



## Revue 2006

Automne 2006 - Tome 66

Le poids des virgules – Étude sur l'impact  
des erreurs matérielles en droit des contrats  
Nicolas Vermeys

The Open Courts Principle and the Internet:  
Transparency of the Judicial Process Promoted  
by the Use of Technology and a Solution for  
a Reasoned Access to Court Records  
Marc-Aurèle Racicot

### Chroniques

---

Droit du travail. Pierre Verge

Droit administratif. