

DOSSIER: SCT-5002-11
RÉFÉRENCE: 2013 TRPC 02
DATE: 20130604

TRADUCTION OFFICIELLE

TRIBUNAL DES REVENDICATIONS PARTICULIÈRES
SPECIFIC CLAIMS TRIBUNAL

ENTRE :

BANDE INDIENNE LAC LA RONGE ET
NATION CRIE DE MONTREAL LAKE

Revendicatrices

– et –

SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DU
CANADA

Représentée par le ministre des Affaires
indiennes et du Nord canadien

Intimée

David Knoll, pour les revendicatrices

Sean Sass et Lauri Miller, pour l'intimée

ENTENDUE: Le 14 mai 2013

MOTIFS DE LA DÉCISION

L'honorable Johanne Mainville

I. INTRODUCTION

[1] Les revendicatrices ont déposé un *Avis de demande relative à l'admission de documents* (« demande ») afin que trois documents soient admis en preuve à l'audience concernant leur revendication.

[2] Les documents en question sont :

- un courriel daté du 17 novembre 2010 de Rita Dagenais, conseillère juridique, Services juridiques du MAADNC, Revendications particulières, à David Knoll, procureur des revendicatrices;
- un courriel daté du 15 septembre 2011 de Perry Robinson, procureur du gouvernement du Canada, à David Knoll, procureur des revendicatrices;
- une lettre datée du 14 juin 2011 de Patrick Borbey, sous-ministre adjoint principal, gouvernement du Canada, à Edward Henderson, chef de la nation crie de Montreal Lake.

[3] Dans leur demande, les revendicatrices cherchent à obtenir les mesures suivantes :

[TRADUCTION]

(...)

- que la lettre de Rita Dagenais et le courriel de Perry Robinson soient admis en preuve à l'audience au motif que ces documents touchent la question du bien-fondé d'une revendication et non celle des négociations protégées par le privilège lié aux négociations en vue d'un règlement.
- que la lettre du sous-ministre adjoint principal adressée au chef Henderson soit admise en preuve à l'audience au motif qu'elle est pertinente pour déterminer la position du Canada à l'égard du bien-fondé d'une revendication, vu la conclusion que le Canada a manqué à son obligation fiduciaire en permettant l'occupation illégale des terres de réserve sans avoir obtenu l'approbation nécessaire, ce qui constitue une question de droit semblable à celle soulevée dans le cadre de la revendication déposée devant le Tribunal;

- que, par suite de l'admission de ces documents, le Tribunal se penche sur le bien-fondé de la revendication dont il est saisi, en tenant compte du fait que le Canada a conclu, initialement dans le dossier de la présente revendication, et ensuite dans le dossier de la revendication de Montreal Lake, qu'il avait manqué à son obligation fiduciaire en permettant l'utilisation et l'occupation des terres de réserve sans autorisation légale; plus particulièrement, qu'il avait manqué à son obligation en coupant des arbres sur la réserve de Little Red sans autorisation légale;
- subsidiairement, que le Tribunal prenne ces documents en considération au moment de statuer sur le bien-fondé de la revendication.

[4] L'intimée conteste la demande, invoquant des moyens fondés sur le privilège lié aux négociations en vue d'un règlement et la pertinence.

[5] Les parties ont déposé des observations écrites et une audience a été tenue par vidéoconférence le 14 mai 2013.

[6] À l'appui de leur demande, les revendicatrices ont produit un affidavit signé par leur procureur, M. Knoll. Au début de l'audience, les procureurs des parties ont proposé que, pour éviter de reporter l'audience de la demande, M. Knoll retire son affidavit et qu'un représentant des revendicatrices produise un nouvel affidavit au contenu identique. Le Tribunal a fait droit à la requête. L'affidavit de M. Knoll a été retiré et un nouvel affidavit a été signé le 15 mai 2013 par Tom McKenzie, négociateur pour les revendicatrices, signifié à l'intimée le même jour et déposé au greffe le lendemain.

[7] Dans son affidavit, M. McKenzie renvoie à quatre documents déposés par les revendicatrices avec leur réponse :

- une lettre datée du 15 décembre 2006 adressée par Michel Roy, sous-ministre adjoint, Affaires indiennes et du Nord Canada, à la chef Tammy Cook-Searson;
- une résolution datée du 14 février 2007 adoptée par le conseil de la bande indienne Lac La Ronge en ce qui concerne la lettre de Michel Roy;

- une résolution datée du 20 mars 2007 adoptée par le conseil de la nation crie Montreal Lake en ce qui concerne la lettre de Michel Roy;
- une lettre datée du 17 septembre 2007 de David Knoll à Shelley Pickowicz, gestionnaire de portefeuille, Affaires indiennes et du Nord Canada.

