

Cour fédérale



Federal Court

Date : 20201005

Dossier : T-917-17

Référence : 2020 CF 983

[TRADUCTION FRANÇAISE RÉVISÉE PAR L'AUTEUR]

Montréal (Québec), le 5 octobre 2020

En présence de monsieur le juge Gascon

ENTRE :

SSE HOLDINGS, LLC et SSE IP, LLC

demandereses

et

LE CHIC SHACK INC.

défenderesse

JUGEMENT ET MOTIFS PUBLICS

I. Aperçu

[1] En 2017, les demandereses, SSE Holdings, LLC et SSE IP, LLC [collectivement, Shake Shack], ont déposé une action en usurpation de marque de commerce à l'encontre de la défenderesse, Le Chic Shack Inc. [Chic Shack]. En 2019, alors que l'affaire s'orientait vers un procès, les parties ont convenu de procéder à une médiation présidée par la Cour conformément

aux articles 387 à 389 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [Règles]. Une séance de médiation présidée par la protonotaire Steele – laquelle agit également en l’espèce à titre de juge responsable de l’instance – a eu lieu le 18 décembre 2019 [la séance de médiation]. Shake Shack est d’avis que les parties avaient conclu une entente de règlement de l’action à la fin de la séance de médiation. Chic Shack n’est pas d’accord et nie qu’un règlement quelconque ait été conclu à cette séance ou par la suite.

[2] Le 8 juin 2020, Shake Shack a déposé une requête en vue de faire appliquer ce qui, soutient-elle, constitue les conditions du règlement [la requête]. Dans sa requête, Shake Shack sollicite une ordonnance de la Cour déclarant : 1) que lors de la séance de médiation, les parties ont conclu une entente de règlement exécutoire visant à mettre fin au présent litige; 2) que les parties doivent conclure de bonne foi une entente formelle de règlement et de licence sur le fondement d’une feuille des modalités datée du 20 décembre 2019 [Feuille des modalités]; 3) qu’elle demeure saisie de l’affaire en cas de désaccord au sujet du libellé de l’accord formel; 4) qu’elle annule les dates réservées pour l’instruction de la présente affaire en novembre 2020; 5) qu’elle adjuge à Shake Shack les dépens de la requête; et 6) qu’elle accorde toute autre mesure de réparation qu’elle estime juste.

[3] La question dont la Cour est saisie consiste à savoir si les parties ont accepté de conclure un règlement.

[4] La requête a été instruite devant moi par vidéoconférence le 13 août 2020. Après avoir entendu les observations des parties, j'ai pris l'affaire en délibéré. Le 20 août 2020, j'ai rejeté la requête de Shake Shack avec motifs à suivre. Voici donc les motifs de ma décision.

[5] Pour les motifs exposés ci-après, la requête de Shake Shack est rejetée, faute de preuves suffisantes à son appui. Après avoir passé en revue les observations orales et écrites et les documents des parties, je ne suis pas convaincu que Shake Shack a présenté une preuve claire et convaincante suffisante permettant à la Cour de conclure, selon la prépondérance des probabilités, qu'à la fin de la séance de médiation présidée par la Cour, les parties ont convenu d'une entente de règlement dont les conditions sont celles qu'allègue Shake Shack. Trois grandes conclusions tirées de la preuve m'amènent à cette conclusion. Premièrement, dans une directive datée du 23 décembre 2019, la protonotaire Steele a expressément indiqué que la médiation avait été [TRADUCTION] « ajournée à la demande des parties » [la Directive de décembre 2019] et que ni les parties ni la médiatrice n'avaient pris l'une des mesures que prescrit l'article 389 des Règles lorsque « l'instance est réglée en tout ou en partie » à la conférence de règlement des litiges. Deuxièmement, Shake Shack ne m'a pas convaincu que les parties ont conclu une entente sur la totalité des éléments essentiels de la transaction qu'elles envisageaient lors de la séance de médiation. Plus précisément, d'un point de vue objectif, la taille de la zone d'exclusivité dans laquelle Chic Shack continuerait d'utiliser sa marque de commerce était un élément essentiel au sujet duquel il n'y a pas eu d'accord. Troisièmement, les conditions sur le fondement desquelles, selon Shake Shack, une entente aurait été conclue, et qui sont résumées dans la Feuille des modalités, diffèrent de la preuve qu'a fournie l'un de ses propres représentants à la fin de la séance de médiation. Par ailleurs, cette Feuille des modalités n'est pas conforme à la manière

dont les avocats de Shake Shack ont plus tard présenté à la protonotaire Steele, en janvier 2020, les éléments de la transaction qui aurait été conclue.

II. Le contexte

A. *Les parties*

[6] Shake Shack exploite des restaurants SHAKE SHACK et délivre des licences d'exploitation pour ces restaurants aux États-Unis et à l'étranger. Elle possède également des actifs tels que les dessins de marques ou les mots servant de marque SHAKE SHACK. Les restaurants SHAKE SHACK sont des « restauroutes » modernes qui servent des burgers haut de gamme, des hot-dogs, des frites dentelées, des boissons frappées, de la crème anglaise glacée, de la bière et du vin. Il est admis que Shake Shack connaît du succès aux États-Unis et à l'étranger depuis les 15 dernières années et que SHAKE SHACK est devenue une marque emblématique (surtout auprès des jeunes générations). Bien qu'il n'existe encore aucun restaurant SHAKE SHACK permanent au Canada, Shake Shack soutient que sa marque est néanmoins devenue rapidement connue au Canada.

[7] LE CHIC SHACK est un restaurant situé à Québec. Il a été fondé vers le mois de juin 2012 par M. Evan Price et sa sœur, M^{me} Alexandra Lucy Price. M. et M^{me} Price sont tous deux membres de la famille Price, qui possède des intérêts dans un certain nombre d'entreprises locales sises dans la région de Québec. Il n'existe à l'heure actuelle qu'un seul restaurant LE CHIC SHACK, qui est situé dans le Vieux-Québec, dans le même bâtiment que le Musée du Fort (lequel appartient à la famille Price), en face du légendaire Château Frontenac. Le restaurant LE CHIC SHACK sert des

burgers haut de gamme, faits d'ingrédients frais, de grande qualité et d'origine locale. Chic Shack utilise la marque de commerce LE CHIC SHACK au Canada depuis 2012, en lien avec des services de restauration. Le genre de services de restauration et de produits qu'offre LE CHIC SHACK est semblable à ceux qu'offrent les restaurants SHAKE SHACK.

B. *L'historique procédural*

[8] Peu de temps après un événement pop-up organisé par SHAKE SHACK à Toronto en janvier 2017, Chic Shack a envoyé une mise en demeure par laquelle elle a menacé Shake Shack d'intenter une poursuite.

[9] En juin 2017, Shake Shack a répondu en engageant la présente instance. À la date de sa déclaration, Shake Shack avait obtenu son enregistrement de marque de commerce pour SHAKE SHACK, tandis que les demandes de marque de commerce de Chic Shack étaient toujours pendantes. Shake Shack a donc allégué qu'il y avait usurpation de sa marque de commerce au sens de l'article 20 de la *Loi sur les marques de commerce*, LRC 1985, c T-13 [LMC], dépréciation de son achalandage au sens de l'article 22, et commercialisation trompeuse au sens de l'alinéa 7b). Chic Shack a obtenu ses enregistrements de marque de commerce pour LE CHIC SHACK et pour LE CHIC SHACK & conception en juillet 2017 et septembre 2019 respectivement. Shake Shack a par conséquent modifié sa déclaration en vue de contester la validité de ces enregistrements.

[10] Dans le cadre de son action, Shake Shack souhaite obtenir une déclaration selon laquelle l'emploi, par Chic Shack, de la marque de commerce LE CHIC SHACK déprécie la valeur de sa

marque de commerce SHAKE SHACK et crée de la confusion. Shake Shack demande aussi une injonction permanente empêchant Chic Shack d'employer sa marque de commerce ainsi que des dommages-intérêts (ou une restitution des bénéfices).

[11] Dans sa défense présentée en réponse à la déclaration, Chic Shack allègue que, en date de 2012, la marque SHAKE SHACK n'avait pas atteint le degré de reconnaissance qui serait exigé pour pouvoir revendiquer des droits antérieurs. Dans sa défense et demande reconventionnelle, Chic Shack sollicite une déclaration selon laquelle l'enregistrement de SHAKE SHACK, qui repose sur une déclaration d'emploi déposée en 2017, n'est pas valide en raison des demandes pendantes antérieures concernant LE CHIC SHACK. Chic Shack sollicite également une injonction permanente empêchant Shake Shack d'employer les marques SHAKE SHACK au Canada.

[12] En résumé, il s'agit d'une affaire de marques de commerce dans laquelle les deux parties détiennent des marques de commerce enregistrées qui, elles en conviennent, créent de la confusion quand elles sont employées en liaison avec des restaurants semblables. La principale question en litige consistera à savoir quelle partie a des droits antérieurs et valides. Pour les besoins de la présente requête, il n'est pas nécessaire d'examiner plus en détail les marques de commerce et les allégations respectives des parties.

[13] En juillet 2019, la Cour a ordonné que le procès aurait lieu à Québec, durerait cinq (5) jours et commencerait le 23 novembre 2020. Dans une directive rendue le 30 juillet 2019, la protonotaire Steele a dressé un calendrier fixant l'échéancier pour les étapes préalables au procès.

Cette directive prévoyait également qu'une conférence et séance de médiation préalable d'une durée d'un (1) jour aurait lieu à Montréal. La protonotaire Steele a confirmé par la suite, le 10 septembre 2019, que la séance de médiation aurait lieu le 18 décembre 2019, précisant qu'il n'était pas nécessaire que les représentants des parties à la séance de médiation aient pleins pouvoirs en matière de règlement.

C. *La séance de médiation*

[14] Les 10 et 11 décembre 2019, les parties ont échangé et déposé sous scellé leurs mémoires de médiation respectifs.

[15] Le 18 décembre 2019, la protonotaire Steele a présidé la séance de médiation. Étaient présents, pour le compte de Shake Shack, M^c Ronald Palmese, fils, avocat général et secrétaire de Shake Shack, de même que M. Michael Kark, l'agent principal de délivrance des licences à l'échelle mondiale de Shake Shack, ainsi que les avocats de Shake Shack, M^{es} Guay et Dupont. M. Price représentait Chic Shack, et il était accompagné des avocats de cette dernière, M^{es} Lauzon et Hébert-Tremblay.

[16] Dans son mémoire préalable à la séance de médiation, dans lequel elle exprimait son point de vue sur la médiation, Shake Shack a déclaré que la position de la direction a toujours été qu'elle ne devrait pas avoir à donner de l'argent à une entreprise que ses clients et elle considèrent comme une usurpatrice, et que Shake Shack préférait payer des frais juridiques plutôt que d'avoir à le faire. Shake Shack était toutefois disposée à considérer une forme quelconque de coexistence avec

Chic Shack, et elle entreprenait la médiation en étant résolue à trouver une solution d'affaires raisonnable qui satisferait les deux parties.

[17] Dans son mémoire préalable à la séance de médiation, Chic Shack a notamment énoncé les bases sur lesquelles elle envisagerait un règlement négocié. Il y avait selon elle quatre options distinctes possibles, décrites en ces termes : 1) Shake Shack rachète tout simplement Chic Shack à un prix qui tient compte des investissements antérieurs, de l'achalandage acquis et des possibilités d'expansion; 2) Chic Shack cesse progressivement d'employer le nom LE CHIC SHACK, adopte une nouvelle marque et obtient un dédommagement approprié; 3) le rayon d'expansion exclusive de Chic Shack est défini et le dédommagement varie en fonction des limites géographiques imposées; 4) Shake Shack renonce à tous ses plans d'expansion éventuelle au Canada.

[18] Il y a un certain désaccord entre les parties sur ce qui a été dit et fait lors de la séance de médiation, mais voici un résumé du déroulement de la journée.

[19] Au début, la médiation a semblé avancer à pas de tortue, mais les discussions ont pris de la vitesse vers le milieu de la journée. Shake Shack a fait la première offre concrète, proposant ce qui suit : 1) elle paierait les frais juridiques de Chic Shack (estimés à [REDACTED]) et 2) les parties coexisteraient sans restriction aucune d'un bout à l'autre du Canada, laissant le libre marché décider de leur degré de succès au Canada. La première réponse de Chic Shack à la proposition de Shake Shack a été la suivante : 1) elle préférerait définir une zone d'exclusivité d'un rayon de 50 ou de 100 kilomètres [km] autour de son emplacement actuel à Québec, où Shake Shack ne pourrait ouvrir aucun restaurant (c'est-à-dire, pas de coexistence entre Chic Shack et Shake Shack à

l'intérieur de cette zone), et 2) elle souhaitait obtenir un dédommagement pécuniaire pour le fait d'avoir à renoncer à ses projets d'expansion ailleurs. À ce stade-là, Chic Shack n'a toutefois proposé aucune condition pécuniaire précise.

[20] Plus tard dans l'après-midi, M. Price a dit que les parties avaient fait de bons progrès dans leurs discussions de règlement et a proposé la suspension de la médiation et la poursuite des discussions dans les semaines suivantes. M. Palmese s'est dit contrarié par la suggestion de M. Price et lui a demandé de faire une proposition concrète chiffrée. À la suite d'une courte pause, Chic Shack a proposé ce qui suit : 1) une zone d'exclusivité de 100 km pour Chic Shack, autour de son emplacement actuel à Québec, 2) un paiement de [REDACTED] en vue de la dédommager de ses frais juridiques et 3) un paiement de [REDACTED] pour chaque restaurant SHAKE SHACK ouvert au Canada (sans limite quant à la durée ou au nombre de restaurants).

[21] Shake Shack a présenté la contre-offre suivante au sujet des conditions pécuniaires : un paiement forfaitaire de [REDACTED] ou un paiement initial de [REDACTED], combiné à un paiement de [REDACTED] pour chacun des 10 premiers restaurants SHAKE SHACK ouverts au Canada. Dans le cadre de sa contre-offre, Shake Shack a aussi proposé de ne pas s'installer à Québec avant cinq (5) ans. Cependant, Chic Shack n'était pas disposée à étudier une offre qui comportait une disposition de caducité des limites géographiques de la zone d'exclusivité, peu importe la manière dont celle-ci serait définie.

[22] Pour régler les problèmes de marque de commerce soulevés dans le litige, mais aussi dans les oppositions formulées devant le Bureau des marques de commerce, Shake Shack a également

proposé, de façon générale et dans le cadre de sa contre-offre, d'acquérir les droits de marque de commerce et le nom commercial de Chic Shack, et de les rétrocéder à Chic Shack sous licence exclusive (avec des dispositions de contrôle minimales), afin que M. Price et M^{me} Price puissent poursuivre leurs activités actuelles. Selon M. Palmese, M. Price a accepté cet aspect de la contre-offre (à savoir la structure de l'arrangement futur entre les parties).

[23] Shake Shack soutient que les parties s'entendaient à ce moment-là sur la manière dont le règlement serait structuré, c'est-à-dire que Shake Shack acquerrait les droits de marque de commerce de Chic Shack et les lui rétrocéderait sous licence. Les discussions se sont poursuivies concernant le volet pécuniaire de l'entente et les limites géographiques de la zone d'exclusivité. M. Price a proposé une fois de plus que les parties suspendent la séance et reprennent les discussions après les fêtes de Noël, mais M. Palmese a insisté pour que les parties poursuivent leurs discussions car, selon ses propres paroles, ils étaient [TRADUCTION] « très près d'une rencontre des volontés ».

[24] Selon Shake Shack, les parties ont fini par s'entendre sur l'aspect pécuniaire de l'entente (s'étant déjà entendues plus tôt sur la structure de la transaction) quand Shake Shack a accepté la contre-offre la plus récente de M. Price : 1) un paiement initial de [REDACTED] et 2) un paiement de [REDACTED] (indexé annuellement) pour chacun des 10 premiers restaurants SHAKE SHACK ouverts au Canada.

[25] Shake Shack soutient que les représentants des parties se sont ensuite serré la main pour confirmer leur entente à l'égard des conditions pécuniaires et de la structure de l'entente

(l'acquisition et la rétrocession, sous licence, des droits de marque de commerce de Chic Shack à l'intérieur de la zone d'exclusivité), et ont convenu que leurs avocats feraient un suivi dans les 48 heures suivantes (avant les fêtes de Noël) pour réitérer par écrit les conditions de règlement et confirmer le rayon exact de la zone d'exclusivité. Selon M. Palmese, les parties se sont entendues sur le principe que la zone d'exclusivité serait plus vaste que la seule ville de Québec, mais que, comme ses représentants ne connaissaient pas bien la région, Shake Shack voulait voir le rayon de 100 km sur une carte et le confirmer avec son équipe à New York. M. Price et Chic Shack ne sont pas d'accord avec ce compte rendu des discussions concernant la zone d'exclusivité.

[26] J'ouvre ici une parenthèse pour signaler que cette chronologie des discussions est tirée des témoignages écrits qu'ont déposés les parties à la présente requête. Toutefois, à aucun moment au cours de la séance de médiation l'une ou l'autre des parties n'a couché par écrit la teneur de leurs discussions ou les conditions de l'entente proposées, ni partagé avec l'autre des conditions d'entente écrites. De même, à la fin de la séance de médiation aucun document écrit n'a été rédigé et échangé entre les parties, avant que la Feuille des modalités (à laquelle je reviendrai) soit rédigée par les avocats de Shake Shack le 20 décembre 2019 et transmise à ceux de Chic Shack.

[27] Peu après la fin de la séance de médiation, la protonotaire Steele a émis sa Directive de décembre 2019, dont le texte est le suivant :

[TRADUCTION]

La médiation commencée le 18 décembre 2019 est ajournée à la demande des parties.

Comme la séance a été ajournée en raison de contraintes de temps, j'encourage les parties à poursuivre leurs discussions en dehors du processus judiciaire. La Cour félicite les parties pour les efforts qu'elles ont faits, de même que pour l'assistance de leurs avocats respectifs, durant toute la médiation. La Cour demeure à la

disposition des parties au cas où elles souhaiteraient reprendre la médiation à un moment donné.

(Non souligné dans l'original.)

[28] Après l'ajournement de la médiation, la protonotaire Steele a rendu une autre ordonnance le 24 décembre 2019 au sujet de modifications apportées au calendrier des étapes préalables à l'instruction et de documents déposés dans le cadre de l'action. De la même façon, elle a rendu, le 5 février 2020, une autre ordonnance au sujet d'autres révisions apportées au calendrier des étapes préalables à l'instruction.

[29] À la suite de deux lettres reçues des avocats de chacune des parties les 20 et 21 janvier 2020 (j'y reviendrai plus loin), la protonotaire Steele a présidé une conférence confidentielle de gestion de l'instance le 27 janvier 2020 en vue de discuter de l'accord de règlement que Shake Shack aurait conclu lors de la séance de médiation. Cependant, elle n'a rendu aucune autre ordonnance ou directive concernant la médiation ajournée, ni après sa conférence de gestion de l'instance ni plus tard au cours de l'instance.

