je suis d’accord avec les intimées pour dire que, au vu des faits de l’espèce, lorsqu’elles ont signé leur entente de médiation, les parties n’avaient pas l’intention d’écarter l’exception de la common law, ce qui signifie que les parties *peuvent* produire les communications échangées lors de la médiation pour faire la preuve des modalités du règlement qu’elles ont conclu.

A. *Une clause de confidentialité a-t-elle préséance sur l’exception à la règle du privilège relatif aux règlements de la common law?*

[30] La présente affaire exige un examen du privilège relatif aux règlements de la common law dans un contexte de médiation, ainsi qu’un examen du recours aux clauses de confidentialité dans les ententes de médiation. J’estime utile d’examiner tour à tour chacune de ces notions distinctes — y compris leur application au Québec — et d’examiner ensuite la façon dont elles se chevauchent.

(1) Le privilège relatif aux règlements

[31] En common law, le privilège relatif aux règlements est une règle de preuve qui protège les communications échangées entre des parties qui tentent de régler un différend. Parfois appelé la règle des communications faites « sous toutes réserves », le privilège permet aux parties de prendre part à des négociations en vue d’un règlement sans crainte que les renseignements qu’elles divulguent soient utilisés à leur détriment dans un litige ultérieur. On favorise ainsi les discussions franches et ouvertes entre les parties, ce qui facilite le règlement du différend : [TRADUCTION] « En l’absence d’une

detriment if no settlement agreement was forthcoming” (A. W. Bryant, S. N. Lederman and M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (3rd ed. 2009), at para. 14.315).

[32] Encouraging settlements has been recognized as a priority in our overcrowded justice system, and settlement privilege has been adopted for that purpose. As Abella J. wrote in *Sable Offshore*, at para. 12, “[s]ettlement privilege promotes settlements.” She explained this as follows, at para. 13:

Settlement negotiations have long been protected by the common law rule that “without prejudice” communications made in the course of such negotiations are inadmissible (see David Vaver, ““Without Prejudice” Communications — Their Admissibility and Effect” (1974), 9 *U.B.C. L. Rev.* 85, at p. 88). The settlement privilege created by the “without prejudice” rule was based on the understanding that parties will be more likely to settle if they have confidence from the outset that their negotiations will not be disclosed. As Oliver L.J. of the English Court of Appeal explained in *Cutts v. Head*, [1984] 1 All E.R. 597, at p. 605:

. . . parties should be encouraged so far as possible to settle their disputes without resort to litigation and should not be discouraged by the knowledge that anything that is said in the course of such negotiations . . . may be used to their prejudice in the course of the proceedings. They should, as it was expressed by Clauson J in *Scott Paper Co v. Drayton Paper Works Ltd* (1927) 44 RPC 151 at 157, be encouraged freely and frankly to put their cards on the table.

What is said during negotiations, in other words, will be more open, and therefore more fruitful, if the parties know that it cannot be subsequently disclosed.

[33] There have been other occasions on which this Court discussed the importance of encouraging parties to settle their own disputes. For example,

telle protection, rares sont les parties qui s’engageraient dans des négociations en vue d’un règlement, par crainte que toute concession qu’elles seraient disposées à accorder ne soit utilisée à leur détriment si elles ne parviennent pas à conclure un règlement » (A. W. Bryant, S. N. Lederman et M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (3<sup>e</sup> éd. 2009), par. 14.315).

[32] Notre système de justice surchargé favorise de façon prioritaire le règlement des différends, et c’est à cette fin qu’a été adopté le privilège relatif aux règlements. Comme l’écrivait la juge Abella dans l’arrêt *Sable Offshore*, par. 12, « [l]e privilège relatif aux règlements favorise la conclusion de règlements. » Dans cet arrêt, la juge Abella a expliqué ce qui suit au par. 13 :

Les négociations en vue d’un règlement sont protégées depuis longtemps par la règle de la common law suivant laquelle sont inadmissibles les communications faites « sous toutes réserves » au cours de ces négociations (voir David Vaver, « “Without Prejudice” Communications — Their Admissibility and Effect » (1974), 9 *U.B.C. L. Rev.* 85, p. 88). Le privilège relatif aux règlements qui découle de la règle des communications faites « sous toutes réserves » reposait sur l’idée que les parties seront davantage susceptibles de parvenir à un règlement si elles sont confiantes dès le départ que le contenu de leurs négociations ne sera pas divulgué. Comme l’a expliqué le lord juge Oliver, de la Cour d’appel d’Angleterre, dans *Cutts c. Head*, [1984] 1 All E.R. 597, p. 605 :

[TRADUCTION] . . . il faut encourager dans toute la mesure du possible les parties à résoudre leurs différends sans recourir aux tribunaux, et elles ne doivent pas être dissuadées de le faire parce qu’elles savent que tout ce qui se dit au cours des négociations [. . .] peut être utilisé à leur détriment au cours de l’instance. Comme l’a dit le juge Clauson dans *Scott Paper Co c. Drayton Paper Works Ltd* (1927), 44 RPC 151, p. 157, il faut encourager librement et franchement les parties à jouer cartes sur table.

En d’autres termes, les discussions tenues lors des négociations seront plus transparentes et donneront par le fait même de meilleurs résultats si les parties savent que leur contenu ne pourra pas être dévoilé par la suite.

[33] À d’autres occasions, notre Cour a reconnu l’importance d’inciter les parties à régler elles-mêmes leur différend. Par exemple, s’exprimant

LeBel J., writing for the Court in *Globe and Mail*, cited *Kosko v. Bijimine*, 2006 QCCA 671 (CanLII), a case in which the Quebec Court of Appeal had commented as follows, at paras. 49-50:

[TRANSLATION] The protection of the confidentiality of these “settlement discussions” is the most concrete manifestation in the law of evidence of the importance that the courts assign to the settlement of disputes by the parties themselves. This protection takes the form of a rule of evidence or a common law privilege, according to which settlement talks are inadmissible in evidence.

The courts and commentators have unanimously recognized that, first, settlement talks would be impossible or at least ineffective without this protection and, second, that it is in the public interest and a matter of public order for the parties to a dispute to hold such discussions.

(See also *Kelvin Energy Ltd. v. Lee*, [1992] 3 S.C.R. 235, at p. 259, citing *Sparling v. Southam Inc.* (1988), 41 B.L.R. 22, at p. 28.)

[34] Settlement privilege applies even in the absence of statutory provisions or contract clauses with respect to confidentiality, and parties do not have to use the words “without prejudice” to invoke the privilege: “What matters instead is the intent of the parties to settle the action . . . . Any negotiations undertaken with this purpose are inadmissible” (*Sable Offshore*, at para. 14). Furthermore, the privilege applies even after a settlement is reached. The “content of successful negotiations” is therefore protected: *Sable Offshore*, at paras. 15-18. As with other class privileges, there are exceptions to settlement privilege:

To come within those exceptions, a defendant must show that, on balance, “a competing public interest outweighs the public interest in encouraging settlement” (*Dos Santos Estate v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2005 BCCA 4, 207 B.C.A.C. 54, at para. 20). These countervailing interests have been found to include allegations of misrepresentation, fraud or undue influence (*Unilever plc v. Procter & Gamble Co.*, [2001] 1 All E.R. 783 (C.A.

au nom de la Cour dans l’arrêt *Globe and Mail*, le juge LeBel a cité l’arrêt *Kosko c. Bijimine*, 2006 QCCA 671, [2006] R.J.Q. 1539, dans lequel la Cour d’appel du Québec a dit ce qui suit, aux par. 49-50 :

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.

(Voir également *Kelvin Energy Ltd. c. Lee*, [1992] 3 R.C.S. 235, p. 259, citant *Sparling c. Southam Inc.* (1988), 41 B.L.R. 22, p. 28.)