[8] Pendant l'audience, l'intimée a affirmé que ces documents étaient aussi confidentiels et protégés par le privilège lié aux négociations en vue d'un règlement. Cependant, elle a convenu que les documents seraient déposés et que le Tribunal pouvait les examiner à seule fin de se prononcer sur la demande. La même approche sera adoptée en ce qui concerne le document intitulé [TRADUCTION] *Protocole de négociation avec la bande indienne Lac La Ronge et la nation crie de Montreal Lake en ce qui concerne la revendication particulière relative à la cession et à la vente de bois dans la réserve Little Red n° 106A* (« protocole de négociation ») déposé par l'intimée et auquel Michelle Adkins, directrice de la Direction générale des revendications particulières du ministère des Affaires autochtones et Développement du Nord Canada, renvoie dans son affidavit.

[9] Pour les motifs énoncés ci-après, je rejette la demande. J'estime que les lettres de Mme Dagenais et de M. Robinson sont protégées par le privilège lié aux négociations en vue d'un règlement et que la lettre de M. Borbey n'est pas pertinente pour l'examen de la revendication.

II. CONTEXTE

[10] Le 28 août 2003, les revendicatrices ont conjointement présenté une revendication particulière à la Direction générale des revendications particulière des Affaires indiennes et du Nord Canada, portant que :

- la cession, en 1904, du bois de pruche sur la réserve Little Red n° 106A n'était pas conforme aux dispositions relatives aux cessions de la *Loi sur les Indiens*;
- le bois a été pris en violation du droit de propriété;
- le produit de la vente a été mal géré;

- le produit de la vente a servi à acheter du matériel qui aurait dû être fourni aux termes du Traité n° 6.

[11] Le 15 décembre 2006, Michel Roy, sous-ministre adjoint des Affaires indiennes et du Nord Canada, a avisé les revendicatrices que leur revendication avait été acceptée pour négociation puisqu'elles avaient établi que le Canada avait une obligation légale envers elles dont il ne s'était pas encore acquitté puisqu'il n'avait pas respecté les dispositions relatives aux cessions de la *Loi sur les Indiens* de 1886 lors de la cession, en 1904, du bois qui se trouvait sur la réserve Little Red River n° 106A. Monsieur Roy a également avisé les revendicatrices que le Canada était prêt à entamer des négociations en vue de l'octroi d'une indemnité pour la perte et les dommages qu'elles ont subis.

[12] Bien que le Canada ne se soit pas prononcé sur les autres allégations soulevées dans la revendication, il a informé les revendicatrices que, si un règlement définitif était conclu, tous les aspects de la revendication devraient faire l'objet d'une quittance complète, définitive et officielle, à l'exception de l'allégation selon laquelle le produit de la vente a servi à acheter du matériel qui aurait dû être fourni aux termes du Traité n° 6. Ce dernier point devait faire l'objet d'une revendication particulière distincte.

[13] La lettre de M. Roy porte la mention [TRADUCTION] « sous toute réserve » sur la première page, et le dernier paragraphe se lit comme suit :

[TRADUCTION] Enfin, je désire vous aviser que la présente lettre est rédigée « sous toute réserve » et qu'elle ne devrait pas être considérée comme une reconnaissance des faits ou de la responsabilité de la Couronne. Certains moyens de défense très formalistes, comme les délais de prescription, les règles strictes de la preuve ou la règle du manque de diligence, n'ont pas été pris en considération dans l'examen de votre revendication. Cependant, si cette revendication devait faire l'objet d'un litige, le gouvernement se réserve le droit d'invoquer ces moyens de défense ainsi que tout autre moyen dont il peut se prévaloir. Veuillez également prendre note que nos dossiers sont assujettis à la *Loi sur l'accès à l'information et à la Loi sur la protection des renseignements personnels*.

[14] Par la suite, les parties ont échangé des lettres à propos de l'étendue de la responsabilité de la Couronne. À cet égard, Tom McKenzie affirme dans son affidavit qu'[TRADUCTION] « avant le début des négociations, et non pendant les négociations, les parties ont compris que

d'autres allégations seraient prises en considération ». Il fait référence aux résolutions du conseil de la nation crie de Montreal Lake et du conseil de la bande indienne Lac La Ronge, ainsi qu'à la lettre de M. Knoll datée de septembre 2007.