D. *Les règles régissant les médiations présidées par la Cour*

[30] La séance de médiation était une conférence de règlement des litiges présidée et organisée par la Cour conformément aux Règles. Ni l'une ni l'autre des parties ne le conteste, et la Directive du 30 juillet 2019 de la protonotaire Steele ne laisse aucun doute à ce sujet.

[31] Les dispositions des Règles relatives aux « Services de règlement des litiges » qui régissent la séance de médiation figurent aux articles 386 à 391. Il est utile de reproduire dans leur intégralité les passages qui sont pertinents en l'espèce :

SERVICES DE RÈGLEMENT DES LITIGES

Ordonnance de la Cour

386 (1) La Cour peut ordonner qu'une instance ou une question en litige dans celle-ci fasse l'objet d'une conférence de règlement des litiges, laquelle est tenue conformément aux règles 387 à 389 et aux directives énoncées dans l'ordonnance.

[...]

Définition

387 La conférence de règlement des litiges est présidée par un juge responsable de la gestion de l'instance ou le protonotaire visé à l'alinéa 383c), lequel :

a) s'il procède par médiation, aide les parties en les rencontrant ensemble ou individuellement afin de susciter et de faciliter les discussions entre elles dans le but de trouver une solution au litige qui convienne à chacune d'elles;

[...]

Confidentialité

388 Les discussions tenues au cours d'une conférence de règlement des litiges ainsi que les documents élaborés pour la conférence sont confidentiels et ne peuvent être divulgués.

DISPUTES RESOLUTION SERVICES

Order for dispute resolution conference

386 (1) The Court may order that a proceeding, or any issue in a proceeding, be referred to a dispute resolution conference, to be conducted in accordance with rules 387 to 389 and any directions set out in the order.

[...]

Interpretation

387 A dispute resolution conference shall be conducted by a case management judge or prothonotary assigned under paragraph 383(c), who may

(a) conduct a mediation, to assist the parties by meeting with them together or separately to encourage and facilitate discussion between them in an attempt to reach a mutually acceptable resolution of the dispute;

[...]

Confidentiality

388 Discussions in a dispute resolution conference and documents prepared for the purposes of such a conference are confidential and shall not be disclosed.

Avis de règlement

389 (1) Si l'instance est réglée en tout ou en partie à la conférence de règlement des litiges :

- a) le règlement obtenu est consigné et signé par les parties ou leurs avocats;
- b) un avis de règlement, établi selon la formule 389, est déposé dans les 10 jours suivant la date du règlement.

Règlement partiel

(2) Si l'instance n'est réglée qu'en partie à la conférence de règlement des litiges, le juge responsable de la gestion de l'instance rend une ordonnance dans laquelle il fait état des questions litigieuses pendantes et donne les directives qu'il estime nécessaires pour leur adjudication.

Avis de non-règlement

(3) Si l'instance n'est pas réglée à la conférence de règlement des litiges, le juge responsable de la gestion de l'instance consigne ce fait au dossier de la Cour.

Notice of settlement

389 (1) Where a settlement of all or part of a proceeding is reached at a dispute resolution conference,

(a) it shall be reduced to writing and signed by the parties or their solicitors; and

(b) a notice of settlement in Form 389 shall be filed within 10 days after the settlement is reached.

Report of partial settlement

(2) Where a settlement of only part of a proceeding is reached at a dispute resolution conference, the case management judge shall make an order setting out the issues that have not been resolved and giving such directions as he or she considers necessary for their adjudication.

Notice of failure to settle

(3) Where no settlement can be reached at a dispute resolution conference, the case management judge shall record that fact on the Court file.

[...]

[32] L'article 387 prévoit donc expressément qu'une médiation menée en vertu des Règles est présidée par le médiateur (une médiatrice, en l'occurrence) afin d'aider les parties à « trouver une solution au litige qui convienne à chacune d'elles » (non souligné dans l'original). L'article 388 garantit la confidentialité du processus de médiation. En déposant leurs observations et leur preuve dans le contexte de la présente requête, tant Shake Shack que Chic Shack ont effectivement invoqué

l'article 388 des Règles à l'égard des discussions et des documents élaborés pour la médiation. Enfin, l'article 389 des Règles énonce un processus particulier à suivre dans les cas où une instance est réglée dans le contexte d'une telle médiation. Que le règlement soit total ou partiel, le paragraphe 389(1) des Règles oblige à consigner le règlement et à le faire signer par les parties ou leurs avocats. Quant au paragraphe 389(2), il ajoute une autre condition qui s'applique dans les cas où le règlement conclu n'est que partiel : « le juge responsable de la gestion de l'instance rend une ordonnance dans laquelle il fait état des questions litigieuses pendantes » et donne les directives qu'il estime nécessaires.

[33] En l'espèce, la protonotaire Steele n'a pas rendu d'ordonnance en vertu du paragraphe 389(2) et aucun règlement n'a été consigné et signé par les parties ou leurs avocats aux termes du paragraphe 389(1) des Règles. De plus, je fais remarquer que la protonotaire Steele n'a pas confirmé l'existence d'une entente qui aurait été conclue dans le cadre du processus de médiation qu'elle avait présidé, même si elle a été invitée à le faire par M^e Guay, avocat représentant Shake Shack, dans la lettre du 20 janvier 2020 qu'il lui a adressée [la lettre de janvier 2020].

III. La preuve produite dans le cadre de la requête

[34] Dans le cadre de la présente requête, la preuve que Shake Shack a produite se composait de deux affidavits, étayés chacun par de nombreux documents qui leur étaient joints en tant que pièces. L'un était signé par M. Palmese [l'affidavit de M. Palmese] et l'autre par M. Kark [l'affidavit de M. Kark]; tous deux ont été signés le 3 juin 2020. En réponse, Chic Shack a déposé un affidavit souscrit par M. Price le 6 juillet 2020 [l'affidavit de M. Price], de même qu'un affidavit antérieur

qu'il avait présenté dans le cadre de la présente action. M. Price a été contre-interrogé sur son affidavit le 17 juillet 2020 [le contre-interrogatoire de M. Price], et une vidéo du contre-interrogatoire a été fournie à la Cour. Ni M. Palmese ni M. Kark n'ont été contre-interrogés sur leurs affidavits respectifs.

[35] J'ai effectué un examen détaillé de cette preuve, et voici le résumé de ce qu'établissent selon moi les témoignages et les documents relativement à la médiation.

A. *Shake Shack*

[36] Les principaux éléments que M. Palmese a exposés dans son affidavit montrent ce qui suit :

1. M. Palmese avait « le sentiment » que M. Price essayait de tirer avantage des plans d'expansion invoqués par Chic Shack pour obtenir plus d'argent de Shake Shack (affidavit de M. Palmese au para 43);
2. La première offre de Shake Shack comportait une dimension à la fois pécuniaire (payer les frais juridiques de Chic Shack, estimés à [REDACTED]) et territoriale (le droit de chaque partie de coexister sans restriction aucune partout au Canada) (affidavit de M. Palmese au para 46);
3. La réponse de Chic Shack, exposée par la protonotaire Steele, précisait que 1) Chic Shack préférait définir une zone d'exclusivité d'un rayon de 50 ou 100 km autour de son emplacement actuel à Québec, zone dans laquelle Shake Shack ne pouvait ouvrir aucun restaurant (par opposition à une coexistence entre Chic Shack et Shake Shack à n'importe quel endroit) et que 2) Chic Shack souhaitait obtenir un dédommagement pécuniaire pour l'abandon de ses projets d'expansion ainsi que pour la valeur pour Shake Shack du marché canadien (affidavit de M. Palmese au para 47);
4. M. Palmese avait le sentiment que M. Price abordait la médiation en « jouant au plus fin » (affidavit de M. Palmese au para 48);
5. La première offre formelle de M. Price comprenait ceci : 1) pour Chic Shack, une zone d'exclusivité d'un rayon de 100 km autour de l'emplacement actuel du restaurant LE CHIC SHACK à Québec, 2) un paiement initial de [REDACTED] pour dédommager Chic Shack de ses frais juridiques, et 3) un paiement de [REDACTED] pour chaque restaurant SHAKE SHACK

- ouvert au Canada (sans limite de temps ou de nombre de restaurants) (affidavit de M. Palmese au para 57);
6. Quelques offres et contre-offres ont été échangées, [TRADUCTION] « toutes centrées sur les trois éléments de la première offre formelle de Chic Shack » (affidavit de M. Palmese au para 58);
 7. M. Palmese a expressément indiqué qu'il avait fait une contre-offre au sujet des « conditions pécuniaires » quand il a mentionné l'offre de Shake Shack concernant un paiement forfaitaire de [REDACTED] ou un paiement initial de [REDACTED] combiné à un paiement de [REDACTED] pour chacun des 10 premiers restaurants SHAKE SHACK ouverts au Canada. M. Palmese a ensuite également proposé de ne pas ouvrir de restaurant à Québec pendant cinq (5) ans (affidavit de M. Palmese aux para 59-60);
 8. M. Palmese a mentionné que Chic Shack avait refusé d'inclure une clause de caducité à l'égard de la restriction géographique imposée par la zone d'exclusivité (affidavit de M. Palmese au para 60);
 9. M. Palmese a déclaré qu'en présumant que les parties [TRADUCTION] « parviennent à s'entendre sur les autres conditions de règlement », Shake Shack serait disposée à accepter cette restriction perpétuelle (c'est-à-dire, ne pas ouvrir de restaurant autour de Québec, sans limite de temps) (affidavit de M. Palmese au para 60);
 10. M. Palmese a expressément déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « [a]près avoir convenu d'une entente avec Chic Shack quant à la manière dont la transaction serait structurée, en ce qui concerne l'acquisition par Shake Shack des droits de marque de commerce de Chic Shack et la rétrocession sous licence de ces droits à cette dernière, le reste des discussions a principalement porté sur les éléments financiers de l'entente et, dans une moindre mesure, sur la définition géographique exacte de la zone d'exclusivité [...] » (affidavit de M. Palmese au para 63);
 11. M. Palmese a précisé que la contre-proposition de M. Price concernait les « conditions pécuniaires », ce dernier ayant offert un paiement initial de [REDACTED] et un paiement de [REDACTED] (indexé annuellement) pour chacun des 20 premiers restaurants SHAKE SHACK ouverts au Canada (affidavit de M. Palmese au para 64);
 12. À un moment donné, tard dans l'après-midi, M. Palmese a dit que les parties étaient [TRADUCTION] « très près d'une rencontre des volontés », ce qui dénotait donc qu'une telle « rencontre » n'avait pas encore eu lieu (affidavit de M. Palmese au para 65);
 13. M. Palmese a déclaré que les parties s'étaient finalement entendues sur [TRADUCTION] « l'aspect pécuniaire de l'entente [...] : a) un paiement initial de [REDACTED] [et] b) un paiement de [REDACTED] (indexé annuellement) pour chacun des 10 premiers restaurants SHAKE SHACK ouverts au Canada » (affidavit de M. Palmese au para 67). Aucune mention n'a été faite à ce moment-là de la restriction territoriale ou de la zone d'exclusivité;

14. M. Palmese a fait état d'un [TRADUCTION] « accord sur les conditions financières ainsi que sur la structure de l'entente (à savoir acquisition et rétrocession, sous licence, des droits de marque de commerce à l'intérieur de la zone d'exclusivité) », mais pas d'une entente globale (affidavit de M. Palmese au para 68);
15. M. Palmese a aussi mentionné que les avocats des parties avaient également convenu que, selon le droit des marques de commerce, il était nécessaire de définir certains paramètres afin d'éviter toute confusion dans l'esprit de la clientèle entre les restaurants CHIC SHACK et SHAKE SHACK, vu que deux entités très distinctes détenaient des marques de commerce suffisamment similaires pour créer de la confusion. Selon M. Palmese, les parties ont convenu que les avocats détermineraient le libellé exact lorsqu'elles rédigeraient le projet d'accord de licence formel après la séance de médiation. Il n'y a, semble-t-il, pas eu d'autres discussions entre les parties sur cette question durant toute la médiation (affidavit de M. Palmese au para 62);
16. M. Palmese a indiqué qu'au cours des 48 heures suivantes, les parties ont continué d'examiner la possibilité d'ouvrir d'autres restaurants dans la zone d'exclusivité, en tenant compte de l'ensemble des conditions de règlement (affidavit de M. Palmese au para 69);
17. M. Palmese a affirmé qu'il n'y avait pas eu d'entente sur le rayon exact de la zone d'exclusivité et qu'il était nécessaire de confirmer ce rayon. Il a reconnu que Chic Shack demandait un rayon de 100 km, mais a ajouté que Shake Shack voulait le voir sur une carte et le confirmer (affidavit de M. Palmese au para 68);
18. M. Palmese a indiqué que M. Kark et lui-même avaient passé en revue la Feuille des modalités et ont confirmé qu'elle « concordait avec [leur] souvenir et [leur] compréhension de ce qui avait été convenu » (affidavit de M. Palmese au para 74);
19. Après l'échange de courriels entre les avocats le 20 décembre 2019 et en janvier 2020 (et j'en traiterai davantage plus loin), M. Palmese a soupçonné M. Price d'avoir peut-être « changé d'idée » (affidavit de M. Palmese au para 78);
20. À aucun moment M. Palmese n'a laissé entendre ou déclaré qu'une restriction géographique à l'emploi exclusif de la marque de commerce de Chic Shack était secondaire ou non essentielle.

[37] Je suis d'avis que l'affidavit de M. Palmese est exhaustif, clairement rédigé et bien nuancé dans ce qu'il énonce. Tout au long de son témoignage écrit, M. Palmese fait une distinction claire entre les diverses étapes des discussions des parties ainsi qu'entre les principaux aspects de la transaction envisagée : les conditions pécuniaires, la structure de

l'entente et la zone d'exclusivité. En l'absence de contre-interrogatoire, il n'y a aucune raison de mettre en doute sa crédibilité.

[38] En ce qui concerne l'affidavit de M. Kark, ce dernier a essentiellement fait sien le souvenir qu'avait M. Palmese des faits qui avaient ponctué la séance de médiation et les 48 heures qui l'ont suivie (affidavit de M. Kark au para 19). Il a indiqué de plus qu'aussitôt après avoir quitté les locaux de la Cour à la fin de la séance de médiation, il a transmis un courriel au PDG, au Directeur Financier et au directeur du Développement de Shake Shack pour leur dire qu'une [TRADUCTION] « entente de principe » avait été conclue avec Chic Shack, aux conditions énoncées dans son courriel. Ce courriel, transmis par M. Kark à 19 h 48 le 18 décembre 2019 et joint à son affidavit [le courriel de M. Kark], est un document clé. Il convient de le citer dans son intégralité, car il exprime la manière dont M. Kark concevait l'accord à l'issue même de la séance de médiation :

[TRADUCTION]
Toute une journée!

Voici ce qui s'est soldé par une entente de principe.

Paiement initial de [REDACTED] ([REDACTED] pour les 10 premiers Shacks).

Nous sommes propriétaires de sa marque et nous la lui rétrocédons et il peut exercer ses activités à Québec (rayon de 100 km) tant qu'il exploite Le Chic Shack. Il peut ouvrir d'autres établissements uniquement dans ce rayon, et nulle part ailleurs au Canada.

Encore quelques détails à régler, mais je crois que nous nous en sommes très bien tirés de façon générale.

Après ses honoraires d'avocat, il ne lui reste pas grand-chose [...] et nous finirons par payer moins et sur une période plus longue que ce que nous aurions déboursé pour une poursuite.

Sincères remerciements et respects envers M. P qui a su très bien tirer son épingle du jeu aujourd'hui. Les choses auraient pu finir de

manières très différentes (aucune d'elles avantageuse) si Ron n'avait pas pris les choses en main comme il l'a fait. Peut-être qu'il a raté sa vocation de plaideur?

Il faut maintenant conclure cette affaire et tirer parti de cette tundra gelée (-16 °C ici ce soir)!

[39] À mon avis, ce courriel de M. Kark, rédigé en termes clairs et concis juste après la séance de médiation, mérite qu'on lui accorde un poids considérable. En cas d'incohérence avec les faits contenus dans les témoignages écrits de MM. Palmese et Kark dans leurs affidavits, ce sont les éléments de preuve ressortant de ce document que je privilégierai.

[40] À la suite de la séance de médiation, les avocats des parties ont eu plusieurs échanges, le 20 décembre 2019 et en janvier 2020, au sujet de l'accord qui aurait résulté de la séance de médiation. Tous ces échanges ont été joints en tant que pièces à l'affidavit de M. Palmese à l'appui de l'analyse que ce dernier a fait des faits postérieurs à la médiation. Comme nous le verrons plus loin dans les présents motifs, il est important de décrire en détail ces divers courriels et lettres. Ces éléments de preuve sont les suivants :

- A. M^e Lauzon (avocat de Chic Shack) a tout d'abord écrit à M^e Dupont (avocat de Shake Shack), vers 9 h 46, pour l'informer qu'il partait en vacances à midi ce jour-là et pour lui demander quand il pouvait s'attendre à avoir des nouvelles de Shake Shack, signalant que les points restants étaient relativement mineurs [le courriel RP-16];
- B. Dans le courriel qu'il a envoyé à 10 h 57 le 20 décembre 2019 à M^e Lauzon le [courriel RP-17], M^e Dupont a répondu qu'une Feuille des modalités d'« une page » « avec les principaux points de l'entente » serait prête sous peu, et il a indiqué qu'il l'enverrait « pour qu'on puisse au moins confirmer que nous avons une entente de principe ». Il a également mentionné que Shake Shack avait l'intention de payer le montant forfaitaire avant le 25 décembre et qu'il aurait besoin de quelques renseignements pour que Shake Shack puisse émettre le chèque;
- C. Dans le courriel qu'il a envoyé à 11 h 05 le 20 décembre 2019 à M^e Dupont [le courriel RP-18], M^e Lauzon a simplement répondu « OK, merci! » au courriel précédent;

- D. Dans le courriel qu'il a envoyé à 11 h 07 le 20 décembre 2019 à M^e Lauzon le [premier courriel RP-19], M^e Dupont a indiqué qu'il enverrait les « key points » (« points clés ») dès qu'il obtiendrait l'accord de sa cliente. Il a ajouté qu'il serait capable de commencer à établir une ébauche d'entente, « [a]ssumant que nous sommes tous sur la même longueur d'onde pour les key points »;
- E. Dans un autre courriel ultérieur, envoyé à 12 h 07 le 20 décembre 2019 à M^e Lauzon [le second courriel RP-19], M^e Dupont a fait référence aux [TRADUCTION] « points clés » que Shake Shack avait retenus de la médiation et il a écrit : « nous avons diminué le 100 km à 50 km » et « cela ne fait probablement pas de différence dans les faits ». Il a ajouté : « Je présume que ce n'est pas un problème » (non souligné à l'original.). Il a ensuite déclaré : « Shake Shack aurait besoin que nous confirmions notre entente de principe aujourd'hui ». De plus, ce second courriel RP-19 contenait, en lettres majuscules et en caractères gras, la mention suivante : « SOUS TOUTES RÉSERVES – DISCUSSIONS DE RÈGLEMENT »;
- F. Dans le courriel qu'il a envoyé à 14 h 07 le 20 décembre 2019 à M^e Dupont [le courriel RP-20], M^e Lauzon a répondu que « les « key points » contiennent de nouveaux éléments qui méritent [de] sérieuses réflexions », et que Chic Shack y répondrait après les Fêtes;
- G. Dans le courriel envoyé à 14 h 49 le 20 décembre 2019 à M^e Lauzon [le courriel RP-21], M^e Dupont a tenté d'obtenir de Chic Shack une confirmation conditionnelle des conditions pécuniaires et des renseignements bancaires de façon à ce que Shake Shack puisse procéder au paiement initial avant la fin de son exercice financier, sous réserve de la « finalisation » de l'accord écrit après la saison des Fêtes. M^e Dupont a écrit : « Pouvez-vous au moins confirmer que le point 5 relatif au paiement correspond bien à ce qui a été discuté, le tout conditionnel à finaliser les autres termes au retour des vacances? »;
- H. Dans le courriel qu'il a envoyé à 15 h 49 le 20 décembre 2019 à M^e Dupont [le courriel RP-22], M^e Lauzon a répondu qu'il avait pour instructions d'attendre après les Fêtes et qu'il y avait notamment, dans les points clés envoyés par Shake Shack, une [TRADUCTION] « pierre d'achoppement » dont les parties, de l'avis de Chic Shack, n'avaient pas discuté;
- I. Le 8 janvier 2020, M^e Lauzon a envoyé à l'avocat de Shake Shack un courriel contenant la réponse détaillée de Chic Shack à la Feuille des modalités [le courriel RP-23]. Dans cette réponse, Chic Shack indiquait notamment qu'elle était disposée à limiter la zone d'exclusivité à un rayon de 50 km, mais que la disposition selon laquelle sa licence serait [TRADUCTION] « valide tant que Le Chic Shack [était] la propriété de M. Evan Price et de Lucy Price » constituait une [traduction] « pierre d'achoppement évidente ». Chic Shack demandait notamment que la licence soit valide [TRADUCTION] « tant que Le Chic Shack ou l'un de ses sous-titulaires de licence [emploierait] la marque de commerce dans le territoire défini ». Chic Shack a aussi modifié sensiblement les conditions pécuniaires, car la proposition initiale ne tenait pas compte du [TRADUCTION] « potentiel commercial véritable d'une expansion au Canada »; les conditions pécuniaires ont été remplacées à la hausse par un paiement initial de [REDACTED] [REDACTED] en plus de [REDACTED] [REDACTED] (indexé annuellement) pour chacun des 50 premiers restaurants SHAKE SHACK ouverts au Canada, ce qui donnait un

montant total plusieurs fois supérieur à celui dont il avait été question à la séance de médiation.

