

CANADA  
PROVINCE DE QUÉBEC  
DISTRICT DE ST-FRANÇOIS  
N°: 450-11-000167-134

## COUR SUPÉRIEURE

CHAMBRE COMMERCIALE

(siégeant en tant que tribunal désigné en vertu de la  
Loi sur les arrangements avec les créanciers des  
compagnies, L.R.C. 1985,  
c. C-36)

---

**DANS L'AFFAIRE DU PLAN D'ARRANGEMENT  
DE :**

**MONTRÉAL, MAINE & ATLANTIQUE CANADA CIE.**

Débitrice

et

**RICHTER GROUP CONSEIL INC.**

Contrôleur

**COMPAGNIE DE CHEMIN DE FER CANADIEN  
PACIFIQUE**

Requérante

---

---

**PLAN D'ARGUMENTATION DE TRINITY<sup>1</sup>  
AU SOUTIEN DE LA CONTESTATION DE LA REQUÊTE *DE BENE ESSE* DE LA  
COMPAGNIE DE CHEMIN DE FER CANADIEN PACIFIQUE POUR ORDONNER LA  
COMMUNICATION DE DOCUMENTS**

---

**À L'HONORABLE JUGE GAÉTAN DUMAS J.C.S., SIÉGEANT EN CHAMBRE  
COMMERCIALE, POUR LE DISTRICT DE ST-FRANÇOIS, TRINITY SOUMET  
RESPECTUEUSEMENT CE QUI SUIT:**

### **I. INTRODUCTION**

1. Le 6 juillet 2013, 72 wagons transportant des produits pétroliers dans un train opéré par la Montréal Maine & Atlantique Canada Cie. (« **MMAC** ») ont déraillé au centre-ville de Lac-Mégantic causant une tragédie ferroviaire (le « **Déraillement** »);

---

<sup>1</sup> Trinity Industries Inc., Trinity Industries Leasing Company, Trinity Tank Car Inc., Trinity Rail Group LLC et Trinity Rail Leasing Warehouse Trust, représentées par McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L. s.r.l.; RIV 2013 Rail Holdings LLC et Trinity Rail Leasing 2012 LLC, représentées par Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L. s.r.l., (collectivement « **Trinity** »)

2. Suite au Déraillement, des procédures judiciaires et un recours collectifs ont été initiés au Canada et aux États-Unis contre MMAC, sa société-mère, la Montréal Maine & Atlantic Railway Ltd (« **MMA** ») et d'autres acteurs de l'industrie ferroviaire, dont Trinity (les « **Recours** »);
3. Le 8 août 2013, l'honorable juge Castonguay a rendu une ordonnance initiale à l'endroit de MMAC (l'« **Ordonnance initiale** ») en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, LRC 1985, c. C-36 (« **LACC** ») et a nommé Richter Groupe Conseil Inc. comme contrôleur de MMAC (le « **Contrôleur** »).
4. Le 17 février 2014, la Cour a ordonné une « *joint status conference* » qui s'est tenue le 26 février 2014 à Bangor, au Maine (États-Unis), permettant aux créanciers, à la fois dans les dossiers canadiens et américains, de se rencontrer et d'entamer des négociations afin de faciliter le dépôt d'un plan d'arrangement par MMAC.
5. Après deux années d'efforts soutenus afin d'être en mesure de présenter un plan d'arrangement qui indemniserait les victimes du Déraillement, MMAC a accepté de signer des « *Plan Support and Settlement Agreements* » (les « **Ententes de règlement** ») avec Trinity (l'« **Entente de règlement** ») et la quasi-totalité des intimées ou défendeurs aux Recours (les « **Settling Defendants** »).
6. Grâce aux Ententes de règlement intervenues avec les *Settling Defendants*, MMAC a été en mesure de présenter un plan d'arrangement à ses créanciers (le « **Plan** »), qui offre plus de 430 millions de dollars à être distribués entre les créanciers de MMAC, principalement les victimes du Déraillement.
7. La Compagnie de Chemin de fer Canadien Pacifique (« **CP** ») est également l'une des intimées aux Recours, mais n'a pas contribué au fonds de dédommagement des créanciers de MMAC.
8. CP ne bénéficiera donc pas des quittances prévues au Plan à l'égard des *Settling Defendants* qui ont contribué au fonds de dédommagement ayant permis la formulation du Plan par MMAC.
9. Le ou vers le 6 mai 2015, la Compagnie de Chemin de fer Canadien Pacifique (« **CP** ») a déposé une *Requête de bene esse de la pour ordonner la communication de documents afin d'obtenir la communication des Ententes de règlements* (la « **Requête pour communication** »).
10. Les arguments soumis par CP au soutien de sa Requête pour communication se résument comme suit :
  - a) la règle de la publicité des débats imposent la communication des Ententes de règlement à CP;
  - b) les droits de CP peuvent être affectés par les Ententes de règlement et, à ce titre, CP a droit à la divulgation des termes complets des Ententes de règlement;
  - c) MMAC ne rencontre pas les critères requis pour l'émission d'une ordonnance de confidentialité à l'égard des Ententes de règlement;