[34] Le privilège relatif aux règlements s’applique même en l’absence de dispositions législatives ou contractuelles concernant la confidentialité. En outre, les parties n’ont pas à utiliser l’expression « sous toutes réserves » pour invoquer le privilège : « Ce qui compte plutôt, c’est l’intention des parties de régler l’action [. . .] Le contenu de toute négociation entreprise à cette fin est inadmissible en preuve » (*Sable Offshore*, par. 14). De plus, le privilège s’applique même après la conclusion d’un règlement. Ainsi, le « contenu de négociations fructueuses » est protégé : *Sable Offshore*, par. 15-18. Tout comme pour les autres privilèges génériques, le privilège relatif aux règlements fait l’objet d’exceptions :

Pour en bénéficier, le défendeur doit établir que, tout compte fait, [TRADUCTION] « un intérêt public opposé l’emporte sur l’intérêt public à favoriser le règlement amiable » (*Dos Santos Estate c. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2005 BCCA 4, 207 B.C.A.C. 54, par. 20). On a retenu parmi ces intérêts opposés les allégations de déclaration inexacte, la fraude ou l’abus d’influence (*Unilever plc c. Procter & Gamble Co.*, [2001] 1 All E.R.

Civ. Div.), *Underwood v. Cox* (1912), 26 O.L.R. 303 (Div. Ct.), and preventing a plaintiff from being over-compensated (*Dos Santos*).

(*Sable Offshore*, at para. 19)

[35] The exception to settlement privilege at issue in the case at bar is the rule that protected communications may be disclosed in order to prove the existence or scope of a settlement. This exception is explained by Bryant, Lederman and Fuerst:

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. [para. 14.340]

The rule is simple, and it is consistent with the goal of promoting settlements. A communication that has led to a settlement will cease to be privileged if disclosing it is necessary in order to prove the existence or the scope of the settlement. Once the parties have agreed on a settlement, the general interest of promoting settlements requires that they be able to prove the terms of their agreement. Far from outweighing the policy in favour of promoting settlements (*Sable Offshore*, at para. 30), the reason for the disclosure — to prove the terms of a settlement — tends to further it. The rule makes sense because it serves the same purpose as the privilege itself: to promote settlements.

[36] In *Globe and Mail*, this Court confirmed that the common law settlement privilege applies in Quebec. As the Court of Appeal demonstrated in its reasons in the instant case, the exception for the purpose of proving the terms of a settlement also clearly applies in Quebec. The Court of Appeal cited a number of Quebec authors and cases on this point, and I find it helpful to reiterate how J.-C. Royer and S. Lavallée explain the application of the exception:

783 (C.A. div. civ.), *Underwood c. Cox* (1912), 26 O.L.R. 303 (C. div.), et la prévention de la surindemnisation du demandeur (*Dos Santos*).

(*Sable Offshore*, par. 19)

[35] L'exception au privilège relatif aux règlements en cause dans la présente affaire est la règle voulant que les communications protégées puissent être divulguées afin de faire la preuve de l'existence ou de la portée d'un règlement. Bryant, Lederman et Fuerst expliquent comme suit cette exception :

[TRADUCTION] Si les négociations sont fructueuses et mènent à une entente, les communications peuvent alors être présentées comme preuve du règlement lorsque l'existence ou l'interprétation de l'entente est mise en question. Ces communications constituent l'offre et l'acceptation d'un contrat exécutoire, et peuvent en conséquence être présentées en preuve pour établir l'existence d'un règlement. [par. 14.340]

Il s'agit d'une règle simple et conforme à l'idée de promouvoir les règlements. Une communication cesse d'être privilégiée si elle conduit à un règlement et si sa divulgation est nécessaire pour prouver l'existence ou la portée du règlement. Dès que les parties arrivent à un règlement, il importe, pour favoriser les règlements en général, que les parties soient en mesure de faire la preuve des modalités convenues. Loin de l'emporter sur le principe suivant lequel il faut favoriser les règlements à l'amiable (*Sable Offshore*, par. 30), la divulgation — en vue de prouver les modalités d'une entente — favorise en fait ce principe. Cette règle est logique car elle vise le même objectif que le privilège lui-même, soit favoriser les règlements.

[36] Dans l'arrêt *Globe and Mail*, notre Cour a confirmé que le privilège relatif aux règlements qui existe en common law s'applique au Québec. Comme l'a expliqué la Cour d'appel dans les motifs de sa décision en l'espèce, il est également évident que l'exception qui permet de prouver les modalités d'un règlement s'applique au Québec. La Cour d'appel cite sur ce point un certain nombre d'auteurs et de décisions judiciaires du Québec, et je considère utile de réitérer la façon dont les professeurs J.-C. Royer et S. Lavallée exposent l'application de cette exception :

[TRANSLATION] **1137** — *Limits of this privilege* — This rule for the exclusion of evidence is grounded in a desire to promote the out-of-court settlement of disputes. The privileged nature of the communication is accordingly limited to facts related to the negotiation of a settlement. Thus, an expert's report is privileged if it is transmitted with a communication made for the purpose of settling a dispute. Moreover, a litigant cannot object to evidence of a fact that is independent of and separate from a settlement offer. Such an objection will be dismissed *a fortiori* if the fact is contrary to public order or to public morals, or if it is likely to cause serious injury to the recipient of the communication. Thus, a threat made by a debtor in a settlement offer, or a statement by a debtor that he or she cannot pay his or her creditors, would not be privileged. A communication ceases to be privileged if it resulted in a transaction that one of the parties wishes to prove. The existence of negotiations between the parties and of settlement offers can also be proven in order to prove certain relevant facts needed to resolve a question with respect to prescription, to prove fraudulent acts or to explain and justify a delay in pursuing litigation. [Emphasis added.]

(*La preuve civile* (4th ed. 2008))

[37] Although this rule has not been codified in Quebec, it is discussed in the academic literature on the law of evidence and forms part of the civil law of Quebec. The Court of Appeal cited two cases in which the Superior Court has applied the exception: *Ferlatte and Luger v. Empire, cie d'assurance vie*, [1991] J.Q. n° 2635 (QL). In Quebec law, as at common law, settlement privilege is an evidentiary rule that relates to the admissibility of evidence of communications. It does not prevent a party from disclosing information; it just renders the information inadmissible in litigation.

## (2) Confidentiality in the Mediation Context

[38] Mediation is one of several forms of alternative dispute resolution that are available to parties in a legal dispute. It is defined by D. W. Glaholt and M. Rotterdam in *The Law of ADR in Canada: An Introductory Guide* (2011) as “a collaborative and strictly confidential process in which parties contract with a neutral, referred to as a mediator, to

**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. [Je souligne.]

(*La preuve civile* (4<sup>e</sup> éd. 2008))

[37] Bien que cette règle ne soit pas codifiée dans le droit québécois, les ouvrages de doctrine sur le droit de la preuve en traitent et elle fait partie du droit civil du Québec. La Cour d'appel a cité deux décisions où la Cour supérieure a appliqué l'exception : *Ferlatte et Luger c. Empire, cie d'assurance vie*, [1991] J.Q. n° 2635 (QL). En droit québécois, tout comme en common law, le privilège relatif aux règlements constitue une règle de preuve qui porte sur l'admissibilité de la preuve de communications. Il n'empêche pas une partie de divulguer des renseignements, mais fait en sorte que les renseignements soient inadmissibles en preuve dans un litige.

## (2) La confidentialité dans le cadre de la médiation

[38] La médiation est l'un des divers modes de règlement extrajudiciaire des différends dont disposent les parties à un litige. Dans *The Law of ADR in Canada : An Introductory Guide* (2011), D. W. Glaholt et M. Rotterdam définissent la médiation comme suit : [TRADUCTION] « un processus de collaboration strictement confidentiel dans le cadre

assist them in settling their dispute” (p. 10). It is unsurprising that confidentiality is mentioned in the very definition of mediation. Confidentiality is often described as one of the factors that induce parties to opt for mediation (J. Thibault, *Les procédures de règlement amiable des litiges au Canada* (2000), at para. 197), and as one of the benefits of mediation (M. P. Silver, *Mediation and Negotiation: Representing Your Clients* (2001), at p. 82).