[41] La Feuille des modalités que M^e Dupont a transmise dans le second courriel RP-19 est un autre document important, car il contient les conditions de l'entente sur le fondement duquel Shake Shack demande à la Cour d'ordonner aux parties d'établir une entente formelle de règlement et de licence. La Feuille des modalités énumérait expressément sept (7) points clés, lesquels, par souci de commodité, sont reproduits textuellement ci-dessous :

[TRADUCTION]

1. Shake Shack acquiert la totalité des droits de Le Chic Shack sur la dénomination commerciale et les marques de commerce LE CHIC SHACK, ce qui inclut LE CHIC SHACK et conception.
2. Shake Shack rétrocède, sous licence, la dénomination commerciale et les marques de commerce LE CHIC SHACK, ce qui inclut LE CHIC SHACK et conception :
 - a. une licence exclusive; pas de sous-licence;
 - b. territoire limité géographiquement à un rayon de 50 km autour de l'emplacement actuel;
 - c. valide tant et aussi longtemps que Le Chic Shack est la propriété de M. Evan Price et de Lucy Price;
 - d. montant de [REDACTED] / année;
3. Shake Shack s'engage à n'ouvrir aucun restaurant Shake Shack dans un rayon de 50 km autour du restaurant Le Chic Shack actuel, tant que la licence susmentionnée est en vigueur;
4. Le Chic Shack convient de certaines mesures visant à garantir qu'il n'y a pas de confusion avec Shake Shack (absolument aucune référence à Shake Shack, pas d'emploi de la présentation commerciale de Shake Shack, pas d'emploi de plats du menu de Shake Shack ou de plats portant des noms semblables, etc.);
5. Paiement :
 - a. [REDACTED] payable avant le 24 décembre 2019 (nous aurons besoin DQP des renseignements relatifs à Le Chic Shack);

b. ■■■■■ (montant indexé annuellement en fonction de l'IPC, à compter de 2021) payable dans les 30 jours suivant l'ouverture de chacun des 10 premiers restaurants SHAKE SHACK au Canada (le cas échéant);

6. Cessation du litige (demande et demande reconventionnelle), et retrait de toute opposition et de toute procédure relative à l'art. 45 devant le Bureau des marques de commerce. Le Chic Shacks [*sic*] s'engage à ne s'opposer à aucune demande de marque de commerce future de Shake Shack.

7. Dispositions types habituellement trouvées dans une entente de règlement (confidentialité, quittance mutuelle, etc.) et un contrat de licence de la marque de commerce (contrôle, etc.).

[42] Le dernier document qui est tiré de la preuve de Shake Shack et qu'il est nécessaire de mentionner est la lettre de janvier 2020 adressée à la protonotaire Steele, également jointe à l'affidavit de M. Palmese (pièce RP-24). Dans cette lettre, M^e Guay informait la protonotaire Steele de la situation et sollicitait son aide et ses conseils en vue de la régler. La lettre faisait mention de la médiation [TRADUCTION] « ajournée le 18 décembre 2019 » et demandait [TRADUCTION] « la poursuite de l'aide [de la protonotaire] à cet égard », signalant que M. Price devait être tenu de respecter les [TRADUCTION] « conditions de règlement conclues lors de la médiation ». La lettre de janvier 2020 indiquait que les parties s'étaient [TRADUCTION] « entendues sur tous les éléments essentiels d'une entente de règlement », ce qui incluait cinq (5) points. Il est encore une fois important de reproduire les mots exacts que l'avocat a employés dans cette lettre de janvier 2020. Selon lui, les éléments essentiels de l'accord invoqué [TRADUCTION] « incluaient » ce qui suit :

[TRADUCTION]

1. Les demandresses [à savoir Shake Shack] acquièrent les droits de la défenderesse [à savoir Chic Shack] relatifs au nom et à la marque de commerce LE CHIC SHACK;

2. Les demanderessees rétrocèdent ces droits exclusivement à la défenderesse de façon à ce que celle-ci puisse poursuivre ses activités;
3. Une zone d'exclusivité est définie autour du restaurant de la défenderesse de manière à ce qu'elle puisse poursuivre ses activités, et les demanderessees ne peuvent pas exploiter ni accorder de licences pour des restaurants SHAKE SHACK (c'est-à-dire pas de coexistence entre les parties dans la même région, contrairement à ce qui était envisagé au départ);
4. Les demanderessees conviennent de verser à la défenderesse les paiements qui suivent :
 - a. un paiement forfaitaire de [REDACTED] payable sur-le-champ;
 - b. un paiement de [REDACTED] (indexé annuellement) à l'ouverture de chacun des 10 premiers restaurants SHAKE SHACK au Canada (le cas échéant);
5. Les parties auront à convenir de certains paramètres garantissant l'absence de toute confusion entre le LE CHIC SHACK et SHAKE SHACK.

[43] Dans la lettre de janvier 2020, l'avocat poursuivait en affirmant qu'il y avait eu [TRADUCTION] « rencontre des volontés à l'égard des conditions essentielles d'un règlement, de telle sorte qu'un contrat exécutoire [avait] été créé ». Il est implicite que ce que l'avocat considérait comme les conditions essentielles acceptées étaient les cinq (5) points énumérés dans sa lettre (et cités dans l'extrait qui précède). La lettre de janvier 2020 indiquait de plus que les [TRADUCTION] « seuls éléments secondaires encore en suspens à cause de contraintes temporelles étaient les suivants : 1. le rayon exact de la zone d'exclusivité; 2. la question de savoir si la défenderesse est limitée à ses activités actuelles ou si elle peut ouvrir, sous licence, des restaurants LE CHIC SHACK; 3) la rédaction d'une entente de règlement et de licence formel, comportant les dispositions types que l'on trouve habituellement dans une telle entente ». On faisait enfin référence, toujours dans cette lettre de janvier 2020, à la Feuille des modalités

envoyée le 20 décembre 2019 qui, selon l'avocat, visait à [TRADUCTION] « confirmer les éléments essentiels qui ont été acceptés lors de la médiation » et à [TRADUCTION] « régler les questions en suspens en proposant un rayon de 50 km et en n'imposant pas de limites à la capacité de la défenderesse d'ouvrir d'autres restaurants à l'intérieur de cette zone d'exclusivité ».

B. *Chic Shack*

[44] Pour ce qui est de Chic Shack, les principaux éléments que M. Price a établis dans son affidavit et lors de son contre-interrogatoire sont les suivants :

- A. M. Price était d'accord avec la description faite par M. Palmese quant à la manière dont la médiation s'était déroulée (« le déroulement de la séance de médiation »), mais pas la manière dont il interprétait et décrivait les faits (affidavit de M. Price au para 3). Lors de son contre-interrogatoire, M. Price a confirmé qu'il était d'accord avec l'ordre des faits donné par M. Palmese (« la mécanique »), mais il a précisé qu'il ne s'était pas dit d'accord avec le compte rendu ou la teneur de ces faits (contre-interrogatoire de M. Price à la p 52);
- B. Dès 2017, dans une lettre envoyée le 12 juin, les avocats de Chic Shack avaient fait état d'une disposition à accepter que Shake Shack puisse ouvrir des restaurants à l'extérieur de la province du Québec, mais que Chic Shack allait devoir être dédommagée de manière équitable par Shake Shack sur le plan pécuniaire (affidavit de M. Price au para 41);
- C. M. Price a déclaré qu'à aucun moment l'une ou l'autre partie n'a suggéré de mettre quoi que ce soit par écrit à la fin de la séance de médiation ni exprimé qu'il serait souhaitable de résumer les modalités de l'accord ou de coucher sur papier ce dont les parties avaient discuté (affidavit de M. Price au para 5 et contre-interrogatoire de M. Price à la p 82);
- D. M. Price a toutefois reconnu en contre-interrogatoire que les parties n'avaient pas assujéti leur consentement à une entente écrite;
- E. M. Price n'a pas indiqué qu'il était d'accord avec les modalités de l'accord, telles que celles-ci avaient été précisées et formulées par Shake Shack;
- F. M. Price n'a jamais dit ou laissé entendre que la limite territoriale de la zone d'exclusivité était un élément mineur ou secondaire;

- G. M. Price a déclaré qu'il n'a pas eu, à la séance de médiation, la possibilité de discuter de tous les points qu'il estimait nécessaires pour une entente globale (affidavit de M. Price au para 4);
- H. À la séance de médiation, M. Price était préoccupé par une autre question concernant son entreprise CO₂ Solutions, question pour laquelle il était censé se présenter devant la Cour le lendemain de la séance de médiation. Cependant, il n'en a pas fait part à Shake Shack;
- I. Quand il a reçu la Feuille des modalités le 20 décembre 2019, M. Price a rapidement constaté la présence d'au moins un nouvel élément dont les parties n'avaient jamais parlé lors de la médiation, à savoir un lien entre la durée de la licence proposée et la propriété, par sa sœur et lui, du restaurant LE CHIC SHACK (affidavit de M. Price au para 28). M. Price a également noté que le droit qu'avait Chic Shack d'avoir ses activités dans la zone d'exclusivité était lié à l'« exploitation » de Chic Shack dans le courriel de M. Kark, mais qu'il était maintenant lié à la « propriété » de Chic Shack, par sa sœur et lui, dans la Feuille des modalités (affidavit de M. Price aux para 59-61);
- J. M. Price a également relevé l'ajout de nouvelles conditions dans la Feuille des modalités ainsi que des changements par rapport à l'état des discussions à la fin de la séance de médiation (affidavit de M. Price aux para 66 et ss);
- K. M. Price a déclaré que toute entente conclue avec Shake Shack devait inclure une zone d'exclusivité dans laquelle Chic Shack serait entièrement libre d'exercer ses activités et dans laquelle Shake Shack n'aurait aucune présence (affidavit de M. Price au para 43);
- L. M. Price a indiqué que la définition de la zone d'exclusivité était « très importante » pour Chic Shack, comme en faisait foi la troisième option de règlement décrite dans le mémoire de médiation de Chic Shack (affidavit de M. Price au para 45);
- M. M. Price a expressément lié les conditions pécuniaires à la taille de la zone d'exclusivité : « [e]n d'autres mots, plus [Chic Shack] était disposée à accepter une plus petite zone exclusive, plus la compensation financière devait être élevée et toute modification à la taille de cette zone dans le cours de discussions amènerait automatiquement des changements à d'autres paramètres faisant partie d'une entente éventuelle » (affidavit de M. Price au para 46 et contre-interrogatoire de M. Price aux pp 68-69);
- N. Selon le souvenir de M. Price, Shake Shack avait indiqué lors de la séance de médiation qu'elle était d'accord pour qu'il y ait une zone d'exclusivité d'un rayon de 100 km (affidavit de M. Price au para 50). La « compréhension » de M. Price était que Chic Shack serait entièrement libre d'ouvrir et d'exploiter des restaurants Chic Shack dans cette zone exclusive, dans le cadre de toute structure commerciale (affidavit de M. Price au para 51 et contre-interrogatoire de M. Price aux pp 76-78);
- O. M. Price a déclaré que la réduction de la zone d'exclusivité d'un rayon de 100 km à 50 km engloberait de nombreux marchés locaux au Québec et représentait une réduction de 75 % de la portée géographique totale de la zone (affidavit de M. Price au para 53);

- P. Selon M. Price, il n'a pas été question, lors de la séance de médiation, d'imposer de limite aux sous-licences et aux ouvertures de restaurant dans la zone d'exclusivité, ni de mesures à prendre pour garantir l'absence de confusion entre les marques de commerce (affidavit de M. Price aux para 64, 66, 75 et contre-interrogatoire de M. Price aux pp 88-92);
- Q. M. Price a déclaré que, lorsqu'il a quitté la séance de médiation, le rayon de 100 km était l'une des conditions de Chic Shack, un élément qui faisait partie du marché (« un élément qui faisait partie de l'ensemble » - contre-interrogatoire de M. Price aux pp 64-65);
- R. M. Price a dit comprendre que Shake Shack pourrait vouloir valider le rayon de 100 km, mais il a déclaré qu'il avait établi que ce rayon était l'une des conditions de Chic Shack. Il a témoigné que le « rayon qui était associé à – aux différents « moments » – montants, c'était cent kilomètres (100 km), en quittant la... la... séance de médiation » - contre-interrogatoire de M. Price aux pp 67-68). À son avis, il s'agissait clairement d'un rayon de 100 km à la fin de la séance de médiation, et la taille de la zone d'exclusivité était clairement liée aux conditions pécuniaires;
- S. M. Price a témoigné que Chic Shack avait l'intention d'ouvrir de nouveaux restaurants LE CHIC SHACK, mais qu'il ne l'avait pas mentionné à la séance de médiation. Il a ajouté que, selon son souvenir, il n'y avait pas eu de discussions à ce sujet à la séance de médiation et qu'il s'attendait à en parler plus en détail, car la médiation elle-même avait été ajournée et suspendue (affidavit de M. Price au para 36 et contre-interrogatoire de M. Price aux pp 83-84);
- T. En contre-interrogatoire, M. Price a expressément nié avoir dit qu'un changement de nom pour son restaurant n'était pas très dramatique ou important (contre-interrogatoire de M. Price à la p 81);
- U. M. Price a expliqué en détail de quelle façon Chic Shack était arrivée à son offre révisée au sujet des conditions pécuniaires le 8 janvier 2020 (affidavit de M. Price aux para 85 et ss).

[45] Je conclus également que les déclarations figurant dans l'affidavit de M. Price étaient détaillées et nuancées. J'ajouterais que j'ai examiné et écouté attentivement le contre-interrogatoire de M. Price sur son affidavit, et je conclus que ce dernier n'a pas été évasif ou hésitant et qu'il a semblé être un témoin digne de foi, franc et utile.

IV. Questions préliminaires

[46] Avant d'analyser le fond de la requête de Shake Shack et d'évaluer la preuve, il y a quelques questions préliminaires qu'il faut tout d'abord régler.

A. *Les affidavits de MM. Palmese et Kark*

[47] Chic Shack conteste certains paragraphes de l'affidavit de M. Palmese et, dans une moindre mesure, certains de celui de M. Kark, parce qu'ils contiennent des arguments, des conclusions juridiques ainsi que des opinions. Plus précisément, Chic Shack soutient que les deux affidavits contiennent une preuve d'opinion inadmissible sur la notoriété ou le succès de la marque SHAKE SHACK ainsi que sur la ressemblance entre les marques SHAKE SHACK et LE CHIC SHACK. Chic Shack soutient également que quelques paragraphes contiennent des énoncés inadmissibles au sujet de l'état d'esprit ou de la perception de M. Palmese quant aux faits qui sont survenus lors de la séance de médiation. De plus, Chic Shack maintient que les affidavits comportent des conclusions juridiques irrégulières parce que, dans tous leurs témoignages, MM. Palmese et Kark emploient des mots tels que [TRADUCTION] « entente », [TRADUCTION] « sont d'accord » ou [TRADUCTION] « rencontre des volontés ». Chic Shack affirme que les paragraphes ou les passages de ces paragraphes qui sont contestés devraient être radiés des deux affidavits ou, subsidiairement, que la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour ne leur accorder aucun poids ou aucune valeur probante (*Abi-Mansour c Canada (Procureur général)*, 2015 CF 882 aux para 30-31).

[48] Je ne suis pas d'accord, et les arguments qu'avance Chic Shack sur ce point ne me convainquent pas.

[49] En ce qui concerne les affidavits déposés devant notre Cour, les faits allégués doivent se limiter à ceux dont le déclarant a une connaissance personnelle, selon l'article 81 des Règles, et ils doivent être présentés « sans commentaires ni explications » (*Canada (Procureur général) c Quadrini*, 2010 CAF 47 [*Quadrini*] au para 18). Par ailleurs, la Cour peut radier ou écarter des affidavits ou des parties de ceux-ci lorsqu'ils sont abusifs ou n'ont manifestement aucune pertinence, ou lorsqu'ils renferment des opinions, des arguments ou des conclusions de droit (*Quadrini* au para 18; *Cadostin c Canada (Procureur général)*, 2020 CF 183 au para 36). La règle générale est la suivante : un témoin ordinaire ne peut fournir une preuve d'opinion; il ne peut témoigner que sur les faits relevant de ses connaissances, de ses observations et de son expérience (*White Burgess Langille Inman c Abbott and Haliburton Co*, 2015 CSC 23 [*White Burgess*] au para 14; *Toronto Real Estate Board c Commissaire de la concurrence*, 2017 CAF 236 [*TREB*] au para 78). Les témoignages d'expert font exception à cette règle générale interdisant les témoignages d'opinion. La principale raison pour exclure le témoignage d'opinion d'un témoin ordinaire est qu'il n'est généralement pas utile au décideur et qu'il peut être trompeur (*White Burgess* au para 14). Il n'est pas contesté que ni M. Palmese ni M. Kark ne sont des experts dans le sens technique du terme, et ni l'affidavit de M. Palmese ni celui de M. Kark n'ont été effectivement déposés à titre de témoignage d'opinion d'un expert. MM. Palmese et Kark étaient donc tous deux des témoins ordinaires.

