

DOCUMENT DE TRAVAIL

**COMMANDÉ PAR
LE COMITÉ CONSULTATIF SUR
L'UTILISATION DES NOUVELLES
TECHNOLOGIES PAR LES JUGES**

**POUR LE
CONSEIL CANADIEN DE LA
MAGISTRATURE**

SUR

**LA TRANSPARENCE DE LA JUSTICE,
L'ACCÈS ÉLECTRONIQUE AUX
ARCHIVES JUDICIAIRES, ET
LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE**

MAI 2003

SOMMAIRE

En mars 2002, le Conseil canadien de la magistrature a reçu de son Comité d'administration de la justice un rapport sur les répercussions de l'accès électronique aux archives judiciaires et aux bordereaux de dossiers de procédure. Le Conseil a demandé l'avis du Comité consultatif sur l'utilisation des nouvelles technologies par les juges (le Comité consultatif), lequel a chargé un sous-comité d'examiner ce rapport et de lui soumettre des propositions.

Le présent document de travail, rédigé par le sous-comité, a été examiné par le Comité consultatif lors de sa réunion de mai 2003. Il s'appuie sur les importants travaux réalisés à l'origine par le juge en chef Brenner de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, et M^e Judith Hoffman, clerk de la même juridiction, pour le compte du Comité d'administration de la justice.

À la lumière de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, **le Comité consultatif a conclu que le droit du public à la publicité de la justice est une importante règle constitutionnelle, que le droit de l'individu à la protection de sa vie privée est une valeur fondamentale, et qu'en règle générale, celui-là l'emporte sur celui-ci.**

Ce document de travail examine encore les nombreuses questions de fond et considérations pratiques qui se font jour lorsque la justice s'accommode au dépôt et à l'extraction électroniques des dossiers judiciaires et des bordereaux.

Aux États-Unis, où l'accès électronique à distance comme sur place aux archives judiciaires et aux bordereaux est dans un état bien plus avancé, nombre de ces questions ont été étudiées par les juges, les administrateurs judiciaires, les avocats et les représentants des médias. Il ressort de leurs travaux qu'il y a lieu de s'attaquer, entre autres, aux questions de fond suivantes :

- qui a la responsabilité de définir les règles d'accès électronique?
- quelles sont les différences, si différences il y a, entre le milieu papier et le milieu électronique?

- quelles sont les raisons pour lesquelles les documents judiciaires sont déposés et les bordereaux, créés? et
 - ces raisons sont-elles un facteur dans la définition des règles d'accès électronique?

Il y a en outre une variété de questions d'ordre logistique et administratif, savoir :

- qui est responsable de l'exactitude des documents judiciaires et des bordereaux?
- l'accès électronique à certains documents judiciaires et bordereaux doit-il se faire sur place, et non à distance?
- faut-il enregistrer l'identité des usagers du système d'accès électronique?
- qui a la responsabilité de communiquer les règles d'accès?

Étant donné la complexité des questions et l'importance de la concertation de ceux qui s'intéressent et prennent part à la définition des règles d'accès électronique, **le Comité consultatif a conclu qu'il n'y aurait pas lieu de sa part de recommander un modèle de politique. Le présent document de travail ne fait qu'esquisser le cadre dans lequel les politiques d'accès électroniques pourraient être formulées.**

Le Comité consultatif a tiré 33 conclusions, dont celles-ci : **le Conseil canadien de la magistrature doit jouer un rôle de premier plan pour lancer les discussions et le débat sur la définition des règles d'accès électronique, lesquelles doivent être uniformes autant que possible à travers le Canada.**

Le Comité consultatif recommande que le Conseil canadien de la magistrature distribue ce document de travail en français et en anglais, pour s'assurer les avis et commentaires de ceux et de celles qui s'intéressent à la question. Le Comité consultatif rendra compte au Conseil en temps voulu des avis reçus et recommandera, le cas échéant, les mesures que le Conseil pourrait prendre subséquemment, à l'égard des questions étudiées.

TABLE DES MATIÈRES

	Paragr.
Introduction	[1]-[4]
Définitions	[5]-[6]
L'accès aux débats judiciaires, aux archives judiciaires et aux bordereaux au Canada et La législation sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée <i>Conclusions 1, 2, 3, 4, 5</i>	[7]-[35] [36]-[39]
Le contexte mondial	[40]-[44]
L'état du dépôt électronique des documents judiciaires au Canada	[45]
L'état de l'accès électronique aux archives judiciaires et aux bordereaux au Canada <i>Conclusions 6, 7, 8</i>	[46]-[54]
L'état de l'accès électronique aux jugements au Canada <i>Conclusion 9</i>	[55]-[57]
L'état du dépôt électronique aux États-Unis	[58]-[60]
L'état de l'accès électronique aux archives judiciaires et aux bordereaux aux États-Unis	[61]-[67]
Questions de fond et considérations pratiques découlant de l'accès électronique aux archives judiciaires et aux bordereaux	[68]-[74]
Questions de fond Responsabilité de la définition des politiques d'accès électronique <i>Conclusion 10</i>	[75]-[83]

Les différences entre le milieu papier et le milieu électronique <i>Conclusions 11, 12</i>	[84]-[92]
Les raisons pour lesquelles les documents judiciaires sont déposés et les bordereaux, créés <i>Conclusion 13</i>	[93]-[98]
Le contenu du dossier judiciaire <i>Conclusions 14, 15, 16, 17</i>	[99]-[108]
Le contenu du bordereau <i>Conclusion 18</i>	[109]-[111]
Le dossier judiciaire renferme-t-il des renseignements inutiles aux fins pour lesquelles le document judiciaire est mis à disposition? <i>Conclusion 19</i>	[112]-[115]
Les procédures actuelles de mise sous scellés et d'anonymisation <i>Conclusion 20</i>	[116]-[117]
Qui a droit d'accès? Qui est « le public »? <i>Conclusions 21, 22, 23</i>	[118]-[128]
Considérations pratiques	[129]
Diffamation et immunité <i>Conclusion 24</i>	[130]-[135]
L'exactitude du dossier judiciaire public et non public <i>Conclusions 25, 26</i>	[136]-[137]
Accès à distance ou sur place <i>Conclusions 27, 28</i>	[138]
Pistage des usagers	[139]-[142]

Conclusions 29, 30

Application rétroactive ou prospective des règles d'accès électronique <i>Conclusion 31</i>	[142]-[144]
Archivage et conservation <i>Conclusion 32</i>	[145]-[146]
Communication des politiques d'accès <i>Conclusion 33</i>	[147]-[148]
	Page
Notes	49-51
Annexe A – Récapitulatif des conclusions	52-56
Annexe B – Récapitulatif des lois et règles fédérales, provinciales et territoriales	57

**Document de travail sur la transparence de la justice,
l'accès électronique aux dossiers judiciaires et
la protection de la vie privée**

Dans l'ombre du secret, de sombres visées et des maux de toutes formes ont libre cours. Les freins à l'injustice judiciaire sont intimement liés à la publicité. Là où il n'y a pas de publicité, il n'y a pas de justice. La publicité est le souffle même de la justice. Elle est l'aiguillon acéré de l'effort et la meilleure sauvegarde contre la malhonnêteté. Elle fait en sorte que celui qui juge est lui-même en jugement. ¹

Introduction

[1] Le Comité consultatif, qui est un comité consultatif du Conseil canadien de la magistrature, a pour attributions entre autres :

- de donner des avis et présenter des recommandations au Conseil au sujet des questions liées à l'utilisation efficace des nouvelles technologies par les tribunaux, compte tenu de la mission générale du Conseil qui consiste à favoriser l'uniformité et l'efficacité ainsi qu'à améliorer la qualité des services judiciaires offerts par les tribunaux de l'ensemble du pays;
- de contribuer à l'élaboration de normes concernant l'information judiciaire, le dépôt des pièces de procédure, la preuve, les jugements et les autres renseignements présentés sous forme électronique;
- d'examiner les questions d'ordre technique susceptibles d'avoir des répercussions sur l'accès à la justice.

[2] En mars 2002, le juge Donald J. Brenner, juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, et son clerc, M^{me} Judith Hoffman, ont rédigé à l'intention du Comité d'administration de la justice du Conseil, un rapport intitulé « Electronic Filing, Access to Court Records and Privacy », dans lequel ils ont relevé et examiné certaines questions de fond et considérations pratiques concernant le dépôt et la consultation par voie électronique des archives judiciaires. Le Comité d'administration de la justice a renvoyé ce rapport au Comité consultatif qui, à son tour, en a confié l'examen en avril 2002 à un sous-comité composé du juge en chef Brenner, de Judith Hoffman, de Jennifer Jordan (greffière, Cour d'appel de la Colombie-Britannique), du juge Kiteley (Cour supérieure de l'Ontario), du juge Denis Pelletier (Cour d'appel fédérale) et du juge Linda Webber (Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, Section d'appel). Le sous-comité s'est vu confier la tâche de soumettre ses propositions au Comité consultatif.

[3] Voici les sujets traités dans ce document de travail :

- l'état actuel de l'accès aux archives judiciaires et aux rôles/bordereaux, au Canada;
- les rapports entre la législation sur l'accès à l'information, et l'accès aux archives judiciaires et aux bordereaux au Canada;

- le contexte mondial dans lequel s'exercent le dépôt et la consultation électronique des archives judiciaires, et la protection de la vie privée;
- l'état actuel du dépôt et de l'extraction électroniques des documents judiciaires et des bordereaux, au Canada et aux États-Unis;
- les questions de fond et les considérations pratiques qui se posent lorsque les juridictions s'accommodent au dépôt et à l'extraction électroniques des documents judiciaires et des bordereaux;
- recommandations.

[4] La question qui est au cœur du problème est l'affrontement de deux valeurs fondamentales : le droit du public à la transparence de l'administration de la justice et le droit de l'individu à la protection de sa vie privée.

Définitions

[5] Plusieurs termes reviennent constamment dans ce document de travail. Bien qu'ils puissent avoir des sens différents ailleurs, en voici la définition pour notre propos :

Archives judiciaires - s'entend de l'ensemble des documents judiciaires déposés au greffe d'une cour d'archive.

Documents judiciaires – s'entend des actes introductifs d'instance, conclusions écrites, ordonnances, affidavits, etc., c'est-à-dire des documents créés par les parties, par leurs avocats, ou par un juge ou auxiliaire de la justice.

Bordereau – s'entend du document préparé manuellement par le personnel du greffe ou automatiquement par les données saisies dans un ordinateur, par exemple la liste des documents judiciaires dans le dossier de l'instance.

Dossier judiciaire – s'entend des documents judiciaires et des bordereaux (certains détails du bordereau ne figurent pas dans le dossier judiciaire, mais dans un registre ou une base de données).

Dépôt électronique – s'entend de la transmission, de la signification et de la conservation de l'information sous forme électronique, peu importe que cette information soit envoyée ou reçue de façon à s'intégrer automatiquement à la base de données du tribunal, ou qu'elle y soit introduite manuellement après coup.

[6] Certaines catégories de documents sont exclues du champ de ce document de travail : il s'agit des documents touchant l'administration judiciaire comme par exemple les rôles d'audience, le contenu des programmes de formation des juges, les statistiques de l'activité juridictionnelle, établies par ou pour tel ou tel juge.

L'accès aux débats judiciaires, aux archives judiciaires et aux bordereaux au Canada

[7] La Cour suprême du Canada a toujours posé qu'en cas de conflit entre le droit du public à la transparence de l'administration de la justice et le droit de l'individu à la protection de la vie privée, c'est normalement le premier qui l'emporte. Voici quelques exemples de l'analyse mettant en jeu ces deux valeurs dans le contexte des lois, des règlements ou de la common law.

[8] Dans *Procureur général (Nouvelle-Écosse) c. MacIntyre*², un journaliste demandait communication d'un mandat de perquisition déjà mis à exécution ainsi que des documents déposés à l'appui de la demande de mandat. Le juge de paix qui avait décerné le mandat rejeta la demande de communication par ce motif que les documents en question n'étaient pas ouverts à la consultation par le public. MacIntyre a intenté contre le procureur général de la Nouvelle-Écosse un recours tendant à ordonnance déclarant que les mandats de perquisition de ce genre, y compris les documents à l'appui, décernés en application du Code criminel, relèvent du domaine public. En première instance, il a été jugé que le mandat de perquisition et les dénonciations étaient des documents judiciaires et accessibles au public. La demande de communication était accueillie pour ce qui était des mandats de perquisition déjà exécutés. En rejetant l'appel formé contre la décision de première instance, la Cour d'appel a également conclu au droit du public d'être présent à l'audience publique où les mandats de perquisition étaient décernés.

[9] La Cour suprême du Canada a fait droit au pourvoi relatif à la présence du public à l'audience publique où est décerné le mandat de perquisition, mais a rejeté le pourvoi relatif à la communication des mandats de perquisition exécutés, dans les cas où des objets avaient été trouvés durant la perquisition et produits devant le juge de paix.

[10] Le juge Dickson (juge puîné à l'époque), prononçant le jugement de la majorité, a fait état de la forte présomption en common law selon laquelle les débats judiciaires sont publics et les archives judiciaires, accessibles au public :

On a maintes fois soutenu que le droit des parties au litige de jouir de leur vie privée exige des audiences à huis clos. Il est aujourd'hui bien établi que le secret est l'exception et que la publicité est la règle. Cela encourage la confiance du public dans la probité du système judiciaire et la compréhension de l'administration de la justice. En règle générale, la susceptibilité des personnes en cause ne justifie par qu'on exclue le public des procédures judiciaires.³

[11] Et encore :

À chaque étape, on devrait appliquer la règle de l'accessibilité du public et la règle accessoire de la responsabilité judiciaire . . .

À mon avis, restreindre l'accès du public ne peut se justifier que s'il est nécessaire de protéger des valeurs sociales qui ont préséance. C'est notamment le cas de la protection de l'innocent.⁴

[12] Cependant, la présomption de publicité des débats est une présomption simple, et la juridiction concernée conserve son pouvoir d'appréciation discrétionnaire sur l'accessibilité de ses documents :

Il n'y a pas de doute qu'une cour possède le pouvoir de surveiller et de préserver ses propres dossiers. **L'accès peut en être interdit lorsque leur divulgation nuirait aux fins de la justice ou si ces dossiers devaient servir à une fin irrégulière.** Il y a présomption en faveur de l'accès du public à ces dossiers et il incombe à celui qui veut empêcher l'exercice de ce droit de faire la preuve du contraire.⁵ [c'est nous qui soulignons]

[13] En ce qui concerne l'accès aux archives judiciaires, le juge Dickson fait observer que la protection de l'innocent est une considération légitime :

Bien des mandats de perquisition sont délivrés et exécutés sans que rien ne soit trouvé. Dans ces cas, l'intérêt protégé par l'accès du public l'emporte-t-il sur celui de la protection des personnes chez qui une personne a eu lieu sans qu'on l'on n'ait rien trouvé? Ces personnes doivent-elles souffrir [de] l'opprobre qui entacherait leur nom et leur réputation du fait de la publicité de la perquisition? La protection de l'innocent à l'égard d'un préjudice inutile est une considération de principe de l'accès du public dans les cas où l'on effectue une perquisition sans rien trouver. Le droit du public à l'information doit céder le pas devant la protection de l'innocent. Si le mandat est exécuté et qu'il y [ait] saisie, d'autres considérations entrent en jeu.⁶

[14] Il ne faut pas oublier que l'arrêt *MacIntyre* porte uniquement sur les mandats de perquisition en matière criminelle. Le juge Dickson reconnaît que les critères concernant les autres types de documents judiciaires ne sont pas clairs :

En raison du petit nombre de décisions judiciaires, il est difficile, et probablement peu sage, de vouloir donner une définition exhaustive du droit de consulter les dossiers judiciaires ou une délimitation précise des facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer s'il faut en permettre la consultation. La question qui nous est soumise est limitée aux mandats de perquisition et aux dénonciations.⁷

[15] Dans *Edmonton Journal c. Procureur général de l'Alberta et al.*⁸, l'Edmonton Journal contestait les articles de la loi dite Alberta Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1, qui interdisaient la publication de certaines informations contenues dans les dossiers d'affaire de droit de la famille (paragr. 30(1)) et d'affaire civile (paragr. 30(2)). Son avocat soutenait que cette loi portait atteinte à l'alinéa 2b) de la Charte. La Cour du Banc de la Reine et subséquemment, la Cour d'appel ont rejeté le recours par ce motif que cet article 30 constituait une limitation raisonnable de l'alinéa 2b) au regard de l'article premier de la Charte et ne portait pas atteinte à l'article 15.