- d) les membres des Recours collectifs intenté contre MMAC ont droit de consulter les Ententes de règlement; et
  - e) il y a eu renonciation à la confidentialité des Ententes de règlement.
11. Pour les motifs plus amplement décrits ci-dessous, Trinity soumet que la Requête pour communication est mal fondée et devrait être rejetée en ce que :
- a) l'entente de règlement conclue entre MMAC et Trinity (l'« **Entente de règlement** ») est confidentielle puisqu'elle est protégée par le privilège relatif aux discussions de règlement;
  - b) CP n'a pas démontré l'existence d'une exception à ce privilège qui l'emporterait sur l'intérêt public à favoriser le règlement amiable des litiges;
  - c) les arguments avancés par CP en lien avec l'approbation du règlement des Recours collectifs sont prématurés et ne sont pas présentés devant le bon tribunal;
  - d) Trinity n'a pas renoncé au privilège à l'égard de l'Entente de règlement.
12. Trinity soumet également à la Cour que, considérant le caractère privilégié de l'Entente de règlement, il est opportun que la Cour émette une ordonnance de non-diffusion et de non-publication à l'égard de l'Entente de règlement, ou, subsidiairement, à l'égard de la somme payée par Trinity aux termes de cette entente.
13. Les énoncés cités en caractère gras ont été mis en emphase par les procureurs soussignés. Il en est de même pour les soulignements.
- II. LA POSITION DE TRINITY À L'ÉGARD DE REQUÊTE DE BENE ESSE DE CP POUR ORDONNER LA COMMUNICATION DE DOCUMENTS**
14. Trinity est disposée à autoriser la communication à CP d'une version caviardée de l'Entente de règlement aux conditions suivantes :
- a) les modalités financières de l'Entente de règlement seront caviardées;
  - b) l'Entente de règlement caviardée ne sera communiquée qu'aux procureurs de CP;
  - c) l'Entente de règlement caviardée et son contenu seront inadmissibles en preuve, à l'exception de leur utilisation pour les fins de l'Ordonnance d'Approbation Canadienne et l'Ordonnance d'Approbation aux États-Unis;
  - d) l'Entente de règlement devra être déposée sous scellé au dossier de la Cour et faire l'objet d'une ordonnance de non-diffusion et de non-publication; et
  - e) la communication de l'Entente de règlement caviardée ne doit pas être interprétée comme une renonciation de Trinity et/ou de MMAC à la confidentialité de l'Entente de règlement et au privilège s'y rattachant.

### III. L'ENTENTE DE RÈGLEMENT EST PRIVILÉGIÉE ET DOIT DEMEurer CONFIDENTIELLE

15. La règle générale de la publicité des débats judiciaires invoquée par CP au soutien de la Requête pour communication n'est pas absolue et doit faire l'objet d'un arbitrage avec le caractère privilégié de l'Entente de règlement.

i) **Le privilège relatif aux discussions en vue de régler un litige**

16. La promotion du règlement rapide et efficace des litiges est une politique judiciaire favorisée par les tribunaux considérant la complexité grandissante des dossiers et les coûts qui y sont associés.

- *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, 2013 CSC 37, para. 11 [Onglet 1]
- *Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier Inc.*, 2014 CSC 35, paras. 32-33 [Onglet 2]
- *Kosko c. Bijimine*, 2006 QCCA 671, paras. 49 et 50 [Onglet 3]

17. La manifestation concrète de cette politique judiciaire est l'existence d'un privilège par lequel les pourparlers de règlement sont confidentiels et ne sont pas admissibles en preuve.

- *Kosko c. Bijimine*, 2006 QCCA 671, para. 49 [Onglet 3]

18. En effet, l'existence de ce privilège repose 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.

- *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, 2013 CSC 37, para. 13 [Onglet 1]

19. Ce principe fondamental a été développé sous la forme d'un privilège de common law puis a été incorporé en droit québécois.

- *Kosko c. Bijimine*, 2006 QCCA 671, para. 55 [Onglet 3]
- *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, paras. 80-81 [Onglet 4]

20. Il est de jurisprudence constante que les discussions entourant le règlement d'un litige sont privilégiées si les critères suivants sont rencontrés :

- a) l'existence d'un litige réel ou éventuel;
- b) une communication faite pour régler le litige; et

- c) une communication faite sous la condition expresse ou implicite de demeurer confidentielle.
- *Société d'énergie de la Baie James c. Lafarge Canada inc.*, [1991] J.Q. no 258 (C.A.Q.) p. 28 [Onglet 5]
21. En l'espèce, les conditions d'ouverture de ce privilège sont rencontrées puisque Trinity a négocié le règlement des Recours sous la condition expresse que ces discussions et l'Entente de règlement qui en a résulté, demeurent confidentielles.
- ii) **Le privilège relatif aux discussions en vue de régler un litige s'étend aux termes de l'Entente de règlement**
22. Au soutien de la Requête pour communication, CP invoque notamment les décisions de la Cour d'appel du Québec dans les affaires *Weinberg c. Ernst & Young, I.I.P.* et *Southam inc. c. Landry*.
23. Une analyse de ces décisions, au-delà des extraits cités par CP dans son plan d'argumentation, révèle que dans ces affaires la Cour d'appel a examiné l'opportunité de divulguer une entente de règlement sous l'angle d'une clause contractuelle de confidentialité en tenant pour acquis que les ententes de règlement n'étaient pas privilégiées.
- *Weinberg c. Ernst & Young, I.I.P.*, 2010 QCCA 1727, paras. 49-50 et 56-59 [Onglet 6]
  - *Southam inc. c. Landry*, 2003 CanLII 71970 (C.A.Q.) [Onglet 7]
  - *Landry c. Southam Inc.*, 2002 CanLII 20587 (C.S.) [Onglet 8]
24. Or, ce postulat de base a été expressément écarté par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Sable Offshore* et *Union Carbide* lesquels ont postérieurement établi que le privilège relatif aux discussions de règlement s'étend à l'entente de règlement elle-même et à son contenu.
- *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, 2013 CSC 37, paras. 17-18 [Onglet 1]

[17] Comme l'a souligné le juge en chef McEachern, le privilège protège les négociations en vue d'un règlement, qu'un règlement intervienne ou non. **Par conséquent, les négociations fructueuses doivent bénéficier d'une protection au moins égale à celle des négociations qui n'aboutissent pas à un règlement.** Le raisonnement adopté dans *Brown c. Cape Breton (Regional Municipality)*, 2011 NSCA 32 (CanLII), 302 N.S.R. (2d) 84, est révélateur. La demanderesse a intenté des poursuites distinctes contre un défendeur et une défenderesse pour des blessures différentes subies au même genou. Elle a conclu un règlement amiable avec le défendeur et la Cour d'appel devait décider si le juge du procès avait eu raison d'ordonner que la somme convenue au règlement soit communiquée à la défenderesse dans l'autre poursuite. Le juge Bryson a conclu que la communication n'aurait pas dû être ordonnée puisqu'une analyse du privilège relatif aux règlements fondée sur des principes ne justifiait

pas que l'on établisse une distinction entre les négociations en vue d'un règlement et l'entente finalement négociée :

[traduction] Certaines décisions font une distinction entre l'application du privilège aux négociations et son application à l'entente elle-même. [...] *La distinction [...] est arbitraire.* Les raisons pour lesquelles on met les communications en vue d'un règlement à l'abri de leur divulgation ne deviennent généralement pas caduques à la conclusion d'une entente. *D'habitude, les parties ne sont pas plus disposées à dévoiler publiquement les modalités de leur entente que le contenu des négociations ayant abouti à celle-ci.* [Italiques ajoutés; par. 41.]

