

<p>A-194-95</p> <p>T. Geoffrey Bertram (<i>Appellant</i>)</p> <p>v.</p> <p>Her Majesty the Queen (<i>Respondent</i>)</p> <p>A-292-95</p> <p>J. Arthur Carson (<i>Appellant</i>)</p> <p>v.</p> <p>Her Majesty the Queen (<i>Respondent</i>)</p> <p><i>INDEXED AS: BERTRAM v. CANADA (C.A.)</i></p>	<p>A-194-95</p> <p>T. Geoffrey Bertram (<i>appellant</i>)</p> <p>c.</p> <p>a Sa Majesté la Reine (<i>intimée</i>)</p> <p>A-292-95</p> <p>J. Arthur Carson (<i>appellant</i>)</p> <p>b c.</p> <p>Sa Majesté la Reine (<i>intimée</i>)</p> <p><i>RÉPERTORIÉ: BERTRAM c. CANADA (C.A.)</i></p>	<p>A-194-95</p> <p>T. Geoffrey Bertram (<i>appellant</i>)</p> <p>c.</p> <p>a Sa Majesté la Reine (<i>intimée</i>)</p> <p>A-292-95</p> <p>J. Arthur Carson (<i>appellant</i>)</p> <p>b c.</p> <p>Sa Majesté la Reine (<i>intimée</i>)</p> <p><i>RÉPERTORIÉ: BERTRAM c. CANADA (C.A.)</i></p>
---	---	---

Court of Appeal, Hugessen, Linden and McDonald JJ.A.—Toronto, November 27; Ottawa, December 18, 1995.

Practice — Privilege — Appeals from TCC decisions ordering taxpayers to answer examination for discovery questions concerning document produced during meeting with Revenue Canada officials — Document omitting relevant information contained in similar document in Crown's possession — Whether meeting held without prejudice, protected from disclosure by settlement privilege — Purpose of meeting must be honest mutual attempt to negotiate settlement — Meeting not qualified as settlement negotiation — Exclusionary rule not protecting misrepresentation, dishonest dealing — Privilege lost where party attempts to use settlement negotiation to mislead other party — Questions designed to elicit information, admissions about such attempt must be answered.

These were appeals from Tax Court of Canada decisions ordering taxpayers to answer certain questions which had been refused on their examinations for discovery. In 1986, the taxpayers sold at a profit their interest in an apartment complex located in the Niagara peninsula and declared such profit as a capital gain. The Minister reassessed on the basis that this was a trading profit and should be taxed as income. A meeting was held on October 9, 1991 with officials of the Department of National Revenue in an attempt to settle the dispute. At that meeting, one of the appellants produced a document, probably a promotional brochure, which differed in an important aspect from a copy of a similar brochure obtained by those officials from other sources. Section x of that document, which was missing in the copy produced by the appellant, dealt with a proposal to convert the apartment

Cour d'appel, juges Hugessen, Linden et McDonald, J.C.A.—Toronto, 27 novembre; Ottawa, 18 décembre 1995.

Pratique — Communications privilégiées — Appels de décisions de la CCI ordonnant aux contribuables de répondre à des questions posées lors de leur interrogatoire préalable au sujet d'un document produit au cours d'une réunion avec des fonctionnaires de Revenu Canada — On a omis d'inclure dans le document en question des renseignements pertinents qui figuraient dans un document similaire détenu par la Couronne — Il s'agissait de savoir si la réunion était tenue sous toutes réserves et si elle était protégée contre toute divulgation par un privilège découlant d'un règlement — Le but de la réunion doit être une tentative honnête et réciproque pour négocier un règlement — La réunion en question n'était pas une négociation en vue d'arriver à un règlement — La règle d'exclusion ne protège pas les déclarations inexactes et les agissements malhonnêtes — Le privilège disparaît lorsqu'une partie tente d'utiliser les négociations menant à un règlement pour tromper la partie adverse — Il faut répondre aux questions conçues pour obtenir des renseignements ou des aveux au sujet d'une telle tentative.

Il s'agissait d'appels de décisions de la Cour canadienne de l'impôt ordonnant aux contribuables de répondre à certaines questions qui avaient été refusées au moment de leur interrogatoire préalable. En 1986, les contribuables avaient vendu à profit la part qu'ils détenaient dans un ensemble d'appartements situé dans la péninsule de Niagara et avaient déclaré ce profit à titre de gain en capital. Le ministre a fixé une nouvelle cotisation en tenant pour acquis qu'il s'agissait d'un profit d'exploitation et qu'il devait être imposé à titre de revenu. Une réunion a été tenue le 9 octobre 1991 avec des fonctionnaires du ministère du Revenu national dans un effort pour régler le différend. À cette occasion, l'un des appelants a produit un document, une brochure publicitaire probablement, qui différait sur un point important d'un exemplaire d'une brochure similaire

complex to condominium units. A number of questions directed to the version of the brochure produced by the appellant were objected to by his counsel and not answered. The Tax Court Judge ordered him to answer the questions. The issue was whether the taxpayers could invoke the "settlement privilege" to refuse to answer.

que les fonctionnaires avaient obtenue d'autres sources. La section x de ce document, qui n'apparaissait pas dans l'exemplaire produit par l'appelant, traitait d'un projet de conversion de l'ensemble d'appartements en condominiums. L'avocat de l'appelant s'est opposé à un certain nombre de questions sur la version de la brochure que l'appelant avait produite, et ces questions étaient restées sans réponse. Le juge de la Cour de l'impôt a ordonné à l'appelant de répondre auxdites questions. Le point en litige consistait à savoir si les contribuables pouvaient invoquer le «privilege découlant d'un règlement» pour refuser de répondre.

Held, the appeals should be dismissed.

Arrêt: les appels doivent être rejetés.

An exclusionary rule or privilege applies to protect evidence being given of negotiations leading to settlement. Where, as in this case, a meeting is not expressly held on a without prejudice basis, the Court should hesitate before concluding that the discussion was a settlement negotiation and drawing a veil of privilege over it so as to exclude what would otherwise be relevant evidence. Before excluding relevant evidence and preventing either party from invoking it, a court must be entirely satisfied that the purpose of the meeting was in fact an honest mutual attempt to negotiate a settlement and not something else. So far as it related to the production of apparently relevant documents, the meeting of October 9, 1991 was not a settlement negotiation. Moreover, the public policy which underlies the exclusionary rule requires that that rule not operate to shield evidence of misrepresentation or of dishonest dealing. The underlying purpose of the "without prejudice" rule is to protect a litigant from being embarrassed by any admission made purely in an attempt to achieve a settlement. What parties say against their interest during negotiation is without prejudice in the sense that it cannot subsequently be used against them. There is no policy reason for excluding what one party puts forward in its own interest and to the prejudice of the other. Where, as in the present case, a party perverts the purpose of a settlement negotiation and attempts to use it to mislead the other party into changing its position, the privilege is lost. Questions designed to elicit information and admissions about such attempt and the circumstances surrounding it are admissible. Any loss of privilege attaches only to the alleged attempt to mislead and the circumstances surrounding it.