[16] Dans ses motifs de jugement, partagés par le juge en chef Dickson et le juge Lamer, le juge Cory, tout en reconnaissant qu'il pourrait être nécessaire de protéger la vie

privée des personnes concernées, estime que l'article 30 était trop général et ne portait pas le moins possible atteinte au droit à la liberté d'expression, et qu'il n'y avait pas proportionnalité entre l'effet de la mesure contestée sur le droit garanti et la réalisation de l'objectif.

[17] Dans ses observations au sujet de la transparence de la justice, il a tiré cette conclusion :

Il est certain que les tribunaux jouent un rôle important dans toute société démocratique. C'est là que sont résolus non seulement les litiges qui opposent les citoyens entre eux, mais aussi les litiges qui opposent les citoyens à l'État dans toutes ses manifestations. Plus la société devient complexe, plus le rôle des tribunaux devient important. En raison de cette importance, il faut que le public puisse faire l'examen critique des tribunaux et de leur fonctionnement.⁹

[18] Le juge Cory a fait siennes les observations supra du juge Dickson dans *MacIntyre* (le secret est l'exception; la cour possède le pouvoir de surveiller et de préserver ses propres dossiers), en ajoutant : « L'accès aux documents préparatoires au procès sert les mêmes objectifs sociaux que les procès publics et les procédures préliminaires en matières civile et criminelle ».

[19] Dans *Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)*¹⁰, l'accusé (Nugent) avait été jugé coupable de meurtre au second degré, sur la foi de ses propres aveux enregistrés sur bande magnétique. En appel, les bandes magnétiques audio et vidéo contenant les aveux ont été déclarés inadmissibles en preuve et le verdict de culpabilité a été infirmé. Un journaliste a demandé au greffier de lui donner une copie des bandes audio et vidéo qui avaient servi de pièces à conviction au procès. Ce que celui-ci a refusé. Saisie de l'affaire, M^{me} le juge Glube a fait droit au recours du journaliste tout en indiquant implicitement dans son ordonnance qu'une fois en possession de ces bandes, celui-ci devait revenir devant elle avant d'en faire usage. La Cour d'appel a infirmé son ordonnance, déniait ainsi l'accès à ces pièces. La Cour suprême du Canada a rejeté le pourvoi subséquent.

[20] En Cour suprême du Canada¹¹, la majorité a jugé que le droit de Nugent à la protection de sa vie privée que représentaient les bandes magnétiques en question l'emportait sur l'accès du public à ces bandes. Le juge Stephenson a conclu que Nugent, ayant été acquitté, ne devait pas être exposé à reproduction sans restriction de ces éléments de preuve qui avaient été obtenus illégalement. Nugent était un « innocent » au sens où le juge Dickson employait ce terme dans *MacIntyre*. Son droit à la protection de la vie privée représentait une valeur sociale d'une importance capitale. La règle générale de l'accès public devait le céder à son droit à la protection de sa vie privée. L'accès aux bandes d'enregistrement a été dénié.

[21] Pour parvenir à cette conclusion, le juge Stephenson a analysé la nature des pièces :

Une pièce n'est pas un document du tribunal au même titre que les dossiers produits par le tribunal, ou que les actes de procédure et les affidavits préparés et déposés en conformité des exigences du tribunal. Les pièces appartiennent souvent à des tiers qui ont ordinairement sur elles un droit de propriété. Lorsqu'elles ont servi la fin pour laquelle elles ont été déposées, elles sont généralement mises à la disposition de la personne qui les a produites. **Pendant qu'il en est dépositaire, le tribunal a l'obligation de statuer sur toute demande d'accès...**

Une fois que les pièces ont servi leur objet au sein du processus judiciaire, perd quelque peu de sa prééminence l'argument fondé sur le libre accès comme partie intégrante de la transparence du processus judiciaire qui est au cœur même de l'administration de la justice.¹² [c'est nous qui soulignons]

[22] Et de conclure en ces termes:

. . . le tribunal, en sa qualité de dépositaire des pièces, **est tenu de s'enquérir de l'usage que l'on entend en faire** et, à mon sens, il a pleins pouvoirs pour réglementer cet usage en obtenant les engagements et les garanties utiles à la protection des droits en présence. . . .

Dans l'exercice de ses pouvoirs de surveillance sur la documentation qui lui est confiée, le tribunal peut en réglementer l'usage. . . . Face à une requête de ce genre, il incombe au tribunal de protéger l'intimé tout en respectant l'intérêt du public à ce qu'il y ait accès aux pièces. **Or cela ne peut se faire qu'en fonction du but qui est en fait visé. Devant un préjudice manifeste et en l'absence d'un but précis**, l'ordonnance permettant le libre accès et la reproduction n'aurait pas dû être rend.¹³ [c'est nous qui soulignons]

[23] Par motifs dissidents, le juge Cory fait observer que Nugent était passé par un procès pendant lequel les bandes en question avaient été entendues et visionnées en public, ce qui fait que son droit à la vie privée pesait moins dans la balance que si ces bandes n'avaient jamais été entendues ou visionnées. À son avis, « l'importance de la transparence des procédures judiciaires et de l'obligation des juges de rendre compte de leurs actes milite fortement en faveur de la communication en l'espèce »¹⁴. Il fait aussi observer que puisque la Cour d'appel avait jugé les bandes d'enregistrement inadmissibles et infirmé le verdict de culpabilité rendu par un jury, le public avait le droit de savoir quel était le fondement de cette décision :

Donc l'appel criminel, tout comme le procès criminel, doit présenter la plus grande transparence possible. Les médias, en leur qualité de représentants du public, doivent avoir accès à toutes les pièces qui font partie des procédures d'appel et qui peuvent constituer le fondement de la décision du tribunal d'appel. Le public n'aura confiance dans le processus du droit criminel que s'il est satisfait de la totalité des procédures judiciaires, du commencement du processus jusqu'à la fin du dernier appel.¹⁵

[24] La majorité et la minorité, ayant mis dans la balance la transparence et la responsabilité des juges d'un côté, et la protection de la vie privée de l'autre, sont parvenues à des conclusions différentes. Bien qu'il fût dissident, la description par le juge Cory des principes en jeu dans le pourvoi s'accorde avec les vues de la majorité :

Nous devons en l'espèce tenir compte de deux principes fondamentalement importants dans notre société démocratique. Il s'agit en premier lieu du droit au respect de la vie privée, lequel fait partie intégrante de la dignité essentielle de l'individu. Ce droit revêt une importance capitale pour l'épanouissement de chacun, aussi bien en tant qu'individu qu'en tant que membre de la société. **En effet, une personne dont la vie privée n'est pas respectée peut difficilement posséder et conserver un sens de sa valeur personnelle ou demeurer indépendante en esprit et en pensée.**

Suivant le second principe, les tribunaux se doivent, à toutes les étapes et sous tous les aspects de leurs procédures, d'être ouverts à tous pour que, dans toute la mesure du possible, justice soit faite, et ce, d'une manière qui soit évidente pour tous. Le processus judiciaire, notamment en matière criminelle, ne sera accepté que s'il est complètement transparent, de façon à permettre au public d'évaluer aussi bien la procédure suivie que la décision finale. Sans l'acceptation du public, c'est le droit criminel lui-même qui est en péril.¹⁶ [c'est nous qui soulignons]

[25] Dans *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*¹⁷, l'accusé avait plaidé coupable d'agression sexuelle et de contacts sexuels sur la personne de jeunes femmes. Sur requête du ministère public et avec le consentement de l'avocat de la défense, le juge de première instance a ordonné l'exclusion du public et de la presse pendant les 20 minutes que durait le prononcé de la peine, où étaient évoqués les actes spécifiques qu'avait commis l'accusé. Cette exclusion était fondée sur le fait que l'infraction était « très délicate », qu'elle était ordonnée « dans l'intérêt de la bonne administration de la justice » et qu'elle « éviterait un préjudice indu aux victimes et à l'accusé ». La Société Radio-Canada a contesté la constitutionnalité de l'article 486(1) du Code criminel. Il a été jugé que cette disposition portait atteinte à la liberté de la presse protégée par l'alinéa 2b) de la Charte, mais que cette atteinte était justifiable au regard de l'article premier. Ce jugement a été confirmé en appel.

[26] La Cour suprême du Canada convenait que le paragraphe 486(1) portait atteinte à l'alinéa 2b) et que cette atteinte était justifiable. Elle n'approuvait cependant pas le motif pris par le juge de première instance pour exercer son pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'exclusion. En conséquence, elle a fait droit au pourvoi, infirmé l'ordonnance d'exclusion et ordonné de donner aux médias et au public accès à la transcription des débats à huis clos. Prononçant le jugement unanime de la Cour, le juge La Forest a cité de longs passages des conclusions du juge Cory dans *Edmonton Journal*¹⁸. Au paragraphe 23, il a expliqué en ces termes le lien entre la publicité de la justice et la liberté d'expression :

Le principe de la publicité des débats en justice est inextricablement lié aux droits garantis à l'al. 2*b*). Grâce à ce principe, le public a accès à l'information concernant les tribunaux, ce qui lui permet ensuite de discuter des pratiques des tribunaux et des procédures qui s'y déroulent, et d'émettre des opinions et des critiques à cet égard. La liberté d'exprimer des idées et des opinions sur le fonctionnement des tribunaux relève clairement de la liberté garantie à l'al. 2*b*), mais en relève également le droit du public d'obtenir au préalable de l'information sur les tribunaux.

[27] Dans *F.N. (Re)*¹⁹, le greffé du tribunal pour adolescents de St. John's avait pour habitude de distribuer son rôle hebdomadaire aux commissions scolaires locales. Un de ces bordereaux donnait le nom de l'appelant, les deux chefs de voies de fait et de violation des conditions de probation dont il faisait l'objet, ainsi que le lieu et la date du procès. F.N., objectant que cette pratique administrative allait à l'encontre des dispositions de non-divulgateur de la Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, a conclu à l'ordonnance d'interdiction. Son recours a été rejeté par la Cour suprême, Section de première instance, et la Cour d'appel de Terre-Neuve. La Cour suprême du Canada a fait droit au pourvoi et a rendu une ordonnance d'interdiction contre cette pratique.

[28] Prononçant le jugement unanime de la Cour, le juge Binnie a commencé par cette observation, paragraphe 10 :

Il existe une règle constitutionnelle importante selon laquelle les tribunaux doivent être accessibles au public et leurs procédures, à tout intéressé. Ce principe comporte certaines exceptions importantes dans les cas où le droit du public à la confidentialité l'emporte sur le droit du public à l'accessibilité. Cet équilibre est expressément visé par les dispositions pertinentes de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, qui doit être interprétée selon la Déclaration de principes énoncée à l'art. 3.

[29] Le juge Binnie note que la confidentialité est nécessaire pour prévenir la stigmatisation ou l'étiquetage prématuré du jeune contrevenant. Il cite les observations faites à ce propos dans la jurisprudence canadienne et américaine et rappelle que l'importance de la confidentialité concernant les jeunes contrevenants est reconnue à l'échelle internationale²⁰.

[30] Il fait observer que la *Loi sur les jeunes contrevenants* crée deux régimes distincts mais qui se renforcent mutuellement en matière de contrôle de l'information : l'interdiction de publier quelque compte rendu que ce soit qui identifie un jeune contrevenant avec une infraction ou une poursuite, et la conservation et l'utilisation des documents judiciaires. Il a tiré à ce propos la conclusion suivante, aux paragraphes 23 et 24 :

23 Beaucoup d'arguments ont été présentés auprès de notre Cour et des cours d'instance inférieure au sujet de la portée exacte de « compte rendu », à l'art. 38, et de « dossier », à l'art. 40. Il semble en ressortir

que, si le document peut être qualifié d'autre chose que de « dossier » ou de « compte rendu », son contenu peut être diffusé sans restriction légale. Je ne suis pas d'accord. Bien que ces mots ne soient pas définis dans la Loi, **on ne doit pas permettre que des subtilités étymologiques l'emportent sur le but clairement exprimé par le législateur**, qui est de contrôler la diffusion « du nom de l'adolescent, de celui d'un enfant ou d'un adolescent victime de l'infraction ou appelé à témoigner à l'occasion de celle-ci ou [de] tout renseignement permettant d'établir l'identité de cet adolescent ou enfant » (par. 38(1)).

- 24 Il est très peu plausible que le législateur ait voulu interdire la diffusion de ces renseignements par voie de « compte rendu » mais qu'il ait été prêt à ce que les mêmes renseignements soient communiqués au public par le moyen soi-disant différent du communiqué, de l'avis descriptif, de la divulgation ou même du rôle. Ce n'est pas le nom donné à la communication qui importe, mais son contenu. **C'est le message qui pose problème**, pas le genre de moyen de diffusion. . . [c'est nous qui soulignons]

[31] Dans *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*²¹, ÉACL, qui faisait commerce de la technologie nucléaire, recevait une subvention fédérale pour la construction et la vente de réacteurs nucléaires à la Chine. Le Sierra Club agissait en contrôle judiciaire contre l'octroi de cette subvention par ce motif qu'il devait être subordonné à une évaluation environnementale. Il y a eu une requête préliminaire au sujet de la demande du Sierra Club de communication de documents mentionnés dans un affidavit déposé par ÉACL. Celle-ci soutenait que ces documents ne seraient disponibles que si une ordonnance portant leur mise sous scellés était rendue. La Cour fédérale, Section de première instance, a refusé de rendre l'ordonnance de confidentialité et l'appel formé contre ce refus a été rejeté par décision majoritaire de la Cour d'appel fédérale. La Cour suprême du Canada a fait droit au pourvoi subséquent et accordé l'ordonnance.