[...]

[18] Puisque la somme négociée constitue un élément clef du « contenu de négociations fructueuses », et reflète les admissions, offres et compromis faits au cours des négociations, elle est elle aussi protégée par le privilège. **Je sais que dans certaines décisions plus anciennes, les tribunaux n'ont pas appliqué le privilège à l'entente** (voir *Amoco Canada Petroleum Co. c. Propak Systems Ltd.*, 2001 ABCA 110 (CanLII), 281 A.R. 185, par. 40, citant *Hudson Bay Mining and Smelting Co. c. Wright* (1997), 1997 CanLII 11529 (MB QB), 120 Man. R. (2d) 214 (B.R.)), **mais il vaut mieux à mon avis adopter une approche qui favorise avec plus de vigueur le règlement amiable en en protégeant le contenu.**

- *Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier Inc.*, 2014 CSC 35, paras. 32-33 [Onglet 2]

25. La Requête pour communication de CP doit donc être analysée sous l'angle des exceptions au privilège relatif aux discussions de règlement plutôt que simplement sous l'angle d'une clause contractuelle de confidentialité.

#### IV. CP N'A PAS DÉMONTRÉ L'EXISTENCE D'UNE EXCEPTION AU PRIVILÈGE RELATIF AUX DISCUSSIONS DE RÈGLEMENT QUI L'EMPORTERAIT SUR L'INTÉRÊT PUBLIC À FAVORISER LE RÈGLEMENT AMIABLE DES LITIGES

26. CP ne s'est pas déchargée du fardeau de démontrer qu'elle rencontre une des exceptions au privilège relatif aux discussions de règlement qui ont été développées par la jurisprudence.

##### i) CP a le fardeau de démontrer que l'Entente de règlement doit lui être communiquée

27. Le privilège relatif au litige a été qualifié de privilège générique (*class or blanket privilege*) ce qui signifie qu'une fois que les conditions d'ouverture de ce privilège ont été rencontrées, les discussions ou documents couverts par ce privilège bénéficient d'une présomption *prima facie* de confidentialité et d'inadmissibilité.

28. Conséquemment, il revient à CP de convaincre la Cour que l'Entente de règlement doit lui être communiquée malgré son caractère privilégié.

- *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, 2013 CSC 37, para. 12 [Onglet 1]
- *Brown v. Cape Breton (Regional Municipality)*, 2011 NSCA 32, paras. 56, 59-60 [Onglet 9]

[56] But the fundamental reason that the case-by-case analysis should be rejected is that it does not adequately support the policy underlying settlement privilege. **If settlement discussions and agreements are not prima facie privileged and therefore are disclosable, the very reason for protecting and fostering informal resolution of disputes is at risk.** The price of this approach is uncertainty of application of the rule. [...]

[59] Moreover, as a general proposition, the “truth seeking” purpose of litigation is not seriously impaired by protecting settlement communications. Their probative value is suspect. Such communications only arise in the context of the dispute, for the purpose of resolution, and are secondary to the dispute itself. Typically they would not exist but for the privilege. **So as a matter of policy, the argument for disclosure is inherently weaker for such communications. Correspondingly, the policy favouring non-disclosure is inherently stronger.** That strength is entitled to the greater certainty which class privilege confers. The practical fruit of that strength is the imposition of a burden on the challenging party to overcome the privilege.

[60] **If settlement privilege enjoys a “class” status, those seeking an exception carry the burden of establishing an exception.** If settlement privilege requires a case-by-case analysis, then the burden rests with the claimant of privilege. As a matter of practice, it would be unwise to send a message to litigants and the bar that communications designed to explore settlement are prima facie disclosable unless a judge, applying the Wigmore test, says otherwise. **The importance of the doctrine, coupled with the need for relative certainty of application, favours a class approach.**

ii) **Les motifs invoqués par CP ne justifient pas la communication de l’Entente de règlement**

29. CP n’a pas fait la preuve qu’un intérêt public opposé favorisant la communication de l’Entente de règlement l’emporte sur l’intérêt public à favoriser le règlement amiable des litiges.

- *Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier Inc.*, 2014 CSC 35, para. 34 [Onglet 2]
- *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, 2013 CSC 37, para. 30 [Onglet 1]

[30] Pour analyser comme il se doit la revendication d’une exception au privilège relatif aux règlements, **il ne faut pas se demander simplement si les défendeurs non parties au règlement tirent un quelconque avantage tactique de la divulgation, mais si le motif de la divulgation l’emporte sur le principe suivant lequel il faut favoriser les règlements amiables.** Bien que le fait d’empêcher la divulgation du contenu et des résultats des négociations en vue d’un règlement ait l’avantage évident de favoriser les règlements amiables,

le refus de divulguer les sommes convenues aux ententes en l'espèce ne cause guère de préjudice corrélatif.

- *Dos Santos v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2005 BCCA 4, paras. 19-20 [Onglet 10]

[19] However, the test for discharging the burden to establish an exception should not be set too low. **The public policy behind settlement privilege is a compelling one. It is so compelling that even threats arising in the context of settlement negotiations may not justify an exception:** Unilever, supra at p. 2449-2450.