[39] A form of confidentiality is inherent in mediation in that the parties are typically discussing a settlement, which means that their communications are protected by the common law settlement privilege (Bryant, Lederman and Fuerst, at para. 14.348; see also L. Boulle and K. J. Kelly, *Mediation: Principles, Process, Practice* (1998), at pp. 301-4). But mediation is also a “creature of contract” (Glaholt and Rotterdam, at p. 13), which means that parties can tailor their confidentiality requirements to exceed the scope of that privilege and, in the case of breach, avail themselves of a remedy in contract.

[40] As both the appellants and the intervener Arbitration Place Inc. mention, the reasons why parties might want to protect information exchanged in the mediation process are not limited to litigation strategy. Owen V. Gray states the following in this regard in “Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation” (1998), 36 *Osgoode Hall L.J.* 667:

When [the parties] have resorted to mediation in an attempt to settle pending or threatened litigation, they will be particularly alert to the possibility that information they reveal to others in mediation may later be used against them by those others in that, or other, litigation. The parties may also be concerned that their communications might be used by other adversaries or potential adversaries, including public authorities, in other present or future conflicts. . . . Parties may also be concerned that disclosure of information they reveal in

duquel les parties concluent un contrat avec une personne neutre, en l’occurrence un médiateur, qui les aidera à régler leur différend » (p. 10). Il n’est pas étonnant que la confidentialité soit mentionnée dans la définition même de la médiation. Elle est en effet souvent considérée comme l’un des facteurs qui incitent les gens à recourir à la médiation (J. Thibault, *Les procédures de règlement amiable des litiges au Canada* (2000), par. 197) et l’un de ses avantages (M. P. Silver, *Mediation and Negotiation : Representing Your Clients* (2001), p. 82).

[39] La confidentialité constitue un aspect intrinsèque de la médiation en ce que les parties à ce processus discutent généralement de possibilités de règlement; pour cette raison, leurs communications sont protégées par le privilège relatif aux règlements de la common law (Bryant, Lederman et Fuerst, par. 14.348; voir également L. Boulle et K. J. Kelly, *Mediation : Principles, Process, Practice* (1998), p. 301-304). Mais la médiation est aussi une [TRADUCTION] « création contractuelle » (Glaholt et Rotterdam, p. 13) puisqu’elle permet aux parties de se doter, en matière de confidentialité, d’exigences supérieures à celles que leur offre le privilège et, en cas de manquement, de se prévaloir d’un recours contractuel.

[40] Comme l’indiquent les appelantes et l’intervenante Arbitration Place Inc., les raisons pour lesquelles les parties voudraient protéger les renseignements échangés lors de la médiation ne se limitent pas à des considérations stratégiques liées au litige. Dans « Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation » (1998), 36 *Osgoode Hall L.J.* 667, Owen. V. Gray a fait observer ce qui suit :

[TRADUCTION] Quand elles ont recours à la médiation pour tenter de régler un litige ou une menace de litige, [les parties] sont particulièrement sensibles à la possibilité que les renseignements qu’elles révèlent à d’autres personnes au cours de la médiation puissent plus tard être utilisés contre elles dans le cadre de ce litige ou d’un autre différend. Les parties peuvent aussi craindre que leurs communications puissent être utilisées par d’autres adversaires ou des adversaires potentiels, y compris les autorités publiques, dans d’autres conflits présents ou

the mediation process may prejudice them in commercial dealings or embarrass them in their personal lives. [Emphasis added; p. 671.]

Incentives for choosing confidential mediation include both “a disinclination to ‘air one’s dirty laundry’ in the neighborhood” and legitimate concerns such as the protection of trade secrets (L. R. Freedman and M. L. Prigoff, “Confidentiality in Mediation: The Need for Protection” (1986), 2 *Ohio St. J. Disp. Resol.* 37, at p. 38).

[41] It is therefore no surprise that mediation contracts often contain strongly worded confidentiality clauses that place limits on the disclosure of communications exchanged in the course of the mediation process. Such clauses have been upheld by courts, though not in a context in which the parties were trying to prove the existence of a settlement. In *Bloom Films 1998 inc. v. Christal Films productions inc.*, 2011 QCCA 1171 (CanLII), the Quebec Court of Appeal upheld a confidentiality clause in a case in which a party was seeking to introduce evidence arising out of the mediation process. The clause in question specifically prohibited the use of such evidence for any purpose other than homologation or judicial review. And in *Stewart v. Stewart*, 2008 ABQB 348 (CanLII), another case involving a confidentiality clause with respect to communications made in the course of a mediation process, albeit in a family law context, the Alberta Court of Queen’s Bench refused to admit evidence arising out of that process.

[42] Although the confidentiality provided for in a clause of a mediation contract may be broader, and set out in greater detail, than the common law settlement privilege, several authors caution that such a clause nevertheless does not represent a “watertight” approach to confidentiality and that a court may refuse to enforce it after balancing competing interests, such as the role of confidentiality in encouraging settlement, and evidentiary

futurs. [ . . . ] Elles peuvent aussi craindre que la divulgation des renseignements qu’elles communiquent au cours de la médiation puisse leur nuire dans leurs rapports commerciaux ou les gêner dans leur vie privée. [Je souligne; p. 671.]

La [TRADUCTION] « réticence à “laver son linge sale en public” » ainsi que des préoccupations légitimes telles que la protection de secrets commerciaux comptent parmi les facteurs qui incitent à choisir la médiation confidentielle (L. R. Freedman et M. L. Prigoff, « Confidentiality in Mediation : The Need for Protection » (1986), 2 *Ohio St. J. Disp. Resol.* 37, p. 38).

[41] Il n’est donc guère surprenant de constater souvent dans des contrats de médiation des clauses de confidentialité qui limitent en termes très explicites la divulgation des communications échangées au cours de la médiation. Les tribunaux ont confirmé la validité de telles clauses, mais non dans un contexte où les parties tentaient de prouver l’existence d’un règlement. Dans *Bloom Films 1998 inc. c. Christal Films productions inc.*, 2011 QCCA 1171 (CanLII), la Cour d’appel du Québec a confirmé la validité d’une clause de confidentialité alors que l’une des parties tentait de présenter en preuve des renseignements échangés au cours d’un processus de médiation. La clause en question interdisait expressément l’utilisation de tels éléments de preuve, sauf dans le cadre d’une demande d’homologation ou de révision judiciaire. Et dans l’arrêt *Stewart c. Stewart*, 2008 ABQB 348 (CanLII), une autre affaire concernant une clause de confidentialité des communications faites au cours d’une médiation, quoique dans un contexte de droit de la famille, la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta a refusé d’admettre des éléments de preuve provenant de la médiation.

[42] Bien qu’une clause d’un contrat de médiation puisse assurer la protection de la confidentialité d’une façon plus exhaustive que ne le fait le privilège relatif aux règlements de la common law, plusieurs auteurs rappellent que la confidentialité assurée par une telle clause n’est pas « absolue » et que les tribunaux peuvent refuser de lui donner effet après avoir pondéré les intérêts opposés, par exemple, favoriser les règlements à l’amiable au

requirements in litigation (see Boulle and Kelly, at pp. 309 and 312-13; F. Crosbie, “Aspects of Confidentiality in Mediation: A Matter of Balancing Competing Public Interests” (1995), 2 *C.D.R.J.* 51, at p. 70; K. L. Brown, “Confidentiality in Mediation: Status and Implications”, [1991] *J. Disp. Resol.* 307; E. D. Green, “A Heretical View of the Mediation Privilege” (1986), 2 *Ohio St. J. Disp. Resol.* 1, at pp. 19-22; Freedman and Prigoff, at p. 41).

[43] The intervener Arbitration Place Inc. suggests that the four-part Wigmore test, sometimes used by common law courts to determine whether evidence of communications is admissible, be applied to balance the competing interests. The four parts of the test are:

- (i) The communications must originate in a confidence that they will not be disclosed.
- (ii) The element of confidentiality must be essential to the maintenance of the relationship in which the communications arose.
- (iii) The relationship must be one which, in the opinion of the community, ought to be “sedulously fostered.”
- (iv) The injury caused to the relationship by disclosure of the communications must be greater than the benefit gained for the correct disposal of the litigation.