[32] Prononçant le jugement unanime de la Cour, le juge Iacobucci souscrit, paragraphe 36, aux principes de publicité de la justice, exprimés par le juge La Forest dans *Société Radio-Canada, supra*, puis note qu'une discussion de l'approche générale du pouvoir discrétionnaire du juge de rendre une ordonnance de confidentialité doit commencer par les principes dégagés dans *Société Radio-Canada c. Dagenais et al.*²². Il souligne que bien que ce précédent porte sur la compétence de common law du juge d'interdire la publication en matière criminelle, les principes dégagés s'appliquent aussi au pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 151 des Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106. Après avoir examiné l'évolution du critère *Dagenais* et du critère *Mentuck*²³, il a conclu, paragraphe 53, que le critère *Sierra* doit s'appliquer de la façon suivante :

Une ordonnance de confidentialité en vertu de la règle 151 ne doit être rendue que si :

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

[33] Et au paragraphe 90 :

En résumé, les valeurs centrales de la liberté d'expression que sont la recherche de la vérité et la promotion d'un processus politique ouvert sont très étroitement liées au principe de la publicité des débats judiciaires, et sont les plus touchées par une ordonnance limitant cette publicité. Toutefois, dans le contexte en l'espèce, l'ordonnance de confidentialité n'entraverait que légèrement la poursuite de ces valeurs, et pourrait même les favoriser à certains égards. À ce titre, l'ordonnance n'aurait pas d'effets préjudiciables importants sur la liberté d'expression.

[34] Cette façon de voir a été observée dans une multitude de cas dans tous les ressorts du Canada.

[35] Certaines provinces et territoires ont adopté des lois ou des règlements qui font état du principe fondamental de la publicité de la procédure, des archives judiciaires et des indications du bordereau, ou prévoient des exceptions à la règle générale. Ces textes sont énumérés à l'annexe B. Certains d'entre eux ont été mis à l'épreuve comme nous l'avons vu supra. D'autres ne l'ont pas été. Voici les observations qui se dégagent du récapitulatif des lois et règlements en la matière :

- *en matière de procédure générale*, l'Île-du-Prince-Édouard, le Manitoba, la Nouvelle-Écosse, l'Ontario et le Québec observent la publicité de la procédure, mais réservent au juge le pouvoir discrétionnaire d'exclure le public de la salle d'audience, cependant que l'Alberta, la Colombie-Britannique, Terre-Neuve et Labrador, les Territoires du Nord-Ouest et le Yukon n'ont aucun texte portant publicité de la procédure en général.
- L'Île-du-Prince-Édouard, le Manitoba et l'Ontario autorisent la consultation de n'importe quel document déposé dans une affaire civile, sauf disposition contraire de la loi ou de l'ordonnance judiciaire. Pour protéger la confidentialité, un juge peut ordonner que tel ou tel document soit mis sous scellés et exclu du dossier public; les sept autres provinces et territoires n'ont aucun texte sur l'accès aux archives judiciaires.
- *en matière de droit de la famille*, la Colombie-Britannique et la Nouvelle-Écosse prévoient que la procédure est publique, bien que le juge soit investi du pouvoir discrétionnaire d'exclure n'importe qui de la salle d'audience; le Nouveau-Brunswick laisse au juge le pouvoir de décider si la procédure est

publique ou non; l'Alberta, l'Île-du-Prince-Édouard, le Manitoba, Terre-Neuve et Labrador, et le Yukon prévoient que la procédure en matière de droit de la famille peut se dérouler à huis clos.

- Terre-Neuve et Labrador et la Saskatchewan limitent généralement aux parties et à leurs avocats l'accès aux documents judiciaires dans les affaires de droit de la famille; en Colombie-Britannique, l'accès est limité aux parties, à leurs avocats, à un juge du tribunal de la famille ou à la personne qu'il y autorise sur requête introduite sous le régime de la loi dite *Family Relations Act*; au Québec, les états financiers établis sous serment et versés au dossier en matière d'obligations alimentaires, sont confidentiels; l'Alberta, le Manitoba, l'Ontario et les Territoires du Nord-Ouest ne limitent pas l'accès aux documents judiciaires dans les affaires de droit de la famille.
- dans les affaires de protection de l'enfance en danger, la Colombie-Britannique et la Nouvelle-Écosse prévoient que la procédure est publique, mais le juge est investi du pouvoir discrétionnaire d'exclure n'importe qui de la salle d'audience; l'Alberta prévoit que les audiences peuvent être tenues à huis clos; l'Île-du-Prince-Édouard, le Manitoba, l'Ontario et Terre-Neuve et Labrador prévoient que les audiences sont tenues à huis clos, bien qu'au Manitoba et en Ontario, les audiences soient ouvertes aux médias à moins que le juge n'exerce son pouvoir discrétionnaire de les en exclure.
- il y a des douzaines de lois et de règlements qui limitent l'accès aux débats judiciaires et/ou aux archives judiciaires.

La législation sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée

[36] À part les questions de protection de la vie privée sur lesquelles s'est prononcée la Cour suprême du Canada, toutes les provinces ont une législation fondée sur la transparence gouvernementale, et qui assure l'accès public aux documents et informations détenus par le gouvernement tout en protégeant la vie privée de ceux dont il est question dans ces documents. Dans chaque ressort où il y a une telle législation, les *archives judiciaires* en sont exemptés. À titre d'exemple, la loi dite *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, c. F-25, de l'Alberta ne s'applique pas aux « renseignements contenus dans les dossiers judiciaires ».

[37] En ce qui concerne les *indications du bordereau*, la législation sur l'accès à l'information a été analysée en justice. Dans une décision récente, *Her Majesty the Queen in Right of Alberta et al. v. Jay Krushell and The Office of the Information and Privacy Commissioner*²⁴ (le juge Bielby), la Cour était appelée à se prononcer sur une demande de communication des listes des accusés, avec leurs noms, les chefs d'accusation et les renseignements connexes, compilés chaque jour aux fins de mise au rôle des affaires criminelles dans la province d'Alberta. Le requérant, Krushell, cherchait à obtenir ces renseignements pour les mettre en vente sur Internet. Alberta Justice (l'organisme qui a la garde des bordereaux), à laquelle il avait adressé sa demande, l'a

rejetée. Krushell s'est alors adressé au commissaire à la protection de la vie privée, qui a rendu en sa faveur une ordonnance concluant que la loi en question était applicable aux bordereaux des dossiers de poursuite pénale. Sur appel, le juge Bielby a conclu que ces bordereaux tombaient dans la catégorie des « renseignements contenus dans les dossiers judiciaires », lesquels échappent à l'application de la loi.

[38] En Colombie-Britannique, le commissaire à la protection de la vie privée effectuait une enquête sur la divulgation de « renseignements personnels » contenus dans le Justice Information System (JUSTIN), qui est un système intégré de gestion des affaires pénales. Il s'agit d'un référentiel où sont emmagasinées les données relatives à toutes les affaires pénales dans la province, de l'ouverture de la poursuite jusqu'au jugement final. Des renseignements au sujet d'un individu poursuivi pour conduite d'automobile en état d'intoxication ont été divulgués par un fonctionnaire de la Direction des services judiciaires. Tout en reconnaissant que ces renseignements sont contenus dans un dossier judiciaire non scellé, auquel le public a accès, le commissaire à la protection de la vie privée a conclu que les renseignements dans le JUSTIN n'étaient pas assimilables aux « renseignements contenus dans les dossiers judiciaires (lesquels échappent à l'application de la loi en question), mais étaient des renseignements contenus dans une « base de données administratives interne », à laquelle cette loi était applicable.

[39] Notre propos n'est pas de savoir laquelle des deux vues est à préférer, mais de bien marquer que si la loi est claire au sujet du contenu des documents judiciaires, elle l'est moins au sujet des indications du bordereau.

Conclusions :

1. Le droit du public à la publicité de la justice est une règle constitutionnelle importante.
2. Le droit de l'individu à la protection de sa vie privée est une valeur fondamentale.
3. Le droit à la publicité de la justice l'emporte normalement sur le droit à la protection de la vie privée.
4. L'unanimité ne se fait pas sur la nature des exceptions à la règle générale.
5. « Publicité de la justice » s'entend du droit d'assister aux débats judiciaires dans la salle d'audience et du droit de consulter les archives judiciaires et les indications du bordereau, sur lesquels se fonde le jugement.

Le contexte mondial

[40] Jusqu'ici, les questions touchant l'accessibilité ainsi que la justification des valeurs fondamentales de publicité et de protection de la vie privée se sont posées dans

un monde dominé par le papier. Cette situation va changer radicalement. À titre d'exemple :

[TRADUCTION] Le monde produit entre 1 et 2 exaoctets d'information unique par an, ce qui correspond à peu près à 250 mégaoctets pour chaque homme, femme et enfant sur la planète. Un exaoctet est un milliard de gigaoctets, ou 10^{18} octets. **Les imprimés de toutes sortes ne représentent que 0,003 % du total.** La mémoire magnétique est le support le plus important de stockage de l'information et celui qui s'accroît le plus rapidement, la capacité de disque rigide livré doublant chaque année. La mémoire magnétique est en passe de devenir rapidement le moyen universel de stockage de l'information.²⁵ [c'est nous qui soulignons]

[41] En outre :

[TRADUCTION] Bien que l'accès aux sites du gouvernement vise à satisfaire les besoins personnels d'un grand nombre d'utilisateurs qui ont affaire avec les services gouvernementaux, il y a maintenant abondamment de preuves indiquant qu'il se crée une « citoyenneté informatique » : 42 millions d'Américains ont utilisé les sites Web du gouvernement pour faire des recherches sur des questions d'orientation générale[;] 23 millions ont envoyé par Internet leurs commentaires aux autorités au sujet des choix d'orientation générale[;] 14 millions ont utilisé les sites Web du gouvernement pour s'informer afin de décider de leur vote[; et] 13 millions ont participé aux campagnes de pression en ligne.²⁶

[42] Dans le contexte canadien, en 2001, la moitié des petites entreprises faisaient des affaires en ligne (contre 77 % des petites entreprises américaines). Le Canada est en tête en Amérique du Nord avec 60 % de Canadiens branchés à Internet en 2001 (contre 52 % d'Américains), bien que seulement 17 % de Canadiens fassent leurs achats en ligne (contre 27 % d'Américains)²⁷. Dans le secteur financier, 85 % de Canadiens ont une carte de débit, et 82 % des détenteurs s'en sont servis pour payer leurs achats. On estime à 2,5 milliards le nombre d'opérations payées par carte de débit au Canada en 2002. Les Canadiens peuvent utiliser leurs cartes de débit à plus de 460 000 terminaux à travers le pays, y compris dans les magasins d'alimentation, les stations d'essence et les pharmacies. Ces six dernières années, les six banques les plus importantes du Canada ont dépensé un total de 17 milliards de dollars sur l'informatisation²⁸.

[43] Le gouvernement fédéral a mis en œuvre une Stratégie de l'innovation et s'est fixé le but de faire du Canada l'un des cinq premiers pays au monde pour la recherche et le développement en technologie de l'information et des communications, d'ici à 2010. Il s'est engagé à mettre à la portée de tous les Canadiens l'accès à large bande haute vitesse d'ici à 2005.

[44] Il est possible que les ressorts qui ont essayé ou envisagé le « cybercommerce » dans divers domaines de l'administration de la justice, se soient heurtés à des difficultés.

Malgré les défis cependant, il ne s'agit plus de savoir si, mais quand, le milieu électronique s'imposera dans l'administration de la justice.

L'état du dépôt électronique des documents judiciaires au Canada

[45] Plusieurs juridictions ont adopté le dépôt électronique des *documents judiciaires*, comme suit :

- (a) La Cour suprême du Canada a entrepris un projet-pilote en 2002 : dans certaines affaires, quelques avocats qui se sont portés volontaires ont déposé sous forme électronique les avis d'appel et les documents connexes. Le projet-pilote reprendra au printemps 2003 avec davantage de volontaires. La Cour entreprendra l'évaluation des effets sur la protection de la vie privée à l'étape suivante.
- (b) La Cour fédérale (Section de première instance) a passé avec Quicklaw un contrat de conception d'un système de dépôt électronique.
- (c) La Cour canadienne de l'impôt permet le dépôt électronique de l'appel ainsi que de la demande de prorogation du délai d'appel ²⁹.
- (d) En Ontario, le dépôt électronique a commencé en 1997 dans un projet-pilote à la Cour supérieure à Toronto avec des avocats volontaires. Le système a été définitivement mis en place en 1999 lorsque les Règles de procédure civile ont été modifiées pour autoriser le dépôt électronique de certains documents. À la fin de 2002, plus de 22 000 documents ont été déposés par voie électronique.

Fin 2001 et début 2002, d'autres projets-pilotes ont été entrepris à la Cour supérieure à Hamilton et à Cochrane, ainsi qu'à la Cour des petites créances à Toronto. Quelque 1 600 documents ont été déposés par voie électronique vers la fin de 2002. Les projets-pilotes de Cochrane et de Hamilton ont pris fin en mars 2003.
- (e) Les juridictions de Colombie-Britannique et de l'Île-du-Prince-Édouard poursuivent la conception de leurs moyens de dépôt électronique.
- (f) Au moins quatre provinces (Alberta, Colombie-Britannique, Île-du-Prince-Édouard et Ontario) ont mis en place un système de transmission électronique des mémoires et de la transcription des débats de première instance à la Cour d'appel.
- (g) Certains tribunaux administratifs, tel le Tribunal de la concurrence, où les dossiers comprennent des centaines de documents et des milliers de pages de papier, sont en voie de passer à un environnement sans papier ³⁰.

L'état de l'accès électronique aux archives judiciaires et aux bordereaux au Canada

[46] Aucune juridiction au Canada n'a un système d'accès électronique aux *archives judiciaires*. Plusieurs d'entre elles permettent cependant l'extraction électronique à distance des *indications du bordereau*. En voici quelques exemples.

[47] À la Cour suprême du Canada, le site www.scc-csc.gc.ca offre un système de repérage en ligne qui permet à l'utilisateur d'obtenir une liste de tous les documents déposés, le nom de la partie qui les a déposés, la date et la description des incidents de procédure devant cette juridiction.

[48] Au Manitoba, le site www.jus.gov.mb.ca assure l'accès électronique sans frais aux renseignements sur les cas d'espèce inscrits aux greffes, comme suit :

Cour du Banc de la Reine :	
Brandon	depuis le 1 ^{er} février 2001
Dauphin	depuis le 1 ^{er} juin 2001
St. Boniface	depuis le 1 ^{er} mars 2001
Winnipeg	depuis 1984
Portage la Prairie	depuis le 1 ^{er} mars 2003
Cour d'appel	depuis 1991

[49] L'utilisateur a accès à ce qui suit :

- indications du bordereau – liste des documents judiciaires et des incidents de procédure devant la juridiction concernée;
- recherche par le nom d'une partie ou par le numéro du dossier ou encore par le nom de l'avocat;
- requêtes à être entendues le lendemain, classées par avocat;
- rôle des audiences prévues pour le lendemain;
- dates d'audience disponibles.