Une règle ou un privilège d'exclusion s'applique pour protéger la preuve que l'on donne de l'existence de négociations menant à un règlement. Quand, comme c'est le cas en l'espèce, une réunion n'a pas expressément lieu «sous toutes réserves», la Cour devrait hésiter avant de conclure qu'il s'agissait d'une négociation en vue d'un règlement et de l'envelopper d'un voile de confidentialité de manière à exclure ce qui constituerait par ailleurs une preuve pertinente. Avant d'exclure des preuves pertinentes et d'empêcher l'une ou l'autre partie de les invoquer, le tribunal doit être tout à fait convaincu que l'objet de la réunion était en fait une tentative réciproque et honnête pour négocier un règlement, et rien d'autre. La réunion du 9 octobre 1991, en ce qui concerne du moins la production de documents en apparence pertinents, n'était pas une négociation en vue d'arriver à un règlement. En outre, la mesure d'intérêt public qui sous-tend la règle d'exclusion exige que cette dernière ne serve pas à protéger une preuve de déclaration inexacte ou d'agissements malhonnêtes. L'objet sous-jacent de la règle des communications faites «sous toutes réserves» est d'éviter à une partie d'être mise dans l'embarras par un aveu fait purement dans le but d'arriver à un règlement. Ce que les parties disent contre leur intérêt durant des négociations est dit sous toutes réserves, en ce sens que leurs déclarations ne peuvent être utilisées par la suite contre elles. Il n'existe aucune raison d'exclure ce dont une partie fait état dans son propre intérêt et au préjudice de la partie adverse. Lorsque, comme cela est le cas en l'espèce, une partie fausse le but d'une négociation visant à arriver à un règlement et tente de s'en servir pour amener l'autre partie à changer de position, le privilège disparaît. Les questions conçues pour obtenir des informations ou des aveux sur cette tentative et les circonstances qui l'entourent sont admissibles. Toute perte de privilège ne concerne que la tentative présumée d'induire en erreur et les circonstances qui s'y rapportent directement.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Tax Court of Canada Rules (General Procedure),
SOR/90-688, s. 95(1)(b).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale), DORS/90-688, art. 95(1)(b).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Signature Inns, Inc. v. Carleton Homes Ltd. (1987), 18 C.P.R. (3d) 124 (F.C.T.D.); *Canadian Media Corp. v. Canada* (1991), 48 F.T.R. 68 (F.C.T.D.); *Waxman (I) & Sons Ltd. v. Texaco Canada Ltd.*, [1968] 1 O.R. 642; (1968), 67 D.L.R. (2d) 295 (H.C.); affd [1968] 2 O.R. 452; (1968), 69 D.L.R. (2d) 543 (C.A.); *Rush & Tompkins Ltd. v. Greater London Council*, [1989] A.C. 1280 (H.L.); *Miller (Ed) Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co. et al.* (1990), 105 A.R. 4; [1990] 4 W.W.R. 39; 72 Alta. L.R. (2d) 330 (Q.B.); affd [1990] 5 W.W.R. 377; (1990), 74 Alta. L.R. (2d) 271 (C.A.); *Middelkamp v. Fraser Valley Real Estate Board* (1992), 96 D.L.R. (4th) 227; 71 B.C.L.R. (2d) 276; 10 C.P.C. (3d) 109; 45 C.P.R. (3d) 313; 29 W.A.C. 134 (B.C.C.A.).

AUTHORS CITED

Sopinka, John *et al.* *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

APPEALS from Tax Court of Canada decisions ([1995] 2 C.T.C. 2364) ordering the taxpayers to answer certain questions which had been refused on their examinations for discovery. Appeals dismissed.

COUNSEL:

Robb C. Heintzman for appellant Bertram.
Bradley G. Nemetz for appellant Carson.
Harry Erlichman for respondent.

SOLICITORS:

Fraser & Beatty, Toronto, for appellant Bertram.
Bennett Jones Verchere, Calgary, for appellant Carson.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HUGESSEN J.A.: These appeals are from decisions of the Tax Court of Canada [*Carson (J.A.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2364] which ordered each of the

JURISPRUDENCE:

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Signature Inns, Inc. c. Carleton Homes Ltd. (1987), 18 C.P.R. (3d) 124 (C.F. 1^{re} inst.); *Cie de Média du Canada c. Canada* (1991), 48 F.T.R. 68 (C.F. 1^{re} inst.); *Waxman (I) & Sons Ltd. v. Texaco Canada Ltd.*, [1968] 1 O.R. 642; (1968), 67 D.L.R. (2d) 295 (H.C.); conf. par [1968] 2 O.R. 452; (1968), 69 D.L.R. (2d) 543 (C.A.); *Rush & Tompkins Ltd. v. Greater London Council*, [1989] A.C. 1280 (H.L.); *Miller (Ed) Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co. et al.* (1990), 105 A.R. 4; [1990] 4 W.W.R. 39; 72 Alta. L.R. (2d) 330 (B.R.); conf. par [1990] 5 W.W.R. 377; (1990), 74 Alta. L.R. (2d) 271 (C.A.); *Middelkamp v. Fraser Valley Real Estate Board* (1992), 96 D.L.R. (4th) 227; 71 B.C.L.R. (2d) 276; 10 C.P.C. (3d) 109; 45 C.P.R. (3d) 313; 29 W.A.C. 134 (C.A.C.-B.).

DOCTRINE

Sopinka, John *et al.* *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

APPELS de décisions de la Cour canadienne de l'impôt ([1995] 2 C.T.C. 2364) ordonnant aux contribuables de répondre à certaines questions qui avaient été refusées au moment de leur interrogatoire préalable. Appels rejetés.

AVOCATS:

Robb C. Heintzman, pour l'appellant Bertram.
Bradley G. Nemetz, pour l'appellant Carson.
Harry Erlichman, pour l'intimée.

PROCUREURS:

Fraser & Beatty, Toronto, pour l'appellant Bertram.
Bennett Jones Verchere, Calgary, pour l'appellant Carson.
Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimée.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendu par

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Les présents appels font suite à des décisions par lesquelles la Cour canadienne de l'impôt [*Carson (J.A.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C.

appellants to answer certain questions which had been refused on their examinations for discovery. The matters were heard together in the Tax Court and disposed of by a single set of reasons; in this Court, although the two appellants were separately represented, only the appellant Carson filed a memorandum and only his case was pleaded in any detail, the appellant Bertram's counsel being content to abide by the result of the Carson appeal.

Background

In 1980, the appellants, along with a number of others, invested in an apartment complex in the Niagara peninsula known as Lookout Village. In 1986, they sold that interest at a profit and declared such profit as a capital gain. The Minister, in due course, reassessed on the basis that this was a trading profit and should be taxed as income in the appellants' hands. The appellants have appealed that reassessment to the Tax Court of Canada and those appeals are currently pending before that Court.

The Facts

Prior to the issuance by the Minister of the notice of reassessment there had been, as is often the case, a number of meetings between officials of the Department of National Revenue and solicitors representing the appellants. The last of those meetings occurred at the taxpayers' request on October 9, 1991 in Ottawa. Officials of the Department (who were not solicitors) met with the appellant Carson and one of the other investors in Lookout Village, accompanied by two solicitors representing the group of investors. At some point during that meeting the other investor appears to have made an offer of compromise with the purpose of avoiding the Minister's proposed reassessment. At another point in the meeting, the appellant Carson produced a document which he handed to the Departmental officials. That document appears to be contemporaneous with the appellants' investment in Lookout Village (it bears date December 8, 1980) and seems to

2364] a ordonné à chacun des appelants de répondre à certaines questions qui avaient été refusées au moment de leur interrogatoire préalable. Les affaires ont été entendues en même temps devant la Cour canadienne de l'impôt et réglées par les mêmes motifs; devant la présente Cour, bien que les deux appelants fussent représentés séparément, seul M. Carson a produit un exposé et seule sa cause a été plaidée en détail, l'avocat de M. Bertram se contentant de se conformer à l'issue de l'appel de M. Carson.