(I.F., at para. 4, citing *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254, at p. 260.)

This Court applied this test in *Slavutych* to determine whether a confidential document signed by the appellant at the request of the university authorities should remain privileged in dismissal proceedings subsequently taken against the appellant. The Court also applied it in *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, to determine whether religious communications should remain privileged in a criminal context.

moyen de la confidentialité et respecter les règles de preuve applicables aux litiges (voir Boulle et Kelly, p. 309 et 312-313; F. Crosbie, « Aspects of Confidentiality in Mediation : A Matter of Balancing Competing Public Interests » (1995), 2 *C.D.R.J.* 51, p. 70; K. L. Brown, « Confidentiality in Mediation : Status and Implications », [1991] *J. Disp. Resol.* 307; E. D. Green, « A Heretical View of the Mediation Privilege » (1986), 2 *Ohio St. J. Disp. Resol.* 1, p. 19-22; Freedman et Prigoff, p. 41).

[43] Comme moyen de pondérer les intérêts opposés, l’intervenante Arbitration Place Inc. propose le critère à quatre volets énoncé par Wigmore, que les tribunaux de common law appliquent parfois pour déterminer si la preuve des communications est admissible. Les quatre volets de ce critère sont les suivants :

[TRADUCTION]

- (i) Les communications doivent avoir été transmises confidentiellement avec l’assurance qu’elles ne seraient pas divulguées.
- (ii) Le caractère confidentiel doit être un élément essentiel au maintien des rapports entre les parties.
- (iii) Les rapports doivent être de la nature de ceux qui, selon l’opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment.
- (iv) Le préjudice permanent que subiraient les rapports par la divulgation des communications doit être plus considérable que l’avantage à retirer d’une juste décision.

(m.i., par. 4, citant *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254, p. 260.)

Notre Cour a appliqué ce critère dans l’arrêt *Slavutych* afin de déterminer si un document confidentiel signé par l’appelant à la demande des autorités de l’université devait demeurer protégé dans le cadre d’une procédure de licenciement engagée subséquemment contre l’appelant. Elle l’a également appliqué dans l’arrêt *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, afin de déterminer si des communications religieuses devaient demeurer protégées dans un contexte criminel.

[44] The intervener Attorney General of British Columbia, on the other hand, suggests that the plain meaning of an unambiguous confidentiality agreement should prevail, barring extreme circumstances. As for the respondents, they say that courts should look beyond the plain meaning to account for the wishes of the parties. I agree with these approaches. In principle, there is relatively little that can displace the intent of the parties once it is clearly established. Only the fourth step of the Wigmore test — the balancing of interests — is potentially relevant in this case. In my view, the first three steps of the Wigmore test are redundant where parties have not only opted for a confidential dispute resolution process, but have also signed a confidentiality agreement.

(3) Can a Confidentiality Clause in a Mediation Agreement Displace the Exception to Settlement Privilege That Applies Where a Party Seeks to Prove the Terms of a Settlement?

[45] The common law settlement privilege and confidentiality in the mediation context are often conflated. They do have a common purpose: facilitating out-of-court settlements. But as we saw above, confidentiality clauses in mediation agreements can also have different purposes. In most cases involving such clauses, the status of the common law settlement privilege will not arise, because the two protections generally serve the same purpose, namely to foster negotiations by encouraging parties to be honest and forthright in reaching a settlement without fear that the information they disclose will be used against them at a later date. However, as I mentioned above, settlement privilege and a confidentiality clause are not the same, and they may in some circumstances conflict. One is a rule of evidence, while the other is a binding agreement; they do not afford the same protection, nor are the consequences for breaching them necessarily the same.

[44] Par contre, le procureur général de la Colombie-Britannique, intervenant, fait valoir que le sens ordinaire d'une entente de confidentialité non équivoque devrait prévaloir à moins de circonstances exceptionnelles. Pour leur part, les intimées affirment que les tribunaux ne doivent pas s'arrêter au sens ordinaire d'une entente et doivent tenir compte du désir des parties. Je souscris à ces approches. En principe, il serait relativement difficile d'écarter l'intention des parties dès lors qu'elle est clairement établie. Seul le quatrième volet du critère de Wigmore — la pondération des intérêts — pourrait être pertinent en l'espèce. À mon avis, les trois premiers volets de ce critère sont superflus lorsque les parties ont non seulement choisi de recourir à un mécanisme confidentiel de règlement des différends, mais ont aussi signé une entente de confidentialité.

(3) Une clause de confidentialité d'une entente de médiation peut-elle écarter l'exception au privilège relatif aux règlements qui s'applique lorsqu'une partie cherche à faire la preuve des modalités d'un règlement?

[45] Le privilège relatif aux règlements de la common law et le caractère confidentiel de la médiation sont souvent confondus. Ils ont un objectif commun : favoriser les règlements extrajudiciaires. Or, comme nous l'avons vu, les clauses de confidentialité des ententes de médiation peuvent également avoir d'autres objectifs. Dans la plupart des cas où l'on retrouve ces clauses, la question du privilège relatif aux règlements de la common law ne se posera pas parce que les deux mesures de protection visent en général le même objectif, soit favoriser la négociation en encourageant les parties à conclure un règlement en toute franchise et honnêteté, sans crainte que les renseignements échangés soient ultérieurement utilisés à leur détriment. Toutefois, comme nous l'avons vu, le privilège relatif aux règlements et la clause de confidentialité sont différents et peuvent parfois entrer en conflit. L'un est une règle de preuve, l'autre est une entente exécutoire; la portée de la protection qu'ils offrent n'est pas la même, et les conséquences en cas de manquement ne sont pas nécessairement les mêmes.

[46] The differences between these protections may be muddled in a case like this one in which both of them could apply, but to different parts of the sequence of events. The parties met for the mediation session on April 27, 2011, the day after they had signed an agreement with a confidentiality clause. The clause in question applied to discussions that took place in the course of the mediation session and prohibited the disclosure of information about those discussions at any time in the future. A settlement offer was made at the mediation session, was kept open for 30 days after that date, and was discussed by the parties' lawyers after the session. Any additional information that came up in the course of these subsequent discussions falls outside the protection of the confidentiality clause — however, since it formed part of negotiations aimed at reaching a settlement, it is protected by settlement privilege. As regards the timing of the communications, the scope of settlement privilege is broader, because it is not limited to the duration of the mediation session.

[47] On the other hand, there are recognized exceptions to settlement privilege at common law that limit the scope of its protection, but such exceptions may be lacking in the case of a confidentiality clause. The question is whether an absolute confidentiality clause in a mediation agreement displaces the common law exception, thereby preventing parties from producing evidence of communications made in the mediation process in order to prove the terms of a settlement.

[48] There is indeed a delicate balance to be struck. The concerns articulated by commentators about the uncertainty of confidentiality clauses in mediation contracts are legitimate. Boule and Kelly accurately identify the most important of these concerns:

The principle of sanctity of contract supports the maintenance of confidentiality where the parties have committed themselves to it. If, however, the confidentiality is

[46] Les différences entre ces mesures de protection peuvent être floues dans un cas comme celui qui nous occupe, où il est possible que les deux s'appliquent, mais à différentes étapes de la séquence des événements. Les parties se sont rencontrées lors d'une séance de médiation le 27 avril 2011, après avoir signé la veille une entente prévoyant une clause de confidentialité. Cette clause s'appliquait aux discussions tenues au cours de la séance de médiation et interdisait la divulgation ultérieure de renseignements relatifs à ces discussions. Une offre de règlement a été présentée au cours de la médiation; l'offre était maintenue valide pour une période de 30 jours et a fait l'objet de discussions entre les avocats des parties après que la médiation eut pris fin. Les renseignements additionnels générés au cours de ces discussions subséquentes ne sont pas protégés par la clause de confidentialité mais, puisqu'ils font partie des négociations en vue d'un règlement, ils sont protégés par le privilège relatif aux règlements. En ce qui concerne le moment où les communications sont faites, la portée du privilège relatif aux règlements est plus large étant donné que son application n'est pas limitée à la durée de la séance de médiation.