[50] Les indications du bordereau embrassent toutes les affaires civiles et les affaires de droit de la famille. En ce qui concerne ces dernières, elles donnent les noms et prénoms des parties, mais les adresses et d'autres détails ne sont pas fournis. Les trois juridictions du Manitoba partagent un comité chargé d'examiner les questions de protection de la vie privée qui découlent du système existant d'accès électronique et de toute extension éventuelle de ce système.

[51] Au Québec, les audiences sont ouvertes aux parties, aux avocats et au public, qui ont accès électronique aux greffes de tous les palais de justice de la province. En outre, n'importe qui peut avoir accès électronique à distance aux mêmes renseignements en s'inscrivant à la Société québécoise d'information juridique (SOQUIJ) par le site

www.azimut.soquij.qc.ca, qui est un service assuré par le ministère de la Justice. L'utilisateur peut avoir accès à ce qui suit :

- indications du bordereau – liste des documents judiciaires et des incidents de procédure devant la juridiction concernée, devant la Cour d'appel et devant la Cour suprême du Canada;
- détails concernant toutes les affaires (affaires civiles, droit de la famille, poursuites criminelles, infractions provinciales);
- recherche par le nom d'une partie ou par le numéro du dossier.

[52] En Colombie-Britannique, le site www.courts.gov.bc.ca de la Cour d'appel donne la liste des affaires devant être entendues pendant la semaine en cours et les deux semaines précédentes, ainsi qu'un bref aperçu du jugement porté en appel. À la Cour suprême, un système appelé RITS (Registry Information Tracking System, système de repérage des dossiers du greffe) permet l'accès électronique sur place aux renseignements concernant les affaires civiles, y compris les noms des parties, une liste des documents versés au dossier et les dates d'audience, ainsi qu'aux noms des parties et au numéro du dossier dans les affaires de droit de la famille. Le service JUSTIN permet à l'utilisateur d'accéder sur place aux dossiers judiciaires dans les affaires criminelles, y compris les noms des parties, les détails de la dénonciation et/ou l'acte d'accusation (là où la publication du nom de l'accusé n'est pas interdite) et les détails des comparutions.

[53] Le site www.gov.pe.ca/courts/supreme de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard donne la liste des appels devant être entendus dans le courant de la semaine. L'utilisateur peut connaître le point litigieux, les noms des parties ainsi que de leurs avocats. En Alberta, le site www.albertacourts.ab.ca donne les dates d'audience, les dates d'audience d'établissement du rôle, les dates d'audition des requêtes. La Cour d'appel affiche la liste des affaires devant être entendues la semaine suivante.

[54] En Ontario, le système de gestion des dossiers judiciaires en place à Toronto fait que nombre de dossiers d'affaires civiles y sont assortis d'un bordereau, auquel on ne peut pas avoir accès à distance. Cependant, n'importe qui peut se présenter au greffe et, moyennant les frais réglementaires, obtenir une copie du bordereau sur papier. C'est ce qui se fait surtout à Toronto et, dans une certaine mesure, à Ottawa et à Windsor. Le bordereau est disponible dans une moindre mesure dans les affaires de droit de la famille à Toronto, et plus largement à la Section des affaires de droit de la famille. En outre, le site www.ontariocourts.on.ca de la Cour d'appel donne le rôle hebdomadaire par salle d'audience, les noms des juges saisis et les noms des juges dont le jugement est porté en appel. Les mêmes renseignements sont disponibles pour les deux semaines précédentes.

Conclusions :

6. Bien qu'aucune juridiction au Canada n'assure pour le moment l'accès par voie électronique aux archives judiciaires, et que le rythme auquel ce moyen est mis en place ne soit pas connu, cette accessibilité est néanmoins inéluctable.
7. L'accès par voie électronique au bordereau varie d'une juridiction à l'autre.
8. Il faut établir les règles de base avant d'assurer l'accès par voie électronique.

L'état de l'accès électronique aux jugements au Canada

[55] Il y a plusieurs façons de consulter les motifs de décision d'une juridiction : les parties et leurs avocats reçoivent du greffe une expédition sur papier; dans certains ressorts, la juridiction affiche ses jugements sur son propre site Web; dans d'autres, elle produit une version électronique des jugements à CANLII, www.canlii.org; dans d'autres encore, elle communique une version électronique aux éditeurs de recueils de jurisprudence du secteur privé.

[56] Vers le milieu de 2002, après que la question de la protection de la vie privée se fut posée à la suite de motifs de décision dans des affaires de droit de la famille, la Cour suprême de la Colombie-Britannique (à l'exception de quelques jugements qui, de l'avis du juge saisi, avaient valeur de jurisprudence) et la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, d'ordre de leurs juges en chef respectifs, ont cessé d'afficher les affaires de droit de la famille sur leurs sites Web et d'en envoyer la version électronique à CANLII, laquelle continue d'être communiquée aux éditeurs de recueils du secteur privé.

[57] On relève un certain nombre d'anomalies dans la situation actuelle :

- (a) Les motifs de décision ne sont plus universellement disponibles sans frais. Ils ne sont universellement disponibles qu'aux abonnés qui paient des frais d'inscription à un éditeur du secteur privé.
- (b) En dehors des prescriptions de la loi en matière de protection de la vie privée, comme par exemple dans les affaires de protection de l'enfance en danger où l'uniformité serait de rigueur, les protocoles d'occultation des noms appliqués par les éditeurs du secteur privé peuvent manquer d'uniformité, ce qui fait qu'un éditeur peut occulter certains détails alors qu'un autre les laisse tels quels.
- (c) Selon l'usage dans la province, un même jugement peut avoir des versions différentes : celle qui est donnée aux parties, celle qui est affichée sur le site de la juridiction, et les versions rapportées par les différents éditeurs du secteur privé. Quelle est donc la « version officielle » qu'on peut citer?

- (d) Bien que dans deux provinces au moins, les motifs de décision de première instance ne soient pas disponibles sur le site Web de la juridiction concernée ou sur le réseau CANLII, les motifs de décision de leur cour d'appel en matière de droit de la famille sont disponibles sur leur site Web et sur le réseau CANLII.
- (e) Bien que l'affichage des motifs de décision dans les affaires de droit de la famille au Québec ne donne uniformément que les initiales dans l'intitulé de la cause, le recoupement du numéro du dossier dans ces causes avec le numéro du dossier affiché sur le site www.azimut.soquij.qc.ca permet d'identifier les parties (et toute autre information figurant dans le dossier de procédure et le bordereau y relatif).
- (f) Certains juges expurgeront autant que possible tout détail qui permet d'identifier les parties, alors que d'autres estiment que les détails de ce genre sont importants pour ceux qui ont recours à la justice.

Conclusion :

- 9. Les motifs de décision dans les affaires de droit de la famille ne sont pas uniformément disponibles.

L'état du dépôt électronique aux États-Unis

[58] Le dépôt électronique est répandu, mais non universel.

[59] Au niveau des États, au moins 20 d'entre eux ont adopté une forme ou une autre de dépôt électronique sur quelques sites³¹.

[60] Au niveau fédéral, le système Case Management/Electronic Case Files (CM/ECF) est disponible dans au moins 16 cours de district, 47 tribunaux de la faillite et le Tribunal du commerce international, tandis que la mise en place du système a commencé ou est envisagée dans 33 tribunaux de la faillite, 30 cours de district et la Cour des revendications fédérales, ce qui fait un total de 128 juridictions, soit plus de 25 % des juridictions fédérales. Plus de 3 millions d'affaires et plus de 14 millions de documents sont mémorisés dans le système CM/ECF. Plus de 19 000 avocats et autres ont déposé leurs documents par le même système³².

L'état de l'accès électronique aux archives judiciaires et aux bordereaux aux États-Unis

[61] Outre les documents qui sont déposés par voie électronique, nombre de juridictions font entrer par balayage dans les bases de données des documents sur support papier, ce qui permet l'accès électronique à l'image, mais non la recherche électronique. Entre les documents déposés par voie électronique et les documents mémorisés par balayage, l'accès électronique est aussi répandu mais non universel.

[62] Il y a au moins trois méthodes d'accès par Internet aux archives judiciaires et aux bordereaux. La première consiste à s'abonner auprès d'un fournisseur d'accès commercial. Par exemple, LexisNexis Courtlink www.lexis.com est considérée comme « le fournisseur le plus important d'accès en ligne pour les juridictions du pays, avec plus de 200 millions de dossiers dans plus de 4 000 juridictions fédérales, d'État et locales »³³.

[63] PACER (Public Access to Court Electronic Records) assure l'accès électronique là où les juridictions fédérales utilisent le système Case Management/Electro Case Files (CM/ECF) et dans les juridictions où les documents ont été convertis en images. Les sites accessibles par voie électronique comprennent 9 cours d'appel ainsi que les cours de district et tribunaux de la faillite fédéraux sur des sites dans 50 États et districts. PACER <http://pacer.psc.uscourts.gov> a été mis en place par la Conférence des juges des États-Unis pour la consultation des archives judiciaires et bordereaux dans les juridictions fédérales.

[64] Courtlink et PACER assurent les services à titre onéreux, soit sous forme de frais d'abonnement, soit sous forme de frais de consultation et de reproduction.

[65] La deuxième méthode consiste à passer par les sites Web maintenus par le greffier des tribunaux. Par exemple, dans le comté de Hamilton (Ohio), le site <http://caseinfo.hamilton-co.org> est connu à l'échelle nationale pour les possibilités de recherche très complète par les noms. Certaines juridictions dotées d'un site Web font payer l'accès aux archives judiciaires et aux bordereaux, alors que ce service est gratuit dans d'autres.

[66] Enfin, la disponibilité répandue des documents judiciaires et des bordereaux (ainsi que des dossiers en matière d'inscription foncière, crédit, naissances, mariages, divorces, antécédents criminels et infractions au code de la route), a donné naissance à un grand nombre d'entreprises qui font des recherches à titre onéreux. On peut citer à titre d'exemples www.cybersleuther.com, <http://web-detective.com> et www.courtexpress.com.

[67] La portée de l'information récupérable est extraordinaire. Selon la polyvalence du site, on peut faire des recherches par une variété de demandes, par exemple toutes les affaires dans la juridiction par la nature de l'action (telle que la faute médicale ou le droit de la famille); toutes les affaires jugées tel jour; toutes les affaires (civiles, droit de la famille, circulation) auxquelles tel individu est partie.

Questions de fond et considérations pratiques découlant de l'accès électronique aux archives judiciaires et aux bordereaux

[68] Aux États-Unis, la disponibilité des archives judiciaires et des bordereaux dans tous les domaines du droit (faillite, affaires civiles, petites créances, droit de la famille, successions, et certaines infractions au code de la route et poursuites pénales) a suscité un large débat sur les questions qui se sont fait jour et qui sont surtout centrées sur les rapports entre la protection de la vie privée et la responsabilité publique. Il y a une documentation de plus en plus volumineuse, qu'on peut consulter par voie électronique ³⁴.

[69] Deux initiatives présentent un intérêt particulier pour notre propos. La Conference of Chief Justices (CCJ, Conférence des juges en chef) et la Conference of State Court Administrators (COSCA, Conférence des administrateurs judiciaires d'État) ont demandé à leur Joint Committee on Court Management (Comité conjoint de l'administration judiciaire) d'examiner les questions touchant l'accès public aux archives judiciaires à la lumière des nouvelles technologies, y compris le potentiel d'accès électronique. Le Joint Committee, avec le concours du National Institute of State Courts (Institut national des juridictions d'État) et du Justice Management Institute (Institut d'administration judiciaire), a mis sur pied un comité consultatif, qui a rédigé un projet de lignes directrices, a demandé des commentaires, en a reçu des centaines, et a tenu une audition publique. Le rapport très complet ³⁵, intitulé « Developing CCJ/COSCA Guidelines for Public Access to Court Records : A National Project to Assist State Courts », a été rendu public en octobre 2002 après que la CCJ et la COSCA l'eurent adopté comme étant « un outil utile pour l'élaboration de la politique à observer par l'autorité judiciaire face au souci de protection de la vie privée et aux impératifs d'accès public ». Les deux organismes ont recommandé « les lignes directrices à chaque État à titre de point de départ et de moyen d'aider les autorités locales pendant qu'elles mettent au point les politiques et procédures pour leur propre ressort respectif ». [Pour connaître les préoccupations au sujet du produit final, voir par exemple The Reporters Committee for Freedom of the Press ³⁶.]

[70] En septembre 2001, la Judicial Conference of the United States (Conférence de la magistrature des États-Unis), qui regroupe les juges principaux des cours de circuit fédérales, a rendu public le rapport de son Comité de l'administration judiciaire et de la gestion des dossiers sur la protection de la vie privée et l'accès public aux dossiers judiciaires informatisés. En mars 2002, la conférence a autorisé un projet-pilote pour les affaires pénales; consulter www.uscourts.gov.

[71] Il y a des travaux dans le même sens dans d'autres pays. À titre d'exemple, le commissaire à la protection de la vie privée de la Nouvelle-Galles-du-Sud a publié un article sur l'interaction des nouvelles approches de la protection de la vie privée et de l'accès public à l'information, et sur les effets de ces questions sur l'administration judiciaire ³⁷.

[72] Comme noté supra, le juge en chef Brenner et Judith Hoffman ont lancé le débat au Canada par leur rapport de mars 2002 au Comité d'administration de la justice du Conseil canadien de la magistrature.

[73] En octobre 2002, M^{me} le professeur Elizabeth Judge (Université d'Ottawa, Faculté de Droit, Section de Common Law) a présenté une étude sur ce sujet, « Canada's Courts Online: Privacy, Public Access and Electronic Court Records », à la conférence annuelle de l'Institut canadien d'administration de la justice.

[74] Les auteurs du présent document de travail ont tiré profit d'une recension du débat qui s'engage sur ce sujet aux États-Unis.

QUESTIONS DE FOND

Responsabilité de la définition des politiques d'accès électronique

[75] Il ressort d'une recension des nombreuses études faites aux États-Unis et des questions préliminaires posées au Comité consultatif et par les membres du sous-comité, qu'il s'agit là d'une question à laquelle on doit répondre au point de départ. Dans quelle mesure le Conseil canadien de la magistrature devrait-il prendre part à l'examen de ces nouvelles questions?

[76] Il y a un certain nombre de raisons pour lesquelles les juges et le Conseil ont un rôle à jouer dans la définition des politiques en matière d'accès électronique.

[77] En premier lieu, comme noté supra, « une cour possède le pouvoir de surveiller et de préserver ses propres dossiers ». Ce pouvoir se manifeste en partie dans la jurisprudence, et aussi par l'adoption des règles de procédure. Les juges ont depuis longtemps participé aux comités des règles et aux comités mixtes de la magistrature et du barreau, qui font ou approuvent les propositions de modification des règles de procédure, et parfois de modification de la loi. C'est dans le droit fil de son rôle historique en la matière que la magistrature doit participer à l'examen de ces nouvelles questions.