[50] La CSC a reconnu qu'il y a « une distinction illogique et inapplicable entre les « faits » et les « opinions » (*Graat c La Reine*, [1982] 2 RCS 819, 144 DLR (3d) 267 à la p 835). Les tribunaux ont donc aujourd'hui une certaine latitude pour ce qui est de recevoir les opinions d'un témoin ordinaire dans les cas où celui-ci a une connaissance personnelle des faits observés et qu'il témoigne sur des faits qui relève de ses observations, de son expérience et de sa compréhension d'un événement, d'une conduite ou d'une action. À cet égard, la Cour d'appel fédérale [CAF] a récemment déclaré que l'opinion d'un témoin ordinaire est acceptable « lorsque le témoin est mieux placé que le juge des faits pour former les conclusions; que les conclusions sont celles qu'une personne possédant une expérience ordinaire peut tirer; que les témoins ont l'expérience leur permettant de tirer les conclusions ou que donner des opinions est une méthode pratique pour déclarer des faits trop fugaces ou compliqués pour être énoncés autrement » (*TREB* au para 79). Ainsi, lorsqu'un témoin a une connaissance personnelle de faits observés, comme les activités concrètes et pertinentes d'une entreprise, il est possible qu'un tribunal ou un décideur administratif admette la preuve, même si celle-ci semble contenir ou constituer un témoignage d'opinion (*TREB* au para 80; *Pfizer Canada Inc c Teva Canada Limited*, 2016 CAF 161 aux para 105-108).

[51] À mon avis, l'affidavit de M. Palmese et celui de M. Kark sont de nature essentiellement factuelle. Ils contiennent des éléments de preuve appropriés, qui se situent à l'intérieur des limites de ce que la jurisprudence susmentionnée considère comme un témoignage d'opinion acceptable de la part d'un témoin ordinaire. Je suis convaincu que les renseignements dont font état MM. Palmese et Kark dans leurs affidavits respectifs sont tirés de leur expérience personnelle et de leur participation à la séance de médiation en qualité de représentants dûment

autorisés de Shake Shack. Dans leurs affidavits, ils témoignent de faits qui relèvent de leurs observations, de leur expérience et de leur compréhension des événements, de la conduite des personnes en cause ou des actions qui ont eu lieu. De plus, même si certaines des déclarations ne reflètent que leur propre perception ou interprétation des échanges qui ont eu lieu lors de la séance de médiation, je suis d'avis que les renseignements que comportent leurs deux affidavits sont pertinents et utiles pour la présente requête.

[52] Par ailleurs, je ne suis pas convaincu que les mots qu'emploient MM. Palmese et Kark dans leurs témoignages soient assimilables à des conclusions de droit sur l'existence de l'entente. Des mots tels que [TRADUCTION] « sont d'accord » ou « rencontre des volontés » sont des mots ordinaires qui traduisent leurs opinions et leur compréhension des faits qui sont survenus lors de la séance de médiation. Ils établissent leur perception personnelle des faits, et je ne considère pas que leurs affirmations offrent des opinions ou des conclusions de droit sur la question qui est en jeu dans la présente requête, soit celle de savoir si les parties ont conclu légalement une entente de règlement, ce qui appartient à la Cour de déterminer et de trancher.

[53] Pour toutes ces raisons, il n'y a pas lieu selon moi de radier les paragraphes que Chic Shack a relevés et de ne leur accorder aucune valeur probante dans le cadre de mon évaluation de la preuve présentée en l'espèce.

B. *Le privilège relatif aux règlements*

[54] Chic Shack fait valoir aussi que, dans son affidavit, M. Palmese s'est appuyé sur un document assujéti au privilège relatif aux règlements, c'est-à-dire un courriel concernant des

discussions de règlement menées entre les parties après la séance de médiation. Il s'agit du courriel daté du 5 février 2020 rédigé par l'avocat de Chic Shack et dans lequel M^e Lauzon a fait une nouvelle offre de règlement en réponse aux échanges antérieurs entre les parties. Ce document a été déposé en tant que pièce RP-26 jointe à l'affidavit de M. Palmese [le courriel RP-26]. L'avocat de Chic Shack conteste particulièrement le courriel RP-26 et soutient que le peu de rapport qu'a ce document avec les faits entourant la séance de médiation fait qu'il est peu pertinent pour ce qui est de la question en litige dans la présente requête.

[55] Je ne suis pas d'accord avec Chic Shack. Il est bien établi que le privilège relatif aux règlements exige la présence de trois conditions : un différend litigieux actuel ou éventuel; la communication doit être faite sous la réserve explicite ou tacite qu'elle ne sera pas divulguée au tribunal en cas d'échec des négociations; et la communication doit avoir pour but un règlement à l'amiable (*Kirkbi AG c Ritvik Holdings Inc*, [2002] AFC n^o 793 au para 175). Cependant, il existe une exception à cette règle dans les cas où la communication assujettie au privilège n'est pas utilisée comme preuve de responsabilité à l'égard de la conduite sur laquelle portent les négociations ou de la faiblesse d'une cause d'action, mais qu'elle est plutôt utilisée à d'autres fins. Dans ces circonstances, le privilège n'interdit pas la production du document devant le tribunal (Sopinka, Lederman et Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 4^e éd, Markham : LexisNexis Canada Inc, au para 14.343; *Sabre Inc c International Air Transport Assn*, [2009] OJ No 903, aux para 20-21). Plus précisément, lorsque survient un litige lié à l'existence d'une entente de règlement, il est nécessaire, pour régler le conflit, que la Cour ait accès aux documents que les parties ou leurs avocats se sont échangés (*Bauer Nike Hockey Inc c Tour Hockey et Roller Derby Skate Corp*, 2003 CFPI 451 (CF) aux para 18-20). Dans de telles circonstances, les

documents sont produits en preuve afin de déterminer si les parties ont bel et bien conclu un règlement, et non pour la teneur à proprement dite des documents en question.

[56] C'est le cas en l'espèce, car Shake Shack ne s'appuie pas sur le document contesté pour établir la responsabilité de Chic Shack dans l'action sous-jacente ou la force de sa position, mais plutôt comme preuve que les parties avaient conclu une entente de règlement exécutoire à la fin de la séance de médiation. Je conviens avec Chic Shack que, étant donné qu'il date de plusieurs semaines après la fin de la séance de médiation, le courriel RP-26 peut sembler moins pertinent à l'égard des faits qui sont survenus le 18 décembre 2019 que d'autres documents figurant au dossier. Le courriel RP-26 n'est pas directement lié à la transaction qui serait survenue à la fin de la séance de médiation, et on pourrait soutenir qu'il expose les conditions d'une nouvelle offre ainsi qu'un fondement nouveau pour un éventuel règlement de la présente action. Cependant, comme le courriel fait suite aux échanges entre avocats au sujet de la transaction qui aurait été conclue et qui se situe au cœur de la présente requête, je suis d'avis qu'il peut être admis en preuve. La question n'est pas d'évaluer la teneur du courriel RP-26 et les nouvelles conditions de règlement qu'offrait alors Chic Shack, mais plutôt de déterminer si ce document jette plus de lumière sur l'existence ou l'absence d'une entente à la fin de la séance de médiation. Les courriels qui ont été échangés juste après la séance de médiation le 20 décembre 2019 et en janvier 2020 sont pertinents pour ce qui est d'aider à établir ce point, et c'est le cas également du courriel RP-26, qui est une poursuite des échanges. La nouvelle offre faite ce jour-là n'est pas l'objet de la présente requête, mais je ne suis pas convaincu que le document n'a aucune pertinence pour ce qui est d'informer la Cour de l'existence d'une entente antérieure entre les parties. Le courriel RP-26 ne sera donc pas radié du dossier.

C. Le défaut de procéder à un contre-interrogatoire

[57] La dernière question préliminaire a trait à une observation qu'a formulée Shake Shack au sujet des affidavits de MM. Palmese et Kark. Shake Shack soutient que la décision de Chic Shack de ne pas contre-interroger MM. Palmese et Kark a des conséquences, et que leur témoignage n'a pas été contredit (*Harley-Davidson Motor Company Group, LLC c Manoukian*, 2013 CF 193 [*Manoukian*] au para 37). Si, en disant cela, Shake Shack sous-entend que la Cour devrait prendre au pied de la lettre les affidavits de MM. Palmese et Kark, je ne suis pas d'accord.

[58] J'admets que le défaut d'une partie de contre-interroger un témoin peut empêcher cette partie de tenter de contester la crédibilité de cette personne. La décision *Manoukian* que Shake Shack a citée va dans ce sens. Cependant, le défaut de procéder à un contre-interrogatoire ne veut pas dire que la Cour est tenue d'admettre la preuve d'un témoin sans réserve aucune, et cela ne confère pas par magie une valeur probante supplémentaire ou irréfutable à la preuve de ce témoin. Ce défaut n'a pas non plus pour effet d'améliorer ou d'amplifier le caractère suffisant de la preuve testimoniale fournie. La Cour doit quand même évaluer la preuve par affidavit afin d'en déterminer la valeur probante et la soupeser dans le contexte du reste des éléments de preuve versés au dossier (*Bath c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1999 CanLII 8549 (CF) au para 12).

[59] En l'espèce, je suis convaincu que Chic Shack ne tente pas de contester la crédibilité de MM. Palmese et Kark. Elle soutient simplement que la preuve que Shake Shack a produite au

moyen des affidavits de MM. Palmese et Kark et des pièces qui les appuient est insuffisante pour établir, selon la prépondérance des probabilités, que les parties ont conclu une entente de règlement exécutoire à la fin de la séance de médiation. Il incombe à la Cour de décider si la preuve fournie dans les affidavits de MM. Palmese et Kark, de pair avec le reste des éléments de preuve qui figurent au dossier, est suffisante pour satisfaire au critère de la prépondérance des probabilités, et pour évaluer si d'autres éléments de preuve figurant au dossier étayent ou contredisent cette preuve. Le seul fait que MM. Palmese et Kark n'ont pas été contre-interrogés ne donne pas plus de poids à leur preuve par affidavit.

V. Analyse

A. *La compétence de la Cour*

[60] Il est de nos jours bien établi en droit que la Cour peut trancher des questions de nature contractuelle qui sont accessoires à une affaire qui relève autrement de sa compétence légale, notamment la question de savoir si les parties ont conclu une entente de règlement (*Salt Canada Inc c Baker*, 2020 CAF 127 [*Salt Canada*] aux para 14-20; *Apotex Inc c Allergan, Inc*, 2016 CAF 155 [*Apotex*] aux para 12-14). La Cour « a compétence lorsque la question du droit des contrats dont la Cour est saisie s'inscrit dans une question sur laquelle la Cour fédérale a compétence légale, il existe des règles de droit fédéral essentielles pour se prononcer sur l'affaire qui sont valides aux termes du partage constitutionnel des pouvoirs » (*Apotex* au para 13). L'objet de l'action de Shake Shack, c'est-à-dire une usurpation de marque de commerce, relève clairement de la compétence de la Cour (*Loi sur les Cours fédérales*, LRC 1985, c F-7, art 20; LMC, art 55).

[61] La Cour et la CAF ont en fait confirmé à plusieurs reprises que notre Cour a compétence pour, d'une part, trancher la question de savoir si une entente de règlement a été conclue dans le contexte d'un litige en matière de propriété intellectuelle et, d'autre part, faire respecter ce règlement (*Apotex* aux para 12-14; *Domaines Pinnacle Inc c Beam Suntory Inc*, 2015 CF 680 aux para 20-23, conf 2016 CAF 212 [*Pinnacle*]). Aucune partie ne conteste la compétence de la Cour pour trancher la question de savoir si la présente action a fait l'objet d'un règlement.

D. *Le cadre et les principes juridiques applicables*

1) Le principe de la complémentarité

[62] Shake Shack soutient que, comme le litige et la médiation dont il est question en l'espèce sont surtout liés à la province du Québec et que la législation fédérale ne traite pas des questions de nature contractuelle, c'est le *Code civil du Québec*, RLRQ, c C-1991 [CcQ] qui s'applique. Elle ajoute que ce sont les principes établis en droit civil qui régissent la présente requête, même si les Règles prévoient les conditions et les exigences précises auxquelles il est nécessaire de se conformer dans le contexte d'une médiation présidée par la Cour. Une légère nuance s'impose.

[63] Il est bien établi en droit canadien que, pour interpréter un concept de droit privé non défini dans une loi fédérale, les tribunaux doivent se tourner vers le droit privé de la province où le droit fédéral s'applique. Ce principe de la complémentarité du droit civil provincial et du droit fédéral est aujourd'hui codifié à l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*, LRC 1985, c I-21, dont le texte se lit comme suit :

8.1 Le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont	8.1 Both the common law and the civil law are equally authoritative
--	---

tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, s'il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte.

and recognized sources of the law of property and civil rights in Canada and, unless otherwise provided by law, if in interpreting an enactment it is necessary to refer to a province's rules, principles or concepts forming part of the law of property and civil rights, reference must be made to the rules, principles and concepts in force in the province at the time the enactment is being applied.

[64] Les tribunaux fédéraux ont appliqué à maintes reprises le principe de la complémentarité.

La CAF a accepté ce principe dans *Canada (Procureur général) c St-Hilaire*, 2001 CAF 63

[*St-Hilaire*] en reconnaissant le caractère « supplétif » du droit civil dans les cas où le droit fédéral est muet. Dans cette affaire, la CAF a reconnu que le silence du législateur fédéral à propos d'une question mettant en cause les droits civils et de propriété d'un individu devrait être interprété « comme un acquiescement à l'application du principe de l'asymétrie juridique qui caractérise le droit fédéral canadien » (*St-Hilaire* au para 97, le juge Décary, s'exprimant en dissidence sur un autre point). Le juge Décary a par ailleurs aussi ajouté que le Parlement du Canada, lorsqu'il légifère sur un sujet de droit qui relève de sa compétence, peut déroger au droit civil (*St-Hilaire* au para 69).

[65] Dans *Pinnacle*, la CAF a réitéré que, lorsque les faits ayant donné naissance à un litige se sont produits au Québec et « puisque le droit fédéral ne dit rien sur le sujet », c'est le CcQ qui constitue le droit applicable (*Pinnacle* au para 26). Dans une affaire plus récente, *Canada c Raposo*, 2019 CAF 208, la CAF a précisé les situations dans lesquelles le droit provincial

supplétif peut être écarté. Dans cette affaire, le juge De Montigny, s'exprimant au nom d'une cour unanime, a écrit ceci au paragraphe 43 :

[43] Tel que mentionné précédemment, l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation* reconnaît le bijuridisme canadien et consacre de façon expresse le principe de la complémentarité du droit privé provincial dans l'interprétation de la législation fédérale. L'article 8.2, pour sa part, vient faciliter la compréhension des textes bijuridiques en prévoyant que dans l'hypothèse où une disposition emploie de la terminologie propre au droit civil ou à la common law, la terminologie de droit civil trouvera application au Québec alors que celle de common law s'appliquera dans les autres provinces. L'appelante a raison de souligner que ces deux dispositions prévoient explicitement la possibilité pour le législateur fédéral d'écarter le recours au droit provincial (par l'usage des termes « sauf règle de droit s'y opposant »). En revanche, l'appelante ne m'a pas convaincu que ce résultat peut être atteint de façon implicite; au surplus, les dispositions du *C.c.Q.* ne me paraissent pas « incompatibles » avec l'article 272.1 de la *LTA*, ni même avec les principes d'équité et de neutralité en matière fiscale. [...]

[66] Le principe de la complémentarité crée donc une présomption selon laquelle le législateur n'entend pas exclure implicitement l'application d'une loi provinciale supplétive en lien avec le droit privé; il doit plutôt le faire expressément (*ABB Inc c Compagnie des Chemins de fer nationaux du Canada*, 2020 CF 817 au para 25). Cependant, quand le législateur adopte une loi fédérale qui traite expressément d'une question et n'est pas « silencieux » à cet égard, il n'est pas nécessaire de recourir à un tel droit privé supplétif (*Groupe Maison Candiac Inc c Canada (Procureur général)*, 2020 CAF 88 au para 72).

[67] Il est donc reconnu que le législateur peut déroger au droit civil quand il légifère sur un sujet qui relève de sa compétence. Dans la présente affaire, l'article 389 des Règles établit un processus particulier à suivre dans les cas où une instance est réglée dans le contexte d'une médiation présidée

par la Cour conformément aux règles concernant les « services de règlement des litiges ». Que le règlement soit total ou partiel, le paragraphe 389(1) des Règles impose une obligation précise, soit celle de consigner le règlement et de le faire signer par les parties ou leurs avocats. De plus, l'article 387 des Règles établit expressément que le processus de médiation repose sur le consentement de chaque partie au processus, et non pas sur le seul consentement de l'une d'elles. L'alinéa 387a) des Règles renvoie à un processus destiné à trouver « une solution qui convienne à chacune [des parties] », ce qui indique que, dans son essence même, la médiation nécessite le consentement des deux parties.

[68] Compte tenu de ces Règles, il n'est pas question en l'espèce d'une situation dans laquelle on peut dire que la loi fédérale est tout à fait muette sur la question en litige faisant l'objet de la requête et que le droit civil québécois peut simplement combler la lacune en faisant abstraction des exigences que les Règles énoncent expressément. Il est vrai que le droit civil québécois structure le contexte de la médiation. Mais les principes du droit civil ne s'appliquent pas dans l'abstrait et ne peuvent pas servir à écarter les Règles quand celles-ci ajoutent explicitement certaines exigences à celles du droit civil. Les Règles font partie de la législation fédérale et ne sont pas simplement supplantées par les principes du droit civil québécois quand, comme c'est le cas en l'espèce, des exigences précises ont été ajoutées pour les accords de règlement qui sont analysés dans le cadre d'une médiation présidée par la Cour.

[69] La question de savoir si le non-respect de l'article 389 des Règles est en soi suffisant pour rejeter une entente de règlement prétendument conclue en vertu des services de règlement des litiges de la Cour sera examinée à une autre occasion. Dans la présente affaire, pour les motifs

exposés en détail ci-après, la requête de Shake Shack est rejetée en raison de la preuve.

Cependant, la présence des articles 387 et 389 des Règles est à tout le moins un facteur qui colore l'analyse et qu'il est nécessaire de prendre en compte dans l'évaluation générale que fait la Cour des circonstances et dans la manière dont elle applique les principes de droit civil qui visent les ententes de règlement. Autrement dit, la Cour ne peut pas faire abstraction de ce que les Règles exigent.

2) Les principes qui régissent l'existence d'une entente

[70] Shake Shack et Chic Shack s'entendent toutes deux sur les exigences en matière de droit civil qui permettent de déterminer si une entente de règlement a été conclue au Québec. Ces exigences figurent en particulier aux articles 1385 à 1396 du CcQ, lesquels se rapportent aux conditions relatives à la formation d'un contrat. Un accord destiné à régler une action est un contrat. De plus, une transaction est un contrat nommé, expressément défini à l'article 2631 du CcQ : « [l]a transaction est le contrat par lequel les parties préviennent une contestation à naître, terminent un procès ou règlent les difficultés qui surviennent lors de l'exécution d'un jugement, au moyen de concessions ou de réserves réciproques ».