Contexte

En 1980, les appelants, de même qu'un certain nombre d'autres personnes, ont investi dans un ensemble d'habitations collectives, appelé Lookout Village, dans la péninsule de Niagara. En 1986, ils ont vendu ce bien à profit et ont déclaré ce profit à titre de gain en capital. Le ministre a fixé au moment opportun une nouvelle cotisation en tenant pour acquis qu'il s'agissait d'un profit d'exploitation et qu'il devait être imposé à titre de revenu entre les mains des appelants. Ces derniers ont interjeté appel de la nouvelle cotisation auprès de la Cour canadienne de l'impôt, et leurs appels sont actuellement en instance devant cette Cour.

Les faits

Avant que le ministre établisse l'avis de nouvelle cotisation, il s'était tenu, comme c'est souvent le cas, un certain nombre de réunions entre des fonctionnaires du ministère du Revenu national et des avocats représentant les appelants. La dernière de ces réunions a eu lieu à la demande des contribuables à Ottawa, le 9 octobre 1991. Les fonctionnaires du Ministère (qui n'étaient pas des avocats) ont rencontré l'appelant, M. Carson, et l'une des autres personnes qui avaient investi dans Lookout Village, accompagnés de deux avocats représentant le groupe d'investisseurs. Il semble qu'à un certain moment durant la réunion, l'autre investisseur ait fait une offre de compromis dans le but d'éviter la nouvelle cotisation qu'envisageait le ministre. À un autre moment au cours de la réunion, M. Carson a produit un document qu'il a remis aux fonctionnaires du Ministère. Ce document semble dater de la même époque que celle où les

be a sort of promotional or sales brochure. Clearly the purpose of producing it was to attempt to persuade the officials that the purchase had been an investment and not made with a view to resale. The copy produced by Carson is at the heart of the issues in the present appeal for it differs in a very important respect from a copy of an apparently similar brochure obtained by Departmental officials from other sources.

In the copy of the brochure obtained by the Department from other sources, there is an index showing that the document contains eleven sections numbered from i to xi. Sections x and xi in the index are titled respectively:

x Conversion to Condominium Units

—Conversion description and pro forma results of conversion and sale

xi Conclusion

Section x, as its title indicates, deals with a proposal to convert the apartment complex to condominium units. Part of the text reads:

The developer of the project feels the best use of the two building complexes, given the quality of construction and the amenities available, is a luxury condominium development.

The developer also feels that the optimal time frame for the conversion and sale of the project is five years (1986), by which time some redecorating and refurbishing may be required. [Appeal Book, Vol. I, Tab 6.]

Manifestly, in a trading case relating to a real estate investment, this section of the document would be highly relevant in the determination of the investors' intentions at the time of purchase.

In the version of the document produced by Mr. Carson at the October 9, 1991 meeting, both the index and sections x and xi are missing. The balance of the document, although no doubt relevant, is relatively anodyne.

appelants ont investi dans Lookout Village (il porte la date du 8 décembre 1980) et paraît être une sorte de brochure publicitaire ou de vente. Ce document a manifestement été produit dans le but de persuader les fonctionnaires que l'achat avait été un placement et qu'il n'avait pas été fait à des fins de revente. Le document qu'a produit M. Carson est au cœur des points en litige en l'espèce car il diffère sur un point fort important d'une copie d'une brochure apparemment similaire que des fonctionnaires du Ministère ont obtenue d'autres sources.

Dans la copie de la brochure obtenue par le Ministère d'autres sources figure un index indiquant que le document contient onze sections, numérotées de i à xi. Les sections x et xi sont intitulées, respectivement, comme suit:

[TRADUCTION] x Conversion en condominiums

—Description de la conversion et résultats types de la conversion et de la vente

xi Conclusion

La section x, comme son titre l'indique, concerne un projet de conversion de l'ensemble d'habitations collectives en condominiums. Le texte qui l'accompagne est, en partie, le suivant:

[TRADUCTION] Selon le promoteur du projet, le meilleur usage qui peut être fait des deux complexes d'habitation, vu la qualité de la construction et les commodités disponibles, est l'aménagement de condominiums de luxe.

Le promoteur estime aussi que le délai optimal pour la conversion et la vente du projet est de cinq ans (1986), moment où il sera peut-être nécessaire de décorer à neuf et de remettre en état les installations. [Dossier d'appel, vol. I, onglet 6.]

De toute évidence, dans une affaire d'investissement immobilier, cette section du document serait fort pertinente pour déterminer quelles étaient les intentions des investisseurs au moment de l'achat.

Dans la version du document que M. Carson a produite à la réunion du 9 octobre 1991, tant l'index que les sections x et xi sont absents. Le reste du document, bien qu'il soit sans aucun doute pertinent, est relativement anodin.

The Questions

At Carson's examination for discovery a number of questions were asked concerning the meeting of October 9, 1991 at which he had been present and directed more particularly to the version of the brochure which he had produced to officers of the Department at that meeting. Those questions were objected to by counsel on behalf of the appellant and were not answered.¹ The respondent applied to the Tax Court for an order to force the appellant to answer the questions and it is the Tax Court Judge's decision on that application which is now under appeal. The questions themselves are as follows:

232. (R) Did you meet with the Minister's representatives in October 19, 1991? [sic]

341. (R) It's my understanding, Mr. Carson, that you attended at a meeting with representatives of the Department of National Revenue in 1991 in order that they might understand your position in respect of this appeal; isn't that the case?

342. (R) Isn't the case that during the course of that meeting you produced the document which appears at Tab 14 of the Minister's production as Exhibit No. 1?

343. (R) Will you advise me, Mr. Carson, as to what was said at that meeting?

347. (R) Will you produce to me the original of the document at Tab 14 of Exhibit No. 1 in these discoveries?

348. (R) Will you explain to me the circumstances under which it was disposed of?

Appellants' Position

Before the Tax Court Judge, the appellants took the position a) that the questions were not relevant; b) that they went solely to the credibility of the witness, contrary to the provisions of paragraph 95(1)(b) of the *Tax Court of Canada Rules (General Procedure)*² and; c) that the meeting was held without prejudice. Before us, the first two of those positions were abandoned. Indeed, counsel for the appellants frankly admitted that any questions bearing on the brochure, its production, its provenance, and how and why it

Les questions

À l'interrogatoire préalable de M. Carson, un certain nombre de questions lui ont été posées sur la réunion du 9 octobre 1991 à laquelle il avait assisté, et plus particulièrement sur la version de la brochure qu'il avait remise aux fonctionnaires du Ministère qui étaient présents. L'avocat de l'appellant s'est opposé à ces questions, qui sont restées sans réponse¹. L'intimée a demandé à la Cour canadienne de l'impôt une ordonnance obligeant l'appellant à répondre aux questions, et c'est la décision rendue par le juge de la Cour canadienne de l'impôt sur cette demande qui est maintenant en appel. Les questions proprement dites sont les suivantes:

[TRADUCTION] 232. (R) Avez-vous rencontré les représentants du ministre le 19 octobre 1991? [sic]

341. (R) Si j'ai bien compris, M. Carson, vous avez participé à une réunion avec des représentants du ministère du Revenu national en 1991 pour que ces derniers puissent comprendre votre position à l'égard de cet appel; est-ce exact?