[78] En deuxième lieu, outre les responsabilités touchant les cours provinciales et territoriales et les juridictions spécialisées, l'un des objectifs du Conseil est, aux termes du paragraphe 60(1) de la Loi sur les juges, de « favoriser l'uniformité et l'efficacité ». Nombre de lois applicables dans ce domaine sont des lois fédérales. Une approche uniforme des domaines de compétence fédérale est souhaitable pour s'assurer que les citoyens peuvent s'attendre à la même chose, qu'ils soient à Victoria ou à St. John's. En outre, les appels contre les décisions des cours provinciales sont normalement portés devant les juridictions fédérales. Les appels contre les décisions de juridictions fédérales sont portés devant d'autres juridictions fédérales. Une différence marquée entre les politiques observées par les juridictions provinciales et celles observées par les juridictions fédérales aurait pour effet de décourager, et non de favoriser, l'efficacité.

Chaque province/territoire a sa propre législation, comme celle sur la protection de l'enfance en danger. Malgré les différences entre les lois fédérales et provinciales, il y a eu et il y aura des approches communes. L'uniformité est souhaitable entre les ressorts qui partagent une approche commune.

[79] Enfin, le Conseil canadien de la magistrature s'intéresse à l'utilisation des technologies par les instances judiciaires, comme en témoignent le mandat mentionné *supra* du Comité consultatif et les recommandations 6 et 10 du rapport sur La voie à suivre, adopté par le Conseil en septembre 2002. Ce secteur technologique affectera la quantité d'informations offertes au public au sujet du processus judiciaire et servira à accroître la compréhension par le public du rôle et des responsabilités des juges, conformément à la recommandation 9 du rapport sur La voie à suivre³⁸. C'est par des moyens nouveaux que les gens « se rendront compte de l'exercice de la justice ». Il sera important de veiller à ce que, quelles que soient les politiques ou procédures qui seront mises en place, elles assurent le même accès à tous.

[80] Par contre, d'aucuns pourraient avoir des réserves au sujet de la définition de politiques d'accès par les juges (par l'intermédiaire du Conseil canadien de la magistrature). Les juges continueront à trancher les litiges sur l'accès du public aux archives judiciaires et aux bordereaux³⁹. On pourrait penser que le pouvoir d'appréciation souverain qu'exerce le juge pour juger au fond est entravé par le fait qu'un individu ou un groupe essaie d'avoir accès par voie électronique aux archives judiciaires ou au bordereau si le Conseil adoptait une politique qu'il encouragerait tous les juges en chef à adopter.

[81] Bien entendu, il est probable que d'autres autorités s'intéressent aussi à la définition des politiques d'accès électronique. Les procureurs généraux et le ministre fédéral de la Justice tiennent des lois et des règlements des responsabilités qui font qu'ils doivent s'y intéresser de près. Il en est de même des avocats, des mandataires de justice, du public, des médias ou du monde des affaires. Il est vrai qu'« une cour possède le pouvoir de surveiller et de préserver ses propres dossiers », n'empêche que les politiques d'accès électronique ne doivent pas être définies sans que le « public », au nom duquel on protège l'accès, n'ait la possibilité de faire valoir ses vues sur le sens de la transparence dans un milieu électronique. À part les recherches et l'analyse entreprises par M^{me} le professeur Elizabeth Judge, il semble qu'au Canada aucun individu ou organisation ne joue un rôle actif dans l'ouverture des discussions ou débats entre ceux que les politiques d'accès électronique intéressent.

[82] Les juges ont un rôle primordial à jouer dans la formulation et la mise en œuvre des politiques d'accès électronique. Ce qui se prête à la discussion, c'est l'ampleur de leur participation, l'identité des autres qui peuvent avoir une responsabilité ou un intérêt dans ces politiques, ainsi que le degré de participation des juges et autres dans la formulation de ces dernières. Il serait prématuré d'envisager un modèle dans ce document de travail. Par contre, il est à prévoir que tous les intéressés tireront profit d'un débat sur cette question et sur d'autres questions qui s'ensuivront.

[83] La question de la responsabilité de la formulation des politiques a pour corollaire celle de la forme de ces dernières. Selon qu'elles sont mises en application sous forme de lois, de règlements ou de directives de pratique, les conséquences ne seront pas les mêmes en cas d'inobservation.

Conclusion :

10. Le Conseil canadien de la magistrature doit jouer un rôle de premier plan pour lancer les discussions et les débats sur la formulation des politiques en matière d'accès électronique.

Les différences entre le milieu papier et le milieu électronique

[84] On a souvent dit que la principale différence réside dans « l'opacité dans les faits » des dossiers judiciaires sur support papier d'une part, et l'accessibilité de l'information sous forme électronique et les conséquences qui découlent de cette différence, d'autre part. La genèse de cette « opacité dans les faits » mérite qu'on s'y arrête.

[85] Elle remonte aux motifs pris par la Cour suprême des États-Unis dans *United States Department of Justice et al. v. Reporters Committee for Freedom of the Press et al.*⁴⁰. S'appuyant sur les renseignements communiqués par les services de maintien de l'ordre locaux, d'État et fédéraux, le Federal Bureau of Investigation (FBI) compile et garde des fiches signalétiques ou "feuilles de route" où sont consignés les signes distinctifs ainsi que les antécédents criminels de millions de personnes, avec détails sur les arrestations, chefs d'inculpation, verdicts de culpabilité et incarcérations. Un journaliste et le Reporters Committee, invoquant la loi sur l'accès à l'information, demandent à consulter le casier judiciaire de quatre membres d'une famille qui faisaient partie d'une compagnie, laquelle a été identifiée par la Commission d'État de lutte contre la criminalité comme une entreprise légitime dominée par des gangsters. Cette compagnie aurait obtenu des contrats de défense grâce à la complicité d'un membre corrompu de la Chambre des représentants. La demande fondée sur la loi sur l'accès à l'information faisait valoir qu'il y allait de l'intérêt public de connaître les arrestations et condamnations dans cette famille. Le FBI a rejeté la demande, mais par la suite a donné des informations sur trois de ces quatre individus, après leur mort respective. Le journaliste et le Reporters Committee ont saisi la Cour de district d'une requête en communication du casier judiciaire du quatrième individu, dans la mesure où cette fiche comportait des « informations relevant du domaine public ».

[86] Les parties ont déposé requête et requête incidente en jugement sommaire. La Cour de district a rendu jugement sommaire en faveur du FBI. Sa décision a été infirmée par la Cour d'appel, dont l'arrêt a été infirmé à son tour par la Cour suprême, qui a dénié l'accès au casier judiciaire.

[87] La Cour suprême a adopté, au sujet de la loi sur l'accès à l'information et de la création du casier judiciaire, une approche téléologique, sur laquelle nous reviendrons

plus loin. Sans nous arrêter sur les exceptions expresses à cette loi, qui faisaient l'objet de ses motifs de jugement, il convient de citer les passages suivants du jugement de la majorité, prononcé par le juge Stevens :

[TRADUCTION] [L'exemption] nous oblige à trouver le point d'équilibre entre la protection de la vie privée, par le maintien de ce que le gouvernement appelle « l'opacité dans les faits » des feuilles de route d'une part, et l'intérêt public que représente leur divulgation, d'autre part.⁴¹

Notre conclusion que le droit fondamental à la protection de la vie privée est la raison première de la non-divulgation des renseignements informatisés est encore renforcée par la loi de 1974 sur la protection de la vie privée... Cette loi est en grande partie justifiée par la préoccupation au sujet de « l'effet des banques de données informatiques sur la vie privée de l'individu »... La politique de base observée par le Congrès au sujet des répercussions des banques de données informatisées sur la vie privée de l'individu doit certainement être prise en compte dans notre examen de la protection de la vie privée, qu'affecterait la diffusion des feuilles de route de l'ordinateur du FBI.⁴²

Outre le sens où s'entend la protection de la vie privée en common law et dans le dictionnaire, la différence fondamentale entre des données éparées en matière d'antécédents criminels et une compilation fédérale, des textes de loi fédéraux, et des politiques d'État, notre jurisprudence a aussi pris acte de la protection de la vie privée inhérente à la non-divulgation de certaines informations, quand bien même ces informations auraient été dans le domaine public à un moment donné.⁴³

... La question de protection de la vie privée que pose un casier judiciaire est une question de fond, marquée par le fait que dans la société contemporaine, l'ordinateur peut accumuler et emmagasiner de l'information qui, autrement, aurait certainement été oubliée.⁴⁴

Enfin, le droit à la protection de la vie privée que représente l'opacité dans les faits des feuilles de route sera toujours fondamental. En conséquence, nous concluons catégoriquement qu'on peut raisonnablement s'attendre à ce que la demande faite par un tiers de communication des dossiers ou des renseignements détenus par les services de maintien de l'ordre porte atteinte à la vie privée du citoyen concerné, et que si cette demande ne vise aucune « information officielle » au sujet d'un organisme gouvernemental, mais seulement les dossiers que le gouvernement a en sa possession, cette atteinte à la vie privée est « injustifiée ».⁴⁵

[88] Par « opacité dans les faits » on entend maintenant l'inaccessibilité de renseignements ou de documents créés, archivés et gardés sur support papier, par opposition à l'accessibilité des renseignements contenus ou des documents cités dans une compilation informatique. L'opacité dans les faits a fait obstacle à la transparence des

archives judiciaires et des bordereaux, et dans une certaine mesure, des débats judiciaires eux-mêmes.

[89] Quelque 60 % de Canadiens ont accès à Internet chez eux ou au lieu de travail, et d'autres encore à la bibliothèque ou dans un lieu public. Ceux qui s'intéressent maintenant aux archives judiciaires et aux bordereaux auront une plus grande facilité d'accès. De plus, ceux qui ont été découragés par l'obstacle qu'est l'opacité dans les faits pourront s'y intéresser. Par suite de l'intérêt accru dans le support électronique, qui est plus facile sur le plan logistique et plus accessible, les politiques et présomptions actuelles de l'environnement tout papier doivent-elles s'appliquer lorsque les archives judiciaires et les bordereaux existent sous forme électronique?

[90] Il y a au moins deux options. La première est l'adoption des mêmes politiques et présomptions pour le milieu papier et le milieu électronique. Les tenants de cette option font valoir que rien ne justifie de restreindre l'accessibilité des archives judiciaires et des bordereaux sous forme électronique. En effet, ils soutiennent que par l'accessibilité de ces documents, non seulement l'opacité dans les faits disparaîtra, mais encore il y aura finalement accès utile. La capacité technique créera l'égalité d'accès. De plus, si la norme est différente entre l'accès au support papier et l'accès au document électronique, et s'il faut des années avant que les archives judiciaires et bordereaux soient convertis en fichiers électroniques et qu'entre-temps, les tribunaux doivent fonctionner avec les vieilles archives sur support papier et les dossiers courants sous forme électronique, les possibilités de traitement incohérent seront d'autant plus graves. Le personnel du greffe devra suivre une formation pour les deux systèmes d'accès. Plus grande est la disparité, plus il y aura des risques d'erreur. Les coûts de formation et les taux d'erreur pourront être réduits s'il y a une approche uniforme.

[91] La seconde option consiste à conserver les politiques différentes en place selon la forme sous laquelle les archives judiciaires et bordereaux sont disponibles. Les tenants de cette option soutiennent que l'accès à la documentation informatisée est fondamentalement différent de ce qui se fait avec la documentation sur support papier, que le fait que cette documentation peut être fournie ne signifie pas qu'elle doit être fournie, que l'accessibilité (en particulier aux usagers commerciaux) sera incompatible avec le but dans lequel les documents judiciaires sont fournis, qu'il ne faut pas changer l'opacité dans les faits, et que l'accessibilité étendue peut décourager les parties de s'adresser à la justice à cause du risque d'usurpation d'identité et des perspectives accrues de publicité ⁴⁶.

[92] Ceux qui défendent l'uniformité dans l'accès reconnaissent cependant que l'élimination de l'opacité dans les faits peut créer des possibilités qu'il faudrait décourager, mais soutiennent que les facteurs négatifs de l'uniformité dans l'accès entre le milieu papier et le milieu électronique peuvent être compensés de diverses façons, sur lesquelles nous reviendrons infra (pas de recherches en gros, pistage du chercheur, accès sur place seulement).

Conclusions :

11. Avant d'adopter des politiques d'accès aux archives judiciaires et bordereaux sous forme électronique, il est essentiel de prendre en considération les différences d'accès entre le milieu papier et le milieu électronique.
12. Il y a peut-être de larges secteurs où l'accès est le même entre le milieu papier et le milieu électronique, comme dans les affaires civiles, mais dans d'autres, par exemple les affaires de droit de la famille, les règles d'accès aux documents informatisés devraient être différentes de celles qui s'appliquent au milieu papier.

Les raisons pour lesquelles les documents judiciaires sont déposés et les bordereaux créés

[93] Avant de définir les politiques d'accès aux documents judiciaires, il est essentiel d'examiner les raisons pour lesquelles ils sont déposés et les bordereaux, créés.

[94] Dans les affaires non pénales, les *documents judiciaires* sont déposés par les parties et leurs mandataires afin d'établir la base sur laquelle la juridiction saisie peut rendre un jugement ou une ordonnance qui affecte les droits et intérêts des parties.

[95] Dans les affaires pénales, les *documents judiciaires* sont déposés par le ministère public afin d'établir la base sur laquelle il peut obtenir le verdict de culpabilité ou la peine recherchée, et par la défense afin de faire valoir un moyen de défense fondé sur la Charte, de combattre le verdict de culpabilité ou de conclure à une peine alternative.

[96] Dans les affaires non pénales, le *bordereau* est créé par le personnel du greffe ou automatiquement généré par les données mémorisées dans l'ordinateur, en vue de la mise en état efficace du dossier qui requiert l'intervention d'un juge ou d'un auxiliaire de la justice.

[97] Dans les affaires pénales, le *bordereau* a au moins deux fonctions : permettre la mise en état efficace du dossier qui requiert l'intervention d'un juge ou auxiliaire de la justice, et faciliter la coopération entre services de maintien de l'ordre pour prévenir les infractions criminelles, suivre à la trace les criminels et, de plus en plus depuis le 11 septembre, renforcer la « sécurité publique ».

[98] Les bonnes pratiques d'information posent que les renseignements recueillis ne servent qu'aux fins pour lesquelles ils ont été recueillis, et non pour une fin auxiliaire. Comme noté supra, ce point a été soulevé par la Cour suprême du Canada dans MacIntyre, Vickery et F.N., comme par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire Reporters.

Conclusion :

13. Les raisons pour lesquelles les documents judiciaires sont déposés et le bordereau créé sont un facteur à prendre en considération pour décider qui peut y avoir accès en tout ou en partie.

Le contenu du dossier judiciaire

[99] Comme noté supra, « dossier judiciaire » s'entend des documents judiciaires et du bordereau. Il est utile de préciser quels documents et renseignements sont contenus dans un dossier judiciaire.

[100] Dans une affaire civile, le dossier judiciaire peut comprendre l'ensemble ou certaines des pièces suivantes : acte introductif d'instance, conclusions, requêtes, affidavits ou déclarations à l'appui des requêtes, minute du procès de première instance, pièces produites en première instance, transcription des interrogatoires préalables, transcription des contre-interrogatoires sur les affidavits déposés à l'appui des requêtes, visas, ordonnances et jugements. Dans les affaires de délit civil, par exemple d'inconduite sexuelle du père ou de la mère, de la personne tenant lieu de père ou de mère, d'un membre du clergé, d'une personne en situation d'autorité, les détails de l'inconduite reprochée, les rapports cliniques et la plainte enregistrée peuvent figurer dans le dossier judiciaire.