[20] To establish an exception in this case, the defendant must show that a competing public interest outweighs the public interest in encouraging settlement. **An exception should only be found where the documents sought are both relevant, and necessary in the circumstances of the case to achieve either the agreement of the parties to the settlement, or another compelling or overriding interest of justice.**

30. La communication d'une entente de règlement partiel d'un litige impliquant une multitude de parties demeure une exception à la règle générale de confidentialité de ce type d'entente et la simple pertinence de l'Entente de règlement n'est pas suffisante pour en obtenir la communication.
- *Brown c. Cape Breton (Regional Municipality)*, 2011 NSCA 32, para. 64 [Onglet 9]
31. Les exceptions au privilège relatif aux discussions de règlement doivent être interprétées restrictivement.
- *Heritage Duty Free Shop Inc. v. Attorney General for Canada*, 2005 BCCA 188, para. 25 [Onglet 11]
- [25] The established rule has a useful public policy consideration. Maintaining settlement privilege promotes and fosters settlement of matters that might otherwise cause extensive hardship and cost to the public and to public bodies. **Exceptions are, as can be seen from Middelkamp, B.C. Children's Hospital and Dos Santos, narrowly defined and seldom applied.** In my opinion, no public policy issue has been demonstrated that would provide for an exception to the general rule of disclosure of settlement negotiations.
32. Les tribunaux ont généralement reconnu que **l'existence** d'une entente de règlement partiel d'un litige impliquant une multitude de parties doit habituellement être divulguée.
- *Bioriginal Food & Science Corp v Sascopack Inc*, 2012 SKQB 469, para. 20 [Onglet 12]
33. Or, CP a effectivement été informée de l'existence de l'Entente de règlement.
34. L'obligation d'informer les parties de l'existence de l'entente de règlement n'implique pas pour autant la divulgation de ses termes en l'absence de motifs justifiant la nécessité d'une telle divulgation.



- *Glasjam v. Freedman*, 2014 ONSC 3878, para. 43 [Onglet 13]

Settlement privilege exists to encourage and support the resolution of disputes without prolonging the personal and public expense and time involved in litigation. As such all settlement discussions and the outcome of those discussions are protected by privilege. It is a class privilege which is subject to certain exceptions. One begins therefore with the proposition that any agreement arising from settlement negotiations is privileged. Disclosure will only be justified where a competing public interest outweighs the public interest in encouraging settlement. **Moreover, as the court makes clear, it will only be necessary to disclose as much of the agreement as is necessary to satisfy that interest.** In the *Sable Offshore Energy Inc.* case the co-defendants had disclosed that there was an agreement and that the non settling defendants could not be held liable for more than their fair share of the damages. The court agreed that the co-defendants were not entitled to know the settlement amounts.

35. Les tribunaux ont énoncé un nombre limité d'exceptions au privilège relatif aux discussions de règlement dans un contexte du règlement partiel d'un litige et CP ne rencontre aucune de ces exceptions.
36. Les objectifs qui sous-tendent la divulgation d'entente de règlement à des tiers malgré leur caractère privilégié peuvent être réunis en trois catégories:
- a) éviter la double indemnisation des demandeurs;
  - b) assurer la préservation du caractère adversarial du processus judiciaire par la divulgation du rôle et de l'intérêt de chaque partie au litige; et
  - c) assurer la divulgation équitable de la preuve en permettant à la partie qui n'est pas partie à l'entente de règlement d'être informée des ententes de coopération entre les parties qui ont conclu l'entente de règlement, le cas échéant.
- *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, 2013 CSC 37, para. 19-25 [Onglet 1]
  - *Bilfinger Berger (Canada) Inc. v. Greater Vancouver Water District*, 2014 BCSC 1560, paras. 152 [Onglet 14]
  - *Brown v. Cape Breton (Regional Municipality)*, 2011 NSCA 32, paras. 62-74 [Onglet 9]
  - *Dos Santos v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2005 BCCA 4 [Onglet 10]
37. En l'espèce, il appert de la version caviardée de l'Entente de règlement entre Trinity et MMAC que :
- a) la divulgation de la somme globale payée par les Settling Defendants et celle reçue par les créanciers de MMAC prévient le risque de surindemnisation des créanciers de MMAC; et
  - b) l'Entente de règlement ne modifie pas la nature adversariale des Recours;

- c) l'Entente de règlement n'a aucun impact sur la disponibilité de la preuve pour CP;
- d) l'Entente de règlement ne prévoit aucune entente de coopération entre les Settling Defendants, MMAC et/ou les demandeurs dans les Recours à l'exception d'une coopération limitée avec MMAC et pour les fins de l'approbation du Plan par la Cour et par le tribunal américain.
38. Malgré l'offre de Trinity de transmettre une version caviardée de l'Entente de règlement, CP cherche toujours à obtenir le montant précis payé par chacun des Settling Defendants.
39. Or, la simple ignorance de la somme payée par Trinity aux termes de l'Entente de règlement ne peut servir à écarter le principe fondamental du privilège relatif aux discussions de règlement.
- *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, 2013 CSC 37, para. 30 [Onglet 1]
  - *Bioriginal Food & Science Corp v Sascopack Inc*, 2012 SKQB 469, para. 33 [Onglet 12]
  - *Brown v. Cape Breton (Regional Municipality)*, 2011 NSCA 32, para. 67 [Onglet 9]
40. Puisque CP n'a pas démontré qu'un intérêt d'ordre public justifiait la divulgation de l'Entente de règlement, la divulgation réclamée par CP doit être refusée suivant les enseignements de la Cour suprême du Canada puisqu'elle ne vise que l'obtention d'un avantage tactique.
- *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, 2013 CSC 37, para. 29 [Onglet 1]
- [29] [...] Et le juge Bryson a résumé de manière convaincante en ces termes les arguments contradictoires dans *Brown* :
- [traduction] Certains tribunaux sont d'avis qu'il faut aller plus loin et divulguer la somme convenue à l'entente. Ils affirment soit que l'entente (contrairement aux négociations) ne fait pas l'objet d'un privilège, soit que les parties au règlement amiable disposent d'un avantage auquel il doit être remédié par la divulgation. [. . .] Si les parties qui en viennent à un règlement bénéficient vraiment de ce fait d'un avantage aux dépens des autres parties, c'est un avantage qu'elles ont négocié. **Les tribunaux devraient hésiter à leur enlever cet avantage en leur ordonnant de dévoiler la somme à la demande des parties qui n'ont pas réglé à l'amiable parce qu'elles se sont montrées inflexibles ou pour d'autres raisons.** L'argument selon lequel la divulgation favoriserait un règlement entre les autres parties ne tient pas compte du fait que souvent, s'il n'y avait pas de privilège, il n'y aurait pas de premier règlement.
- [30] Pour analyser comme il se doit la revendication d'une exception au privilège relatif aux règlements, **il ne faut pas se demander simplement si les défendeurs non parties au règlement tirent un quelconque avantage tactique de la divulgation**, mais si le motif de la divulgation l'emporte sur le