342. (R) Est-il exact qu'au cours de cette réunion vous avez produit le document figurant à l'onglet 14 du document déposé par le ministre en tant que pièce n° 1?

343. (R) Pouvez-vous me dire, M. Carson, ce qui a été dit à cette réunion?

347. (R) Pourriez-vous me montrer l'original du document qui figure à l'onglet 14 de la pièce n° 1 dans cet interrogatoire?

348. (R) Pouvez-vous m'expliquer les circonstances dans lesquelles il a été éliminé?

La position des appelants

Les appelants ont soutenu devant le juge de la Cour canadienne de l'impôt que: a) les questions n'étaient pas pertinentes; b) elles portaient uniquement sur la crédibilité du témoin, ce qui allait à l'encontre des dispositions de l'alinéa 95(1)(b) des *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*²; c) la réunion avait eu lieu sous toutes réserves. Devant la Cour fédérale, les deux premières positions ont été abandonnées. En fait, l'avocat des appelants a reconnu franchement que toute question portant sur la brochu-

came to be in its present form, would indeed be relevant. In my view, that concession was entirely proper: if the appellants had any hand in the production or use of a document, relevant portions of which have apparently been altered or suppressed, that fact alone would be relevant to the issues arising in their appeal of the Minister's reassessment.

With regard to the claim that the meeting of October 9, 1991, was without prejudice the appellants' position has shifted subtly. Before the Tax Court Judge they appear to have argued that the meeting was held expressly on a without prejudice basis. The Tax Court Judge, in my view quite properly, expressed considerable doubt as to that position. The appellants were represented by solicitors at the meeting; the respondent was not. In none of the correspondence leading up to the meeting, or immediately thereafter, did those solicitors give any indication that the meeting was to be or had been without prejudice. There is also no indication that anything to that effect was said at the meeting itself. I share the Tax Court Judge's view that solicitors who meet with a party who is not represented by solicitor have a special duty to make plain that the meeting is without prejudice if that is in fact the case.

On appeal, counsel for the appellant did not press the argument that there had been an express stipulation that the meeting would be without prejudice. Rather, he urged that, because the meeting was held with a view to settlement and there had in fact been an offer of settlement, the whole of the meeting was protected from disclosure by the "settlement privilege". Counsel made it quite plain that his claim, if accepted, does not merely go to preventing the respondent from asking about the sales brochure during discovery. The claim, being one of blanket privilege, goes to admissibility rather than merely discoverability; the exclusionary rule inherent in the notion of settlement privilege, if applicable, will prevent the respondent, even at trial, and through its own witnesses, from

re, sa production, son origine et comment et pourquoi elle s'était transformée en sa forme actuelle serait effectivement pertinente. À mon sens, cette concession était tout à fait valable: si les appelants ont été mêlés de quelque manière à la production ou à l'utilisation d'un document dont des éléments pertinents auraient été altérés ou supprimés, ce seul fait serait pertinent quant aux points soulevés dans leur appel relatif à la nouvelle cotisation du ministre.

En ce qui concerne la prétention selon laquelle la réunion du 9 octobre 1991 s'était déroulée «sous toutes réserves», la position des appelants a subtilement changé. Ils semblent avoir fait valoir devant le juge de la Cour canadienne de l'impôt que la réunion avait été tenue expressément «sous toutes réserves». Le juge de la Cour canadienne de l'impôt, à juste titre selon moi, a émis de forts doutes au sujet de cette position. À la réunion, les appelants étaient représentés par des avocats; pas l'intimée. Dans aucune des lettres qui ont mené à la réunion, ou aussitôt par la suite, ces avocats ont-ils indiqué de quelque manière que la réunion devait avoir lieu ou avait eu lieu «sous toutes réserves». Il n'y a pas non plus d'indication que quoi que ce soit ait été dit à cet effet à la réunion elle-même. Je partage l'opinion du juge de la Cour canadienne de l'impôt voulant que des avocats qui rencontrent une partie non représentée par un avocat sont spécialement tenus de faire clairement savoir que la réunion se déroule «sous toutes réserves» si tel est effectivement le cas.

En appel, l'avocat de l'appellant n'a pas insisté sur l'argument selon lequel il avait été expressément stipulé que la réunion aurait lieu «sous toutes réserves». Il a plutôt fait valoir qu'étant donné que la réunion avait pour but d'en arriver à un règlement et qu'en fait, une offre de règlement avait été faite, l'ensemble de la réunion était protégée contre toute divulgation par le «privilege découlant d'un règlement». L'avocat a clairement indiqué que cet argument, s'il est retenu, n'a pas simplement pour but d'empêcher l'intimée de poser des questions sur la brochure de vente au cours de l'interrogatoire préalable. L'argument, celui du privilège général, concerne l'admissibilité de preuves plutôt que la simple possibilité d'un interrogatoire préalable; la règle d'exclusion

leading any evidence whatever regarding the existence, production or use of the sales brochure in its apparently incomplete or altered form.

Analysis

There is of course no doubt that an exclusionary rule or privilege applies to protect evidence being given of negotiations leading to settlement:

It has long been recognized as a policy interest worth fostering that parties be encouraged to resolve their private disputes without recourse to litigation, or if an action has been commenced, encouraged to effect a compromise without a resort to trial. In furthering these objectives, the courts have protected from disclosure communications, whether written or oral, made with a view to reconciliation or settlement. In the absence of such protection, few parties would initiate settlement negotiations for fear that any concession that they would be prepared to offer could be used to their detriment if no settlement agreement was forthcoming.³

In *Signature Inns, Inc. v. Carleton Homes Ltd.*,⁴ Teitelbaum J., of the Trial Division of this Court, put the matter succinctly as follows:

The mere fact that an offer of settlement, whatever the terms, was made by one of the parties to a possible court action, should not be used to the prejudice of the person making the offer.

Likewise, Cullen J. in *Canadian Media Corp. v. Canada*:⁵

The privilege is founded upon the compelling public policy goal of encouraging parties to settle their differences before going to trial. If such communications were not privileged, attempts at settlement would be hampered by the fear that statements made in the spirit of compromise would constitute evidence against them in the form of admissions should negotiations fail and a trial ensue.

In my view, however, there are two compelling reasons why the appellants cannot invoke the settlement privilege in the present circumstances.

qui est inhérente à l'idée du privilège découlant d'un règlement, s'il y a lieu, empêchera l'intimée, même à un procès, et par l'entremise de ses propres témoins, de fournir une preuve quelconque au sujet de l'existence, de la production ou de l'utilisation de la brochure de vente dans sa forme apparemment incomplète ou modifiée.