[101] Dans une affaire commerciale, le dossier judiciaire comprendra, outre les documents communs à toutes les affaires civiles, l'ensemble ou certains des documents suivants : états financiers et déclarations d'impôt, contrats entre les parties (tels les contrats de franchisage), les listes de clients (y compris noms, adresses, biens ou services achetés, état des comptes clients), détails des dettes et obligations personnelles ou sociales, et allégations de violation de l'obligation fiduciaire.

[102] Dans une affaire de droit de la famille, le dossier judiciaire comprendra, outre les documents communs à toutes les affaires civiles, l'ensemble ou certains des documents suivants : états financiers, déclarations d'impôt sur le revenu pour trois années, expertise des besoins des enfants, déclarations ou affidavits de témoins sur la conduite des père et mère lorsque se pose la question du droit de garde ou de visite, et expertise de la valeur des biens.

[103] Dans une affaire d'incapacité mentale, le dossier judiciaire comprendra en outre les rapports psychiatriques sur la capacité mentale, ainsi que les notes et rapports cliniques dont la divulgation pourrait être régie par la législation en matière de santé mentale.

[104] Dans une affaire de succession, le dossier judiciaire comprendra l'état de l'actif et du passif du décédé (y compris le nom de l'établissement financier et le numéro du

compte), la description des mesures prises pour l'administration des biens, les détails des conflits entre les bénéficiaires, et entre les légataires désignés et d'autres prétendants.

[105] Dans une affaire pénale, le dossier judiciaire peut comprendre les affidavits déposés à l'appui de la demande de mandat de perquisition ou de mise sous écoute, les détails concernant l'infraction reprochée, un aperçu des témoignages prévus, les noms et adresses des témoins, les requêtes en cas d'exception d'atteinte à la Charte, les visas, ordonnances et jugements portant mise en liberté provisoire, réexamen du cautionnement, déclaration de culpabilité, acquittement, sursis, application de la peine, les déclarations des victimes, les rapports destinés à l'application de la peine, le casier judiciaire de l'accusé (et, dans certains cas, d'un témoin).

[106] Dans un appel formé contre une décision dans l'une de ces matières, le dossier judiciaire comprendra l'avis d'appel, le dossier d'appel, la transcription des débats en première instance, un compendium des documents ayant un rapport avec l'appel, le mémoire des faits, le mémoire de jurisprudence, le visa, l'ordonnance ou le jugement dont est appel.

[107] Comme nous l'avons vu supra et le verrons à l'annexe B, les documents judiciaires, bordereaux et pièces peuvent être consultés et/ou reproduits dans certains ressorts. Dans d'autres, le public peut consulter les plaidoiries et requêtes et les documents y afférents, mais les pièces produites au procès ne sont pas nécessairement ouvertes à la consultation par le public, comme en témoigne l'affaire Vickery. Ailleurs, le contenu du dossier judiciaire est ouvert à la consultation par le public, mais l'identité des parties est cachée sous des initiales ou des pseudonymes. Dans d'autres ressorts, tout ou partie du dossier judiciaire est scellé et tenu hors de la portée du public. Dans d'autres encore, le contenu du dossier judiciaire est disponible à la consultation par le public, mais les détails qui permettent d'identifier les parties ou certains témoins ne peuvent pas être publiés.

[108] Les experts, tels les comptables qui déterminent la valeur d'une entreprise aux fins contentieuses, les psychiatres qui sont tenus d'observer les restrictions de publicité des notes et rapports cliniques, les évaluateurs des besoins des enfants dans les questions de droit de garde et de visite; tous auront intérêt à ce que le résultat de leurs travaux ne soit pas disponible à des fins autres que celles pour lesquelles ces travaux ont été réalisés. L'intérêt des usagers commerciaux potentiels sera tout différent de celui des personnes identifiées dans ces documents.

Conclusions :

14. L'accessibilité de certaines informations contenues dans le dossier judiciaire, telles que la dénonciation ou l'inculpation (en matière pénale), les conclusions écrites (en matière non pénale) et la décision judiciaire (visa, ordonnance ou jugement), ne semble pas prêter à controverse.
15. L'accessibilité de la majorité des autres documents et renseignements contenus dans le dossier judiciaire prête probablement à controverse.
16. Des intérêts contradictoires devront être pris en considération dans la formulation des politiques d'accès.
17. Les règles ou politiques d'accessibilité doivent prendre en compte le fait que pour certains tribunaux de première instance et cours d'appel, une approche uniforme pourrait être indiquée.

Le contenu du bordereau

[109] Certains éléments sont les mêmes partout. Dans les affaires pénales, le rôle quotidien comprend le nom de l'accusé, les chefs d'inculpation, la salle d'audience et le juge qui préside l'audience. Dans les affaires non pénales, la liste comprendra l'intitulé abrégé de la cause, la nature de la procédure (jugement ou requête), la salle d'audience et le juge qui préside l'audience le jour en question.

[110] Normalement ces listes sont affichées dans les couloirs du palais de justice chaque jour.

[111] Comme noté supra, outre ces indications universelles, certains ressorts comme la Colombie-Britannique, avec le système JUSTIN, et le Québec, avec son Plumitif, donnent des indications bien plus complètes.

Conclusion :

18. Il n'y a à l'heure actuelle aucune approche uniforme pour ce qui est de savoir quelles sont les indications figurant sur le bordereau ou le rôle, avec qui elles sont partagées et à qui elles sont disponibles.

Le dossier judiciaire renferme-t-il des renseignements inutiles aux fins pour lesquelles le document judiciaire est mis à disposition?

[112] Les poursuites judiciaires lancées sont très nombreuses. Relativement parlant, peu d'affaires non pénales se poursuivent jusqu'au jugement au fond puisque les parties auront résolu entre-temps leur différend. Parfois, des documents sont versés au dossier puis signifiés, et l'affaire tout entière est réglée avant que les réponses soient requises et sans qu'un jugement soit intervenu. Dans d'autres cas, des documents sont déposés et signifiés, et les réponses déposées et signifiées, puis les parties règlent à l'amiable avant qu'un jugement soit intervenu. Dans d'autres encore, une décision judiciaire provisoire est rendue après dépôt et signification des documents et des réponses, puis les parties règlent à l'amiable sans autre forme de jugement. Dans les cas restants qui forment une minorité, l'affaire passe en jugement, les témoignages sont entendus et le jugement est rendu. Dans tous ces cas, tous les documents demeurent généralement dans le dossier judiciaire.

[113] Dans les affaires pénales, on constate la même tendance à la résolution sans jugement à cette exception près qu'en matière pénale, il faut qu'il y ait décision judiciaire : acceptation du plaidoyer de culpabilité, application de la peine, approbation du sursis, approbation du désistement du ministère public. De même, dans les instances intentées par l'État, par exemple en matière de protection de l'enfance en danger, il faut toujours qu'il y ait décision judiciaire.

[114] Les renseignements inutiles engendrent des possibilités d'activité illicite, par exemple les cas où les pédophiles recherchent des renseignements sur des enfants vulnérables, ou les cas d'usurpation d'identité qui sont de plus en plus nombreux⁴⁷.

[115] Vu ce contexte, il y a plusieurs solutions possibles. Une possibilité est que les formules requises soient modifiées de façon à n'identifier que les documents et renseignements nécessaires à la décision de justice. Par exemple, au lieu des nom et prénoms, date de naissance et nom de l'école des enfants dont les parents divorcent (autant de détails qui figurent dans toute demande en divorce), le nombre d'enfants et leur âge peuvent être insérés jusqu'à ce qu'une décision soit requise, après quoi ils pourront être occultés de la partie publique du dossier. Une deuxième possibilité est que les documents et renseignements soient signifiés dans les délais, puis déposés par la suite de façon à en protéger la confidentialité. Par exemple, dans les cas où les déclarations d'impôt sur le revenu sont essentielles (tel est le cas des affaires de droit de la famille et des affaires de succession), elles pourraient être signifiées à la partie adverse mais ne seraient pas versées au dossier aux premiers stades de l'instance et, lorsque le dépôt en est requis, seraient déposées de façon à en protéger la confidentialité. Une troisième possibilité consiste à déformer les renseignements qui sont versés au dossier de façon à prévenir l'accès du public aux informations auxquelles il ne devrait pas avoir accès. Par exemple, lorsqu'un numéro d'assurance sociale figure sur un document quelconque, l'occultation totale ou partielle en serait une solution. [Aux États-Unis, on occulte de plus en plus les chiffres formant le milieu des numéros de sécurité sociale ou des numéros de compte, de façon que les chiffres restants confirment à l'intention du destinataire ce que représente le renseignement en question, mais ne facilitent pas l'accès à des fins

auxquelles le renseignement n'est pas prévu ⁴⁸]. Lorsque le numéro d'assurance sociale est nécessaire pour l'exécution des ordonnances alimentaires, le numéro intégral peut être communiqué à l'organisme chargé de cette exécution. Une autre possibilité consiste dans la signification de tous les documents, y compris les conclusions écrites, mais dans le dépôt du seul acte introductif d'instance. Cette solution a été appliquée pour une brève période en Ontario et s'est heurtée à l'opposition des médias.

Conclusion :

19. Il faut revoir les lois et les règles de procédure qui fixent le contenu des documents afin : a) d'identifier les formules réglementaires qui requièrent des indices personnels dès les premiers stades de l'instance ou des indices excessivement détaillés; b) à proposer la modification des formules pour supprimer l'impératif d'indices personnels, à différer le dépôt des indices personnels jusqu'au moment de la décision judiciaire, ou à prescrire le dépôt des indices personnels séparément du dossier judiciaire auquel le public a accès.

Les procédures actuelles de mise sous scellés et d'anonymisation

[116] En sus de la législation qui vise à exempter certains sujets du principe général de transparence, il y a une volumineuse jurisprudence sur l'anonymisation des parties par l'emploi des initiales ou des pseudonymes dans l'intitulé de la cause, avec quelques différences intéressantes dans l'approche en la matière ⁴⁹.

[117] Comme nous le verrons à l'annexe B, les lois et règlements des provinces n'énumèrent pas souvent les facteurs sur lesquels le juge pourrait se fonder pour rendre une ordonnance d'anonymisation. Ce qui pose un défi pour les avocats qui doivent informer leurs clients quand un moyen de protection de la vie privée peut être invoqué. Cette situation est aussi un défi pour les représentants des médias en leur qualité de gardiens du droit du public d'être informé quand il y a demande d'anonymisation ou de mise sous scellés, de décider, le cas échéant, quelle position les médias doivent prendre à l'égard de la requête. Ce problème a suscité des solutions fort variées : ou bien la juridiction concernée ne fait rien pour informer les médias, ou bien elle rend une ordonnance puis indique de quelle façon les médias pourraient être informés, ou bien elle prescrit la procédure à suivre si les médias sont informés et désirent que l'ordonnance soit annulée ⁵⁰, ou bien elle met en place un lien avec un site Web où les requêtes en ordonnances de ce genre sont affichées chaque jour afin de permettre aux médias de participer à l'audition de la requête s'ils le souhaitent ⁵¹.

Conclusion :

20. Il faut examiner les lois et les règles de procédure qui fixent les méthodes par lesquelles une partie ou un témoin peut demander l'interdiction de publication, la mise sous scellés ou l'anonymisation, afin de décider si elles doivent être modifiées de façon à tenir compte de l'environnement électronique.

Qui a droit d'accès? Qui est « le public »?

[118] Puisque le débat s'exprime en termes de conflit entre le droit du public à la transparence de l'administration de la justice et le droit de l'individu à la protection de sa vie privée, la question qui se pose est évidemment de savoir qui est le public. La réponse à cette question varie selon le contexte dans lequel elle se pose.

[119] *Accès à la salle d'audience* : En règle générale, n'importe qui, ce qui s'entend aussi des représentants des médias, peut assister aux audiences judiciaires, bien qu'il puisse y avoir des restrictions quant à ce que la presse peut rapporter.

[120] *Accès au bordereau* : Dans la mesure où il s'agit du rôle des causes à entendre dans la journée, qui est affiché à l'extérieur des salles d'audience, n'importe qui peut le voir. Dans la mesure où il s'agit du bordereau du dossier de procédure, où est incluse la liste de tous les documents versés au dossier et de tous les incidents de procédure, n'importe qui peut le consulter sans frais ou moyennant des frais d'abonnement et de reproduction. Dans les affaires pénales, le bordereau peut être partagé entre les services de maintien de l'ordre.

[121] *Accès aux dossiers judiciaires* : Dans les affaires pénales, normalement n'importe qui, ce qui s'entend également des médias, peut consulter la dénonciation et l'acte d'accusation, sous réserve des dispositions de la loi ou des ordonnances judiciaires concernant la publication. Dans les autres matières, la parties à l'instance et leurs avocats ont accès, normalement sans frais, au dossier de procédure. Dans ces matières, l'accès par des tiers tombe dans deux catégories : accès moyennant frais de recherche et de reproduction et interdiction d'accès, probablement pour cause d'ordonnance de mise sous scellés. Lorsque l'accès est permis, un accord de recherche au prix du gros pourrait être conclu pour réduire les frais de consultation par dossier. Par exemple, une agence d'évaluation du crédit peut souscrire un contrat de recherche de ce genre pour consulter les dossiers d'affaires civiles où il y a jugement portant réparation pécuniaire.

[122] *Accès aux motifs de décision* : n'importe qui peut consulter un visa, une ordonnance ou un jugement relatif à une instance. L'accès peut se faire de différentes façons : extraction du dossier judiciaire, site Web de la juridiction concernée, CANLII, recueil de jurisprudence publié par le secteur privé.

[123] Qu'il s'agisse d'un milieu papier ou d'un milieu électronique, les catégories suivantes sont celles qui pourraient souhaiter avoir accès au bordereau, aux archives judiciaires et aux jugements :

- les parties;
- leurs avocats;
- les avocats potentiels;
- les avocats dans des instances connexes ou potentielles;
- les personnes nommées dans les documents judiciaires, par exemple une caution dans une affaire pénale, ou un témoin dans une affaire pénale ou non pénale;
- les représentants des médias, en particulier dans les affaires portant sur un important point de droit ou point de fait, ou dans lesquelles une ou plusieurs parties sont notoirement connues;
- ceux qui font des recherches en sciences sociales, par exemple en matière de pensions alimentaires pour enfants;
- ceux qui font des recherches en droit, par exemple sur les habitudes de condamnation de tel ou tel juge;
- les entreprises commerciales, par exemple les agences d'évaluation du crédit, qui ont des bases de données sur les créanciers/débiteurs;
- des individus curieux/groupes de pression.