[47] Par contre, le privilège relatif aux règlements souffre d'exceptions reconnues en common law qui limitent la portée de sa protection, alors que les clauses de confidentialité peuvent ne pas comporter de telles exceptions. Il s'agit de savoir si une clause de confidentialité absolue d'une entente de médiation a pour effet d'écarter l'exception de la common law, empêchant de ce fait les parties de produire en preuve, afin d'établir les modalités d'un règlement, les communications faites dans le cadre de la médiation.

[48] Il faut effectivement établir un équilibre délicat. Les préoccupations formulées par les auteurs au sujet du caractère incertain des clauses de confidentialité des contrats de médiation sont légitimes. Boule et Kelly indiquent avec précision les préoccupations les plus importantes :

[TRADUCTION] Le principe de l'inviolabilité du contrat justifie le maintien de la confidentialité lorsque les parties se sont engagées elles-mêmes à cet égard. Toutefois, si

too wide, it will sterilise too much evidence and seriously undermine the trial process. If the confidentiality is too narrow, it will discourage parties from entering mediation and from using their best endeavours to settle once there. A balance is required between supporting mediation, on one hand, and not freezing litigation or upholding illegality, on the other. [pp. 312-13]

[49] In my view, the inquiry in each case will begin with an interpretation of the contract. It must be asked whether the confidentiality clause actually conflicts with settlement privilege or with the recognized exceptions to that privilege. Where parties contract for greater confidentiality protection than is available at common law, the will of the parties should presumptively be upheld absent such concerns as fraud or illegality. I have discussed reasons why parties might desire greater confidentiality protection, and allowing parties to freely contract for such protection furthers the valuable public purpose of promoting settlement. As Professor Green states,

if a written confidentiality agreement exists, the parties are in a stronger position to argue that the court should exercise its discretion to grant a protective order assuring confidentiality because protecting the confidentiality of mediation statements furthers the expressed intentions of the parties as well as the public policy of encouraging extra-judicial settlements. [p. 22]

[50] But contracting out of the exception to settlement privilege that applies where a party seeks to prove the terms of a settlement is a different matter. As I mentioned above, a failure to apply this common law exception could frustrate the broader purpose of promoting settlements in that it might prevent parties from enforcing the terms of settlements they have negotiated. Thus, whereas contracting for broader protection than is afforded by the common law settlement privilege may further the overall purpose of that privilege in most

la confidentialité a une portée trop large, elle aura pour effet d'éliminer un nombre trop élevé d'éléments de preuve et de nuire gravement au processus judiciaire. Si la confidentialité a une portée trop restreinte, elle aura pour effet de dissuader les parties de recourir à la médiation et de faire tout leur possible pour arriver à un règlement. Il faut rechercher l'équilibre entre l'appui donné à la médiation, d'une part, et le fait de ne pas faire obstacle au litige ou de maintenir l'illégalité, d'autre part. [p. 312-313]

[49] À mon avis, l'analyse dans chaque cas débutera par l'interprétation du contrat. Il faut se demander si la clause de confidentialité entre effectivement en conflit avec le privilège relatif aux règlements ou avec ses exceptions reconnues. Lorsque les parties concluent un contrat qui leur assure une protection supérieure à celle qu'offre la common law, il y a lieu à première vue de confirmer leur volonté, sous réserve de préoccupations concernant la fraude ou l'illégalité. J'ai déjà examiné les raisons pour lesquelles les parties pourraient vouloir renforcer la protection de la confidentialité des renseignements; le fait de permettre aux parties de contracter librement à cet égard facilite la réalisation de l'important objectif public qui consiste à favoriser les règlements extrajudiciaires. Comme l'affirme le professeur Green,

[TRANSLATION] s'il existe une entente de confidentialité écrite, les parties sont mieux en mesure de soutenir que la cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance de non-divulgence parce que la protection du caractère confidentiel des échanges survenus lors de la médiation a pour effet de promouvoir l'intention expresse des parties ainsi que l'intérêt public consistant à favoriser les règlements extrajudiciaires. [p. 22]

[50] Or, il en va autrement en ce qui concerne le fait d'écartier par contrat l'exception au privilège relatif aux règlements qui s'applique lorsqu'une personne cherche à prouver les modalités d'un règlement. J'ai déjà expliqué que le défaut d'appliquer cette exception de la common law peut entraver la réalisation de l'objectif plus général qui est de favoriser le règlement à l'amiable, en empêchant les parties d'exiger le respect des modalités d'un règlement négocié. Ainsi, bien que le contrat visant à obtenir une protection supérieure à celle

circumstances, contracting out of the exceptions to the privilege might undermine that purpose. This may be what was behind the Court of Appeal's decision, as it largely favoured the exception to settlement privilege over the confidentiality clause.

[51] In my respectful opinion, the Court of Appeal did not devote adequate attention in its analysis to freedom of contract. It is open to contracting parties to create their own rules with respect to confidentiality that entirely displace the common law settlement privilege. This furthers both freedom of contract and the likelihood of settlement, two important public purposes. However, the mere fact of signing a mediation agreement that contains a confidentiality clause does not automatically displace the privilege and the exceptions to it. As I mentioned above, these protections do not have the same scope. For instance, settlement privilege applies to all communications that lead up to a settlement, even after a mediation session has concluded. It cannot be argued that parties who agree to confidentiality in respect of a mediation session thereby deprive themselves of the application of settlement privilege after the conclusion of the mediation session. The protection afforded by the privilege does not evaporate the moment the parties contract for confidentiality with respect to the mediation process, unless that is the contract's intended effect.

[52] I would note that there has been some international agreement on this approach to confidentiality in the mediation context. Jurisdictions in 14 countries with both common law and civil law systems, including Ontario (S.O. 2010, c. 16, Sch. 3) and Nova Scotia (S.N.S. 2005, c. 36), have adopted the United Nations Commission on International Trade Law's Model Law on International Commercial Conciliation. Article 9 of the Model Law states:

qu'offre le privilège relatif aux règlements puisse, dans la plupart des cas, favoriser l'objectif général du privilège, le fait d'écarter par contrat les exceptions à ce privilège peut faire obstacle à la réalisation de cet objectif. Voilà probablement ce qui sous-tend la décision de la Cour d'appel, qui a pratiquement mis de côté la clause de confidentialité pour appliquer l'exception au privilège relatif aux règlements.

[51] J'estime en toute déférence que, dans son analyse, la Cour d'appel n'a pas accordé suffisamment d'attention à la liberté contractuelle. Il est loisible aux parties contractantes d'établir leurs propres règles de confidentialité et d'écarter complètement le privilège relatif aux règlements de la common law. Elles favorisent alors la liberté contractuelle et la probabilité d'un règlement, deux importants objectifs publics. Cependant, le simple fait de signer une entente de médiation assortie d'une clause de confidentialité n'écarter pas automatiquement le privilège et ses exceptions. Comme je l'ai déjà mentionné, ces mesures de protection n'ont pas la même portée. À titre d'exemple, le privilège relatif aux règlements s'applique à toute communication qui mène au règlement, même à celles faites après la fin de la séance de médiation. On ne saurait affirmer que les parties qui acceptent de garder confidentielle la teneur d'une séance de médiation se privent de ce fait de l'application du privilège relatif aux règlements après la fin de la séance de médiation. La protection qu'offre le privilège ne se dissipe pas dès que les parties concluent un contrat assurant le caractère confidentiel de la médiation, sauf s'il s'agit là de l'effet recherché au contrat.