principe suivant lequel il faut favoriser les règlements amiables. Bien que le fait d'empêcher la divulgation du contenu et des résultats des négociations en vue d'un règlement ait l'avantage évident de favoriser les règlements amiables, le refus de divulguer les sommes convenues aux ententes en l'espèce ne cause guère de préjudice corrélatif.

41. Les décisions citées par CP au soutien de sa demande de communication de documents ont été rendues majoritairement à l'égard d'entente de type *Mary Carter* et ce, antérieurement aux décisions de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Sable Offshore* et *Union Carbide*.
42. L'Entente de règlement n'est pas une entente de type *Mary Carter* puisqu'elle ne contient pas les éléments caractéristiques de ce type d'entente propres à inciter les défendeurs qui ont réglé le litige, à coopérer avec le demandeur en vue de diminuer leur part de responsabilité.
- *Nadeau Poultry Farm Limited v Desjardins & Desjardins Consultants Inc*, 2014 NBQB 81 [Onglet 15]

[42] There are fundamental differences between a Mary Carter agreement and a Pierringer agreement. Although such agreements change the landscape of the litigation, the Mary Carter agreement does so more substantially than the Pierringer agreement. **In a Mary Carter agreement, the settling defendants remain as parties in the lawsuit and have a stake in the outcome of the trial. The settling defendants agree to pay a certain contribution to the plaintiff; however that contribution has the potential to decrease depending on the result at trial. It typically contains a provision whereby the settling defendant is to recover some of the monies paid in the event the plaintiffs recover more than they were paid under the agreement. The settling defendants try to impart liability on the non-settling defendants as much as possible, in order to decrease their contribution to the plaintiff.** This explains, in part, why immediate disclosure of the fact of its existence is so important.

[43] In a typical Mary Carter agreement, the settling defendant is no longer adverse to the plaintiff. Instead, the settling defendant now has an incentive to establish the liability of the non-settling defendant. In a Pierringer agreement, the settling defendant is extricated from the lawsuit and no longer has any stake in the outcome of the trial. The settling defendant has no incentive to establish the liability of the non-settling defendant. As such, a Pierringer agreement does not change the landscape of the litigation in the same manner as a Mary Carter agreement does.

43. Ainsi, la jurisprudence relative aux ententes de type *Mary Carter* qui favorise une divulgation plus étendue n'est pas applicable en l'espèce puisque l'Entente de règlement n'aura aucun impact sur la responsabilité éventuelle de CP aux termes des Recours.
44. En résumé, CP échoue à démontrer en quoi il serait justifié de mettre de côté l'importance du privilège relatif aux discussions de règlement pour divulguer les sommes payées individuellement par les Settling Defendants et la divulgation intégrale des Ententes de Règlement.

## V. LES CRITÈRES POUR L'ÉMISSION D'UNE ORDONNANCE DE CONFIDENTIALITÉ À L'ÉGARD DE L'ENTENTE DE RÈGLEMENT SONT RENCONTRÉS

45. Dans l'affaire *Sierra Club*, la Cour suprême du Canada a établi un test en deux parties afin de déterminer si l'émission d'une ordonnance de confidentialité est justifiée :
- a) l'ordonnance est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour un intérêt important; et
  - b) ses effets bénéfiques l'emportent sur ses effets préjudiciables
- *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, para. 53 [Onglet 16]

46. La Cour suprême du Canada a reconnu dans l'affaire *Union Carbide* que l'importance de la protection du privilège relatif aux discussions de règlement justifie l'émission d'une ordonnance de confidentialité si les autres critères établis dans l'affaire *Sierra Club du Canada* sont rencontrés.
- *Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier Inc.*, 2014 CSC 35, para. 66 [Onglet 2]

Voir également :

- *Mr. K. v. E.K.*, 2004 ABQB 847, para. 26 [Onglet 17]
  - *Histed v. Law Society of Manitoba*, 2005 MBCA 106, paras. 42-45 et 49 (permission d'appel refusée) [Onglet 18]
47. En l'espèce, la balance des intérêts favorise nettement l'émission d'une ordonnance de confidentialité à l'égard de l'Entente de règlement.
48. Trinity a négocié et conclu l'Entente de règlement dans l'expectative que celle-ci resterait confidentielle tel que le démontre l'inclusion d'une clause contractuelle de confidentialité à l'Entente de règlement.
49. Le préjudice que subirait Trinity, si les sommes qu'elle a payée aux termes de l'Entente de règlement étaient révélées publiquement, lui causerait un tort irréparable dans la conduite ultérieure des Recours si le Plan n'était pas approuvé par la Cour et par le tribunal américain ou si, pour quelque motif, il n'était pas exécuté.
- *Hollinger Inc. (Re)*, 2011 ONCA 579, para. 15 (permission d'appel refusée) [Onglet 19]

[15] The respondents assert that their interest in maintaining the confidentiality of the amounts of the proposed settlements falls squarely within litigation settlement privilege. **Simply put, the respondents say that should the settlement agreements not be approved, they would be unfairly prejudiced in the litigation that would follow if they had to disclose publicly the amounts they were prepared to pay or accept in settlement of the claims asserted by the Litigation Trustee.**

50. Au contraire, l'ordonnance de confidentialité recherchée par MMAC ne causera aucun préjudice aux parties prenantes du processus de restructuration de MMAC dans la mesure où l'identité et la somme globale payée par les Settling Defendants est publique.