[124] Dans le cas où les archives judiciaires sont en principe accessibles au public, mais où la capacité de recherche est réduite par la nécessité de repérer les dossiers dans les registres de la juridiction concernée et par le paiement de frais de recherche, « l'opacité dans les faits » prévaut. La transparence théorique est limitée par des barrières logistiques. Cependant, là où l'accès électronique existe, la définition de « public » s'élargira probablement pour comprendre les catégories suivantes :

- les entreprises commerciales qui souhaitent se servir de la base de données sur les demandes en divorce comme d'un outil de commercialisation pour les couches ou les agences matrimoniales;
- des franchisés mécontents recherchant d'autres franchisés mécontents qui ont poursuivi en justice leur commun franchiseur;
- les participants à un recours collectif potentiel qui recherchent d'autres qui ont intenté des recours individuels ou collectifs dans la même cause;
- des employeurs qui font des recherches sur les antécédents d'employés potentiels;
- les documentalistes juridiques qui font des recherches sur la charge de travail de tel ou tel juge ou auxiliaire de la justice;
- des tiers sans intention nuisible, par exemple des voisins curieux;
- des tiers qui ont des mobiles inavouables, par exemple des prédateurs possibles qui se servent des demandes en divorce pour identifier les enfants, ou des usurpateurs d'identité potentiels qui obtiennent les numéros d'assurance sociale et le détail des biens, à partir des états financiers déposés dans les affaires de droit de la famille.

[125] On peut trouver un exemple de demande de ce genre dans les motifs de décision supra du juge Bielby⁵². Krushell cherchait à se faire communiquer au prix de gros les détails du bordereau en vue de la revente. Sa demande était fondée sur la loi sur l'accès à l'information, mais une partie des motifs de décision est néanmoins applicable pour notre propos :

[TRADUCTION] Il n'est pas difficile de s'imaginer le tort qu'on pourrait causer en donnant au public facile accès aux noms des accusés qui n'ont pas été déclarés coupables. La peine prévue par la loi pour le coupable serait dans nombre de cas insignifiante en comparaison de la punition de facto infligée par l'affichage des renseignements sur l'accusé au bénéfice des commères et des gens qui se mêlent de ce qui ne les regarde pas. La similarité des noms peut être source de diffamation. L'affichage sur Internet le jour même pourrait causer un risque de sécurité au palais de justice ou de recherche d'un juge accommodant, ce qui pourrait porter atteinte à l'administration de la justice et à l'indépendance des juges, comme le législateur a voulu justement le prévenir en exemptant toutes les matières judiciaires des autres paragraphes de l'article 4.

Bien qu'à l'heure actuelle, il n'y ait qu'un accès public limité aux informations de ce genre par l'affichage quotidien du bordereau des affaires pénales sur le site Web, cela ne justifie pas l'affichage universel tout le temps au bénéfice de tous ceux qui ont accès à Internet. À l'heure actuelle, le droit à la vie privée est protégé par l'opacité dans les faits, créée par l'inconvénient matériel de se présenter à chaque palais de justice afin d'examiner les bordereaux des affaires pénales, pour ceux qui ne sont pas parties à l'affaire soumise à la justice . . .

[126] Et, dans la même veine que *F.N.*⁵³ :

Le législateur a certainement eu pour volonté de protéger l'information dans ces dossiers quelle que soit la forme qu'elle pourrait revêtir, et non pas seulement les dossiers eux-mêmes.

[127] Si à l'heure actuelle, les arrangements de recherche en gros sont encore rares, on peut raisonnablement s'attendre à qu'ils deviennent plus répandus. Les règles de procédure sont généralement muettes au sujet de pareils arrangements. En Ontario par exemple, le directeur de la planification départementale du ministère du Procureur général donne suite aux demandes de ce genre. Si la demande est instruite sous le régime de la loi sur l'accès à l'information, il y a peut-être d'autres facteurs à prendre en considération.

[128] La question des recherches en gros s'est posée aux États Unis; on peut en trouver l'illustration dans l'article de Fenwick et Brownstone comme suit :

[TRADUCTION] Il semble que les cours toléreront les restrictions imposées aux recherches en gros. . . *United States v. McDougal*, 103 F.3d 651, 658 (8th Cir. 1996) (« à titre de question d'ordre public, . . . les cours devraient éviter de devenir les outils de fins commerciales ou autres fins privées »); et *Paisley Park Enters., Inc. v. Uptown Prods.*, 54 F. Supp 2d 347, 349 (S.D.N.Y. 1999)

Pratiquement, tous ont intérêt à ce que tout un chacun dans notre société ait accès à un système de justice juste et impartial, sans avoir à payer un prix d'admission trop élevé sous forme de renonciation à son droit à la vie privée. . . les cours doivent veiller avec vigilance à ce que leur procédure ne soit pas utilisée à des fins qui n'ont rien à voir avec leur rôle.⁵⁴

Conclusions :

21. La fin pour laquelle est recherché l'accès en gros est un facteur déterminant de la question de savoir s'il y a lieu d'accorder l'accès à tout ou à partie des archives judiciaires et des indications du bordereau.
22. Les fins auxquelles les médias et les entreprises commerciales destinent les documents judiciaires et les indications du bordereau peuvent aller à l'encontre des intérêts des parties.
23. On peut restreindre l'accès, par exemple, en ne facilitant que les recherches ponctuelles et en interdisant ou limitant les recherches en gros.

CONSIDÉRATIONS PRATIQUES

[129] Outre les questions que nous avons qualifiées de questions de fond, il y a une multitude de questions pratiques qu'il faut prendre en considération.

Diffamation et immunité

[130] En bref, les éléments d'une action en diffamation sont les propos diffamatoires, la publication, et le préjudice.

[131] À supposer que le demandeur soit à même de faire la preuve de ces trois éléments, l'un des moyens de défense est l'immunité absolue. À titre de principe d'ordre public, les juges, les témoins, les avocats et les parties jouissent de l'immunité absolue pour parler et écrire dans le cadre de l'instance à laquelle ils participent, sans s'exposer à la responsabilité juridique pour diffamation. Ce qui s'explique par le fait que « . . . la règle de droit accepte le risque qu'ils abusent de l'occasion pour parler avec intention

malveillante et de façon contraire à la vérité . . . afin qu'ils puissent assumer leurs obligations librement et sans craindre aucune poursuite en justice ».

[132] L'immunité conditionnelle est celle qui s'attache à certaines occasions réputées être de moindre importance. Certaines communications à certaines fins spécifiques sont protégées de la poursuite en diffamation si elles sont faites sans intention malveillante. C'est le cas où « l'auteur de la communication a le droit ou le devoir légal, social ou moral, de la faire au destinataire, et où celui-ci a le droit ou le devoir correspondant de la recevoir ».

[133] La question de savoir si l'immunité absolue ou conditionnelle s'applique au compte rendu et à la publication du contenu des conclusions écrites prête à controverse ⁵⁵.

[134] La publication s'entend également de la communication à un tiers ⁵⁶. La version en ligne d'un journal est un journal ⁵⁷. L'affichage d'informations sur Internet vaut publication et, s'il y a une action en diffamation à leur propos, la personne qui se dit victime est soumise au délai strict d'action que prévoit la législation provinciale en la matière ⁵⁸.

[135] Dans ce bref contexte juridique, un certain nombre de questions peuvent se poser. En premier lieu, si les parties déposent par voie électronique leurs conclusions écrites, que le greffe offre à la recherche électronique par « le public », on pourrait dire que le greffier a « publié » ce qui pourrait être considéré comme des écrits diffamatoires. En deuxième lieu, si la personne qui s'offense des écrits diffamatoires ne peut poursuivre en justice la personne qui les a inclus dans ses conclusions écrites, on pourrait dire qu'il y a quand même lieu à action contre le greffier parce que celui-ci n'est pas expressément classé parmi les personnes jouissant de l'immunité absolue. En troisième lieu, à supposer qu'une action soit possible contre le greffier, on pourrait soutenir que celui-ci peut invoquer l'immunité conditionnelle en raison de l'obligation légale de rendre publiques les conclusions écrites. En quatrième lieu, si la publication électronique des conclusions écrites se généralise, et si les parties se rendent compte que toute plaidoirie sera à la portée du public et qu'il n'y a plus opacité dans les faits, on pourrait soutenir qu'elles seront encouragées à inclure des propos diffamatoires puisqu'elles sont protégées par l'immunité absolue.

Conclusion :

24. Il faut examiner les répercussions du dépôt et de l'accès par voie électronique sur le délit de diffamation.

L'exactitude du dossier judiciaire public et non public

[136] À supposer que les documents judiciaires et les indications du bordereau soient disponibles sous forme électronique, la question de leur exactitude se pose à plusieurs égards :

- modifications apportées par une partie ou son avocat à des documents précédemment versés au dossier, par exemple un affidavit subséquent, des conclusions révisées, un état financier révisé, qui changent au fond un document précédemment déposé;
- séparation des éléments sous scellés du restant du dossier;
- occultation des informations de la partie du dossier qui n'est pas publique;
- garantie que les données qui sont mémorisées et qui figurent sur le bordereau indiquent l'état à jour des décisions de justice, par exemple qu'une ordonnance ex parte (telle une injonction) a été annulée par une ordonnance subséquente, ou qu'une ordonnance a été annulée sur appel devant une autre juridiction (appel contre une décision de la cour provinciale à la cour supérieure, ou de la cour supérieure à la cour d'appel).

[137] Ces hypothèses posent le problème de la responsabilité civile secondaire au cas où des informations erronées seraient mémorisées sous forme électronique ou des informations correctes seraient communiquées à quelqu'un qui n'y a pas droit. Dans chacun des exemples ci-dessus, le personnel du greffe a-t-il pour responsabilité de s'assurer que les documents judiciaires et les indications du bordereau sont complets et exacts? Ou est-ce la responsabilité de la partie concernée ou de son avocat? Dans un environnement tout papier, la partie qui s'est fait décerner l'ordonnance de mise sous scellés de tout ou partie du dossier peut offrir ou être obligée, d'ordre de justice, de superviser la mise sous scellés. Ce qui n'est pas possible dans un environnement tout électronique. Si par exemple il est de règle que les détails d'identification personnelle soient systématiquement occultés du dossier, il sera nécessaire : a) que le greffe dispose d'un logiciel qui permet cette occultation; b) que les avocats et le greffe utilisent un logiciel compatible pour que les données qui ont été « marquées » par les avocats soient reconnues telles par le greffe. Cette complexité est d'autant aggravée qu'il y a plusieurs parties.

Conclusions :

25. Il peut se poser plusieurs problèmes de responsabilité civile : a) si l'accès est accordé à tort aux documents judiciaires ou indications du bordereau, auxquels l'accès est interdit par l'effet de la loi, des règlements ou d'ordre de justice; b) si des documents judiciaires ou indications du bordereau, non corrects, sont rendus accessibles; ou c) si des informations correctes ont été communiquées à une personne qui n'y a pas droit.
26. En cas d'informatisation, il faut s'assurer que les fournisseurs produisent un logiciel qui facilite, au lieu d'entraver, l'occultation de données.

Accès à distance ou sur place

[138] Une fois réglée la question de fond de savoir s'il faut différencier l'accès au support papier et l'accès électronique, il se pose une question supplémentaire. Il se peut que l'accès à distance soit en place pour une grande variété de dossiers judiciaires, alors que l'accès sur place est obligatoire pour une catégorie restreinte de dossiers. Par ailleurs, il se peut que l'accès à distance soit disponible pour une catégorie d'utilisateurs comme les agences d'évaluation du crédit, mais que l'accès sur place soit la seule voie pour une autre catégorie, par exemple les agences matrimoniales. Si l'inégalité de traitement peut être justifiée et si la différence d'accès est possible, il sera nécessaire de définir les critères à appliquer, de les publier, d'en superviser la mise en application et de redresser tout défaut d'application. Même si l'accès électronique à distance est possible sans restrictions, il y aura toujours un nombre appréciable de gens qui n'ont pas les moyens d'accès électronique et pour ces gens-là, l'accès électronique dans les kiosques pourra être imposé pour assurer l'égalité d'accès.

Conclusions:

27. Il sera peut être nécessaire de distinguer entre l'accès sur place et l'accès à distance.
28. Quoi qu'il en soit, l'accès électronique sur place sera essentiel pour assurer l'égalité de traitement entre les différents segments du public.

Pistage des usagers

[139] Cette question est qualifiée de considération pratique. Aux yeux de certains cependant, il s'agit là d'une importante question de fond puisque le pistage des usagers est parfois considéré comme une atteinte à la vie privée.

[140] Dans le milieu papier, un particulier demande à consulter tel ou tel dossier et paie des frais à cet effet; ou bien il demande la copie de tel ou tel document et en paie les frais de reproduction. Il se peut que son identité ou la source du paiement soient enregistrées. Il est peu probable que cette information soit conservée, et moins encore récupérable.

[141] Dans le milieu électronique, il est facile et peu coûteux de retrouver cette information. Cependant, le fait que la capacité existe ne signifie pas qu'il faille la mettre en œuvre.

[142] Avant d'assurer un plus grand accès électronique que ce n'est le cas actuellement, il sera important d'examiner s'il y a lieu de tenir le registre des usagers, à quelle fin et dans quelle mesure. S'il est décidé qu'il faut en tenir le registre, il faut décider du corollaire qui est de savoir qui a accès au registre et à quelle fin.

Conclusions :

29. Il faut examiner à quoi cela servirait de tenir le registre des usagers, si le greffe doit se charger de ce travail et, dans l'affirmative, comment il doit le faire, et si et comment il faut en informer les intéressés.
30. S'il est décidé de tenir le registre des usagers ou d'en avoir l'option, les vendeurs doivent fournir le logiciel qui en rend le travail possible, faute de quoi, c'est le logiciel qui dictera l'option.

Application rétroactive ou prospective des règles d'accès électronique

[143] Si les règles existantes d'accès judiciaire sont modifiées ou simplement formulées, il se pose la question de savoir si elles s'appliquent uniquement aux archives judiciaires et aux bordereaux créés après leur entrée en vigueur. Si après l'adoption du principe d'accès électronique, la juridiction concernée choisit de scanner les documents précédemment déposés, il lui faudra décider si ces documents, déposés à l'époque de l'opacité dans les faits et des présomptions y relatives, doivent être soumis à la politique nouvellement définie. Il incombera à la partie intéressée ou à la juridiction compétente de s'assurer, par exemple, que les documents sous scellés demeurent tels après leur conversion à la forme électronique.

[144] Il se peut que le principe d'accès soit subordonné aux considérations financières puisque le coût de la transformation des papiers déjà déposés en documents électroniques pourrait être prohibitif, alors qu'il est possible, financièrement parlant, de faire en sorte qu'à l'avenir, tous les documents soient déposés sous forme électronique.

Conclusion :

31. Il faut examiner les conséquences de la politique d'accès à l'égard des archives judiciaires et des bordereaux existant avant son entrée en vigueur.

Archivage et conservation

[145] Si la version officielle du dossier judiciaire est sous forme électronique, il va falloir changer le système d'archivage et de conservation pour l'adapter au nouveau support. Des règles sont probablement en vigueur au sein du greffe de la juridiction concernée. Il faudra cependant les modifier pour garantir que le dossier électronique est disponible et accessible pour les requêtes en annulation des ordonnances ex parte, pour les appels, et en particulier dans les affaires de droit de la famille, pour les requêtes en modification des ordonnances alimentaires pour enfants ou pour conjoint, là où le dossier précédent est important pour prouver qu'il y a eu un « changement notable dans la situation ».