[15] La résolution du conseil de la bande indienne Lac La Ronge se lit comme suit :

[TRADUCTION]

ATTENDU QUE les Premières nations Lac la Ronge et Montreal Lake ont présenté, en mai 2003, une revendication selon laquelle la cession de bois dans la réserve Little Red n° 106A survenue en 1904 constitue un manquement aux obligations légales du Canada en vertu de la *Politique sur les revendications particulières*;

ATTENDU QUE les Premières nations ont affirmé que le manquement était attribuable au fait que le Canada n'a pas respecté les dispositions relatives aux cessions de la *Loi sur les Indiens*, qu'il a manqué à son obligation fiduciaire en procédant à la cession en violation des dispositions de la *Loi sur les Indiens* et qu'il n'a pas bien administré le produit de la vente du bois;

ATTENDU QUE, le 15 décembre 2006, le Canada a écrit aux Premières nations pour les aviser que la revendication était acceptée pour négociation au motif qu'elles avaient établi que le Canada avait une obligation légale au sens de la *Politique sur les revendications particulières*, en ce qui concerne la revendication particulière portant sur la cession et la vente de bois en 1904;

ATTENDU QUE, plus particulièrement, le Canada a reconnu qu'il avait une obligation dont il ne s'était pas encore acquitté envers les Premières nations « parce qu'il n'a pas respecté les dispositions relatives aux cessions de la *Loi sur les Indiens* de 1886, ce qui a entraîné une vente illégale de bois dans la réserve indienne n° 106A »;

ATTENDU QUE le Canada a fait état dans sa lettre d'autres allégations soulevées dans la revendication auxquelles le ministère de la Justice n'a pas répondu, mais qu'il a affirmé que, pour arriver à un règlement, « tous les aspects de la revendication particulière relative à la cession et à la vente de bois en 1904 devaient faire l'objet d'une quittance complète, définitive et officielle », à l'exception de l'allégation selon laquelle le « produit de la vente déposé dans les comptes en fiducie des Premières nations a servi à acheter du matériel qui aurait dû être fourni, à titre d'avantages, aux termes du Traité n° 6 »;

ATTENDU QUE le Canada exige que le conseil de bande adopte une résolution dans laquelle celui-ci accepte d'entamer des négociations sur le fondement de la lettre datée du 15 décembre 2006;

À CES CAUSES, IL EST RÉSOLU QUE : la bande indienne Lac La Ronge soit prête à entamer des négociations sur le fondement de la lettre du Canada, datée du 15 décembre 2006, en vue d'arriver à un règlement complet et définitif de la revendication particulière portant sur la cession et la vente de bois, en 1904, fondée sur les allégations qui y sont formulées.

[16] La résolution du conseil de la nation crie de Montreal Lake va dans le même sens.

[17] Dans sa lettre datée du 17 septembre 2007 adressée aux Affaires indiennes et du Nord Canada, M. Knoll écrit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Objet : Éclaircissements au sujet des RCB

Suite à notre discussion du 22 août 2007 à propos de l'étendue de la résolution du conseil de bande de la Première nation crie de Montreal Lake, datée du 20 mars 2007, et de celle de la bande indienne Lac La Ronge, datée du 14 février 2007, qui acceptaient le fondement des négociations, la présente vise à préciser que le règlement complet et définitif dont il est question dans les résolutions vise toutes les allégations soulevées dans le cadre de la revendication, sous réserve de l'allégation mentionnée dans la revendication et dans la lettre d'acceptation du Canada datée du 15 décembre 2006 selon laquelle le produit du règlement a servi à acheter du matériel qui aurait dû être fourni, à titre d'avantages, aux termes du Traité n° 6. Cette allégation fera l'objet d'une revendication distincte à être déposée.

Espérant le tout à votre entière satisfaction, je vous prie d'agréer mes salutations distinguées.

[18] Le 23 janvier 2008, les revendicatrices et le Canada ont signé le protocole de négociation, lequel prévoit notamment ce qui suit :

[TRADUCTION]

1. PRINCIPES GÉNÉRAUX

1.01 Les principes généraux suivants guideront les Parties dans les négociations:

- (a) Toutes les négociations doivent être menées « sous toute réserve », sans reconnaissance des faits ou de la responsabilité, et viser le règlement de la revendication des Premières nations sans recours à la justice. Tous les renseignements ou communications transmis au cours des négociations sont considérés comme étant privilégiés et confidentiels.

Aucun renseignement ou communication transmis au cours des négociations ne peut être déposé en preuve dans le cadre d'une procédure judiciaire ou quasi-judiciaire, ou autrement utilisé en dehors du processus de négociation, sauf si :

- i. les Parties renoncent expressément au privilège ou à la confidentialité;

- ii. les renseignements proviennent de la partie qui désire les utiliser en dehors des négociations;
- iii. les renseignements sont généralement connus du public et accessibles par lui.

Les Parties reconnaissent et conviennent que les aveux, renseignements et communications peuvent de toute façon être assujettis aux lois sur l'accès à l'information et sur la protection des renseignements personnels;

(...)

3. PROCESSUS DE NÉGOCIATION

Les négociations sont menées conformément au protocole suivant :

(...)

3.04 Les réunions de négociation

(a) ne peuvent pas être enregistrées électroniquement par une partie, et ce afin de favoriser les discussions franches et ouvertes, qui ont lieu « sous toute réserve », sauf si les Parties y ont préalablement consenti;

(b) (...)

(c) se déroulent « sous toute réserve ».