**VI. LES ARGUMENTS AVANCÉS PAR CP EN LIEN AVEC L'APPROBATION DU RÈGLEMENT DES RECOURS COLLECTIFS SONT PRÉMATURÉS ET NE SONT PAS PRÉSENTÉS DEVANT LE BON TRIBUNAL**

51. CP prétend que les membres des Recours collectif pourraient éventuellement obtenir une copie de l'Entente de règlement à l'étape de l'approbation du règlement des Recours collectifs et que, conséquemment, l'Entente de règlement ne peut pas être visée par l'ordonnance de confidentialité recherchée par MMAC.
52. Cet argument est mal fondé.
53. D'une part, l'ordonnance de confidentialité recherchée par MMAC et contestée par CP est présentée devant la Cour chargée de superviser le processus de restructuration de MMAC et MMA en vertu de la LACC, et non dans cadre des Recours collectifs.
54. L'approbation du règlement des Recours collectifs se fera lors d'une étape distincte, tel que prévu à l'article 6.1 du Plan.
55. La Cour doit donc considérer l'opportunité d'émettre l'ordonnance recherchée par MMAC dans le contexte de l'homologation du Plan et, plus généralement, du processus en vertu de la LACC initié par MMAC et MMA.
56. D'autre part, rien n'indique que les parties intéressées ne pourraient pas requérir une ordonnance de la même nature que celle présentement recherchée lors de l'approbation du règlement des Recours collectifs.
57. Si (et seulement si) une seconde ordonnance de confidentialité est demandée dans le cadre des Recours collectifs, elle devra être analysée par le tribunal chargé d'entendre cette requête.
58. Il est donc prématuré pour CP d'invoquer le résultat hypothétique de la présentation ultérieure d'une requête devant un tribunal distinct afin de contrer la demande d'ordonnance de confidentialité de MMAC devant cette Cour.
59. Finalement, CP n'a pas l'intérêt requis pour avancer cet argument puisque, en ce faisant, CP se retrouve à plaider au nom d'autrui soit les membres des Recours collectif.

**VII. TRINITY N'A PAS RENONCÉ À LA CONFIDENTIALITÉ DE L'ENTENTE DE RÈGLEMENT**

60. MMAC et Trinity n'ont pas renoncé au caractère privilège de l'Entente de règlement.
61. Subsidiairement, si la Cour en venait à la conclusion que MMAC ou un des Settling Defendants a renoncé à ce privilège, Trinity soumet que cette renonciation ne lui est pas opposable puisqu'elle n'a pas elle-même renoncé à la confidentialité de l'Entente de règlement.

62. Bien qu'une partie puisse renoncer de façon tacite à un privilège, cette renonciation doit être volontaire, claire et évidente.

- *L'union canadienne, compagnie d'assurances c. St-Pierre*, 2012 QCCA 433, para. 42 et 51 [Onglet 20]

[42] **Une partie peut renoncer à un privilège qui lui est accordé.** Cela peut être le cas lorsqu'une partie produit le rapport d'expertise privilégié, lorsque l'avocat de l'assureur interroge l'expert sur le contenu de son rapport, lorsqu'une partie en divulgue des éléments qui lui sont favorables, ou encore, lorsqu'elle allègue l'existence et le contenu de ce rapport dans ses actes de procédures [...]

[51] L'appelante n'a pas renoncé au privilège. Une renonciation peut être tacite, mais, faut-il le rappeler, elle doit être « volontaire, claire et évidente », ce qui n'est pas le cas ici.

- *Schenker du Canada ltée c. Groupe Intersand Canada inc.*, 2012 QCCA 171, para. 25 [Onglet 21] (Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée 2012 CanLII 41197)

[25] Si la renonciation à ce droit fondamental peut être implicite, il n'en faut pas moins que le consentement à cette fin soit **éclairé, libre et sans équivoque**.

63. Au soutien de l'affirmation selon laquelle les Settling Defendants ont renoncé à la confidentialité des Ententes de règlement, CP invoque certaines discussions qui ont eu lieu entre MMAC, les procureurs du Gouvernement du Québec, les procureurs des Requéranants des Recours collectifs et les procureurs des familles décédées.

64. La simple mention de l'existence de ces discussions faites par les procureurs de MMAC au cours de l'audition du 15 avril 2015 ne saurait être considérée comme une renonciation volontaire et sans équivoque par l'ensemble des Settling Defendants.

65. De plus, ces discussions ont clairement été conduites par MMAC dans le cadre de négociations visant à régler un litige entre MMAC et de telles discussions sont elles-mêmes privilégiées.

66. Subsidiairement, Trinity soumet que son consentement préalable était essentiel pour que MMAC puisse renoncer au privilège relatif à l'Entente de règlement puisque MMAC n'est pas l'unique détenteur de ce privilège.

- Léo DUCHARME, *L'administration de la preuve*, 4e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, par. 457 [Onglet 22]

Lorsque deux personnes ou plus consultent conjointement un avocat, chacune est titulaire du secret professionnel. Dans le cadre d'un litige entre les titulaires conjoints du secret, chacun possède le droit d'y renoncer. **Mais, dans le cadre d'un litige entre l'un des titulaires et un tiers, le consentement de tous serait requis pour qu'il y ait renonciation.** Il y a lieu de souligner qu'il a été jugé que, lorsqu'une personne confie à un avocat le mandat de rédiger une convention, seule cette personne est titulaire du secret professionnel, à l'exclusion des autres parties à cette convention.