[146] Comme l'ont noté *Brownstone et Fenwick*, tout système d'archivage et de conservation doit tenir compte de ce que les versions actuelles du logiciel et du matériel

peuvent changer durant la période de conservation. Il y a ainsi le risque que si le dossier est théoriquement disponible, il ne soit plus accessible ⁵⁹.

Conclusion :

32. Il faut formuler une politique d'archivage et de conservation.

Communication des politiques d'accès

[147] À l'heure actuelle, les politiques en vigueur sont surtout communiquées de vive voix. Sauf disposition expresse dans une loi, une règle de procédure ou une directive de pratique, les parties, leurs avocats et les tiers ne sont guère informés en matière d'accès aux dossiers judiciaires. Ce niveau minimum d'information eût pu être suffisant à l'époque de l'opacité dans les faits. Cependant, si davantage de documents et d'informations deviennent accessibles et s'il y a un accroissement du nombre et un changement dans la catégorie des gens qui peuvent y avoir accès, il sera nécessaire de formuler des règles faciles à comprendre, peut-être dans plusieurs langues, même pour les plaideurs sans avocat.

[148] La mise en place de pareilles règles engendrera les problèmes suivants. En premier lieu, qui, de leur avocat ou de la cour, sera chargé de les communiquer aux parties? Ou l'obligation incombera-t-elle aux parties de s'informer elles-mêmes? Comment faut-il s'attaquer à la question au regard du nombre croissant de plaideurs sans avocat? En deuxième lieu, en quel état de la cause ces règles seront-elles communiquées aux intéressés : avant que le litige non pénal ait été engagé? Ou quand l'accès public est accordé à un tiers? En troisième lieu, il sera nécessaire de mettre en place des systèmes qui garantissent l'application uniforme de la politique et sanctionnent les manquements.

Conclusion :

33. Une fois les règles d'accès adoptées, il faut mettre en place des systèmes propres à les communiquer, appliquer et sanctionner.

Mai, 2003⁶⁰

- ¹ Procureur général (Nouvelle-Écosse) c. MacIntyre [1982] 1 R.C.S. 175, citant Bentham.
- ² [1982] R.C.S. 175.
- ³ *ibid.*, page 185.
- ⁴ *ibid.*, pages 186 et 187.
- ⁵ *ibid.*, page 189.
- ⁶ *ibid.*, page 187.
- ⁷ *ibid.*, page 183.
- ⁸ (1990) 64 D.L.R. (4th) 577.
- ⁹ *ibid.*, page 608.
- ¹⁰ (1989) 91 N.S.R. (2d) 126 (N.S.C.A.).
- ¹¹ [1991] 1 R.C.S. 671.
- ¹² *ibid.*, pages 681 et 682.
- ¹³ *ibid.*, pages 682 et 683.
- ¹⁴ *ibid.*, page 713.
- ¹⁵ *ibid.*, page 704.
- ¹⁶ *ibid.*, page 687.
- ¹⁷ [1996] R.C.S. 480.
- ¹⁸ voir note 8 *supra*.
- ¹⁹ [2000] 1 R.C.S. 880.
- ²⁰ Ensemble des règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour les mineurs ("Règles de Beijing"), Résolution A/RES/40/33 adoptée le 29 novembre 1985 par l'Assemblée générale, avec l'appui du Canada.
- ²¹ [2002] CSC 41.
- ²² [1994] 3 R.C.S. 835.
- ²³ [2001] CSC 76.
- ²⁴ [2003] ABQB 252.
- ²⁵ Fenwick et Brownstone : Electronic Filing : What is it? What are its implications? 19 Computer & High Tech L.J. 181 December 2002. Page 2 et note 1 : Peter Lyman & Hal R. Varian, How Much Information (October 18, 2000) sur le site <http://www.sims.berkeley.edu/research/projects/how-much-info/>
- ²⁶ *ibid.*, note 145 : Pew Internet & American Life Project, The Rise of the E-citizen : How People Use the Government Agencies' Web Sites, p. 2 (3 avril 2002), sur le site <http://www.pewinternet.org/reports>.
- ²⁷ www.ic.gc.ca/mediaroom/speeches - Notes d'allocation pour le ministre de l'Industrie Allan Rock à la Conférence Softworld 2002 sur l'avenir du Canada en matière de technologie.
- ²⁸ www.cba.org - site Web de l'Association des banquiers canadiens.
- ²⁹ www.tcc-cci.gc.ca - site Web de la Cour canadienne de l'impôt.
- ³⁰ www.ct-tc.gc.ca - site Web du Tribunal de la concurrence.
- ³¹ Fenwick, *ibid.*, page 4 et notes 50 et 51 avec renvoi à www.ncsconline.org/ (dernière modification 9 octobre 2002)..
- ³² Fenwick, *ibid.*, page 5 et mise à jour 26 mars 2003.
- ³³ <http://www.infotoday.com/searcher/jan03/barr.htm>.
- ³⁴ www.epic.org - site Web de l'Electronic Privacy Information Center.
www.ojr.org - site Web de USC Annenberg – Online Journalism Review.

www.ncsconline.org - site Web du National Center for State Courts.

www.courtaccess.org - site Web tenu par Susan Larson pour le compte du NCSC.

www.rcfp.org - site Web de The Reporters Committee for Freedom of the Press.

³⁵ www.courtaccess.org

³⁶ www.rcfp.org

³⁷ The Judicial Review, Journal of the Judicial Commission of New South Wales, Volume 6, Number 1, septembre 2002

³⁸ La voie à suivre, septembre 2002. Site Web du Conseil canadien de la magistrature : www.cjc-ccm.gc.ca.

Recommandation 6 :

Le Conseil devrait élargir l'éventail des activités qu'il poursuit conformément à la mission d'origine législative.

Recommandation 10 :

Le Conseil devrait a) encourager tous les membres du Conseil à devenir versés en informatique, afin qu'un plus grand nombre de ses communications puissent être transmises par voie électronique; b) appuyer l'adoption des mesures nécessaires pour assurer la sécurité entière des systèmes de technologie de l'information que les juges nommés par le gouvernement fédéral utilisent et utiliseront à l'avenir; c) encourager tous les juges nommés par le gouvernement fédéral à acquérir les aptitudes et connaissances nécessaires pour utiliser les technologies dans le cadre de leur charge judiciaire; d) ajouter aux membres du Comité consultatif un représentant du Bureau du commissaire à la magistrature fédérale et un représentant de l'Institut national de la magistrature; e) jouer, de façon générale, un rôle de leadership en ce qui a trait à l'utilisation des technologies de l'information dans les cours supérieures.

Recommandation 9 :

Le Comité sur l'information devrait devenir un comité permanent du Conseil.

³⁹ Voir note 25 supra.

⁴⁰ (1989) 489 U.S. 749.

⁴¹ *ibid.*, page 762.

⁴² *ibid.*, pages 766 et 767.

⁴³ *ibid.*, page 767.

⁴⁴ *ibid.*, page 771.

⁴⁵ *ibid.*, page 780.

⁴⁶ Dans l'affaire *Edmonton Journal* (note 8), la Cour s'est penchée sur la question de savoir si l'accès aux archives judiciaires avait pour effet de décourager le recours à la justice. Elle n'a trouvé aucune preuve de pareille éventualité et conclu que, dans la mesure où on pourrait citer une preuve telle que les statistiques sur les taux de divorce, c'est le contraire qui est avéré. Dans une autre affaire, on pourrait réunir des preuves pour faire valoir que l'accès électronique pourrait décourager les intéressés de faire valoir leurs droits.

⁴⁷ www.ftc.gov United States Federal Trade Commission et en particulier www.consumer.gov/idtheft.

⁴⁸ Voir par exemple "Virginia Will Remove Personal Data From Court Sites" à compter du 1^{er} janvier 2004. www.bespacific.com/mt/archives/002109.html.

⁴⁹ À titre d'exemples : T.(S.) v. Stubbs [1998] O.J. No. 1294; et B. (A.) v. Stubbs [1999] O.J. No. 2309.

⁵⁰ T. (S.) v. Stubbs [1998] O.J. No. 1294.

⁵¹ www.courts.ns.ca des cours et tribunaux de la Nouvelle-Écosse, avec la collaboration de l'University of King's College School of Journalism.

⁵² Voir note 24 supra.

⁵³ Voir note 19 supra.

⁵⁴ Voir note 26 supra; note 112 dans l'article.

⁵⁵ Les paragraphes [131] to [133] sont largement inspirés de l'ouvrage Canadian Tort Law, fifth edition, Butterworth's, pages 660 - 671.

⁵⁶ Gatley on Libel & Slander, 9th edition, page 127.

⁵⁷ Weiss v. Sawyer, Cour d'appel de l'Ontario, www.ontariocourts.on.ca, rendu public le 19 septembre 2002

⁵⁸ Bahlieda v. Santa, le juge H.M. Pierce, Cour supérieure, Ontario, 2 avril 2003, [2003] ONSC 02-0017.

⁵⁹ Voir note 26 supra; note 123 dans l'article.

⁶⁰ Les sites Web cités ont été visités entre novembre 2002 et mars 2003.

ANNEXE A**RÉCAPITULATIF DES CONCLUSIONS**

- 1. Le droit du public à la publicité de la justice est une règle constitutionnelle importante.**
- 2. Le droit de l'individu à la protection de sa vie privée est une valeur fondamentale.**
- 3. Le droit à la publicité de la justice l'emporte normalement sur le droit à la protection de la vie privée.**
- 4. L'unanimité ne se fait pas sur la nature des exceptions à la règle générale.**
- 5. « Publicité de la justice » s'entend du droit d'assister aux débats judiciaires dans la salle d'audience et du droit de consulter les archives judiciaires et les indications du bordereau, sur lesquels se fonde le jugement.**
- 6. Bien qu'aucune juridiction au Canada n'assure pour le moment l'accès par voie électronique aux archives judiciaires, et que le rythme auquel ce moyen est mis en place ne soit pas connu, cette accessibilité est néanmoins inéluctable.**
- 7. L'accès par voie électronique au bordereau varie d'une juridiction à l'autre.**
- 8. Il faut établir les règles de base avant d'assurer l'accès par voie électronique.**
- 9. Les motifs de décision dans les affaires de droit de la famille ne sont pas uniformément disponibles.**
- 10. Le Conseil canadien de la magistrature doit jouer un rôle de premier plan pour lancer les discussions et les débats sur la formulation des politiques en matière d'accès électronique.**

- 11. Avant d'adopter des politiques d'accès aux archives judiciaires et bordereaux sous forme électronique, il est essentiel de prendre en considération les différences d'accès entre le milieu papier et le milieu électronique.**
- 12. Il y a peut-être de large secteurs où l'accès est le même entre le milieu papier et le milieu électronique, comme dans les affaires civiles, mais dans d'autres, par exemple les affaires de droit de la famille, les règles d'accès aux documents informatisés devraient être différentes de celles qui s'appliquent à l'environnement tout papier.**
- 13. Les raisons pour lesquelles les documents judiciaires sont déposés et le bordereau créé sont un facteur à prendre en considération pour décider qui peut y avoir accès en tout ou en partie.**
- 14. L'accessibilité de certaines informations contenues dans le dossier judiciaire, telles que la dénonciation ou l'acte d'accusation (en matière pénale), les conclusions écrites (en matière non pénale) et la décision judiciaire (visa, ordonnance ou jugement), ne semble pas prêter à controverse.**
- 15. L'accessibilité de la majorité des autres documents et renseignements contenus dans le dossier judiciaire prête probablement à controverse.**
- 16. Des intérêts opposés devront être pris en considération dans la formulation des politiques d'accès.**
- 17. Les règles ou politiques d'accessibilité doivent prendre en compte le fait que pour certains tribunaux de première instance et cours d'appel, une approche uniforme serait indiquée.**
- 18. Il n'y a à l'heure actuelle aucune approche uniforme pour ce qui est de savoir quelles sont les indications figurant sur le bordereau ou le rôle, avec qui elles sont partagées et à qui elles sont disponibles.**

19. **Il faut revoir les lois et les règles de procédure qui fixent le contenu des documents afin : a) d'identifier les formules réglementaires qui requièrent des indices personnels dès les premiers stades de l'instance ou des indices excessivement détaillés; b) à proposer la modification des formules pour supprimer l'impératif d'indices personnels, à différer le dépôt des indices personnels jusqu'au moment de la décision judiciaire, ou à prescrire le dépôt des indices personnels séparément du dossier judiciaire auquel le public a accès.**
20. **Il faut examiner les lois et les règles de procédure qui fixent les méthodes par lesquelles une partie ou un témoin peut demander l'interdiction de publication, la mise sous scellés ou l'anonymisation, afin de décider si elles doivent être modifiées de façon à tenir compte de l'environnement électronique.**
21. **La fin pour laquelle est recherché l'accès en gros est un facteur déterminant de la question de savoir s'il y a lieu d'accorder l'accès à tout ou à partie des archives judiciaires et des indications du bordereau.**
22. **Les fins auxquelles les médias et les entreprises commerciales destinent les documents judiciaires et les indications du bordereau peuvent aller à l'encontre des intérêts des parties.**
23. **On peut restreindre l'accès, par exemple, en ne facilitant que les recherches ponctuelles et en interdisant ou limitant les recherches en gros.**
24. **Il faut examiner les répercussions du dépôt et de l'accès par voie électronique sur le délit de diffamation.**
25. **Il peut se poser plusieurs problèmes de responsabilité civile : a) si l'accès est accordé à tort aux documents judiciaires ou indications du bordereau, auxquels l'accès est interdit par l'effet de la loi, des règlements ou d'ordre de justice; b) si des documents judiciaires ou indications du bordereau, non corrects, sont rendus accessibles; ou c) si des informations correctes ont été communiquées à une personne qui n'y a pas droit.**

26. **En cas d'informatisation, il faut s'assurer que les fournisseurs produisent un logiciel qui facilite, au lieu d'entraver, l'occultation de données.**
27. **Il sera peut être nécessaire de distinguer entre l'accès sur place et l'accès à distance.**
28. **Quoi qu'il en soit, l'accès électronique sur place sera essentiel pour assurer l'égalité de traitement entre les différents segments du public.**
29. **Il faut examiner à quoi cela servirait de tenir le registre des usagers, si le greffe doit se charger de ce travail et, dans l'affirmative, comment il doit le faire, et si et comment il faut en informer les intéressés.**
30. **S'il est décidé de tenir le registre des usagers ou d'en avoir l'option, les vendeurs doivent fournir le logiciel qui en rend le travail possible, faute de quoi, c'est le logiciel qui dictera l'option.**
31. **Il faut examiner les conséquences de la politique d'accès à l'égard des archives judiciaires et des bordereaux existant avant son entrée en vigueur.**
32. **Il faut formuler une politique d'archivage et de conservation.**
33. **Une fois les règles d'accès adoptées, il faut mettre en place les systèmes propres à les communiquer, appliquer et sanctionner.**

ANNEXE B
RÉCAPITULATIF DES LOIS ET RÈGLES
FÉDÉRALES, PROVINCIALES ET TERRITORIALES

Manitoba
Nouveau Brunswick
Ontario
Québec

Territoires du Nord-Ouest
Nunavut

Canada