(...)

3.09 Les Parties conviennent qu'aucune clause du présent protocole ne peut être considérée comme étant juridiquement contraignante, et les Parties s'entendent pour ne pas tenter de poursuites l'une envers l'autre par suite d'une obligation créée ou constatée par le présent protocole ou processus de négociation, mais les Parties peuvent invoquer l'alinéa 1.01(a) du présent protocole dans le cadre de toute action, revendication ou procédure quelconque, avant ou après la résiliation du protocole de négociation.

(...)

4. PLAN DE COMMUNICATION

(...)

4.02 Les Parties reconnaissent et conviennent que, nonobstant l'alinéa 1.01(a), elles peuvent aviser le public de temps à autre de l'état général des négociations et de la nature de la revendication acceptée pour négociation, mais elles ne peuvent divulguer aucun renseignement ou communication transmis au cours des négociations, sauf disposition contraire du présent protocole de négociation. (...)

[19] Le 17 novembre 2010, pendant les négociations, Mme Dagenais a transmis à M. Knoll, par voie électronique, une lettre en réponse à ses notes de service de nature juridique qui portaient sur les allégations des revendicatrices à propos de la violation du droit de propriété et du manquement à la *Loi sur les Indiens* et au *Règlement sur le bois*. La lettre avait pour objet la méthode de calcul de l'indemnité. Madame Dagenais a aussi écrit que la Couronne avait manqué

à son obligation fiduciaire en omettant d'imposer et de percevoir des amendes, et que le Canada devrait donc indemniser les Premières nations en conséquence.

[20] Presqu'un an plus tard, toujours pendant les négociations, M. Robinson a envoyé à M. Knoll, par voie électronique, une lettre datée du 15 septembre 2011, qui établissait le [TRADUCTION] « *fondement de la position juridique du Canada en ce qui concerne le versement de l'indemnité pour l'omission du Canada d'appliquer les dispositions relatives aux peines imposées à l'article 26 de la Loi sur les Indiens de 1886, en sa version modifiée en 1890* ».

[21] Monsieur Robinson écrivait que la revendication avait été acceptée au motif que les dispositions relatives aux cessions de la *Loi sur les Indiens* n'avaient pas été respectées et que les négociations avaient été engagées en tenant pour acquis que les Premières Nations seraient indemnisées pour les pertes et les dommages qu'elles avaient subis par suite de la cession illégale de leurs intérêts dans le bois en 1904. Il expliquait ensuite les raisons juridiques pour lesquelles le Canada n'était pas tenu de verser une indemnité pour avoir omis de poursuivre une entreprise forestière.

[22] Toujours pendant les négociations, les revendicatrices, qui étaient en désaccord avec la position du Canada, ont produit la lettre de M. Borbey datée du 14 juin 2011. Ce document porte sur une autre revendication présentée par la nation crie de Montreal Lake, que le Canada a accepté pour négociation. La revendication faisait état d'une obligation légale imposée par la *Politique sur les revendications particulières* au Canada puisqu'il n'a pas expulsé les intrus et qu'il a autorisé une occupation illégale avant qu'un permis soit délivré, en violation des dispositions de la *Loi sur les Indiens*.

[23] Enfin, les revendicatrices et le Canada n'ont pas été en mesure de s'entendre sur la question de l'indemnité, et les négociations ont échoué.

III. POSITION DES PARTIES

[24] Les revendicatrices font valoir ce qui suit :

- En 2007, les parties ont convenu d'entamer des négociations sur le fondement de la lettre de M. Roy, datée du 15 décembre 2006, étant entendu que toutes les allégations

soulevées, à l'exception de celles se rapportant au produit de la vente utilisé pour acheter du matériel qui aurait dû être fourni aux termes du Traité n° 6, feraient l'objet d'un règlement.

- Les documents en cause portent sur la position juridique du Canada quant à la responsabilité et au bien-fondé de la revendication en vertu de la *Politique sur les revendications particulières*, un point qui n'est pas négociable. Par conséquent, les trois documents ne sont pas assujettis au protocole de négociation ni protégés par le privilège lié aux négociations en vue d'un règlement.
- La lettre de M. Borbey est la confirmation par le Canada du bien-fondé de la revendication déposée par la nation crie de Montreal Lake relativement à la violation du droit de propriété. Les faits énoncés dans cette revendication et ceux entourant la présente revendication sont différents, mais la nation crie de Montreal Lake est revendicatrice dans les deux cas, et les principes juridiques et arguments soulevés sont les mêmes. Bien que la position adoptée par le Canada en vertu de la *Politique sur les revendications particulières* ne constitue pas un précédent judiciaire, elle est un précédent dont on peut tenir compte conformément à la *Politique*.