[71] Les dispositions pertinentes du CcQ sont les suivantes :

**LIVRE CINQUIÈME
DES OBLIGATIONS**

**TITRE PREMIER
DES OBLIGATIONS EN GÉNÉRAL**

[...]

CHAPITRE DEUXIÈME

**BOOK FIVE
OBLIGATIONS**

**TITLE ONE
OBLIGATIONS in GENERAL**

[...]

CHAPTER ii

DU CONTRAT

[...]

SECTION III DE LA FORMATION DU CONTRAT

§ 1. – Des conditions de formation du contrat

I. – Disposition générale

1385. Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter, à moins que la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation, ou que les parties n'assujettissent la formation du contrat à une forme solennelle.

Il est aussi de son essence qu'il ait une cause et un objet.

II. – Du consentement

1.– De l'échange du consentement

[...]

1387. Le contrat est formé au moment où l'offrant reçoit l'acceptation et au lieu où cette acceptation est reçue, quel qu'ait été le moyen utilisé pour la communiquer et lors même que les parties ont convenu de réserver leur accord sur certains éléments secondaires.

2.– De l'offre et de l'acceptation

1388. Est une offre de contracter, la proposition qui comporte tous les éléments essentiels du contrat envisagé

CONTRACTS

[...]

DIVISION III FORMATION OF CONTRACTS

§ 1. – Conditions of formation of contracts

I. – General provision

1385. The contract is formed by the only exchange of consent between persons capable of contracting, unless the law also requires compliance with a particular form as a necessary condition for its formation, or that the parties make the formation of the contract to a solemn form.

It is also of his essence that he has a cause and an object.

II. – Consent

1.– Exchange of consents

[...]

1387. The contract is formed when the offeror receives the acceptance and at the place where this acceptance is received, whatever the means used to communicate it and even when the parties have agreed to reserve their agreement on certain secondary elements.

2.– Offer and acceptance

1388. Is an offer to contract, the proposal which includes all the essential elements of the envisaged contract and which indicates the will of its author to be bound in the event of acceptance.

et qui indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation.

[...]

1394. Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la volonté des parties, de la loi ou de circonstances particulières, tels les usages ou les relations d'affaires antérieures.

[...]

TITRE DEUXIÈME DES CONTRATS NOMMÉS

[...]

CHAPITRE DIX-SEPTIÈME DE LA TRANSACTION

2631. La transaction est le contrat par lequel les parties préviennent une contestation à naître, terminent un procès ou règlent les difficultés qui surviennent lors de l'exécution d'un jugement, au moyen de concessions ou de réserves réciproques.

Elle est indivisible quant à son objet.

[...]

1394. Silence does not constitute acceptance, unless it results otherwise from the will of the parties, the law or special circumstances, such as customs or previous business relationships.

[...]

TITLE TWO NOMINATE CONTRACTS

[...]

CHAPTER XVII TRANSACTION

2631. The transaction is the contract by which the parties prevent a future dispute, terminate a lawsuit or settle the difficulties which arise during the execution of a judgment, by means of concessions or reciprocal reservations.

It is indivisible as to its object.

[72] Ces dispositions soulignent qu'un contrat, et cela inclut une transaction, se forme par le seul échange de consentement (art 1385 du CcQ), ce qui correspond à l'exigence, en common law, de la « rencontre des volontés » (*Québec (Agence du revenu) c Services Environnementaux AES inc*, 2013 CSC 65 [AES] au para 32). Je signale que l'article 1378 du CcQ prévoit de plus qu'un contrat est un « accord de volonté ».

[73] Aux termes de l'article 1388 du CcQ, un projet de contrat doit inclure tous les « éléments essentiels » de l'entente envisagée. Toutefois, le silence du destinataire de l'offre ne vaut pas acceptation (art 1394 du CcQ).

[74] Le CcQ n'exige aucune forme particulière de transaction. Je conviens avec Shake Shack qu'une transaction prend forme dès que les parties s'entendent sur ses éléments essentiels, même si elles décident de remettre à plus tard leur entente à l'égard de certains éléments secondaires (et même si elles ne parviennent jamais à s'entendre sur ces éléments secondaires) ou de confirmer plus tard par écrit leur entente.

[75] Cependant, d'autres exigences peuvent également survenir lorsque des dispositions législatives ou réglementaires créent des exigences spéciales pour certains types de contrats, comme la nécessité qu'un contrat soit écrit (*Apotex* au para 40). Comme l'a signalé la Cour suprême dans *AES*, si, en règle générale, la formation d'un contrat ne dépend pas de l'adoption d'une forme particulière, la loi exige souvent que certaines ententes soient mises par écrit (*AES* au para 32). C'est notamment le cas des contrats fortement réglementés, comme en droit de la consommation. L'existence d'éventuelles exigences formelles pour la conclusion d'un contrat est effectivement envisagée à l'article 1385 du CcQ, lequel prévoit expressément qu'un contrat se forme par le seul échange de consentement entre personnes capables de contracter, « à moins que la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation » (non souligné dans l'original). En l'espèce, l'article 389 des Règles vient évidemment à l'esprit.

[76] Dans leurs observations écrites et orales, les parties ont fait abondamment référence à l'affaire *Apotex*, dans laquelle la CAF analyse les exigences relatives à une entente de règlement. J'ouvre ici une parenthèse pour signaler que le résumé des exigences relatives à une entente de règlement que la CAF fait dans cet arrêt se limite aux territoires de common law (*Apotex* au para 16). De leur côté, les exigences qui s'appliquent au Québec doivent tenir compte des articles pertinents du CcQ. Cela dit, les principes applicables au Québec pour la formation d'une entente de règlement et découlant du CcQ ne sont pas dissemblables des exigences que la CAF a exposées dans *Apotex*.

[77] Comme l'a confirmé la décision *Apotex*, pour qu'il y ait conclusion d'une entente, il n'est pas obligatoire que les parties s'entendent sur tous les éléments; il faut seulement qu'elles s'entendent sur les éléments essentiels (*Apotex* au para 30). Cette idée d'éléments essentiels se situe au cœur des règles de droit régissant les ententes de règlement; l'article 1388 du CcQ y fait écho, et c'est en fait un élément très central pour l'issue de la présente affaire. J'ajouterais qu'une entente de règlement doit porter sur tous les éléments qui sont essentiels aux yeux des deux parties, et non seulement à ceux de la partie qui revendique l'existence d'une entente (*Taillefer c Taillefer*, 2017 QCCS 1255 [*Taillefer*] au para 74).

[78] Pour décider s'il existe ou non une entente de règlement exécutoire et quelles conditions de cette entente sont essentielles, la Cour se doit d'appliquer une norme objective, et non une norme subjective. La question doit être tranchée au vu des faits en cause et la décision rendue à cet égard dépend des circonstances particulières de l'affaire. Autrement dit, la Cour doit conclure, au vu des éléments de preuve qui lui sont présentés, que, d'un point de vue objectif, les

parties avaient l'intention réciproque de créer un contrat. Comme il est indiqué dans *Apotex*, le critère applicable consiste à déterminer « si un témoin raisonnable qui observe les parties conclurait que les deux parties, en faisant une offre de transaction et en l'acceptant, avaient l'intention de créer des rapports juridiques » (renvois omis) (*Apotex* au para 22). La Cour se doit d'examiner les faits précis à la lumière des circonstances pratiques de l'affaire et de déterminer si « [TRADUCTION] « un homme ou une femme d'affaire [*sic*] honnête et raisonnable, en examinant objectivement le comportement des parties, pourrait raisonnablement conclure que les parties avaient l'intention d'être liées ou non » par les conditions arrêtées » (renvois omis) (*Apotex* au para 32). Une évaluation objective implique une évaluation de la conduite réelle des parties, par opposition à leurs intentions (*Apotex* au para 48). Les mots et les actes des parties en cause, jugés en fonction d'une norme objective, permettent de mesurer s'il y avait une entente réelle sur la question en litige.

[79] Dans le même ordre d'idées, pour déterminer s'il y a une entente sur les éléments « essentiels », la Cour se doit d'adopter un point de vue objectif, d'entreprendre un examen factuel fondé la preuve et d'examiner objectivement le sujet du litige de façon à déterminer si les parties ont conclu une entente sur tous les éléments essentiels. Là encore, la Cour doit se mettre dans la peau d'un homme ou d'une femme d'affaires raisonnable et évaluer s'il y a quelque chose d'essentiel qui faisait l'objet d'un désaccord et qu'il restait encore à finaliser. Le critère demeure le même : il faut déterminer si [TRADUCTION] « un homme ou une femme d'affaire [*sic*] honnête et raisonnable, en examinant objectivement le comportement des parties, pourrait raisonnablement conclure » qu'un élément était essentiel (*Apotex* au para 32).

[80] Le fait qu'un autre document puisse être nécessaire pour officialiser l'entente entre les parties n'empêche pas de conclure qu'un document de règlement est un contrat exécutoire si les conditions du document contiennent une entente sur la totalité des éléments essentiels. Je souligne en terminant que le comportement ultérieur des parties peut jeter de la lumière sur la question de savoir s'il y a eu entente au sujet des conditions essentielles (*Apotex* au para 39).

[81] À la lumière des dispositions du CcQ et de la jurisprudence relative à la formation des contrats, il est possible de résumer comme suit les exigences qui doivent être satisfaites pour pouvoir conclure à l'existence d'une entente de règlement : 1) pour qu'il y ait un contrat de règlement exécutoire, il doit y avoir une offre et une acceptation correspondante de toutes les conditions essentielles à l'entente; 2) l'acceptation doit être non équivoque; 3) comme dans le cas de n'importe quelle autre entente, il doit y avoir des contreparties allant dans les deux sens; 4) les conditions doivent être suffisamment certaines; 5) il peut y avoir une offre et une acceptation qui créent un contrat exécutoire même s'il n'y a aucune entente écrite ou si les parties envisagent l'exécution, à une date ultérieure, d'un document formel constatant les conditions de l'entente; 6) des négociations en cours au sujet d'un document plus formel ne veulent pas nécessairement dire qu'une offre ou une acceptation a été répudiée; 7) la Cour doit évaluer la preuve de manière objective, que celle-ci porte sur l'existence de l'entente, sur la certitude de ses conditions ou sur leur caractère essentiel.

[82] Avant de passer à l'analyse de la preuve, j'ai trois dernières observations à formuler sur le cadre juridique ainsi que sur la jurisprudence.

[83] Premièrement, dans toutes les affaires que Shake Shack a invoquées au sujet de décisions rendues par les tribunaux et confirmant une entente de règlement, les parties avaient eu précédemment des échanges écrits détaillés et il n'existait aucun doute quant à l'existence d'une entente. Ce n'est pas le cas en l'espèce, car les parties n'ont établi et échangé aucun document écrit pendant la séance de médiation ou à la fin de celle-ci, et Chic Shack conteste l'existence même d'une entente sur tous les éléments essentiels.

[84] Deuxièmement, je n'ai connaissance d'aucune affaire – et les avocats de Shake Shack n'en ont relevé aucune – où, dans le contexte d'une médiation présidée par un tribunal, le tribunal a conclu à l'existence d'une entente de règlement qui n'avait pas été confirmée, directement ou indirectement, par le médiateur participant. En bref, dans la présente affaire nous nous trouvons en terre inconnue. Dans ses observations, Chic Shack a cité l'affaire *Taillefer*, dans le cadre de laquelle une tentative semblable a été faite, mais la Cour a refusé d'entériner une transaction prétendument conclue dans le contexte d'une médiation présidée par la Cour. Il était question, dans cette affaire, d'une conférence de règlement tenue devant la Cour supérieure du Québec qui s'était soldée par un échec. Dans cette décision, malgré l'existence d'une ébauche de l'entente écrite énonçant les éléments du règlement, la Cour s'est dite non convaincue, à la suite de son examen détaillé de la preuve (notamment des actes posés par le médiateur), qu'il existait une entente sur tous les éléments essentiels de la transaction et qu'une entente de règlement répondant aux exigences de l'article 2631 du CcQ avait été conclue.

[85] Troisièmement, dans ses observations écrites, Shake Shack s'est fondée sur la décision *LeddarTech Inc c Phantom Intelligence Inc*, T-2180-15, 19 septembre 2019 [*LeddarTech*] pour

faire valoir que la Cour a compétence pour confirmer qu'un règlement a été valablement conclu par les parties dans le contexte d'une médiation présidée par la Cour et, le cas échéant, pour assurer l'exécution de ce règlement. Je ne vois pas en quoi cette affaire peut être d'une utilité quelconque pour Shake Shack. Dans cette affaire, le juge Annis a expressément déclaré que les deux parties avaient signé une entente de règlement confidentiel conformément aux conditions convenues lors de la médiation, et qu'elles avaient sollicité l'aide de la Cour pour confirmer l'entente de règlement convenue. De plus, toujours dans cette affaire, la défenderesse avait elle-même entrepris de mettre en application l'entente, ayant fait un premier paiement, conformément aux conditions de l'entente de règlement (*LeddarTech* à la p 2). Il s'agissait d'une affaire dans laquelle une « transaction » avait manifestement eu lieu et avait été confirmée par une entente de règlement écrite.

[86] Le contexte factuel de la présente affaire pourrait difficilement être plus éloigné de celui dont la Cour était saisie dans l'affaire *LeddarTech*. La pertinence d'un précédent s'atrophie à mesure que s'estompe la similitude des cadres factuels en cause. C'est exactement la situation que nous avons ici. En tant que précédent, la décision *LeddarTech* n'est d'aucune aide pour Shake Shack et elle perd en fait toute pertinence, car les faits en cause dans cette affaire sont très profondément différents de la question dont la Cour est saisie en l'espèce.

B. *La preuve n'appuie pas la requête de Shake Shack*

[87] Sur cette toile de fond, et à la suite d'un examen minutieux de la preuve, je conclus que Shake Shack n'a pas présenté de preuves claires et convaincantes qui soient suffisantes pour me persuader, selon la prépondérance des probabilités, que les parties avaient conclu une entente de

règlement à la fin de la séance de médiation présidée par la Cour. La combinaison de trois facteurs principaux m'amène à cette conclusion. Premièrement, les actes posés par le médiateur et le comportement des parties dans le cadre du processus de médiation présidé par la Cour pointent vers la conclusion qu'aucune entente de règlement n'avait été établie à la fin de la séance de médiation. Deuxièmement, la preuve au dossier n'étaye pas la conclusion selon laquelle une entente acceptable pour Chic Shack avait été conclue, ou qu'une telle entente englobait la totalité des éléments essentiels d'une transaction que les deux parties envisageaient. Plus précisément, si l'on examine l'affaire de manière objective, la taille de la zone d'exclusivité où Chic Shack pourrait continuer d'employer sa marque de commerce était un élément essentiel sur lequel il n'y avait aucune entente. Troisièmement, selon la propre preuve de Shake Shack, les conditions sur la base desquelles Shake Shack prétend qu'elle avait en main une entente de principe à la fin de la séance de médiation se sont transformées avec le temps, revêtant deux incarnations différentes dans la Feuille des modalités et, plus tard, dans la lettre de janvier 2020.

[88] J'examinerai successivement chacun de ces points.

[89] J'ouvre ici une parenthèse pour souligner que, comme l'a déclaré la Cour suprême dans l'arrêt *FH c McDougall*, 2008 CSC 53 [*McDougall*], il n'existe qu'une seule norme de preuve dans les affaires de nature civile au Canada et il s'agit de la prépondérance des probabilités (*McDougall* au para 46). Dans cet arrêt, le juge Rothstein, s'exprimant au nom d'une cour unanime, a déclaré que la seule règle de droit qui s'applique dans tous les cas est que « le juge du procès doit examiner la preuve attentivement » pour déterminer s'il est plus que probable que non qu'un fait allégué soit survenu (*McDougall* au para 45). La preuve « doit toujours être claire

et convaincante pour satisfaire au critère de la prépondérance des probabilités » (*McDougall* au para 46). Cela, il va sans dire, s'applique au genre de preuve nécessaire pour établir l'existence d'une entente de règlement. Dans le cadre de la présente requête, la preuve ne me permet pas de conclure que, selon la prépondérance des probabilités, il est plus probable que non que Shake Shack et Chic Shack avaient conclu une entente de règlement à la fin de la séance de médiation.

1) Le processus de médiation présidé par la Cour

[90] Dans la présente instance, les parties ont opté pour tenir leurs discussions de règlement dans le cadre d'une séance de médiation présidée par la Cour et régie par les articles 386 à 391 des Règles. La Directive de la protonotaire Steele du 30 juillet 2019 ne laisse aucun doute sur le fait que la médiation était assujettie à ces articles.

[91] Comme les parties ont opté pour procéder à une médiation conformément à ces articles, la preuve relative au processus présidé par la Cour et à la manière dont celui-ci s'est déroulé nous éclaire sur l'existence ou l'absence d'une entente de règlement. Cette preuve fait partie des facteurs dont la Cour doit tenir compte lors de son évaluation des circonstances générales de l'affaire. En d'autres termes, la Cour ne peut faire abstraction du cadre à l'intérieur duquel la séance de médiation et les discussions de règlement se déroulaient, des exigences des Règles et des actes posés (ou non) par la médiatrice et les parties dans le contexte des règles applicables.

[92] Il convient de signaler que les mécanismes de règlement des litiges sont habituellement assujettis à une série donnée de règles procédurales. C'est le cas pour le processus contradictoire

classique d'adjudication qui se déroule devant un juge de première instance, tout comme pour les modèles substitutifs des décisions judiciaires, comme les arbitrages, les médiations ou d'autres formes de règlement. Dans le contexte judiciaire, ces règles sont conçues pour faire en sorte que les processus décisionnels soient équitables et justes pour toutes les parties en cause. Elles ne peuvent pas être prises à la légère.

[93] Shake Shack et Chic Shack auraient pu choisir de tenir leurs discussions de règlement en privé, en dehors du processus de la Cour. Bien sûr, si elles l'avaient fait, les règles et les actes de la tierce partie médiatrice n'auraient joué aucun rôle pour déterminer s'il y a eu entente. Cependant, en l'espèce, les parties ont décidé de choisir un mécanisme particulier énoncé dans les Règles, et l'existence ou l'absence d'une entente est une question qui doit être examinée à la lumière particulière de ces Règles et de la réalité de ce contexte présidé par la Cour.

[94] Deux éléments liés au processus de médiation présidé par la Cour sont particulièrement pertinents pour la question que je dois trancher : la conduite de la médiatrice et celle des parties eu égard aux exigences de l'article 389 des Règles. Ces deux éléments tendent à indiquer qu'aucune entente réglant le différend entre Shake Shack et Chic Shack n'avait été conclue à la fin de la séance de médiation.

[95] Premièrement, examinons la conduite de la protonotaire Steele ainsi que les mesures qu'elle a prises. Dans la présente affaire, les parties ne sont pas seules, et la preuve pertinente ne se limite pas à ce que chaque partie a fait et à ce sur quoi elle a témoigné. Ce que la médiatrice que les parties ont choisie pour présider la séance de médiation a fait, et n'a pas fait, est aussi très

pertinent pour la question que l'on demande à la Cour de trancher, et ces actes font certainement partie de la preuve que je dois prendre en compte dans le cadre de mon évaluation.