[52] Je fais observer qu'un certain consensus international témoigne de cette approche en matière de confidentialité de la médiation. Dans 14 pays où le système juridique est celui de la common law ou du droit civil, des administrations, y compris l'Ontario (L.O. 2010, ch. 16, ann. 3) et la Nouvelle-Écosse (S.N.S. 2005, ch. 36), ont adopté la Loi type sur la conciliation commerciale internationale de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. L'article 9 de la Loi type prévoit ce qui suit :

Unless otherwise agreed by the parties, all information relating to the conciliation proceedings shall be kept confidential, except where disclosure is required under the law or for the purposes of implementation or enforcement of a settlement agreement. [Emphasis added.]

(*UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use 2002* (2004), at p. 5)

[53] This article, with which my approach is consistent, recognizes the need for confidentiality in the settlement context, but also provides that parties may enter into their own agreements in this regard. Furthermore, it indicates widespread acceptance in both common law and civil law jurisdictions that an exception to settlement privilege applies where a party seeks to prove the existence or the terms of a settlement.

[54] Where an agreement could have the effect of preventing the application of a recognized exception to settlement privilege, its terms must be clear. It cannot be presumed that parties who have contracted for greater confidentiality in order to foster frank communications and thereby promote a settlement also intended to displace an exception to settlement privilege that serves the same purpose of promoting a settlement. Parties are free to do this, but they must do so clearly. To avoid a dispute over the terms of a settlement, they may also choose to stipulate that, to be valid, any settlement agreed to in the mediation must be immediately put into writing. This practice is specifically contemplated in art. 1414 of the *Civil Code of Québec*, which provides that “[w]here a particular or solemn form is required as a necessary condition of formation of a contract, it shall be observed”. Such a stipulation would underscore the binding nature of any agreement reached in the course of the mediation process.

[55] I wish to emphasize that my analysis concerns one exception to the common law settlement

Sauf convention contraire des parties, toutes les informations relatives à la procédure de conciliation doivent demeurer confidentielles, sauf lorsque la divulgation est exigée par la loi ou est rendue nécessaire pour la mise en œuvre ou l’exécution de l’accord issu de la conciliation. [Je souligne.]

(*Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale et Guide pour son incorporation dans le droit interne et son utilisation 2002* (2004), p. 5)

[53] Cette disposition, qui est conforme à l’approche que je préconise, reconnaît le besoin de confidentialité dans le contexte des règlements, mais elle prévoit également que les parties peuvent conclure leurs propres ententes de confidentialité. En outre, elle signale l’acceptation généralisée, dans les administrations de common law et de droit civil, de l’application d’une exception au privilège relatif aux règlements lorsqu’une partie cherche à prouver l’existence ou les modalités d’un règlement.

[54] Lorsqu’une entente pourrait avoir pour effet d’empêcher l’application d’une exception reconnue au privilège relatif aux règlements, elle doit l’exprimer clairement. On ne saurait présumer que les parties, qui ont renforcé par contrat la confidentialité afin de favoriser l’échange en toute franchise des communications et de promouvoir de ce fait un règlement, entendaient également écarter une exception au privilège relatif aux règlements dont l’objet est aussi de promouvoir un règlement. Les parties ont toute liberté de le faire, pourvu qu’elles le fassent clairement. Pour éviter un conflit au sujet des modalités d’un règlement, les parties peuvent également prévoir que, pour être valide, tout règlement conclu au cours de la médiation doit être immédiatement constaté par écrit. Cette pratique est envisagée spécifiquement à l’art. 1414 du *Code civil du Québec*, qui prévoit que, « [l]orsqu’une forme particulière ou solennelle est exigée comme condition nécessaire à la formation du contrat, elle doit être observée ». Une telle stipulation soulignerait le caractère exécutoire de toute entente conclue au cours de la médiation.

[55] Je tiens à préciser que mon analyse porte sur une seule exception au privilège relatif aux

privilege — the one that applies where a party seeks to prove the terms of a settlement. I have not discussed other exceptions, such as the one with respect to fraudulent or unlawful communications, as they are not at issue in this case. Nor will I consider whether the mediator could be compelled to testify in a situation such as this one. The evidence before this Court is limited to the impugned paragraphs of the motion for homologation, so I will not address the appropriate legal threshold for permitting or compelling direct testimony by the mediator. I will leave that question for another day.

[56] In my opinion, the information the respondents seek to disclose with the impugned paragraphs of their motion for homologation is protected by the confidentiality clause, and not solely by settlement privilege. It was open to the parties to displace settlement privilege, including the exceptions to it. The question is whether they did so.

[57] The mediation contract was signed and performed in Quebec. It must be interpreted in accordance with the *Civil Code of Québec* and with the law of obligations.

B. *Does This Mediation Contract Permit the Parties to Use Confidential Information in Order to Prove the Terms of a Settlement?*

[58] I have concluded that it is generally open to parties, in the mediation context, to contract for confidentiality that exceeds that of the common law settlement privilege; in particular, parties may contract out of the exception to that privilege that enables a party to disclose confidential information in order to prove the terms of a settlement. I will now inquire into whether that is what the parties did in this case. What is the effect of the mediation contract at issue here?

[59] In Quebec, contractual interpretation is centered on the intention of the parties. As J.-L.

règlements de la common law — celle qui s'applique lorsqu'une partie cherche à prouver les modalités d'un règlement. Je n'ai pas examiné les autres exceptions, comme celle qui concerne les communications frauduleuses ou illégales, puisqu'elles ne sont pas en cause en l'espèce. Je n'examinerai pas non plus la question de savoir si le médiateur pourrait être contraint de témoigner dans une situation telle celle en l'espèce. La preuve devant notre Cour ne porte que sur les paragraphes contestés de la requête en homologation, et je ne traiterai pas du seuil légal qui permettrait de contraindre le médiateur à rendre un témoignage direct. Cette question pourra être examinée à une autre occasion.

[56] À mon avis, les renseignements que les intimées cherchent à divulguer par les paragraphes contestés de leur requête en homologation sont protégés par la clause de confidentialité, et non seulement par le privilège relatif aux règlements. Les parties pouvaient écarter le privilège relatif aux règlements, y compris ses exceptions. La question est de savoir si elles l'ont fait.

[57] Le contrat de médiation a été signé et exécuté au Québec. Il doit donc être interprété conformément au *Code civil du Québec* et au droit québécois des obligations.

B. *Ce contrat de médiation permet-il aux parties d'utiliser des renseignements confidentiels afin de faire la preuve des modalités d'un règlement?*

[58] J'ai conclu que de façon générale, dans un contexte de médiation, les parties peuvent établir par contrat des règles de confidentialité dont la portée dépasse celle du privilège relatif aux règlements de la common law. En particulier, elles peuvent se soustraire par contrat à l'exception à ce privilège qui permet à une partie de divulguer des renseignements confidentiels afin de faire la preuve des modalités d'un règlement. J'examine maintenant la question de savoir si c'est ce qu'ont fait les parties dans la présente affaire. Quel est l'effet du contrat de médiation en cause en l'espèce?

[59] Au Québec, l'interprétation des contrats est centrée sur l'intention des parties. Comme

Baudouin and P.-G. Jobin explain, where the parties disagree about the scope of a contract clause, the judge must determine what the parties originally intended, at the time of formation of the contract (*Les obligations* (7th ed. 2013), P.-G. Jobin and N. Vézina, eds., at pp. 488-89). This rule of contractual interpretation is codified in a number of provisions of the *Civil Code of Québec*:

**1425.** The common intention of the parties rather than adherence to the literal meaning of the words shall be sought in interpreting a contract.

**1426.** In interpreting a contract, the nature of the contract, the circumstances in which it was formed, the interpretation which has already been given to it by the parties or which it may have received, and usage, are all taken into account.

**1427.** Each clause of a contract is interpreted in light of the others so that each is given the meaning derived from the contract as a whole.

**1431.** The clauses of a contract cover only what it appears that the parties intended to include, however general the terms used.

[60] The Quebec Court of Appeal explained this interpretive approach in *Sobeys Québec inc. v. Coopérative des consommateurs de Sainte-Foy*, 2005 QCCA 1172, [2006] R.J.Q. 100:

[TRANSLATION] To establish the true will of the parties, and their common intention within the meaning of article 1425 C.C.Q., it is of course necessary to consider the actual words of the contract, but it is also necessary, as required by article 1426 C.C.Q., to consider the nature of the contract, the circumstances in which it was formed, the interpretation which has already been given to it by the parties or which it may have received, and usage.