[25] Pour sa part, l'intimée prétend que les trois documents ne sont pas admissibles en preuve pour les raisons suivantes :

- Les revendicatrices et le Canada prévoyaient recourir aux tribunaux lorsqu'ils ont préparé les trois documents;
- Les parties ont convenu de ne pas divulguer les documents en cause, ou tout document ou communication produit au cours des négociations en vue d'un règlement, en vertu du protocole de négociation signé par elles;
- Les documents en cause ont été établis et produits pour favoriser les discussions dans le cadre des négociations en vue d'arriver à un règlement;

- Il n'existe aucune exception au privilège lié aux négociations en vue d'un règlement qui s'applique à la présente demande, et rien n'indique que le Canada a renoncé au privilège;
- Le protocole de négociation régit l'utilisation et l'admissibilité des lettres de Mme Dagenais et de M. Robinson;
- La lettre de M. Borbey est également une communication produite au cours des négociations menées dans le cadre du processus des revendications particulières. Cependant, elle a été produite relativement à une revendication particulière distincte et, par conséquent, elle n'est pas pertinente pour l'examen de la présente revendication, en plus d'être assujettie au privilège lié aux négociations en vue d'un règlement.

[26] L'intimée prétend également que la position adoptée par le Canada n'est pas incohérente puisque, comme il est indiqué dans la lettre de décembre 2006, le Canada cherchait à obtenir une quittance complète, définitive et officielle de tous les aspects de la revendication particulière fondée sur la cession et la vente du bois ayant eu lieu en 1904, et les documents de Mme Dagenais et de M. Robinson ont été produits en vue de ce règlement.

IV. QUESTIONS EN LITIGE

[27] Les questions en litige peuvent être formulées de la façon suivante :

- a. Les documents sont-ils assujettis au privilège lié aux négociations en vue d'un règlement?
- b. Si les documents sont assujettis au privilège lié aux négociations en vue d'un règlement, y a-t-il eu renonciation au privilège?
- c. Si les documents ne sont pas assujettis au privilège lié aux négociations en vue d'un règlement, permettent-ils de statuer sur le bien-fondé de la revendication?

V. ANALYSE

[28] L'alinéa 13(1)*b* de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*, LC 2008, ch

22 (« Loi sur le TRP ») prévoit ce qui suit :

13. (1) Le Tribunal a, pour (...) la production et l'examen des pièces, (...) les attributions d'une cour supérieure d'archives; il peut :

(...)

b) recevoir des éléments de preuve (...) ou des renseignements par déclaration verbale ou écrite sous serment ou par tout autre moyen qu'il estime indiqué, indépendamment de leur admissibilité devant un tribunal judiciaire, à moins que, selon le droit de la preuve, ils ne fassent l'objet d'une immunité devant les tribunaux judiciaires;

(...)

[29] Par conséquent, aux termes de l'alinéa 13(1)*b*) de la *Loi sur le TRP*, un élément de preuve est admissible s'il ne fait pas l'objet d'une immunité selon le droit de la preuve. Lorsque le Tribunal estime que l'élément de preuve ne fait pas l'objet d'une immunité, il peut recevoir cet élément indépendamment de son admissibilité devant un tribunal judiciaire. Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, le Tribunal peut tenir compte des règles d'admissibilité de la preuve applicables devant les tribunaux judiciaires même s'il n'est pas tenu de les respecter.

A. Les documents sont-ils assujettis au privilège lié aux négociations en vue d'un règlement?

[30] Il est bien établi en droit que le privilège lié aux négociations en vue d'un règlement existe afin de protéger les efforts déployés de bonne foi pour arriver à un règlement et pour encourager les parties à négocier de façon libre et sincère afin d'accroître les chances de conclure un règlement et d'éviter les procédures coûteuses : *Bellatrix Exploration Ltd c Penn West Petroleum Ltd.*, 2013 ABCA 10, 542 AR 83 [*Bellatrix*]; *Ross River Dena Council c Canada (AG)*, 2009 YKSC 4, [2009] 2 CNLR 334 [*Ross River*], conf. 2009 YKCA 8, [2009] 3 CNLR 361; *Hansraj c Ao*, 2002 ABQB 385, 4 Alta LR (4th) 124, infirmée pour d'autres motifs, 2004 ABCA 223, 34 Alta LR (4th) 199; *Middlekamp c Fraser Real Estate Board (1992)*, 71 BCLR (2d) 276 (CA); *Myers c Dunphy*, 2005 NLTD 166, 251 Nfld & PEIR 157, conf. 2007 NLCA 1, 262 Nfld & PEIR 173; Alan Bryant, Sidney Lederman et Michelle Fuerst, éd., *Sopinka, Lederman & Bryant: the Law of Evidence in Canada*, 3^e éd. (Markham : LexisNexis Canada, 2009), p. 1030 [Bryant et al., « *Law of Evidence* »].