- *Re Chiang*, 2013 ONSC 6753, paras. 14 et 23 [Onglet 23]

[14] Settlement discussions between adverse parties, made with a view to settling the dispute between them are also clearly privileged. The purpose of settlement privilege is to ensure parties can resolve their disputes by negotiating freely without fear of later prejudice. Communications parties make in the course of their negotiations to settle their dispute are inadmissible. **Settlement privilege is jointly held by all parties to the negotiation and cannot be unilaterally waived by any one party.** [...]

[...]

[23] Solicitor client privilege is close to absolute. A joint holder of privilege cannot unilaterally waive solicitor-client privilege without the consent of the co-holder of that privilege. The same principle applies to litigation privilege, settlement privilege or common interest privilege. Thus, if I determine that the impugned documents are subject to one of these types of privilege, they cannot be disclosed to any third parties, since KDS does not waive its privilege of any kind.

67. Trinity n'a pas consenti ou renoncé de quelque façon que ce soit au privilège associé à l'Entente de règlement à l'égard de CP.
68. Trinity a uniquement autorisé MMAC à transmettre un projet de l'Entente de règlement aux procureurs du Gouvernement du Québec et aux procureurs des victimes de dommages corporels découlant du Déraillement à condition que ces derniers s'engagent à en préserver la confidentialité.
69. Ainsi, pour être opposable à Trinity, toute renonciation aurait nécessairement dû être précédée de son consentement.
- *Caterpillar Tractor Co. v. Ed Miller Sales & Rentals Ltd.*, 1988 ABCA 282 [Onglet 25]

[23] The respondent also contends that, if the privilege existed, the Caterpillar Companies waived that privilege, first by handing the report to the Director, or secondly by failing to object when the report was produced at the examination for discovery of the officer of R. Angus Alberta Limited. Again, in my view, neither argument has substance.

[24] It must first be noted that the Director's inquiry is not a public proceeding. The Director hears witnesses in private and even in the absence of other subjects of the inquiry and their solicitors. **Secondly, to hand a privileged document to one party to litigation for the purpose of settlement or any other purpose, does not, in my opinion, show any intention that the privilege is thereby to terminate as to other parties in related litigation.**

70. Par ailleurs, lorsqu'une partie donne accès à des informations privilégiées à une autre dans le cadre de discussions visant à régler un litige, cette communication ne peut constituer une renonciation au privilège envers les autres parties au litige.
71. Dans l'affaire *Centre Marcel-Boivin inc. c. Société immobilière du Québec*, un règlement était intervenu entre les membres d'un recours collectif et le gouvernement du Québec. Le règlement prévoyait que les membres cédaient au gouvernement du Québec les expertises qu'ils avaient fait préparer et les droits qui s'y rattachaient. La demanderesse, qui avait intenté un recours similaire à celui des membres du recours, cherchait à obtenir

la communication des expertises en invoquant une renonciation au caractère privilégié des expertises par les membres.

72. La Cour d'appel a maintenu le privilège relatif à ces expertises en affirmant ce qui suit :

- *Centre Marcel-Boivin inc. c. Société immobilière du Québec*, 2007 QCCA 749, para. 44 [Onglet 24]

[44] Bref, en raison du règlement intervenu, les audiences publiques du recours collectif n'ont jamais débuté. Tout au long des procédures antérieures au règlement, les parties au recours collectif n'ont jamais rendu publiques leurs expertises. Elles n'ont pas non plus renoncé au secret professionnel qui s'y rattache, et ce, à une exception près. Les expertises furent communiquées au P.G. aux termes de l'article 331.1 C.p.c. **Théoriquement, seul ce dernier pourrait invoquer que la partie adverse a renoncé au privilège attaché aux expertises. Cette situation ne peut en aucun cas conférer un droit quelconque à un tiers, dont l'appelante, d'avoir accès à ces expertises.**

73. Partant, même si la Cour concluait que MMAC a effectivement renoncé au privilège relatif aux ententes de règlement, cette renonciation : (i) ne peut lier Trinity en l'absence d'une renonciation claire et sans équivoque de sa part; et (ii) cette renonciation, laquelle est niée, ne serait qu'au bénéfice du Gouvernement du Québec et des procureurs des victimes de dommages corporels découlant du Déraillement.

#### VIII. ÉMISSION D'UNE ORDONNANCE DE NON PUBLICATION

74. Trinity soumet à la Cour que, considérant le caractère privilégié de l'Entente de règlement, il est opportun que la Cour émette une ordonnance de non-diffusion et de non-publication à l'égard de l'Entente de règlement, ou, subsidiairement, à l'égard de la somme payée par Trinity aux termes de cette entente.

75. Cette mesure de protection est nécessaire puisque le dépôt sous scellé de l'Entente de règlement recherché par MMAC n'empêchera pas la dissémination des informations qui pourrait être divulguées au cours de l'audition.

- *Constructions Louisbourg Itée c. Société Radio-Canada*, 2012 QCCS 767, paras. 38-40 et 42-45 [Onglet 27] (Appel rejeté : 2014 QCCA 155)

[38] Louisbourg plaide qu'une ordonnance de mise sous scellés inclut implicitement une interdiction de publication.

[39] Ce n'est pas l'avis du Tribunal. De l'avis de la Cour, une ordonnance de mise sous scellés ne comprend pas une ordonnance de non-publication.

[40] Comme on l'a dit, la mise sous scellés veut dire que le dossier cesse d'être accessible au public et ne peut plus être consulté, sauf levée des scellés ou autorisation d'un juge. [...]

[42] Dans le cas d'une ordonnance de non-publication, l'information est diffusée aux gens présents dans la salle d'audience ou qui consultent le dossier, lequel demeure accessible, mais ceux qui en prennent ainsi connaissance ne peuvent



faire état dans une publication de l'information ainsi obtenue, que la publication soit écrite, électronique ou verbale.