Deciphering the parties' intention is of course a delicate exercise, especially where that intention conflicts with the intention expressed in a writing that is by all appearances clear. Moreover, it can happen, which does not make things easier, that a review of the contract itself, of its context, of the circumstances in which it was formed, of the subsequent conduct of the parties, and so on, shows that there was no real common intention. Pineau and Gaudet [*Théorie des obligations* (4th ed. 2001), at pp. 401-2] explain this as follows:

l'expliquent J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, lorsque les parties ne s'entendent pas sur la portée d'une disposition contractuelle, il appartient au juge de déterminer quelle était leur intention à l'origine, au moment de la formation du contrat (*Les obligations* (7<sup>e</sup> éd. 2013), P.-G. Jobin et N. Vézina, dir., p. 488-489). Plusieurs dispositions du *Code civil du Québec* codifient cette règle d'interprétation des contrats :

**1425.** Dans l'interprétation du contrat, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés.

**1426.** On tient compte, dans l'interprétation du contrat, de sa nature, des circonstances dans lesquelles il a été conclu, de l'interprétation que les parties lui ont déjà donnée ou qu'il peut avoir reçue, ainsi que des usages.

**1427.** Les clauses s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble du contrat.

**1431.** Les clauses d'un contrat, même si elles sont énoncées en termes généraux, comprennent seulement ce sur quoi il paraît que les parties se sont proposé de contracter.

[60] La Cour d'appel du Québec a expliqué cette méthode d'interprétation dans l'arrêt *Sobeys Québec inc. c. Coopérative des consommateurs de Sainte-Foy*, 2005 QCCA 1172, [2006] R.J.Q. 100 :

Il faut pour déterminer la volonté réelle des parties et leur commune intention au sens de l'article 1425 C.C.Q. examiner le texte même du contrat, bien sûr, mais aussi, comme le prescrit l'article 1426 C.C.Q., sa nature, les circonstances dans lesquelles il a été conclu, l'interprétation que les parties lui ont déjà donnée ou qu'il peut avoir reçue, ainsi que les usages.

Bien sûr, le décodage de la volonté des parties, surtout quand cette dernière s'oppose à la volonté exprimée dans un écrit qui a toutes les apparences de la clarté, est un exercice délicat. Il peut arriver en outre, ce qui ne simplifie pas les choses, que l'étude de la matière du contrat, de son contexte, des circonstances de sa conclusion, du comportement subséquent des parties, et ainsi de suite, témoigne d'une absence de véritable intention commune. Pineau et Gaudet [*Théorie des obligations* (4<sup>e</sup> éd. 2001), p. 401-402] expliquent ainsi que :

Moreover, the principle stated in article 1425 C.C.Q. presupposes that there is always a common intention to “find”. But that is not always the case. Of course, for there to be a contract, there must be a minimal common intention, but it is very possible that the parties, although they had a genuine common intention regarding the essential elements of the contract, also agreed on certain incidental clauses that each of them, in his or her heart of hearts, interpreted differently. In such a case, it is of course impossible to rely on the common intention of the parties, as there is none. All that can then be done is to adopt the interpretation that can most readily be reconciled with the rest of the contract and with the circumstances in which it was concluded. [paras. 59-60]

[61] This approach was also confirmed by this Court in *Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 SCC 65, [2013] 3 S.C.R. 838: “. . . the determination of the common intention, or will, of the parties represents a true exercise of interpretation” (para. 48; see also D. Lluellas and B. Moore, *Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at paras. 1587-90; S. Grammond, A.-F. Debruche and Y. Campagnolo, *Quebec Contract Law* (2011), at paras. 297-301).

[62] On its face, the mediation contract at issue in the case at bar shows a common intention on the part of the parties to be bound by confidentiality in respect of anything that might transpire in the course of the mediation. But the question to be answered is more specific and concerns an incidental aspect of the contract, for which the common intention of the parties is not immediately clear: Was the confidentiality clause intended to exceed the protection of the common law settlement privilege and, more specifically, to displace the exception to that privilege that applies where a party seeks to prove the existence or the scope of a settlement? I find that a review of the nature of the contract, of the circumstances in which it was formed and of the contract as a whole reveals that the parties did not intend to disregard the usual rule that settlement privilege can be dispensed with in order to prove the terms of a settlement.

Par ailleurs, le principe énoncé par l’article 1425 C.c.Q. présuppose qu’il y a toujours une intention commune à « découvrir ». Or, il n’en est pas toujours ainsi. Certes, pour qu’il y ait contrat, il doit y avoir un minimum d’intention commune, mais il peut fort bien arriver que les parties, tout en ayant véritablement une intention commune quant aux éléments essentiels du contrat, se soient également entendues sur certaines clauses accessoires tout en leur donnant cependant chacune en son for intérieur, des interprétations divergentes. En un tel cas, on ne peut évidemment pas s’en remettre à l’intention commune des parties puisqu’il n’y en a pas. On n’a alors pas d’autre choix que de s’en remettre à l’interprétation qui se concilie le mieux au reste du contrat et aux circonstances ayant entouré sa conclusion. [par. 59-60]

[61] Notre Cour a également confirmé cette approche dans l’arrêt *Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 CSC 65, [2013] 3 R.C.S. 838 : « . . . la recherche de l’intention ou volonté commune des parties représente une véritable opération d’interprétation » (par. 48; voir aussi D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations* (2<sup>e</sup> éd. 2012), par. 1587-1590; S. Grammond, A.-F. Debruche et Y. Campagnolo, *Quebec Contract Law* (2011), par. 297-301).

[62] De toute évidence, le contrat de médiation en cause en l’espèce montre une intention commune des parties de respecter le caractère confidentiel de tout ce qui peut être dit ou écrit au cours de la médiation. Or, la question qui se pose est plus précise et porte sur un élément accessoire du contrat, pour lequel l’intention commune des parties n’est pas évidente à première vue : la clause de confidentialité devait-elle prévoir une protection plus étendue que celle qu’offre le privilège relatif aux règlements de la common law et, plus précisément, devait-elle écarter l’exception à ce privilège qui s’applique lorsqu’une partie cherche à faire la preuve de l’existence ou de la portée d’un règlement? J’estime qu’il ressort de l’examen de la nature du contrat, des circonstances dans lesquelles il a été conclu, ainsi que du contrat dans son ensemble que les parties n’avaient pas l’intention de passer outre à la règle habituelle voulant que le privilège relatif aux règlements soit écarté afin de faire la preuve des modalités d’un règlement.

[63] The nature of the contract is that of a mediation agreement signed on the eve of the mediation with the apparent purpose of settling an ongoing dispute that was the subject of an action in the Quebec Superior Court. The word “settlement” appears twice in the mediation agreement, the first time in a clause relating to the mediator that reads “[t]he Mediator will have no decision-making power, but will merely assist the parties in attempting to arrive at a settlement of their dispute”, and the second time in the mediator’s concluding words: “I look forward to working with you, and hope that the Mediation will give rise to a settlement of the dispute.”

[64] The nature of the contract must be considered together with the circumstances in which it was formed. Neither of the parties drafted the mediation contract or the confidentiality clause. It was a standard form contract provided by the mediator, who sent it to both parties to sign on the eve of the mediation. Neither party amended the standard mediation agreement or added any provisions relating to confidentiality when they signed it. There is no evidence that the parties thought they were deviating from the settlement privilege that usually applies to mediation when they signed the agreement.

[65] It is my opinion that the parties entered into this mediation process with the intention of settling their dispute and that they had no reason to assume that they were signing away their ability to prove a settlement if necessary. There is no evidence that they had any expectation for this mediation other than that it might help them settle the dispute. Lluellas and Moore write that, [TRANSLATION] “[i]f the spirit pervading a contract is considered to be the best guide in this regard (art. 1425) . . . , the common intention of the parties can sometimes be self-evident, and a question of logic” (para. 1589). Absent an express provision to the contrary, I find it unreasonable to assume that parties who have agreed to mediation for the purpose of reaching a settlement would renounce their right to prove the terms of the settlement. Such a result would be illogical.