[31] Dans l'arrêt *Globe and Mail c. Canada (PG)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 RCS 592, le juge

LeBel, au nom de la Cour suprême du Canada, a écrit ce qui suit aux par. 80 et 81 :

80. (...) la common law a reconnu depuis longtemps que, pour inciter les parties à régler leurs différends au moyen de négociations en vue d'un règlement, celles-ci doivent demeurer confidentielles. En effet, ce privilège de confidentialité remonte au moins aux années 1790 (...) :

(...)

Les propos du juge sont à l'origine d'une règle de preuve suivant laquelle le contenu et l'essence des négociations en vue d'un règlement sont inadmissibles en preuve si l'affaire débouche sur un procès (*Histed c. Law Society of Manitoba*, 2005 MBCA 106, 195 Man. R. (2d) 224, par. 44; *Société Radio-Canada c. Paul*, 2001 CAF 93, [2001] A.C.F. n° 542 (QL)). (...)

[81] La préservation de la confidentialité des négociations en vue d'un règlement constitue un objectif d'ordre public d'une importance capitale, (...). 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. (...)

[32] Les conditions qui doivent être réunies pour invoquer le privilège lié aux négociations en vue d'un règlement sont formulées dans la jurisprudence et résumées comme suit dans l'ouvrage de Bryant et al, « *Law of Evidence* », op.cit., au par. 30, à la p. 1033 :

[TRADUCTION]

- un différend prêtant à litige doit être né ou être envisagé;
- la communication doit être faite sous la réserve explicite ou tacite qu'elle ne soit pas divulguée au tribunal en cas d'échec des négociations;
- la communication doit avoir pour but un règlement à l'amiable.

[33] Dans l'arrêt *Bellatrix*, précité, la Cour d'appel de l'Alberta a conclu :

[TRADUCTION]

29. Comme c'est le cas pour la plupart des privilèges, il y a des exceptions à la règle. Certaines sont universellement reconnues alors que d'autres sont plus controversées. Parmi les exceptions généralement reconnues, notons :

(a) pour empêcher la double indemnisation : *Dos Santos (Committee of) c Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2005 BCCA 4, 207 BCAC 54;

(b) dans les cas où les communications sont illégales, qu'elles contiennent par exemple des menaces ou des allégations de fraude;

(c) pour prouver qu'un règlement (accord et paiement) a été conclu, ou pour déterminer les termes exacts du règlement : *Comrie c Comrie*, 2001 SKCA 33, 203 Sask R 164;

(d) il est possible que la position des parties à l'égard du règlement influe sur la détermination des dépens. Cela est clairement le cas des offres présentées en vertu des *Rules of Court*, mais aussi des offres informelles : *Mahe c Boulianne*,

2010 ABCA 74, par 8 à 10, 21 Alta LR (5th) 277; *Calderbank c Claderbank*, [1975] 3 All ER 333 (CA).

[34] En l'espèce, il n'est pas contesté qu'il incombe à la partie qui invoque le privilège lié aux négociations en vue d'un règlement de prouver son existence, cette partie étant en l'occurrence, l'intimée.

[35] Cela étant dit, avant de déterminer si les documents satisfont aux trois conditions, j'aimerais faire quelques remarques préliminaires.

[36] Je n'accepte pas l'argument des revendicatrices selon lequel les lettres de Mme Dagenais et de M. Robinson ne sont pas assujetties au protocole de négociation parce qu'elles concernent la responsabilité de la Couronne ou le bien-fondé de la revendication relative à une violation de la *Politique sur les revendications particulières*.

[37] Le 28 janvier 2008, les parties ont conclu un protocole de négociation dans l'intention explicite que les renseignements ou les communications transmis au cours des négociations soient considérés comme privilégiés et confidentiels.

[38] Le protocole de négociation est très clair. Non seulement les parties ont convenu que les négociations seraient menées sous toute réserve et sans reconnaissance des faits ou de responsabilité, mais elles ont également convenu qu'aucun renseignement ni aucune communication transmis au cours des négociations ne seraient déposés en preuve dans le cadre d'une procédure judiciaire ou quasi-judiciaire.

[39] Il ressort clairement du dossier de preuve que les lettres de Mme Dagenais et de M. Robinson ont été présentées aux revendicatrices au cours des négociations. Elles ont été produites en 2010 et en 2011 pendant que se poursuivaient les négociations. À ce moment-là, les négociations étaient assujetties au protocole de négociation signé par les parties.

[40] Bien que les lettres de Mme Dagenais et de M. Robinson portent en partie sur la position juridique du Canada à l'égard de la revendication, cette question a été soulevée dans le contexte des négociations sur la méthode de calcul de l'indemnité.

[41] Je dois maintenant décider si les trois documents sont protégés par le privilège lié aux

négociations en vue d'un règlement.