[43] M. le juge Dalphond décrivait ainsi dans l'affaire R. (B.) et J. (D.) précitée la nature de l'ordonnance :

« [...] Par contre, l'ordonnance de non-diffusion et de non-publication est une injonction faite à toutes les personnes qui en prendront connaissance, et en particulier les journalistes, leur interdisant de poser certains gestes.» [soulignement de la Cour]

[44] L'extrait de la décision de la Cour d'appel dans l'affaire Métromédia cité précédemment indique par ailleurs bien que pour la Cour, il y a une distinction très nette entre «rendre inaccessible au public» et «empêcher que l'on réfère à».

[45] De l'avis du Tribunal, la mise sous scellés et la non-publication sont deux ordonnances distinctes qui n'ont pas la même finalité ni la même portée

76. L'ordonnance de non-diffusion et de non-publication demandée par Trinity est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour la bonne administration de la justice, soit (i) le respect du principe fondamental du caractère privilégié des discussions de règlement et (ii) éviter le préjudice que subirait Trinity dans la conduite ultérieure des Recours, le cas échéant, si les modalités et, plus particulièrement, les modalités financières de l'Entente de règlement étaient rendues publiques.
77. Dans le cadre de ce dossier et des efforts soutenus de MMAC et de Trinity (et de l'ensemble des Settling Defendants) pour parvenir aux Ententes de règlement, les effets bénéfiques de l'ordonnance de non-publication recherchée sont plus importants que ses effets préjudiciables.
78. En effet, l'identité des Settling Defendants et la somme globale qu'ils se sont engagés à contribuer pour permettre à MMAC de présenter le Plan ont déjà été révélées publiquement.
79. L'intérêt du public à connaître la contribution spécifique de Trinity à ce fonds ne saurait prévaloir sur (i) la politique judiciaire visant à favoriser le règlement rapide et efficace des litiges hors cour et (ii) le droit à une défense pleine et entière de Trinity dans la conduite ultérieure des Recours, le cas échéant.
- *Histed v. Law Society of Manitoba*, 2005 MBCA 106, paras. 43-45 (permission d'appel refusée) [Onglet 18]

**Encouraging settlements is an important goal in the administration of justice. It is in the public's interest that as many legal disputes as possible be settled by the parties themselves in a consensual way.** There is a growing recognition that alternative methods of dispute resolution can be faster, more cost effective for the parties and lead to a better result than court-imposed resolutions. **The confidentiality surrounding settlement negotiations support that goal.**

**The present trend in the law is to increasingly provide a blanket privilege protecting the disclosure of all communications made in furtherance of a**

**settlement from both the parties to that settlement and any third parties or strangers on the basis of a public policy promoting settlement out of court.**

Taken together, the balance under these circumstances favours protecting the integrity of the settlement over the public's right to have access to the information.

80. Finalement, la portée de l'ordonnance recherchée est limitée à son strict minimum et il n'existe pas de mesures alternatives pour écarter le risque du préjudice que subirait Trinity si les modalités et, plus particulièrement, les modalités financières de l'Entente de règlement étaient rendues publiques.

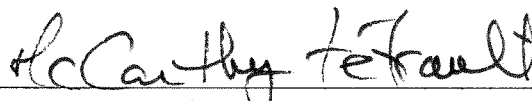
- *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, para. 81 [Onglet 4]

**La préservation de la confidentialité des négociations en vue d'un règlement constitue un objectif d'ordre public d'une importance capitale**, et rien dans les présents motifs ne devrait être interprété comme dérogeant à ce principe. **Toutefois, il convient de souligner que les engagements de confidentialité ne lient que les parties aux négociations en vue d'un règlement et leurs mandataires.** À condition qu'un journaliste n'ait pas manqué à une promesse de confidentialité, une interdiction de publication ne se justifiera que dans les cas où le test de mise en balance favorise par ailleurs la non-publication.

## IX. CONCLUSION

81. Considérant ce qui précède et à la lumière des récents arrêts de la Cour suprême du Canada sur le sujet, Trinity soumet que CP n'a pas réussi à faire valoir de motifs pouvant justifier de mettre de côté le privilège associé à l'Entente de règlement ni à faire la preuve d'une renonciation sans équivoque qui serait opposable à Trinity.
82. Conséquemment, la Requête de CP devrait être rejetée et l'ordonnance de confidentialité recherchée par MMAC et l'ordonnance de non-diffusion et de non-publication recherchée par Trinity à l'égard de l'Entente de règlement devraient être accordées.

MONTREAL, le 12 juin 2015



**MCCARTHY TÉTRAULT S.E.N.C.R.L., S.R.L.**

Procureurs de Trinity Industries Inc., Trinity Industries Leasing Company, Trinity Tank Car Inc., Trinity Rail Group LLC et Trinity Rail Leasing Warehouse Trust

N° 450-11-000167-134  
COUR SUPÉRIEURE  
PROVINCE DE QUÉBEC  
DISTRICT DE ST-FRANÇOIS

---

**DANS L'AFFAIRE DU PLAN  
D'ARRANGEMENT DE :  
MONTRÉAL, MAINE & ATLANTIQUE  
CANADA CIE.**

Débitrice

-et-

**RICHTER GROUPE CONSEIL INC.**

Contrôleur

-et-

**COMPAGNIE DE CHEMIN DE FER  
CANADIEN PACIFIQUE**

Requérante

---

**PLAN D'ARGUMENTATION DE TRINITY AU  
SOUTIEN DE LA CONTESTATION DE LA  
REQUÊTE *DE BENE ESSE* DE LA  
COMPAGNIE DE CHEMIN DE FER  
CANADIEN PACIFIQUE POUR ORDONNER  
LA COMMUNICATION DE DOCUMENTS**

---

**Original**

---

Me Michel Gagné/cstj/799998-700099

---

BC0847

**McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.**

Avocats • Agents de brevets et marques de commerce  
Barristers & Solicitors • Patent & Trade-mark Agents

Bureau 2500  
1000, rue De La Gauchetière Ouest  
Montréal (Québec) H3B 0A2  
Tél. : 514 397-4100  
Télec. : 514 875-6246