Analyse

Il ne fait aucun doute, bien sûr, qu'une règle ou un privilège d'exclusion s'applique pour protéger la preuve que l'on donne de l'existence de négociations menant à un règlement:

[TRADUCTION] Il est reconnu depuis longtemps qu'il y va de l'intérêt public que les parties soient encouragées à résoudre leurs différends privés sans recourir au procès ou, si une action a été engagée, qu'elles soient encouragées à régler le litige à l'amiable. Pour favoriser la réalisation de ces objectifs, les tribunaux ont protégé contre la divulgation les communications écrites ou orales, faites en vue d'une réconciliation ou d'un arrangement. En l'absence d'une telle protection, peu de personnes entameraient des négociations en vue d'un règlement de peur que toute concession qu'elles seraient disposées à faire puisse être utilisée à leur détriment s'il n'en résultait aucun arrangement³.

Dans l'arrêt *Signature Inns, Inc. c. Carleton Homes Ltd.*⁴, le juge Teitelbaum, de la Section de première instance de la présente Cour, a exposé la question en termes succincts:

Le simple fait qu'une des parties éventuelles à une procédure judiciaire offre un règlement amiable, quelles qu'en soient les modalités, ne devrait pas être invoqué au préjudice de la personne qui a fait l'offre.

C'est le cas aussi du juge Cullen, dans la décision *Cie de Média du Canada c. Canada*:⁵

Ce caractère confidentiel repose sur l'objectif impérieux d'ordre public visant à encourager les parties à régler leurs différends avant d'aller au procès. Si ces communications n'étaient pas confidentielles, les tentatives de règlement seraient entravées par la crainte que les déclarations faites dans un esprit de compromis ne constituent une preuve sous la forme d'aveux dans le cas où les négociations achoppe- raient et entraîneraient un procès.

Selon moi toutefois, il y a deux raisons impérieuses pour lesquelles les appelants ne peuvent invoquer, dans les circonstances actuelles, le privilège découlant d'un règlement.

In the first place, where, as in this case, an exchange between parties is not expressly held on a without prejudice basis, the Court should be hesitant before concluding that such exchange was a settlement negotiation and drawing a veil of privilege over it so as to exclude what would otherwise be relevant evidence. Most litigation is between parties who have a pre-existing relationship (landlord and tenant, vendor and purchaser, employer and employee, etc., to say nothing of domestic litigation) and common sense tells us that they will be in frequent contact with one another before suit is brought. Not all, or even most, of those meetings are aimed at settlement of the impending litigation and many may in fact be the cause of it. Before excluding relevant evidence and preventing either party from invoking it a court must be entirely satisfied that the purpose of the meeting was in fact an honest mutual attempt to negotiate a settlement and not something else. Where the purpose of the meeting is ambiguous or multiple, or where the notion of settlement or compromise only arises incidently or casually, the whole of the meeting is not protected. A party cannot keep to itself its view that the meeting is intended to negotiate a compromise; the intention must be common to both participants. Likewise, a meeting which would otherwise be "with prejudice" does not get converted into a privileged occasion by a party throwing in a (possibly spurious) offer of settlement as an aside or an afterthought. Each case must be judged on its own facts and in the light of the existing relationship and course of dealing between the parties.

In the present case, and bearing in mind that the meeting in question took place in the context of a self-assessing tax system where the taxpayer has an obligation to make full and open disclosure to the taxing authorities and where it is common for taxpayers and their advisers to meet with the latter with a view to attempting to persuade them that no, or no greater, tax is due, I would require much clearer evidence than exists in this record to persuade me that a meeting qualifies as a settlement negotiation so as to shield everything that takes place from subsequent use by either side. One of the solicitors who was present admitted frankly that there was an exchange of infor-

En premier lieu, lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, un échange entre des parties n'a pas expressément lieu «sous toutes réserves», la Cour devrait hésiter avant de conclure qu'il s'agissait d'une négociation en vue d'un règlement et de l'envelopper d'une voile de confidentialité de manière à exclure ce qui constituerait par ailleurs une preuve pertinente. La plupart des litiges opposent deux parties qui ont un lien préexistant (propriétaire et locataire, vendeur et acheteur, employeur et employé, etc., sans parler des litiges matrimoniaux), et le bon sens nous dit que ces parties seront en fréquent contact l'une avec l'autre avant qu'une poursuite soit instituée. Ces réunions ne visent pas toutes à régler le litige imminent, et un grand nombre d'entre elles peuvent en fait en être la cause. Avant d'exclure des preuves pertinentes et d'empêcher l'une ou l'autre partie de les invoquer, le tribunal doit être tout à fait convaincu que l'objet de la réunion était en fait une tentative réciproque et honnête pour négocier un règlement, et rien d'autre. Lorsque l'objet de la réunion est ambigu ou multiple, ou que l'idée d'un règlement ou d'un compromis ne survient qu'incidemment ou fortuitement, l'ensemble de la réunion n'est pas protégé. Une partie ne peut considérer seule que la réunion vise à négocier un compromis; les deux doivent partager cette intention. De la même façon, une réunion qui serait par ailleurs tenue sans réserves n'est pas transformée en une réunion confidentielle par une partie qui ajoute après coup une offre (fallacieuse peut-être) de règlement. Chaque affaire doit être jugée en fonction des faits qui lui sont propres et en tenant compte de la relation et des rapports qui existent entre les parties.

En l'espèce, et en gardant à l'esprit que la réunion en question a eu lieu dans le cadre d'un régime fiscal d'autocotisation où le contribuable est tenu de communiquer au fisc l'ensemble des renseignements pertinents, et où il arrive souvent que les contribuables et leurs conseillers rencontrent des représentants du fisc pour tenter de les convaincre qu'aucun impôt, ou aucun impôt de plus, n'est exigible, il faudrait des preuves bien plus claires que celles que l'on trouve dans ce dossier pour me convaincre qu'une réunion peut être qualifiée de négociation en vue d'un règlement de manière à empêcher que l'une ou l'autre partie utilise subséquemment tout ce qui s'y est passé.

mation at the meeting which each side hoped the other would accept and act upon.⁶ The Tax Court Judge put it well when he said [at pages 2365-2366]:

I use the word “settling” in a broad sense; not in the usual sense of give-and-take because in this kind of proposed assessment, it frequently comes down to an all or nothing situation and it is quite common for taxpayers and their representatives to try and persuade Revenue Canada that their proposal is wrong and that the proposed reassessment should simply be dropped or abandoned. In any event, the object of the meeting was to avoid litigation. So, in that sense, I would refer to it as a settlement meeting.

Accordingly, it is my view that the meeting of October 9, 1991, at least in so far as it related to the production of apparently relevant documents, was not a privileged occasion.

In the second place, and even if the settlement privilege were applicable, I am satisfied that the public policy which underlies the exclusionary rule requires that that rule not operate to shield evidence of misrepresentation or of dishonest dealing.

The rationale underlying the exclusionary rule as it relates to without prejudice communications has recently been examined in a number of cases. In *Waxman (I.) & Sons Ltd. v. Texaco Canada Ltd.*,⁷ Fraser J. of the Ontario High Court, said as follows:

In my opinion the privilege as so often stated, is intended to encourage amicable settlements and to protect parties to negotiations for that purpose. [Emphasis added.]