1. Un différend prêtant à litige doit être né ou être envisagé

[42] La jurisprudence a établi qu'un différend prêtant à litige doit être né ou être envisagé pour que le privilège soit reconnu. Il n'est pas nécessaire que les procédures aient été intentées; il suffit que le litige soit raisonnablement prévisible (Bryant et al, « *Law of Evidence* », op.cit., au par. 30, p. 1033 à 1036). On peut dire qu'un litige est raisonnablement envisagé quand une personne raisonnable, qui a la même connaissance de la situation que l'une des parties, ou les deux, jugerait peu probable que le différend se règle sans recours aux tribunaux : *Ross River*, précité au par. 30, par. 42 et 43.

[43] La Couronne soutient que le protocole de négociation est la preuve que les parties ont envisagé la possibilité d'un litige avant et pendant les négociations en vue d'un règlement. Elle ajoute que la *Politique sur les revendications particulières*, la Loi sur le TRP et les *Règles de procédure du TRP* prévoient un processus contradictoire pour régler les revendications particulières. La Couronne prétend que le recours au Tribunal peut être considéré comme un processus litigieux qui est envisagé seulement si les négociations échouent.

[44] Les revendicatrices se fondent notamment sur l'affaire *Ross River*, précité au par. 30, et prétendent que les documents n'ont pas été préparés en prévision d'un litige.

[45] Dans *Ross River*, dans son analyse des effets de l'adoption par le Canada d'une politique relative aux revendications territoriales globales, le juge Gower a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

40. À mon avis, ce serait quelque peu naïf de prétendre que la possibilité d'une instance comme solution de rechange aux négociations des revendications territoriales globales n'était pas envisagée par les parties en 1982. En fait, l'une des principales raisons ayant mené à l'adoption de la politique sur les revendications territoriales du gouvernement fédéral en 1973 était le litige Nisga'a dans l'arrêt Calder.

41. Toutefois, la question la plus significative consiste à savoir si la simple possibilité d'une instance, à ce moment-là, suffit pour satisfaire la première des trois conditions qui doivent être réunies pour établir l'existence du privilège lié aux négociations en vue d'un règlement (...).

[46] Le juge Gower a conclu que, dans le contexte spécifique des revendications territoriales

globales présentées par le conseil de Kaksa Dena en 1982, le Canada n'avait pas présenté suffisamment d'éléments de preuve pour établir que le différend, réel ou éventuel, entre les parties était véritablement devenu litigieux quand le rapport d'expert en question avait été préparé et finalisé, ou qu'il était peu probable que le différend se règle sans recours à la justice. Pour ces raisons, le juge Gower a conclu que le privilège lié aux négociations en vue d'un règlement ne s'appliquait pas au rapport d'expert en cause.

[47] Les faits en l'espèce sont très différents de ceux de l'affaire *Ross River*, dans laquelle il était question d'un rapport d'expert. Rien dans cette décision n'indiquait que les parties étaient liées par un protocole de négociation. Le juge Gower a conclu que le rapport d'expert n'était pas visé par la proposition de règlement.

[48] Bien qu'en l'espèce, il n'y eût aucune instance en cours au moment des communications, le dossier de preuve établit que le litige entre les parties était né ou, à tout le moins, envisagé. Le protocole de négociation en soi est une preuve.

[49] Je suis convaincue que la première condition a été remplie.

2. La communication doit être faite sous la réserve explicite ou tacite qu'elle ne soit pas divulguée au tribunal en cas d'échec des négociations

[50] La deuxième condition a aussi été remplie en ce qui concerne les lettres de Mme Dagenais et de M. Robinson. Ces deux communications ont été faites sous la réserve expresse qu'elles ne soient pas divulguées dans le cadre d'une procédure judiciaire ou quasi-judiciaire si les négociations échouaient. Le protocole de négociation se passe de commentaires.

[51] Cependant, la lettre de M. Borbey porte sur une autre revendication qui ne fait pas l'objet du protocole de négociation signé par les parties. Cette lettre ne visait pas à faciliter les négociations et elle n'a pas non plus été rédigée sous la réserve expresse ou tacite qu'elle ne soit pas divulguée en cas d'échec des négociations. Par conséquent, elle ne satisfait pas à la deuxième condition.

3. La communication doit avoir pour un but un règlement à l'amiable

[52] Pour les raisons énoncées ci-dessus, le dossier de preuve est, à mon avis, très clair. Les lettres de Mme Dagenais et de M. Robinson ont véritablement été produites dans le but d'arriver

à un règlement. La troisième condition a été remplie en ce qui concerne ces deux lettres.

B. Si les documents sont assujettis au privilège lié aux négociations en vue d'un règlement, y a-t-il eu renonciation au privilège?

[53] En l'espèce, les revendicatrices n'ont produit aucun élément tendant à établir qu'il y aurait lieu de faire exception au privilège lié aux négociations en vue d'un règlement.

[54] Enfin, il n'y a aucune preuve que le Canada a renoncé au privilège.