[96] Dans sa Directive de décembre 2019, la protonotaire Steele a clairement « ajourné » (c'est-à-dire suspendu) la médiation. Elle le mentionne à deux reprises dans sa directive. Elle a indiqué de plus aux parties qu'elle restait à leur disposition [TRADUCTION] « au cas où elles souhaiteraient reprendre la médiation à un moment donné » (non souligné dans l'original). Le texte de la Directive de décembre 2019 est on ne peut plus clair : la médiatrice n'a pas terminé la médiation ou n'a pas considéré qu'elle était complète ou qu'elle avait pris fin. La médiation a plutôt été ajournée et suspendue. Autrement dit, l'affaire n'était pas réglée.

[97] Shake Shack soutient que, d'une certaine façon, le ton de la Directive de décembre 2019 suggère que les parties étaient tout simplement incapables de mettre par écrit l'entente, car M. Price était censé prendre son train, et ce, même si l'on espérait, vu les progrès accomplis, qu'il serait inutile que la protonotaire Steele poursuive sa médiation. Je ne suis pas d'accord avec cette interprétation. Les mots que la protonotaire Steele a employés dans sa directive ne présentent aucune ambiguïté et ne sauraient être plus limpides. Avec égards, ils ne laissent place à aucune interprétation : la médiation a été « ajournée », c'est-à-dire qu'elle n'était pas terminée.

[98] Il ne peut guère y avoir d'entente entre les parties quand le juge chargé de la médiation l'ajourne (c'est-à-dire, qu'il la reporte).

[99] Par ailleurs, la conduite de la protonotaire Steele et les mesures qu'elle a prises après la Directive de décembre 2019, et à partir de l'ajournement de la séance de médiation, indiquent également que, selon elle, aucune entente de règlement, partielle ou totale, n'avait eu lieu. Un succès partiel l'aurait soumise à l'obligation prévue au paragraphe 389(2) des Règles, mais il ressort de la preuve au dossier que rien n'a été fait à cet égard.

[100] Dans le même ordre d'idées, même si les avocats de Shake Shack étaient entrés en contact avec elle au sujet de la médiation et de l'entente de règlement invoquée (par la lettre de janvier 2020), rien ne prouve que la médiatrice ait reconnu, directement ou indirectement, l'existence d'une forme quelconque d'entente entre les parties. En fait, la protonotaire Steele n'a rendu aucune autre ordonnance ou directive, et les parties ne lui ont pas demandé de rédiger une quelconque entente. Autrement dit, rien dans la conduite de la médiatrice après la séance de médiation ne montre, ni même ne permet d'inférer, que les parties avaient conclu une quelconque entente de règlement.

[101] Le silence n'est pas seulement une absence de bruit ou de son. Le silence est quelque chose en soi; il s'exprime par sa propre voix. Comme le dit l'adage, le silence en dit parfois plus que mille mots. Dans la présente affaire, la preuve du silence de la médiatrice depuis la fin de la séance de médiation en dit très long sur l'absence d'une forme quelconque d'entente de règlement entre les parties.

[102] Dans sa requête, Shake Shack demande à la Cour d'intervenir et de trancher une question qu'elle a, implicitement du moins, déjà tranchée au moyen de son propre processus de règlement

des litiges : aucune entente n'était intervenue entre les parties. Je n'ai pas à faire de commentaires sur la question de savoir si la Cour pourrait ou serait bien avisée d'intervenir et essentiellement contourner son propre processus de médiation et si elle pourrait faire en sorte que l'un de ses juges homologue une entente de règlement qu'un autre juge, agissant dans le cadre d'un processus spécifique prévu par les Règles, a en fait considéré comme inexistant. Il n'est pas nécessaire que je le fasse en l'espèce. Mais, je ne puis faire abstraction du contexte dans lequel la présente requête a été présentée et dans lequel s'inscrit la demande de Shake Shack en vue d'obtenir l'homologation d'une entente de règlement. Il s'agit du contexte d'une médiation présidée par la Cour, dans laquelle les parties ne sont pas seules dans leurs discussions. Les parties ne s'entendent pas sur ce qui s'est réellement passé, et leurs opinions diffèrent quant au fait de savoir s'il y a réellement eu une rencontre des volontés. Nous avons toutefois aussi en l'espèce une médiatrice dont le silence sur l'existence d'une entente et la directive d'« ajourner » la médiation sont tous deux lourds de sens. À mon avis, cette preuve mérite qu'on lui accorde un poids considérable.

[103] Un second point a trait à la conduite des parties à la lumière des Règles applicables. Comme il a été mentionné plus tôt, les exigences du paragraphe 389(1) des Règles n'ont pas été respectées dans la présente affaire. S'il y avait eu un règlement partiel ou total de l'instance, il était obligatoire, aux termes de l'article 389 des Règles, de le consigner et de le faire signer. La preuve au dossier montre qu'à aucun moment, Shake Shack (ni d'ailleurs Chic Shack) n'a pris des mesures pour consigner le règlement qui aurait été conclu à la séance de médiation et le faire signer par les parties ou leurs avocats.

[104] Au risque de me répéter, cette preuve, qui démontre que les parties n'ont pas suivi les exigences obligatoires que prévoient les Règles pour confirmer l'existence d'une entente de règlement totale ou partielle dans le contexte de cette médiation présidée par la Cour, est assurément un autre élément factuel qui éclaire la question de savoir s'il y avait ou non une entente à la fin de la séance de médiation. Ici, cette preuve n'étaye pas la position de Shake Shack.

[105] Comme l'a dit la Cour suprême dans l'arrêt *McDougall*, pour évaluer si la preuve est suffisante pour répondre à la norme de la prépondérance des probabilités, il faut également tenir compte « de la probabilité ou de l'improbabilité intrinsèque » qui découle des circonstances factuelles en question. Compte tenu des circonstances, et en particulier de l'ajournement prononcé par la médiatrice, du silence de cette dernière depuis la séance de médiation, et de l'absence de toute mesure prise en vertu de l'article 389 des Règles dans le cadre de cette médiation présidée par la Cour, nous avons affaire ici à une situation dans laquelle il y a une « improbabilité intrinsèque » que l'entente de règlement invoquée ait été conclue (*McDougall* au para 47). Les circonstances qui se rapportent au contexte particulier de la médiation sont une preuve qui contribue à établir que, selon toute vraisemblance, l'« événement » qu'allègue Shake Shack ne s'est pas produit (*McDougall* au para 48).

2) Absence d'entente de règlement, et absence d'entente sur la totalité des conditions essentielles

[106] Voyons maintenant le second facteur qui m'amène à conclure à une absence de preuves suffisantes à l'appui de l'existence de l'entente de règlement invoquée. Après avoir examiné

attentivement ces preuves, je ne suis pas convaincu qu'elles étayent l'existence d'une « rencontre des volontés » entre les parties, soit de façon générale, soit sur l'ensemble des conditions essentielles d'une telle entente. La preuve au dossier ne démontre pas, selon la prépondérance des probabilités, qu'une entente acceptable aux yeux de Chic Shack avait été conclue à la séance de médiation, ou que cette entente englobait la totalité des éléments essentiels d'une transaction que les deux parties envisageaient. Plus précisément, considérée objectivement, la taille de la zone d'exclusivité dans laquelle Chic Shack continuerait d'employer sa marque de commerce était un élément essentiel au sujet duquel il n'y avait aucune entente.

[107] Certes, les affidavits de MM. Palmese et Kark décrivent en détail de quelle façon, de l'avis de ces deux représentants, les parties ont passé la séance de médiation et auraient conclu une [TRADUCTION] « entente à l'amiable ». Mais il y a de nombreux autres éléments de preuve qui n'étaient pas l'acquiescement de Chic Shack à une entente de règlement sur la base des conditions énoncées dans la Feuille des modalités, et encore moins à une entente de règlement englobant la totalité des éléments essentiels. Ceux-ci comprennent 1) le témoignage de M. Price qui, bien qu'il ait souscrit à la chronologie des faits décrits par M. Palmese, a nié avoir accepté les conditions d'un règlement, 2) le témoignage écrit de M. Palmese qui illustre le lien étroit entre les diverses caractéristiques principales du contrat envisagé, 3) le courriel de M. Kark envoyé moins de deux (2) heures après la fin de la séance de médiation au PDG de Shake Shack, courriel dans lequel M. Kark disait avoir conclu une [TRADUCTION] « entente de principe » avec Chic Shack, selon des conditions qui diffèrent de celles qui sont énoncées dans la Feuille des modalités, 4) la Feuille des modalités énonçant les [TRADUCTION] « points clés », qui comprenaient la zone d'exclusivité et 5) les courriels que s'étaient échangés M^e Lauzon, avocat

de Chic Shack, et M^e Dupont, avocat de Shake Shack, moins de 48 heures après la fin de la séance de médiation, courriels desquels ressortait une certaine incertitude quant à l'existence même d'une entente et de ses conditions, particulièrement en ce qui concerne ceux du propre avocat de Shake Shack.

a) *Absence d'entente de règlement*

[108] J'ai passé en revue la preuve volumineuse qu'ont déposée les parties et je ne suis pas d'accord pour dire que Shake Shack s'est acquittée de son fardeau quant à l'existence d'une entente. Si l'on considère cette preuve de manière objective sous l'angle d'un homme ou d'une femme d'affaires – et non d'une manière subjective –, les lettres et les échanges qui ont eu lieu entre les parties ne constituent pas une offre de règlement ou une acceptation d'une telle offre de la part de Chic Shack. À proprement parler, il s'agit d'offres successives émanant de chaque partie et montrant que l'on faisait des progrès aux fins de la conclusion d'une entente. Mais aucune entente n'avait encore été conclue.

[109] Shake Shack soutient que, si l'on combine 1) les témoignages de MM. Palmese et Kark, 2) le témoignage de M. Price, 3) le courriel de M. Kark et 4) les courriels que les avocats se sont échangés le 20 décembre 2019, il est évident que les parties s'étaient entendues sur tous les points qui n'étaient pas mineurs ou secondaires. Je ne suis pas d'accord. Mon examen de la preuve m'amène plutôt à tirer la conclusion contraire.

[110] Dans le contexte d'une médiation, comme le prescrit expressément l'article 387 des Règles, le règlement doit être « une solution au litige qui convienne à chacune [des parties] ». La

médiation est essentiellement le processus qui permet de parvenir à une entente entre les parties et à la rencontre des volontés de chacune, par opposition à une décision que rend une tierce partie. Je conclus qu'aucune preuve claire et convaincante ne démontre que l'entente invoquée était une solution acceptable aux yeux de Chic Shack ou qu'il la satisfaisait, ou que M. Price avait acquiescé à une entente. Comme l'ont admis à l'audience les avocats des deux parties, je ne suis au courant d'aucun précédent dans lequel la Cour a confirmé une entente prétendument conclue dans le cadre d'un processus de règlement des litiges présidé par la Cour, contre la volonté de l'une des parties.

[111] J'examinerai tout d'abord la preuve de M. Price. Pour décider s'il y a entente ou non, la Cour doit examiner la totalité des circonstances pertinentes, y compris la conduite des parties visées par la transaction invoquée. Dans la présente affaire, le témoignage et le comportement de M. Price ne reflètent pas, d'un point de vue objectif, ceux d'une personne qui a souscrit à une entente et qui l'a nié par la suite. Ils reflètent plutôt la situation d'une personne qui n'a jamais acquiescé à l'entente dont Shake Shack fait état. M. Price a déclaré que ce qu'il avait compris, à l'issue de la séance de médiation, était qu'« on était encore dans un processus liquide, si je peux dire, un processus en mouvance » (contre-interrogatoire de M. Price à la p 83). La médiation a été suspendue, pas terminée, et M. Price s'attendait à ce qu'il y ait beaucoup plus de discussions ainsi que plus de réflexion de la part de Chic Shack.

[112] Je ne relève aucune preuve claire et convaincante, dans la conduite de M. Price lors de la séance de médiation ou par la suite, qui confirmerait qu'il a acquiescé à une entente. Aucune preuve n'émane de Chic Shack, comme l'acceptation d'un paiement, un changement de

comportement dans la conduite de ses activités, ou une mesure concrète mettant en œuvre ou acceptant les prétendues conditions de l'entente. La preuve qui émane de M. Price ou qui découle de ses actions ou de son comportement à la suite de l'issue de la séance de médiation ne permet pas de conclure qu'il aurait accepté une solution « acceptable » aux yeux de Chic Shack pour régler le litige.

[113] En résumé, la preuve ne démontre pas objectivement l'existence d'une offre et d'une acceptation non équivoque d'une entente de règlement de la part de Chic Shack à la fin de la séance de médiation. Il n'y avait aucune preuve de l'existence d'une entente dans la conduite ou dans les éléments émanant de la médiatrice, ni de M. Price ou de Chic Shack. Je souligne que M. Price a seulement souscrit à l'exposé qu'a fait M. Palmese de la chronologie des faits à la séance de médiation, mais pas à l'évaluation que M. Palmese a faite de la teneur des discussions.

[114] Il est possible que M. Price n'avait pas tout son esprit concentré sur la séance de médiation le 18 décembre 2019 en raison des difficultés financières qu'avait l'une de ses entreprises à ce moment-là. Le fait que cette préoccupation n'ait jamais été soulevée lors de la séance de médiation ou qu'elle n'ait même pas été communiquée aux propres avocats de Chic Shack est peut-être déplorable, car ce fait a fort vraisemblablement eu une incidence sur la conduite de la médiation. Mais je ne vois pas comment on pourrait se servir de cela pour inférer l'existence d'une forme quelconque d'acquiescement de la part de Chic Shack à l'égard de l'entente de règlement invoquée par Shake Shack.

[115] De plus, la conduite et les échanges des avocats après la séance de médiation ne démontrent pas non plus qu'une entente a été conclue à la fin de la médiation. C'est tout le contraire. Loin de confirmer l'existence d'une entente, les échanges qu'ont eus les avocats le 20 décembre 2019 traduisent plutôt l'existence d'une situation dans laquelle les parties n'étaient pas d'accord pour dire qu'un règlement avait été conclu. La preuve la plus convaincante à cet égard est celle qui émane de Shake Shack elle-même, par l'entremise de son avocat. Les courriels que le propre avocat de Shake Shack a envoyés le 20 décembre 2019 (décrits en détail précédemment) contiennent de nombreuses déclarations qui indiquent non pas qu'il existait bel et bien une entente, mais constituent plutôt des demandes de renseignements et des questions visant à obtenir de l'avocat de Chic Shack une confirmation qu'il existait effectivement une entente.

[116] Il ressort d'un examen du courriel RP-17, du premier courriel RP-19, du second courriel RP-19 et du courriel RP-21 que, pendant une période d'environ trois (3) heures le 20 décembre 2019, l'avocat de Shake Shack a envoyé pas moins de quatre courriels différents dans lesquels, chaque fois, il a employé des termes exprimant des doutes et une certaine incertitude à propos de l'existence même d'une entente. Ces mots et ces énoncés comprennent les suivants : « on puisse au moins confirmer », « assumant que », « je présume », « ne fait probablement pas problème » et, une fois de plus, « pouvez-vous au moins confirmer » (non souligné dans l'original). Ce ne sont pas les mots qu'emploierait une personne qui considère qu'il existe une entente. Ces mots concordent nettement plus avec la situation d'une personne qui se demande si l'entente existe vraiment ou pas, et qui souhaite qu'on lui en confirme l'existence. Cette confirmation, cette rencontre des volontés, ne s'est jamais concrétisée, ni de la part de

Chic Shack ni de celle de son avocat. Par ailleurs, le second courriel RP-19, par lequel a été transmise la Feuille des modalités, était précédé de la mention suivante : « SOUS TOUTES RÉSERVES – DISCUSSIONS DE RÈGLEMENT ». Si ce second courriel RP-19 était censé être une confirmation de l'entente déjà existante, cette mention était inutile. En fait, celle-ci contredit carrément ce que Shake Shack prétend que le courriel était censé confirmer, soit une entente à proprement dite, et non des discussions de règlement.

[117] Aussi libéralement que je puisse interpréter ces courriels, ceux-ci ne font état d'aucune certitude quant à la conclusion d'une entente. Loin de là. Ils constituent plutôt une preuve pointant dans la direction opposée et indiquant que Shake Shack elle-même, par l'entremise de son avocat, n'était pas sûre de l'existence d'une entente et de ses conditions réelles.

[118] Cette preuve étaye une fois de plus la conclusion qu'aucune entente n'avait été conclue à la fin de la séance de médiation et qu'aucune entente, basée sur les conditions résumées par l'avocat de Shake Shack dans la Feuille des modalités ou dans la lettre de janvier 2020, n'avait été conclue. Je m'arrête ici pour mentionner que, selon moi, il ne peut pas être inféré du courriel RP-18, dans lequel M^e Lauzon dit simplement « OK, merci! » à un message précédent, sans plus, qu'il confirmait ainsi l'existence d'une entente fondée sur les conditions d'un règlement ou d'un acquiescement à recevoir les paiements.

[119] Je rappelle, une fois de plus, que, contrairement à la plupart des précédents auxquels Shake Shack a fait référence, il n'existe aucun document écrit, ni même ébauche de document écrit, qui démontre l'existence d'une entente contenant les conditions d'une rencontre des

volontés entre les parties. Il n'existe aucune preuve documentaire d'une entente ni aucune preuve démontrant que, de par leurs déclarations ou leur conduite, M. Price et Chic Shack ont convenu d'un règlement. En fait, dans le courriel de M. Kark, ce dernier fait même référence à une entente de principe qui n'est pas encore complétée, car Shake Shack [TRADUCTION] « [doit] aller conclure une entente ».

[120] La seule preuve au dossier concernant l'existence d'une entente est la perception qu'avait le représentant de Shake Shack, M. Palmese, quant au consentement de M. Price. J'admets que M. Palmese était peut-être de cet avis. Cependant, indépendamment de la propre perception et conviction de M. Palmese (et de M. Kark), il n'existe aucune preuve au sujet des divers éléments de la suite de faits qui auraient mené à la conclusion d'une entente entre les parties. Quel que puisse être le degré de conviction de MM. Palmese et Kark, la Cour a besoin de plus que leurs propres impressions et croyances au sujet de l'acceptation de M. Price pour conclure à l'existence d'une rencontre des volontés des parties. À la lumière de la preuve contraire susmentionnée, je trouve les éléments présentés insuffisants, car il n'y a pas d'autre preuve convaincante du consentement attribué à M. Price quant à l'existence d'une [TRADUCTION] « entente à l'amiable ».

[121] Je peux comprendre que MM. Palmese et Kark puissent ressentir une certaine frustration après avoir pris part au processus de médiation dans l'espoir d'obtenir une entente et un règlement de l'action de Shake Shack. Je reconnais également qu'ils peuvent avoir des raisons d'être insatisfaits de la manière dont la médiation s'est déroulée et a pris fin. Mais il faut plus que de l'insatisfaction à l'égard du comportement de l'autre partie, ou une conviction unilatérale

profonde quant à l'existence d'une entente, pour qu'on puisse conclure à l'existence d'une entente de règlement.