In *Rush & Tompkins Ltd. v. Greater London Council*,⁸ Lord Griffiths, speaking for a unanimous House of Lords, said:

The “without prejudice” rule is a rule governing the admissibility of evidence and is founded upon the public policy of encouraging litigants to settle their differences rather than litigate them to a finish. It is nowhere more

L’un des avocats présents a reconnu franchement qu’il s’était échangé des renseignements à la réunion, chaque partie espérant que l’autre les accepterait et y donnerait suite⁶. Le juge de la Cour canadienne de l’impôt a exposé convenablement la situation en disant ceci [aux pages 2365 et 2366]:

[TRADUCTION] J’emploie le mot «règlement» dans un sens large, et non dans le sens habituel d’une concession mutuelle car, dans ce genre de cotisation proposée, il arrive souvent que l’affaire se résume à une situation qui est à prendre ou à laisser, et il n’est pas rare que les contribuables et leurs représentants tentent de convaincre les fonctionnaires de Revenu Canada que ce qu’ils proposent est erroné et qu’il faudrait simplement laisser tomber ou abandonner la nouvelle cotisation proposée. Quoi qu’il en soit, la réunion avait pour but d’éviter un procès. En ce sens, je dirais donc qu’il s’agissait d’une réunion en vue d’un règlement.

Je suis donc d’avis que la réunion du 9 octobre 1991, en ce qui concerne du moins la production de documents en apparence pertinents, n’était pas une réunion confidentielle.

En second lieu, et même si le privilège découlant d’un règlement s’appliquait, je suis persuadé que la mesure d’intérêt public qui sous-tend la règle d’exclusion exige que cette dernière ne serve pas à protéger une preuve de déclaration inexacte ou d’agissements malhonnêtes.

Le principe qui sous-tend la règle d’exclusion, dans la mesure où elle se rapporte aux communications faites sous toutes réserves, a récemment été analysé dans un certain nombre de causes. Dans l’affaire *Waxman (I.) & Sons Ltd. v. Texaco Canada Ltd.*,⁷ le juge Fraser, de la Haute Cour de justice de l’Ontario, a décrété ce qui suit:

[TRADUCTION] Selon moi, le privilège de non-divulgateion vise à favoriser les règlements à l’amiable et à protéger à cette fin les parties à des négociations. [Non souligné dans l’original.]

Dans *Rush & Tompkins Ltd. v. Greater London Council*,⁸ lord Griffiths, s’exprimant au nom d’une Chambre des lords unanime, a dit ceci:

[TRADUCTION] La règle des communications faites «sous toutes réserves» régit l’admissibilité de la preuve; elle repose sur la mesure d’ordre public qui consiste à encourager des parties en litige à régler leurs différends à l’amiable, plutôt

clearly expressed than in the judgment of Oliver L.J. in *Cutts v. Head* [1984] Ch. 290, 306:

“That the rule rests, at least in part, upon public policy is clear from many authorities, and the convenient starting point of the inquiry is the nature of the underlying policy. It is that 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 (and that includes, of course, as much the failure to reply to an offer as an actual reply) 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 R.P.C. 151, 156, be encouraged fully and frankly to put their cards on the table . . . The public policy justification, in truth, essentially rests on the desirability of preventing statements or offers made in the course of negotiations for settlement being brought before the court of trial as admissions on the question of liability.” [Emphasis added.]

And again, at page 1300:

Nearly all the cases in which the scope of the “without prejudice” rule has been considered concern the admissibility of evidence at trial after negotiations have failed. In such circumstances no question of discovery arises because the parties are well aware of what passed between them in the negotiations. These cases show that the rule is not absolute and resort may be had to the “without prejudice” material for a variety of reasons when the justice of the case requires it. It is unnecessary to make any deep examination of these authorities to resolve the present appeal but they all illustrate the underlying purpose of the rule which is to protect a litigant from being embarrassed by any admission made purely in an attempt to achieve a settlement. [Emphasis added.]

In *Miller (Ed) Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co. et al.*⁹, Wachowich J. of the Alberta Queen’s Bench, said:

By contrast, both the Ontario Court of Appeal in *Waxman* and House of Lords in *Rush & Tompkins* were unanimous in their conclusions that the rationale underlying the “without prejudice” rule is public policy. In my view, this conclusion properly makes express the process of balancing the policy of fostering the extra-judicial settlement of disputes against the policy of ensuring that, when

que devant une cour de justice. Cette règle est exposée de manière on ne peut plus claire dans le jugement qu’a rendu le lord juge Oliver dans l’affaire *Cutts v. Head* [1984] Ch. 290, 306:

«Il ressort clairement d’un grand nombre d’arrêts et ouvrages que la règle est fondée, en partie du moins, sur l’ordre public, et, pour l’enquête, le point de départ commode est la nature du principe sous-jacent. C’est-à-dire qu’il faudrait encourager dans toute la mesure du possible les parties à régler leurs différends sans procès, et non qu’elles soient dissuadées de le faire parce qu’elles savent que tout ce qui se dit au cours des négociations (et cela comprend, bien sûr, aussi bien le défaut de répondre à une offre qu’une réponse concrète) peut être utilisé à leur détriment au cours de la procédure. Comme l’a exprimé le juge Clauson dans *Scott Paper Co. v. Drayton Paper Works Ltd.* (1927), 44 R.P.C. 151, 156, il faudrait encourager pleinement et franchement les parties à jouer cartes sur table . . . En vérité, la justification de l’ordre public repose essentiellement sur l’intérêt qu’il y a d’éviter que des déclarations ou des offres faites au cours de négociations en vue d’un règlement soient soumises à la cour chargée d’instruire l’affaire en tant qu’aveux sur la question de la responsabilité.» [Non souligné dans l’original.]

Et aussi, à la page 1300:

[TRADUCTION] La quasi-totalité des affaires où a été examinée la portée de la règle des communications faites «sous toutes réserves» ont trait à l’admissibilité de preuves au procès après l’achèvement de négociations. Dans de telles circonstances, aucune question d’interrogatoire préalable ne se pose car les parties sont bien conscientes de ce qui s’est passé entre elles lors des négociations. Il ressort de ces affaires que la règle n’est pas absolue et qu’il est possible de recourir aux communications faites «sous toutes réserves» pour diverses raisons lorsque la justice de l’affaire l’exige. Point n’est besoin d’examiner en profondeur ces arrêts et ouvrages pour trancher le présent appel, mais ces derniers illustrent tous l’objet sous-jacent de la règle, qui est d’éviter à une partie d’être mise dans l’embarras par un aveu qu’elle aurait fait à seule fin d’essayer d’en arriver à un règlement. [Non souligné dans l’original.]

Dans la décision *Miller (Ed) Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co. et al.*⁹, le juge Wachowich, du Banc de la Reine de l’Alberta, a décrété ceci:

[TRADUCTION] Par contraste, tant la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Waxman* que la Chambre des lords dans l’affaire *Rush & Tompkins* ont conclu à l’unanimité que l’ordre public est la justification de la règle des communications faites «sous toutes réserves». À mon sens, cette conclusion exprime correctement le processus qui consiste à mettre en équilibre le principe de favoriser le règlement

litigation is not avoided, all facts relevant to determining liability are disclosed. In avoiding the inflexibility inherent to other rationales, the public policy approach is better equipped to rationalize existing principles governing the "without prejudice" rule and produces results which are less artificial than other rationales.