[63] De par sa nature, le contrat est une entente de médiation signée la veille de la séance de médiation visant apparemment à régler le différend qui faisait l’objet d’une action devant la Cour supérieure du Québec. Le mot « règlement » apparaît à deux reprises dans l’entente de médiation, premièrement dans une clause relative au médiateur selon laquelle [TRADUCTION] « [l]e médiateur n’aura aucun pouvoir décisionnel; son rôle consiste simplement à aider les parties à arriver à un règlement de leur différend », et deuxièmement, lorsque le médiateur écrit en conclusion : « Je serai heureux de travailler avec vous et j’espère que la médiation mènera au règlement du différend. »

[64] La nature du contrat est liée aux circonstances dans lesquelles celui-ci a été conclu. Les parties n’ont rédigé ni le contrat de médiation ni la clause de confidentialité. Il s’agissait d’un contrat type fourni par le médiateur et envoyé aux deux parties pour signature la veille de la séance de médiation. Ni l’une ni l’autre des parties n’a modifié l’entente type de médiation ni n’y a ajouté des dispositions concernant la confidentialité au moment de la signer. Rien n’indique qu’au moment de signer l’entente type, les parties estimaient qu’elles écartaient le privilège relatif aux règlements qui s’applique habituellement à la médiation.

[65] À mon avis, les parties ont entamé ce processus de médiation avec l’intention de régler leur différend et elles n’avaient aucune raison de penser qu’elles renonçaient à leur capacité de faire la preuve d’un règlement, le cas échéant. Rien n’indique qu’elles avaient à l’égard de la médiation des attentes autres que de contribuer à régler le différend. Selon Lluellas et Moore, « [s]i l’on considère que l’esprit imprégnant un contrat doit être le meilleur guide en la matière (art. 1425) [. . .], la commune intention des parties peut parfois aller de soi, et être une question de logique » (par. 1589). En l’absence d’une disposition expresse à cet égard, j’estime déraisonnable de supposer que des parties qui ont consenti à une médiation dans le but de parvenir à un règlement renonceraient à leur droit de faire la preuve des modalités du règlement. Une telle conclusion serait illogique.

[66] I therefore find that the mediation contract does not preclude the parties from producing evidence of communications made in the course of the mediation process in order to prove the terms of a settlement. However, I would note that this exception is a narrow one. Parties may produce such evidence only insofar as it is necessary in order to prove the terms of the settlement. The judge who hears the motion for homologation will consider the impugned paragraphs of the motion individually to determine whether each of them is necessary for that purpose. If either party would prefer that potentially sensitive information tendered in support of those paragraphs not be made available to the public, an application can be made to the motion judge for a confidentiality order and to consider the evidence *in camera*, as long as the parties meet the test from *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522. Not all cases will meet that test, which requires parties to show that

- (a) such an order is necessary in order to prevent a serious risk to an important interest, including a commercial interest, in the context of litigation because reasonably alternative measures will not prevent the risk; and
- (b) the salutary effects of the confidentiality order, including the effects on the right of civil litigants to a fair trial, outweigh its deleterious effects, including the effects on the right to free expression, which in this context includes the public interest in open and accessible court proceedings.

(*Sierra Club*, at para. 53)

*In camera* hearings such as this should be reserved for cases in which there is a genuine dispute about the scope of the confidentiality agreement.

[67] I find that it is open to parties, in agreeing to confidentiality for a mediation process, to go so far as to limit their ability to prove the terms of any settlement. When any such limit is placed on the usual rule in this regard, however, it must

[66] En conséquence, je conclus que le contrat de médiation n'a pas pour effet d'empêcher les parties de produire en preuve les communications faites au cours de la médiation afin de faire la preuve des modalités d'un règlement. Je tiens toutefois à signaler que cette exception a une portée restreinte. Les parties ne peuvent produire de tels éléments de preuve que dans la mesure où ils sont nécessaires pour prouver les modalités du règlement. Le juge qui entendra la requête en homologation examinera séparément chaque paragraphe de la requête attaqué et déterminera si chacun d'eux est nécessaire à cette fin. Si l'une ou l'autre partie préférerait que des renseignements possiblement délicats produits à l'appui de ces paragraphes ne soient pas exposés en public, elle peut demander au juge saisi de la requête de prononcer une ordonnance de confidentialité et d'examiner ces éléments de preuve à huis clos, dès lors que les parties respectent les conditions énoncées dans l'arrêt *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522. Ces conditions n'existent pas dans tous les cas car elles obligent les parties à démontrer qu'une ordonnance de confidentialité :

- a) . . . est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour un intérêt important, y compris un intérêt commercial, dans le contexte d'un litige, en l'absence d'autres options raisonnables pour écarter ce risque;
- b) [que] ses effets bénéfiques, y compris ses effets sur le droit des justiciables civils à un procès équitable, l'emportent sur ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté d'expression qui, dans ce contexte, comprend l'intérêt du public dans la publicité des débats judiciaires.

(*Sierra Club*, par. 53)

Il faudrait réserver les audiences à huis clos de cette nature pour les cas où la portée de l'entente de confidentialité soulève un véritable litige.

[67] J'estime que, lorsqu'elles acceptent une clause de confidentialité dans un processus de médiation, les parties peuvent même restreindre leur capacité de faire la preuve des modalités d'un règlement. Lorsque la règle habituelle est ainsi

be clear, on applying the principles of contractual interpretation of the relevant jurisdiction, that that is what the parties intended. In this case, the principles of Quebec contract law applied because the agreement at issue was entered into in Quebec. Had the law of another jurisdiction applied, the question whether the parties intended to renounce the common law exception to settlement privilege that applies where a party seeks to prove the terms of a settlement would have been decided in accordance with the principles applicable in that jurisdiction.

[68] Although I find that the Court of Appeal failed to conduct the necessary contractual interpretation exercise before applying the exception to the common law settlement privilege that enables parties to prove the terms of a settlement, I nevertheless uphold the result it reached. The parties did not renounce the common law rule, which also applies in Quebec, that communications made in the course of negotiations can be used to prove the terms of a settlement.

#### V. Conclusion

[69] For the foregoing reasons, the appeal is dismissed with costs throughout.

*Appeal dismissed with costs throughout.*

*Solicitors for the appellants: Lavery, de Billy, Montréal.*

*Solicitors for the respondents: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitors for the intervener Arbitration Place Inc.: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.*

restreinte, toutefois, il doit être évident, au moment d'appliquer les règles d'interprétation des contrats du ressort compétent, que telle était la volonté des parties. En l'espèce, les principes du droit québécois des contrats s'appliquaient puisque l'entente en cause a été conclue au Québec. Si le droit d'un autre ressort s'était avéré applicable, la question de savoir si les parties avaient l'intention de renoncer à l'exception au privilège relatif aux règlements qui s'applique lorsqu'une partie cherche à faire la preuve des modalités du règlement aurait été tranchée conformément aux règles applicables dans cet autre ressort.

[68] Même si je conclus que la Cour d'appel ne s'est pas livrée à l'exercice nécessaire d'interprétation du contrat avant d'appliquer l'exception au privilège relatif aux règlements de la common law qui permet aux parties de faire la preuve des modalités du règlement, je confirme néanmoins sa décision. Les parties n'ont pas renoncé à la règle de la common law, qui s'applique également au Québec, suivant laquelle les communications faites au cours des négociations peuvent servir à prouver les modalités d'un règlement.

#### V. Conclusion

[69] Pour les motifs susmentionnés, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

*Pourvoi rejeté avec dépens devant toutes les cours.*

*Procureurs des appelantes : Lavery, de Billy, Montréal.*

*Procureurs des intimées : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenante Arbitration Place Inc. : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.*