[122] Je traiterai maintenant rapidement du courriel de M. Kark, car je l'analyserai de manière plus détaillée plus loin dans les présents motifs. Je me contenterai de faire remarquer que l'[TRADUCTION] « entente de principe » qu'il décrit fait état de conditions qui diffèrent de façon importante de celles que contient la Feuille des modalités que Shake Shack demande à la Cour de faire appliquer. Si Shake Shack avait fait valoir que les parties étaient arrivées à une entente de règlement fondée sur les conditions expressément décrites par M. Kark comme étant des éléments de l'[TRADUCTION] « entente de principe » (à savoir les deux aspects des conditions pécuniaires, l'acquisition et la rétrocession sous licence de la marque de commerce de LE CHIC SHACK, le droit de Chic Shack d'exploiter ses activités dans un rayon de 100 km autour de Québec, ainsi que le droit d'ouvrir d'autres restaurants à l'intérieur de ce rayon), l'évaluation de la preuve concernant l'existence d'une entente de règlement aurait pu être différente. Or, ce n'est pas ce que Shake Shack fait en l'espèce. Elle revendique plutôt l'existence d'une entente de règlement fondée sur des conditions autres que celles qui sont énoncées dans le courriel de M. Kark. Shake Shack n'est donc pas fondée à invoquer ce courriel pour étayer son allégation concernant l'existence d'une entente de règlement conclue.

[123] Compte tenu de ce qui précède, je conclus donc que, si l'on examine la situation dans son intégralité, il n'existe aucune preuve claire et convaincante permettant d'établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'une entente de règlement avait été conclue à la fin de la séance de médiation.

b) Absence d'entente sur la totalité des conditions essentielles

[124] Je détermine également que la preuve ne me permet pas de conclure, selon la prépondérance des probabilités, qu'une entente a eu lieu sur la totalité des conditions essentielles d'un règlement mettant fin au litige des parties (*Apotex* aux para 52-53). En l'espèce, il suffit d'examiner la preuve relative à la zone d'exclusivité et les conditions en vertu desquelles Chic Shack serait autorisée à exploiter ses activités dans ce secteur géographique. Je suis d'avis que, d'un point de vue objectif, il s'agissait là d'un des éléments importants ou essentiels de la transaction qu'envisageaient les parties, et qu'il n'existait aucune entente à cet égard à la fin de la séance de médiation ou conformément à la Feuille des modalités. Par souci de clarté, je précise que ce que j'appelle ici la « zone d'exclusivité » comporte deux aspects interreliés : la limite géographique de la zone (ou le rayon) et la nature des activités que Chic Shack serait exclusivement autorisée à exploiter dans cette zone.

[125] Je commence mon analyse en soulignant une fois de plus que nous nous trouvons dans le contexte d'une entente de règlement faisant suite à une médiation. Les éléments essentiels doivent être considérés et évalués sous l'angle des deux parties, et les éléments ne seront non essentiels que s'ils revêtent une importance secondaire pour les deux parties (*Taillefer* au para 74). Le fait que l'un des éléments puisse être perçu comme secondaire par la partie qui souhaite faire exécuter l'entente n'est pas suffisant pour qu'on puisse conclure que, d'un point de vue objectif, cet élément n'était pas essentiel à la transaction.

[126] Dans ses observations, Shake Shack réduit les éléments « essentiels » de l'entente de règlement aux points suivants : 1) Chic Shack continue d'exploiter son restaurant actuel LE CHIC SHACK à Québec, 2) Shake Shack est autorisée à entrer sur le marché canadien et 3) Shake Shack paie une certaine somme d'argent à Chic Shack. Shake Shack prétend que le territoire exact dans lequel Chic Shack pourrait exploiter ses activités, de même que la définition de la zone d'exclusivité, ne sont pas des éléments essentiels de l'entente conclue par les parties. L'examen de la preuve ne permet pas de parvenir à cette conclusion. La preuve abondante, qui émane de M. Price et de Shake Shack elle-même, montre plutôt qu'à chaque étape du processus, la définition de la zone d'exclusivité a été, pour Chic Shack, un élément central et essentiel de toutes les discussions de règlement, aux côtés des aspects pécuniaires et de la « structure » de la transaction. Il est possible que, lors de la médiation, on ait mis particulièrement l'accent sur les aspects pécuniaires (et cela semblait être, pour Shake Shack, le principal sujet de préoccupation), mais la définition de la zone d'exclusivité et les caractéristiques opérationnelles associées à cette zone ont toujours été un aspect important de l'équation.

[127] Je ne nie pas qu'il y a une certaine cohérence dans la preuve relative aux conditions pécuniaires dont les parties ont discuté et convenu à la séance de médiation. En fait, les propres documents de Shake Shack (le courriel de M. Kark, la Feuille des modalités et la lettre de janvier 2020) ne changent pas à ce chapitre. Mais il ressort de la preuve que les conditions pécuniaires n'existent pas isolément, et que l'entente de règlement envisagée ne se résumait pas à une série binaire de chiffres.

[128] Comme il a été mentionné précédemment, il me faut procéder à une analyse factuelle, fondée sur des données probantes, pour déterminer s'il y a eu « rencontre des volontés » au sujet des termes et des conditions essentielles qui ont donné lieu à la transaction invoquée. D'un point de vue objectif, je conclus que, dans une affaire d'usurpation de marque de commerce telle que celle qui nous occupe, les restrictions territoriales imposées à l'emploi d'une marque de commerce sont un élément essentiel d'une transaction dans laquelle une partie souscrit à un dédommagement pécuniaire en échange d'un emploi limité de sa marque de commerce. Dans le contexte d'une usurpation de marque de commerce, une question liée à la portée des limites géographiques à imposer à une partie revêt une importance majeure, et non mineure.

[129] Shake Shack soutient que M. Price n'a pas indiqué que le rayon de la zone d'exclusivité pourrait avoir une incidence sur les conditions pécuniaires. Je ne suis pas d'accord et je conclus que la preuve n'étaye pas une telle prétention. Après avoir passé en revue la preuve, je suis plutôt convaincu que les conditions pécuniaires ont toujours été liées à la zone d'exclusivité.

[130] M. Price a toujours fait un lien entre la zone d'exclusivité et les conditions pécuniaires. Il a participé à l'établissement du mémoire de médiation de Chic Shack. Dans ce mémoire, lorsqu'elle exposait sa troisième option en vue d'un règlement, Chic Shack a clairement associé le rayon de l'expansion exclusive aux conditions pécuniaires et a indiqué que le dédommagement varierait en fonction des limites géographiques imposées. Dans la troisième option de Chic Shack, le rayon de la zone d'exclusivité a été le premier élément mentionné et il était au moins aussi essentiel que le dédommagement pécuniaire. Il ressort de la simple lecture de l'option que les deux éléments sont interdépendants et inversement proportionnels. M. Price

l'a également confirmé dans son affidavit et en contre-interrogatoire, quand il a recouru à l'analogie des vases communicants. Le rayon présentait une géométrie variable, parce qu'il fluctuait en fonction du dédommagement pécuniaire.

[131] Ce dont les parties ont concrètement discuté pendant toute la séance de médiation était une proposition proche de cette troisième option, dans laquelle le dédommagement pécuniaire n'était manifestement pas le seul élément essentiel.

[132] En contre-interrogatoire, M. Price a admis qu'il avait déjà décidé avant la médiation qu'il concéderait la totalité du territoire canadien à Shake Shack à l'exception de la ville de Québec, et peut-être de la province du Québec toute entière dépendamment des plans de Shake Shack. Il est possible que M. Price ait pris sa décision sur ce point avant la séance de médiation, mais il a toujours clairement indiqué que la zone d'exclusivité, peu importe la façon dont elle serait définie, était un élément essentiel de n'importe quelle entente de règlement, et qu'il y avait une interdépendance entre cet élément et les conditions pécuniaires.

[133] En fait, la preuve concorde nettement plus avec les déclarations de M. Price qui, dans son affidavit et lors de son contre-interrogatoire, a déclaré qu'aucune entente n'avait été conclue, car des conditions essentielles, telles que la limite géographique de la zone d'exclusivité, étaient encore à l'étude. De l'avis de M. Price, le rayon convenu pour la zone d'exclusivité était clairement de 100 km à la fin de la séance de médiation. Cela a été changé par Shake Shack dans la Feuille des modalités. En contre-interrogatoire, il a été demandé à M. Price s'il avait accepté de limiter la zone d'exclusivité à 50 km lors de la séance de médiation, et il a clairement dit que

non. Il a ajouté que, dans le courriel RP-23, Chic Shack était revenue sur de nombreux points, dont celui du rayon. M. Price a expressément confirmé en contre-interrogatoire qu'il n'avait pas accepté la condition des 50 km dans le vide, mais qu'il avait fini par accepter cette concession en échange d'autres éléments, lesquels figurent dans la contre-offre de Chic Shack du 8 janvier 2020.

[134] Même la preuve de Shake Shack étaye fortement la conclusion selon laquelle le territoire a toujours été un élément essentiel de la transaction envisagée, comme le confirme la lecture de l'affidavit de M. Palmese, du courriel de M. Kark et de la Feuille des modalités.

[135] Après avoir examiné l'affidavit de M. Palmese, je conclus que, dans son exposé des offres et des contre-offres faites lors de la séance de médiation, M. Palmese a distingué avec soin les diverses propositions, sous l'angle de leur portée réelle. Certaines avaient uniquement trait aux [TRADUCTION] « conditions pécuniaires », tandis que d'autres incluaient aussi la dimension territoriale (c'est-à-dire, la zone d'exclusivité) ou avaient également trait à la [TRADUCTION] « structure » de l'arrangement conclu entre les parties (c'est-à-dire l'acquisition de la marque de Chic Shack et sa rétrocession, sous licence). Les offres et les contre-offres tournaient autour de ces trois éléments. M. Palmese a fait référence à une entente partielle qui n'englobait que les conditions financières et la structure. À aucun moment n'a-t-il laissé entendre ou déclaré qu'une restriction géographique à l'emploi exclusif des marques de commerce de Chic Shack était de nature secondaire ou non essentielle. À mon avis, on ne peut pas inférer de l'affidavit de M. Palmese que les restrictions géographiques liées à la zone d'exclusivité pouvaient être dissociées des autres conditions du règlement.

[136] Par ailleurs, le courriel de M. Kark ne laisse aucun doute sur le fait que la taille de la zone d'exclusivité était l'un des quelques éléments de l'[TRADUCTION] « entente de principe », et que cette question ne se rangeait pas dans la catégorie des « détails » à régler plus tard. Il s'agissait donc d'un élément essentiel de la transaction envisagée. Les éléments retenus par M. Kark comme faisant partie de l'[TRADUCTION] « entente de principe » comprennent les deux conditions pécuniaires, la structure de la propriété de la marque de commerce sous licence, un territoire d'un rayon de 100 km autour de la ville de Québec où Chic Shack pouvait poursuivre ses activités, le fait que la durée de la licence était liée à l'exploitation (et non à la propriété) de Chic Shack ainsi que la possibilité que Chic Shack ouvre d'autres restaurants à l'intérieur de ce rayon. À aucun moment M. Kark n'a-t-il indiqué ou laissé entendre dans son courriel que les restrictions de nature territoriale étaient d'une importance secondaire par rapport aux conditions pécuniaires, ou qu'elles n'étaient pas essentielles. Au contraire, elles étaient énumérées parmi les caractéristiques principales de l'entente de principe, sur le même pied que les conditions pécuniaires. Je signale que la déclaration de M. Kark selon laquelle Chic Shack pouvait ouvrir d'autres restaurants dans le secteur de 100 km concorde avec ce que M. Price avait « compris » à ce sujet. Même si ce dernier a, semble-t-il, évoqué seulement la possibilité d'ouvrir d'autres restaurants CHIC SHACK dans la zone d'exclusivité à la toute fin de la séance de médiation, ce point faisait néanmoins partie de l'[TRADUCTION] « entente de principe » que M. Kark a résumée.

[137] La prétention de Shake Shack selon laquelle la limite territoriale n'était pas une condition essentielle est donc contredite par ce document rédigé par l'un de ses représentants à la fin de la séance de médiation. Certes, M. Kark dit qu'il y avait [TRADUCTION] « [e]ncore quelques détails

à régler », mais ces détails n'incluent clairement pas la limite territoriale, qui est décrite juste au-dessus de cet énoncé parmi les points distincts et restreints qui font partie de l'[TRADUCTION] « entente de principe » qu'il décrit. Loin d'être un détail ou un sujet de préoccupation mineur à aplanir, la limite territoriale faisait plutôt partie des caractéristiques principales de l'entente de principe.

[138] Pour ce qui est de la Feuille des modalités, celle-ci présente une liste de « points clés », qui comprennent notamment les conditions pécuniaires, la structure de l'accord de licence conclu entre les parties ainsi que la zone d'exclusivité (quoique d'une dimension « réduite », comme l'a signalé l'avocat de Shake Shack dans le second courriel RP-19). Tous ces éléments sont présentés comme des « points clés », et aucun n'est qualifié de « secondaire » ou de « mineur », ou n'est classé dans une catégorie distincte. Aucune distinction n'a été faite dans la Feuille des modalités entre ce que l'avocat de Shake Shack a, par la suite, qualifié d'essentiel ou de secondaire dans la lettre de janvier 2020. La Feuille des modalités plaçait plutôt tous les points clés sur le même niveau, ce qui indiquait implicitement qu'il s'agissait tous d'éléments essentiels de la transaction que les parties auraient conclue à la fin de la séance de médiation. Je conviens avec l'avocat de Chic Shack que les « points clés », d'un point de vue objectif, équivalent à des éléments essentiels. Tout comme les éléments d'une [TRADUCTION] « entente de principe ».

[139] En résumé, la propre preuve de Shake Shack n'étaye pas son affirmation, à savoir que la limite territoriale serait, [TRADUCTION] « objectivement, un élément secondaire ». M. Palmese ne le dit pas, pas plus que le courriel de M. Kark ou la Feuille des modalités. L'argument

qu'avance Shake Shack, à savoir que la zone d'exclusivité serait en quelque sorte secondaire ou non essentielle, est plombé par sa propre preuve.

[140] Il me faut examiner la preuve de manière objective, sous l'angle d'un homme ou d'une femme d'affaires raisonnable, et non de manière subjective (*Apotex* aux para 70-71). Si on la considère de cette façon, je ne suis pas convaincu que la portée des restrictions géographiques imposées à Chic Shack peut être considérée comme mineure ou secondaire. Ces restrictions sont au cœur de n'importe quel règlement que Chic Shack envisageait. Il s'agissait d'une partie importante de la contrepartie que Chic Shack devait recevoir dans le cadre de l'entente de règlement envisagée. Je suis également convaincu que les conditions pécuniaires et la zone d'exclusivité sont objectivement interconnectées et qu'elles agissent comme des vases communicants. Comme elles sont interdépendantes, l'une d'elles ne peut pas être considérée comme essentielle et l'autre pas. De plus, une réduction du rayon de la zone d'exclusivité, soit de 100 km à 50 km (comme l'envisage la Feuille des modalités), est objectivement importante car cela implique une réduction de 75 % de la zone d'exclusivité réelle.

[141] D'un point de vue objectif, cette affaire concerne un propriétaire d'une marque de commerce qui veut interdire au propriétaire d'une marque de commerce créant de la confusion de l'employer dans un certain secteur et limiter l'emploi de cette marque de commerce. Un homme ou une femme d'affaires raisonnable, considérant la question de manière objective, comprendrait que, dans le cadre de n'importe quel règlement, le propriétaire d'une marque de commerce se trouvant dans la situation de Chic Shack voudrait que l'on précise la limite exacte du secteur géographique dans lequel il pourrait continuer ses activités, et que l'élargissement ou

la réduction d'un tel secteur aurait une incidence sur le dédommagement pécuniaire accordé à la suite de l'acceptation de ne pas employer sa marque de commerce. La portée des restrictions imposées à Chic Shack, quand on la considère et qu'on l'évalue de manière objective, était une condition essentielle.

[142] Je conclus qu'il n'y a eu, à aucun moment, une offre et une acceptation correspondante à l'égard de toutes les conditions essentielles. À vrai dire, la plupart des communications des parties, considérées objectivement, montrent plutôt qu'il y avait un désaccord sur la portée de la zone d'exclusivité à imposer à Chic Shack, tant en ce qui concernait la limite géographique de la zone que l'ampleur des activités que Chic Shack y mènerait (c'est-à-dire, le nombre de restaurants qu'elle pouvait exploiter). Dans la présente affaire, des dispositions essentielles d'un règlement complexe étaient encore source d'incertitude à la fin de la médiation. Comme dans la décision *AIC Limited c Infinity Investment Counsel Ltd*, 1998 CanLII 7783 [*AIC Limited*] que Chic Shack a citée, le résultat qui a été obtenu à la fin de la séance de médiation était, tout au plus, une « entente préliminaire » ou un « contrat visant à conclure un contrat » (*AIC Limited* au para 41). Il ressort de la preuve qu'il subsistait une incertitude considérable au sujet d'au moins un point clé essentiel : la zone d'exclusivité. Quand un contrat est incomplet parce que des dispositions essentielles visant à régir la relation contractuelle n'ont pas été réglées ou convenues, il n'y a pas de contrat, mais un contrat visant à conclure un contrat (*AIC Limited* au para 40).

[143] J'ai une dernière observation à formuler au sujet du courriel RP-16 du 20 décembre 2019, dans lequel M^e Lauzon, avocat de Chic Shack, a fait référence à des points en suspens

[TRADUCTION] « relativement mineurs » et que Shake Shack a souvent cités à l'appui de sa position. À mon avis, ce courriel n'est pas suffisant pour faire pencher la balance. Premièrement, les mots contestés ont été employés avant que M^e Lauzon ne reçoive la Feuille des modalités, qui changeait le courriel de M. Kark. Deuxièmement, lors de son contre-interrogatoire, M. Price a déclaré qu'il ne pouvait pas savoir quels éléments seraient d'une importance mineure et il a dit ne pas être d'accord avec son propre avocat, qui considérait que les points restants étaient d'une importance mineure. Troisièmement, il me faut déterminer le caractère essentiel des éléments de l'entente de règlement sur un fondement objectif, et non sur le fondement d'opinions subjectives des avocats ou des parties.

[144] Vu la conclusion que j'ai tirée au sujet du caractère essentiel de la zone d'exclusivité et de l'absence d'entente sur ce point, je n'ai pas à examiner les questions contestées qui se rapportent à d'autres éléments de l'entente de règlement envisagé, comme la durée de la licence de Chic Shack et son lien avec l'exploitation ou la propriété de Chic Shack, la possibilité d'accorder des sous-licences, ou les changements que Chic Shack aurait à apporter pour s'assurer qu'il n'y aurait aucune confusion entre les marques de commerce des parties. Ces dernières ne s'entendent pas sur la question de savoir si ces autres éléments sont essentiels ou pas. Je signale tout simplement qu'à première vue, ils semblent objectivement aussi se rapporter directement aux activités de Chic Shack et avoir une incidence marquée sur la conduite de son entreprise.