Finally, in *Middelkamp v. Fraser Valley Real Estate Board*,¹⁰ McEachern C.J.B.C., speaking for four of the five judges of the British Columbia Court of Appeal, said:

Considering the enormous scope of production which is required by our almost slavish adherence to the *Peruvian Guano* principle, the questionable relevance and value of documents prepared for the settlement of disputes, and the public interest, I find myself in agreement with the House of Lords that the public interest in the settlement of disputes generally requires "without prejudice" documents or communications created for, or communicated in the course of, settlement negotiations to be privileged. I would classify this as a "blanket", *prima facie*, common law, or "class" privilege because it arises from settlement negotiations and protects the class of communications exchanged in the course of that worthwhile endeavour.

In my judgment, this privilege protects documents and communications created for such purposes both from production to other parties to the negotiations and to strangers, and extends as well to admissibility, and whether or not a settlement is reached. This is because, as I have said, a party communicating a proposal related to settlement, or responding to one, usually has no control over what the other side may do with such documents. Without such protection, the public interest in encouraging settlements will not be served.

I recognize that there must be exceptions to this general rule. An obvious exception would be where the parties to a settlement agree that evidence will be furnished in connection with the litigation in which the application is made. In such cases, the public interest in the proper disposition of litigation assumes paramountcy and opposite parties are entitled to know about any arrangements which are made about evidence. Other exceptions could arise out of such matters as fraud, or where production may be required to meet a defence of laches, want of notice, passage of a limitation period or other similar matters which might displace the privilege. As we did not have argument on

extrajudiciaire de différends et celui de s'assurer que, lorsqu'on ne peut éviter de porter une affaire en justice, tous les faits qui permettent de déterminer la responsabilité sont révélés. En évitant la rigidité qui est inhérente à d'autres justifications, l'approche de l'ordre public convient mieux pour rationaliser les principes existants qui régissent la règle des communications faites «sous toutes réserves» et donne des résultats qui sont moins artificiels que d'autres justifications.

Enfin, dans l'arrêt *Middelkamp v. Fraser Valley Real Estate Board*¹⁰, le juge en chef McEachern, s'exprimant au nom de quatre des cinq juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, écrit ce qui suit:

[TRADUCTION] Vu l'énorme production de documents qu'exige l'adoption presque servile du principe du *Guano péruvien*, la pertinence et la valeur douteuses des documents qui sont préparés en vue du règlement de différends, ainsi que l'intérêt public, je suis d'accord avec la Chambre des lords pour dire que l'intérêt public qu'il y a de régler à l'amiable les différends requiert en général que les documents ou les communications dits «sous toutes réserves» qui ont pour objet des négociations en vue d'un règlement, ou qui sont échangés dans le cadre de ces dernières, soient confidentiels. Je qualifierais cette situation de privilège général, *prima facie*, de common law ou «type» parce qu'elle découle de négociations menées en vue d'arriver à un règlement et protège la catégorie de communications qui sont échangées au cours de cette tentative utile.

À mon avis, ce privilège protège les documents et les communications existant à ces fins contre leur divulgation à d'autres parties aux négociations et à des étrangers, et il s'étend également à leur admissibilité, qu'un règlement soit conclu ou non. Et ce, parce que, comme je l'ai dit, une partie qui communique une proposition relative à un règlement, ou qui réplique à une telle proposition, n'a habituellement aucune emprise sur ce que la partie adverse peut faire des documents en question. Sans cette protection, l'intérêt public qu'il y a d'encourager les règlements à l'amiable ne sera pas servi.

Je reconnais qu'il doit y avoir des exceptions à cette règle générale. Une exception évidente serait le cas où les parties à un règlement conviennent que des preuves seront fournies en rapport avec le litige dans lequel la demande est présentée. Dans de tels cas, c'est l'intérêt public qu'il y a de régler convenablement le litige qui prime, et les parties adverses ont le droit de savoir quelles dispositions sont prises au sujet de la preuve. Des questions, comme la fraude, pourraient donner ouverture à d'autres exceptions, ou dans les cas où il peut s'avérer nécessaire de produire des documents pour réfuter une défense de négligence, d'absence d'avis, d'expiration d'un délai ou d'autres questions de même nature qui

these matters I prefer to say nothing further about them. [Emphasis added.]

The reference to fraud in the last paragraph quoted is particularly relevant for our purposes, as is the following quotation, at page 252 from the reasons of Locke J.A., the fifth judge in that case:

(c) As to the future, and always apart from fraud, any production to a third party, be they either a true third party or a stranger, ought not to be ordered if the court is persuaded in the particular circumstances of that future case that the disclosure could fairly be said to inhibit the parties from settling that action or any other actions. [Emphasis added.]

These quotations make it plain in my view that the concern of the Courts is to protect parties from being embarrassed by attempts at concession or compromise or even by confessions of weakness. In short, what parties say against their interest during negotiation is without prejudice in the sense that it cannot subsequently be used against them. The purpose of the rule, however, is not to protect dishonest dealing and there is no policy reason for excluding what one party puts forward in its own interest and to the prejudice of the other. That is the present case.

Counsel for the appellant urged upon us that the exception for fraud mentioned in the above quotations should only apply where such fraud could itself be a cause of action i.e. where the opposite party had believed the misrepresentation and given effect to it, presumably by concluding a settlement. Since the officials of the Department of National Revenue were manifestly not misled by the production of the allegedly altered sales brochure, its introduction into evidence should therefore not be allowed.

I do not agree. As is made clear by the above quotations, the purpose of the privilege is to encourage honest attempts at settlement and to protect parties from having admissions and concessions which they make in the course of an effort to reach settlement

pourraient supplanter le privilège. Comme nous n'avons pas débattu de ces questions, je préfère ne rien dire d'autre à leur sujet. [Non souligné dans l'original.]

La référence aux cas de fraude que l'on trouve dans le dernier paragraphe cité est particulièrement intéressante, tout comme la citation suivante extraite des motifs du juge Locke, à la page 252, le cinquième juge dans cette affaire:

[TRANSDUCTION] (c) Quant à l'avenir, et en faisant toujours exception des cas de fraude, aucune production de documents à une tierce partie, qu'il s'agisse d'une tierce partie véritable ou d'un étranger, ne devrait être ordonnée si la Cour est persuadée dans les circonstances particulières de l'espèce que l'on pourrait dire raisonnablement que la divulgation empêcherait les parties de régler cette action ou n'importe quelle autre. [Non souligné dans l'original]

Selon moi, il ressort clairement de ces citations que les tribunaux ont le souci d'éviter aux parties d'être mises dans l'embarras par des tentatives de concession ou de compromis, voire des aveux de faiblesse. En bref, ce que les parties disent contre leur intérêt durant des négociations est dit sous toutes réserves, en ce sens que leurs déclarations ne peuvent être utilisées par la suite contre elles. La règle n'a toutefois pas pour but de protéger des rapports malhonnêtes, et il n'existe aucune raison d'exclure ce dont une partie fait état dans son propre intérêt et au préjudice de la partie adverse. Tel est le cas en l'espèce.

L'avocat de l'appelant a fait valoir que l'exception relative à la fraude mentionnée dans les citations qui précèdent ne devrait s'appliquer que lorsque la fraude en question pourrait constituer elle-même une cause d'action, par exemple, si la partie adverse avait ajouté foi à la déclaration inexacte et y avait donné suite, vraisemblablement en concluant un règlement. Puisque les fonctionnaires du ministère du Revenu national n'ont manifestement pas été induits en erreur par la brochure de vente censément altérée, il ne faudrait donc pas permettre que celle-ci soit mise en preuve.