[55] Je conclus que l'intimée a établi que le privilège lié aux négociations en vue d'un règlement protège les lettres de Mme Dagenais et de M. Robinson, mais pas celle de M. Borbey.

C. La lettre de M. Borbey est-elle pertinente pour statuer sur le bien-fondé de la revendication et, dans la négative, devrait-elle néanmoins être reçue?

[56] Dans l'ouvrage intitulé *The Law of Evidence*, 6^e éd, (Toronto : Irwin Law, 2011), à la p. 24, les auteurs D. Paciocco et L. Struesser expliquent ce qu'est une preuve pertinente de la façon suivante :

[TRADUCTION] Des renseignements peuvent être admis en preuve seulement s'ils sont pertinents au regard d'une question importante en litige.

[57] Ils ajoutent :

Une preuve est pertinente lorsque, selon la logique et l'expérience humaine, elle tend jusqu'à un certain point à rendre la proposition qu'elle appuie plus vraisemblable qu'elle ne le paraîtrait sans elle. (*Ibid*, p. 27)

[58] Les auteurs Bryant et al. (*Law of Evidence*, précité au par. 30, p. 53), affirment ce qui suit:

[TRADUCTION]

2.38 Un fait est pertinent non seulement quand il se rapporte directement au fait en cause, mais aussi quand il prouve ou rend probable l'existence (ou la non-existence) passée, actuelle ou future d'un autre fait.

[59] Renvoyant à l'arrêt de la Cour suprême du Canada *R c Morris*, [1983] 2 RCS 190, les auteurs ont écrit ce qui suit :

2.49 (...) Bien que le juge McIntyre ait admis que la valeur probante de la preuve était faible, il a commis une erreur en confondant le principe de la pertinence avec celui de l'importance. (...) Si elle n'est pas pertinente, la preuve n'a aucune importance. (Bryant et al, « *Law of Evidence* », op. cit., au par. 30, p. 56 et 57)

[60] Quelle est la situation en l'espèce?

[61] J'estime que la lettre de M. Borbey n'est pas pertinente et, par conséquent, qu'elle n'est pas admissible en preuve. Elle a été produite relativement à autre revendication particulière distincte où les faits sont différents de ceux de l'espèce.

[62] Malgré cette conclusion, devrais-je exercer mon pouvoir discrétionnaire et recevoir ce document même s'il ne satisfait pas à la norme de la pertinence applicable en matière d'admissibilité devant une cour de justice?

[63] Il n'est pas certain que le pouvoir discrétionnaire du Tribunal d'accepter une preuve qui ne serait autrement pas admissible devant une cour de justice s'étende à la preuve non pertinente. Cependant, je n'ai pas à me prononcer sur cette question puisque je n'exercerais pas mon pouvoir discrétionnaire d'accepter le document même si je le pouvais.

[64] La lettre ne devrait pas être admise en preuve parce qu'elle aurait pour effet d'entamer un débat sur une autre revendication dont le Tribunal n'est pas saisi. Cela pourrait obliger l'intimée, ainsi que les revendicatrices, à déposer une preuve supplémentaire sur le bien-fondé de cette autre revendication. Ouvrir un débat sur une autre revendication entraînerait des délais et des frais additionnels pour les deux parties.

[65] Rien en l'espèce ne justifie que j'exerce mon pouvoir discrétionnaire et que j'admette ce document en preuve même s'il ne satisfait pas à la norme de la pertinence, puisque cela irait à l'encontre de l'objet de la *Loi sur le TRP*.

D. DÉCISION

[66] J'arrive à la conclusion que les lettres de Mme Dagenais et de M. Robinson sont assujetties au privilège lié aux négociations en vue d'un règlement et que la lettre de M. Borbey n'est pas pertinente pour statuer sur la présente revendication. Par conséquent, les trois documents ne seront pas admis en preuve.

[67] Pour ces motifs, la demande est rejetée.

JOHANNE MAINVILLE

Honorable Johanne Mainville

Tribunal des revendications particulières
Canada

Traduction certifiée conforme
Mylène Borduas

TRIBUNAL DES REVENDICATIONS PARTICULIÈRES

SPECIFIC CLAIMS TRIBUNAL

Date : 20130604

Dossier : SCT-5002-11

OTTAWA (ONTARIO), le 4 juin 2013

En présence de l'honorable Johanne Mainville

ENTRE :

BANDE LAC LA RONGE ET NATION CRIE DE MONTREAL LAKE

revendicatrices

et

**SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DU CANADA
représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien**

intimée

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

À : **Avocat des revendicatrices BANDE LAC LA RONGE ET NATION
CRIE DE MONTREAL LAKE**
Représentée par David Knoll
Knoll & Co. Law Corp.

ET AUX : **Avocats de l'intimée**
Représentée par Sean Sass et Lauri Miller
Ministère de la Justice