[145] J'ai examiné les éléments de preuve avec soin et, pour toutes les raisons qui précèdent ainsi qu'au regard de la preuve qui m'a été soumise, je ne suis pas convaincu que Shake Shack a

démontré, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'une entente de règlement sur la totalité des éléments essentiels.

3) Changements dans les conditions de l'entente invoquée

[146] Le troisième élément qui m'amène à conclure à une absence de preuves suffisantes à l'appui de l'existence d'une entente découle des documents que Shake Shack a elle-même préparés en lien avec l'entente invoquée. Conformément à ces éléments de preuve, les conditions qui permettent à Shake Shack de prétendre qu'elle avait une [TRADUCTION] « entente de principe » à la fin de la séance de médiation (à savoir le courriel de M. Kark) se sont transformées à la longue, revêtant ainsi deux formes différentes dans la Feuille des modalités et, plus tard, dans la lettre de janvier 2020.

[147] Je ne saurais mieux dire que le juge Rothstein, qui a écrit ceci dans la décision *AIC Limited* : « [L]orsqu'une partie se présente devant la Cour et demande une ordonnance en vue de faire respecter une transaction, sa position est fortement ébranlée lorsque la preuve révèle, et que la demanderesse reconnaît, qu'il existe plus d'une version de la prétendue entente » (*AIC Limited* au para 43). Cela s'applique encore davantage quand toute cette preuve émane de la partie demanderesse et que les changements ne sont pas des détails mineurs. C'est la situation à laquelle nous avons affaire ici.

[148] Ceci étant dit avec égards, la Feuille des modalités de même que la lettre de janvier 2020, qui refléteraient l'entente conclue entre les parties, sont nettement irréconciliables avec la conception qu'avait M. Kark d'une entente de principe à la fin de la séance de médiation,

conception dont ce dernier a fait état dans le courriel qu'il a envoyé au PDG de Shake Shack à la fin de cette séance. Autrement dit, la preuve de Shake Shack démontre elle-même que l'entente prétendument conclue à la fin de la séance de médiation avait été changée pour quelque chose de nettement différent. Qui plus est, Shake Shack a changé des éléments qu'elle avait elle-même reconnus comme essentiels. Aucune des conditions modifiées ne semble avantager Chic Shack.

[149] En conséquence, même si l'on en venait à présumer qu'il y avait, à la fin de la séance de médiation, une entente de règlement originale et exécutoire, il semble que Shake Shack considérait que ses conditions étaient malléables. Avec sa Feuille des modalités et sa lettre de janvier 2020, deux documents qui modifiaient des éléments essentiels dont M. Kark aurait convenu à la séance de médiation, Shake Shack a, à toutes fins pratiques, répudié tout accord original qui aurait pu exister. Je ne conteste pas que Shake Shack soit en droit de modifier les conditions d'une entente de règlement qu'elle souhaite conclure, mais elle ne peut pas prétendre avoir en main une entente à la fin de la séance de médiation, et vouloir que la Cour la mette à exécution, si elle décide d'en changer unilatéralement les conditions au détriment évident de Chic Shack.

[150] Dans sa preuve, Shake Shack a produit trois documents cruciaux qui témoignent de l'existence et des conditions d'une entente de règlement. Il s'agit du courriel de M. Kark, daté du 18 décembre 2019, de la Feuille des modalités datée du 20 décembre 2019, ainsi que de la lettre de janvier 2020 datée du 20 janvier 2020.

[151] Le courriel de M. Kark renvoyait explicitement à une [TRADUCTION] « entente de principe » composée de quatre (4) éléments principaux : les conditions pécuniaires; l'acquisition de la marque de commerce LE CHIC SHACK et sa rétrocession, sous licence, à Chic Shack; le droit de Chic Shack d'exploiter ses activités dans un rayon de 100 km autour de la ville de Québec; ainsi que le droit d'ouvrir d'autres restaurants à l'intérieur de ce rayon. Tout le reste se résumait à [TRADUCTION] « quelques détails à régler ».

[152] Quant à la Feuille des modalités, elle contenait sept (7) [TRADUCTION] « points clés » : l'acquisition, par Shake Shack, des marques de commerce de Chic Shack; la rétrocession, sous licence, de la marque de commerce à Chic Shack, et ce, sans sous-licence, un rayon exclusif de 50 km, le tout étant valide tant que Chic Shack appartiendrait à M. Price et à sa sœur; une zone d'exclusivité de 50 km pour Chic Shack; un certain nombre de mesures garantissant l'absence de confusion entre les marques de commerce des parties; les conditions pécuniaires; le désistement du litige; et des dispositions types concernant les ententes applicables à signer. La Feuille des modalités ne fait aucune mention du nombre de restaurants que Chic Shack serait autorisée à ouvrir dans la zone d'exclusivité. Je fais remarquer une fois de plus que cette feuille ne fait aucunement référence à des éléments qui sont essentiels ou secondaires, et qu'elle range plutôt la totalité des éléments sous le même vocable de [TRADUCTION] « points clés ».

[153] En ce qui concerne la lettre de janvier 2020, elle énonce tout d'abord cinq (5) points, décrits comme étant les [TRADUCTION] « éléments essentiels » de l'entente de règlement qui aurait été conclue en décembre 2019 : l'acquisition des marques de commerce de Chic Shack; la rétrocession de ces marques à Chic Shack, sous licence, afin de permettre à cette dernière de

poursuivre ses activités; une zone d'exclusivité non définie autour du restaurant de Chic Shack à Québec; les conditions pécuniaires; et un certain nombre de paramètres garantissant l'absence de confusion entre les marques de commerce des parties. D'autres éléments sont ensuite désignés comme des [TRADUCTION] « éléments secondaires », qu'on aurait laissés en suspens après la séance de médiation : le rayon exact de la zone d'exclusivité; le nombre de restaurants que Chic Shack pourrait ouvrir en vertu de la licence; et la rédaction des ententes applicables.

[154] La lecture de ces trois documents de Shake Shack ne peut mener qu'à une seule conclusion : ils renferment plusieurs incohérences et contradictions. Plus particulièrement, la Feuille des modalités et la lettre de janvier 2020 ne concordent pas avec le courriel de M. Kark quant aux éléments clés. Ces deux documents illustrent que, selon les propres documents de Shake Shack, les conditions de l'entente de règlement invoqué sont une cible mobile et sont, dans le meilleur des cas, incertaines.

[155] La Feuille des modalités d'une page, datée du 20 décembre 2019 et qui aurait été rédigée de manière à refléter ce qui avait été convenu à la séance de médiation, contredit les éléments contenus dans l'entente de principe couchée sur papier dans le courriel de M. Kark. Si certains des points clés contenus dans la Feuille des modalités étaient simplement une nouvelle version de ce qui avait été résumé dans le courriel de M. Kark (comme les conditions pécuniaires ou la structure de vente et de rétrocession de licence), d'autres ne l'étaient pas. Premièrement, le rayon dans lequel Chic Shack pouvait exploiter ses activités et ouvrir d'autres restaurants avait rétréci et était réduit de moitié, soit de 100 km à 50 km. Deuxièmement, le droit d'exploiter des activités à l'intérieur de ce rayon en vertu d'une licence qui devait être valide tant que M. Price

[TRADUCTION] « exploite » Chic Shack, était maintenant lié à une obligation de propriété. C'est ce que M^e Lauzon a qualifié de [TRADUCTION] « pierre d'achoppement » dans le courriel RP-20. Troisièmement, la Feuille des modalités contenait non seulement des éléments qui n'avaient pas été convenus (comme le rayon de 50 km de la zone d'exclusivité ou la validité de la licence fondée sur une notion de propriété), mais aussi des conditions qui, selon certains éléments de preuve, n'avaient pas fait l'objet de discussions lors de la séance de médiation (comme les mesures visant à éviter toute confusion entre les marques de commerce des parties). Ainsi que l'a fait remarquer M. Price dans son témoignage, les changements apportés dans la Feuille des modalités ne sont pas des détails, mais des éléments nettement différents de l'entente originale qui aurait été conclue et exposée dans le courriel de M. Kark.

[156] À l'audience, l'avocat de Shake Shack a soutenu que la distinction entre [TRADUCTION] « exploitation » et [TRADUCTION] « propriété » est de nature sémantique et faisait essentiellement référence à la participation de M. Price aux activités de Chic Shack. Cet argument ne me convainc pas. Les mots sont importants, surtout dans le contexte d'une entente de règlement qui vise à définir les relations futures entre des marques de commerce créant de la confusion, et une différence de formulation peut être importante même si le changement peut sembler petit ou simple (*Apotex* au para 84). Considéré objectivement, le changement apporté à l'obligation de [TRADUCTION] « propriété » était important. De plus, selon le témoignage de M. Price, cette question de l'[TRADUCTION] « exploitation » ou de la [TRADUCTION] « propriété » de Chic Shack n'a jamais fait l'objet de discussions à la séance de médiation.

[157] Compte tenu de ce qui précède, on ne peut pas dire que la communication des points clés, deux jours après la fin de la séance de médiation, était simplement un exercice consistant à consigner sur papier une entente englobant la totalité des conditions essentielles dont les parties avaient déjà convenu. La Feuille des modalités, et les versions ultérieures décrites dans la lettre de janvier 2020, deviennent plutôt un moyen par lequel la portée des restrictions imposées à Chic Shack a été élargie par rapport à ce qui avait été initialement décrit dans le courriel M. Kark.

[158] Je souligne de nouveau que Shake Shack ne demande pas à la Cour de faire appliquer l'entente résumée dans le courriel de M. Kark. Elle se fonde sur une entente décrite dans la Feuille des modalités, qui est quelque chose de différent et, du point de vue de Chic Shack, quelque chose d'inférieur à ce qui a été décrit comme l'[TRADUCTION] « entente de principe » dans le courriel de M. Kark. D'un point de vue objectif, il ne fait aucun doute que les conditions de règlement ont une portée nettement différente dans les deux documents.

[159] J'admets que, dans sa réponse au paragraphe 5 de la Feuille des modalités, qui porte sur les conditions pécuniaires (courriel RP-23), Chic Shack n'a pas expressément lié ses nouvelles exigences pécuniaires à la taille du territoire exclusif réduit. Elle les a plutôt justifiées par son examen plus poussé des prémisses économiques et des scénarios d'affaires envisagés par Shake Shack. Mais le proverbial [TRADUCTION] « chang[ement] d'idée » de M. Price au sujet des aspects pécuniaires, par rapport à ce dont les parties avaient discuté et convenu à la médiation présidée par la Cour sur ce point particulier, peut se comprendre, car la Feuille des modalités a changé la donne sur plusieurs points et a fait apparaître de nouveaux éléments dans

l'entente que les parties aurait prétendument conclue. En résumé, la Feuille des modalités présentait à Chic Shack des conditions de règlement qui, à première vue, changeaient nettement les propositions dont il avait été question à la séance de médiation.

[160] La lettre de janvier 2020 est quant à elle particulièrement troublante, car des éléments appartenant à l'[TRADUCTION] « entente de principe » exposé dans le courriel de M. Kark ou considérés comme des [TRADUCTION] « points clés » dans la Feuille des modalités se sont tout à coup réincarnés en détails secondaires. C'est le cas du rayon exact de la zone d'exclusivité ainsi que de la capacité de Chic Shack d'ouvrir d'autres restaurants dans cette zone en vertu de sa licence. De plus, si la zone d'exclusivité était une mesure arithmétique dans le courriel de M. Kark et dans la Feuille des modalités, elle est devenue un concept dans la lettre de janvier 2020, où sa dimension géographique exacte a été reléguée au groupe des éléments secondaires. À l'inverse, les changements nécessaires pour éviter toute confusion entre les marques de commerce des parties, même s'ils n'étaient pas mentionnés dans le courriel de M. Kark et auraient fait partie des [TRADUCTION] « détails » à régler, ont acquis le statut d'éléments [TRADUCTION] « essentiels » dans la lettre de janvier 2020 (tout comme dans la Feuille des modalités).

[161] Il y a donc une dissonance évidente entre les conditions de l'entente, tel que l'a compris M. Kark, et les conditions résumées par l'avocat de Shake Shack dans la Feuille des modalités et dans la lettre de janvier 2020. En d'autres termes, les conditions sur le fondement desquelles Shake Shack demande à la Cour de confirmer l'existence d'une entente ne sont pas celles à propos desquelles le représentant de Shake Shack a dit qu'il existait une entente de principe à la

fin de la séance de médiation. Une partie ne peut pas prétendre avoir en main une entente de règlement convenue sur le fondement de conditions qui ne sont pas suffisamment certaines, qu'elle considère elle-même comme variables et qu'elle change dans ses propres documents.

[162] La preuve émanant de Shake Shack ne me convainc pas, selon la prépondérance des probabilités, qu'une entente de règlement, fondée sur des conditions claires et non équivoques, a été conclue entre les parties. Tout au contraire.

4) Conclusion au sujet de la preuve

[163] Pour toutes les raisons décrites en détail précédemment, tenant compte de ces trois facteurs et de la preuve dans son ensemble et d'une manière objective, je ne suis pas d'avis que, selon la prépondérance des probabilités, les parties avaient convenu d'une entente sur la totalité des éléments essentiels d'un règlement à la fin de la séance de médiation présidée par la Cour. Dans la présente requête, Shake Shack demande à la Cour d'intervenir et d'exercer sa fonction judiciaire, et, en fait, de passer outre à un processus qui est régi par un autre mécanisme de règlement des litiges de la Cour. Shake Shack demande donc à la Cour de faire quelque chose d'exceptionnel – une chose pour laquelle il n'existe aucun précédent –, et il fallait que la preuve nécessaire soit présente pour étayer sa demande. Or, la preuve qu'elle a présentée est très loin d'être suffisante.

C. *Dernières observations*

[164] Je reconnais que M. Price ne s'était peut-être pas aussi bien préparé pour la séance de médiation que les représentants de Shake Shack l'auraient souhaité. Il se peut aussi qu'il n'était peut-être pas aussi déterminé à conclure un règlement que semblaient l'être les représentants de Shake Shack, préoccupé qu'il était par les difficultés et le processus juridique concernant une autre de ses entreprises. Je peux également comprendre que, dans les circonstances, Shake Shack ait pu avoir trouvé que la position de Chic Shack et sa manière d'aborder la médiation manquaient de professionnalisme.

[165] J'admets de plus que MM. Palmese et Kark avaient toutes les raisons d'être contrariés et irrités par les nouvelles demandes pécuniaires que Chic Shack a formulées le 8 janvier 2020 dans le courriel RP-23. Ces demandes représentaient, objectivement, un écart marqué par rapport à ce qu'avaient été les conditions pécuniaires convenues de la transaction envisagée pendant toute la dernière partie de la séance de médiation (peu importe que ces conditions soient fixées en dollars canadiens ou américains). Certains pourraient dire qu'en changeant aussi radicalement de position au sujet des conditions pécuniaires, Chic Shack n'aurait eu qu'un pas à faire pour franchir la ligne de l'irrégularité et de l'inconduite. Cependant, je ne suis pas d'accord pour dire que, par son comportement, M. Price a fait preuve d'indifférence ou d'irrespect à l'égard du processus de médiation présidé par la Cour. Dans le même ordre d'idées, rien ne me permet de conclure que M. Price a entamé la médiation de mauvaise foi. Indépendamment des impressions personnelles de M. Palmese, je ne suis pas convaincu que la preuve justifie que l'on attribue à M. Price des intentions mercantiles répréhensibles ou que l'on puisse dire que Chic Shack était

uniquement animée par le souhait de tirer profit de l'abandon de [TRADUCTION] « plans d'expansion factices » pour justifier un paiement plus élevé de la part de Shake Shack.

[166] Le fait que Shake Shack n'a pas obtenu une médiation fructueuse quant aux conditions qu'elle espérait obtenir a été, on peut le comprendre, source de frustration et de déception pour ses représentants et son avocat, mais cela ne veut pas dire que Chic Shack a abordé la médiation avec de mauvaises intentions ou avec malhonnêteté. Rien n'étaye ces insinuations. De plus, le fait demeure que l'entente de règlement envisagée ne portait pas seulement sur des conditions pécuniaires. La volte-face de Chic Shack à l'égard des conditions financières, bien qu'elle soit peut-être regrettable, ne peut servir à justifier l'homologation d'une entente de règlement qui comporte d'autres éléments essentiels sur lesquels aucun accord n'est intervenu.

VI. Conclusion

[167] Pour les raisons exposées en détail précédemment, je conclus que les parties n'ont pas d'entente qui permettrait de régler le présent litige, et la requête de Shake Shack est par conséquent rejetée.

[168] À l'audience, l'avocat de Shake Shack a exprimé l'avis que les dépens pourraient faire l'objet d'autres observations. Vu l'issue de la présente requête, je considère qu'il n'est pas nécessaire de présenter d'autres observations sur les dépens et je suis convaincu que Chic Shack a droit à ses dépens.

[169] Chic Shack demande les dépens sur une base avocat-client, payables sur-le-champ. Je ne suis pas d'accord pour dire qu'il est question ici d'une situation dans laquelle il me faudrait exercer mon pouvoir discrétionnaire pour adjuger les dépens sur une telle base. Des dépens majorés, comme les dépens avocat-client, ne sont généralement adjugés que

[TRADUCTION] « dans les cas où il y a eu une conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante en lien avec le litige » (*Salt Canada* au para 61). Je ne suis pas d'avis que, dans le cadre de la présente requête, la conduite de Shake Shack atteint ce seuil élevé, et Chic Shack n'a présenté aucune preuve ni invoqué aucun argument convaincant à l'appui de sa demande extraordinaire.

[170] Les dépens de Chic Shack seront donc calculés selon la fourchette médiane de la colonne III du tarif B, comme ils le sont habituellement. Cela dit, à la place d'une taxation des dépens, les parties se consulteront en vue de s'entendre sur le montant des dépens et, si elles n'y parviennent pas, elles communiqueront avec le greffier de la Cour dans les 14 jours suivant la date des présents motifs; une conférence téléphonique de courte durée sera alors organisée en vue de fixer un montant forfaitaire pour les dépens, qui inclura les débours.

JUGEMENT au dossier T-917-17

LA COUR STATUE que :

1. La requête des demandereses est rejetée.
2. La défenderesse a droit aux dépens, calculés selon la fourchette médiane de la colonne III du tarif B.

« Denis Gascon »

Juge

Traduction certifiée conforme
Sandra de Azevedo, LL.B.

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-917-17

INTITULÉ : SSE HOLDINGS, LLC et SSE IP, LLC c
LE CHIC SHACK INC.

LIEU DE L'AUDIENCE : AUDIENCE TENUE PAR VIDÉOCONFÉRENCE À
MONTRÉAL (QUÉBEC)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 13 AOÛT 2020

**JUGEMENT ET
MOTIFSPUBLICS :** LE JUGE GASCON

DATE DES MOTIFS : LE 5 OCTOBRE 2020

COMPARUTIONS :

François Guay
Jean-Sébastien Dupont

POUR LES DEMANDERESSES

Pascal Lauzon
Sarah Hébert-Tremblay

POUR LA DÉFENDERESSE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Smart et Biggar S.E.N.C.R.L.
Montréal (Québec)

POUR LES DEMANDERESSES

BCF S.E.N.C.R.L.
Montréal (Québec)

POUR LA DÉFENDERESSE