Je ne suis pas d'accord. Comme l'indiquent clairement les citations qui précèdent, le privilège de non-divulgation a pour but d'encourager les tentatives honnêtes de règlement et d'éviter aux parties que soient utilisés contre elles les aveux et les concessions

from being used against them. Where, as appears to be the case here, a party perverts the purpose of a settlement negotiation and attempts to use it to mislead the other party into changing its position, the privilege is lost. Once there is a *prima facie* indication of such an attempt to mislead, as there clearly is in the present record, questions designed to elicit information and admissions about such attempt and the circumstances surrounding it are admissible.

Counsel for the appellant also urged a “floodgates” argument upon us and argued that chaos might ensue if we allowed any exception to the absolute exclusionary rule. In particular, he warned of the possibility of frequent and spurious claims of attempts to mislead which might involve solicitors being obliged to become witnesses as to what had taken place at settlement negotiations which they had attended. The short answer to that argument, it seems to me, is that the courts are quite capable of protecting themselves against any such abuse; in any event the threshold requirement of a *prima facie* showing of an attempt to mislead should be quite sufficient as a barrier to misuse. As to the possibility of solicitors being called as witnesses, that is a risk which is always present when they participate in settlement negotiations, whether such negotiations are successful or not. Clearly, if one party succeeds in misleading the other and a settlement results, the solicitor, if present, may be called as a witness in subsequent litigation; the fact that the same risk exists where the misrepresentation is unsuccessful is unlikely in my view to discourage solicitors from attempting to settle their clients’ cases.

I wish to make it clear, however, that any loss of privilege attaches only to the alleged attempt to mislead and the circumstances immediately surrounding it. As indicated above, there appears to have been an actual offer of compromise made at some point during the meeting of October 9, 1991. There is nothing to indicate that such offer was not genuine or that it formed part of the attempt to deceive. Accordingly, even if the whole of the meeting is not pro-

qu’elles font dans leurs efforts pour arriver à un règlement. Si, comme cela semble être le cas en l’espèce, une partie fausse le but d’une négociation visant à arriver à un règlement et tente de s’en servir pour amener l’autre partie à changer de position, le privilège disparaît. Dès lors qu’il existe une indication *prima facie* d’une telle tentative pour induire en erreur, comme c’est clairement le cas en l’espèce, les questions qui sont conçues pour obtenir des informations et des aveux sur cette tentative et les circonstances qui l’entourent sont admissibles.

L’avocat de l’appelant a également invoqué devant la Cour que la situation ouvrirait la porte à un flot de demandes et il a soutenu que le fait d’accepter toute exception à la règle d’exclusion absolue pourrait mener au chaos. Plus particulièrement, il a prévenu qu’il était possible que l’on fasse état de fausses et fréquentes allégations de tentatives d’induire en erreur qui pourraient contraindre les avocats à témoigner sur ce qui s’était passé lors de négociations en vue d’un règlement auxquelles ils avaient assisté. Il me semble que les tribunaux sont bien capables de se protéger contre de tels abus; quoi qu’il en soit, la condition de base de la preuve *prima facie* d’une tentative d’induire en erreur devrait bien suffire pour faire obstacle au cas d’abus. Quant à la possibilité que des avocats soient appelés à témoigner, il s’agit là d’un risque qui est toujours présent lorsqu’ils participent à des négociations en vue d’un règlement, qu’elles soient fructueuses ou non. À l’évidence, lorsqu’une partie parvient à induire l’autre en erreur et qu’il s’ensuit un règlement, l’avocat, s’il est présent, peut être appelé à témoigner dans un procès subséquent; le fait que le même risque existe, lorsque la déclaration inexacte est infructueuse a peu de chance, selon moi, de dissuader les avocats d’essayer de régler les causes de leurs clients.

Je tiens à préciser, toutefois, que toute perte de privilège ne concerne que la tentative présumée d’induire en erreur et les circonstances qui s’y rapportent directement. Comme il est indiqué ci-dessus, il semble qu’une offre effective de compromis ait été faite au cours de la réunion du 9 octobre 1991. Rien n’indique que cette offre n’était pas authentique ou qu’elle faisait partie de la tentative faite pour induire en erreur. En conséquence, même si l’ensemble de la

tected, evidence as to the content of that offer would continue to be inadmissible in any event.

Conclusion

I would dismiss the appeals with costs.

LINDEN J.A.: I agree.

MCDONALD J.A.: I agree.

¹ There were a number of other questions objected to at the examination for discovery which the Tax Court Judge ordered the appellant to answer. They are no longer in issue and the appellant does not question the Tax Court Judge's ruling with respect to them.

² SOR/90-688.

³ John Sopinka, Sidney N. Lederman, Q.C. & Alan W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (Toronto and Vancouver, Butterworths, 1992), at p. 719.

⁴ (1987), 18 C.P.R. (3d) 124 (F.C.T.D.), at p. 125.

⁵ (1991), 48 F.T.R. 68 (F.C.T.D.), at p. 71.

⁶ See cross-examination on the affidavit of Terrence H. Young, A.B., Tab 10, particularly questions 62 to 70.

⁷ [1968] 1 O.R. 642 (H.C.), at p. 656, affirmed, [1968] 2 O.R. 452 (C.A.).

⁸ [1989] A.C. 1280 (H.L.), at p. 1299.

⁹ (1990), 105 A.R. 4 (Q.B.), at p. 11, affirmed [1990] 5 W.W.R. 377 (Alta. C.A.).

¹⁰ (1992), 96 D.L.R. (4th) 227 (B.C.C.A.), at pp. 232-233.

réunion n'est pas protégé, la preuve relative au contenu de l'offre continuerait d'être irrecevable de toute façon.

a Conclusion

Je suis d'avis de rejeter les appels avec dépens.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

b

LE JUGE MCDONALD, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

¹ Il y a eu, à l'interrogatoire préalable, un certain nombre d'autres questions auxquelles l'appellant s'est opposé et auxquelles le juge de la Cour canadienne de l'impôt lui a ordonné de répondre. Ces questions ne sont plus en litige, et l'appellant ne conteste pas la décision qu'a rendue le juge de la Cour canadienne de l'impôt à leur sujet.

² DORS/90-688.

³ John Sopinka, Sidney N. Lederman, c.r. & Alan W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (Toronto et Vancouver, Butterworths, 1992), à la p. 719.

⁴ (1987), 18 C.P.R. (3d) 124 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 125.

⁵ (1991), 48 F.T.R. 68 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 71.

⁶ Voir le contre-interrogatoire concernant l'affidavit de M. Terrence H. Young, cahier d'appel, onglet 10, et plus particulièrement les questions 62 à 70.

⁷ [1968] 1 O.R. 642 (H.C.), à la p. 656, décision confirmée par [1968] 2 O.R. 452 (C.A.).

⁸ [1989] A.C. 1280 (H.L.), à la p. 1299.

⁹ (1990), 105 A.R. 4 (B.R.), à la p. 11, décision confirmée par [1990] 5 W.W.R. 377 (C.A. Alb.).

¹⁰ (1992), 96 D.L.R. (4th) 227 (C.A. C.-B.), aux p. 232 et 233.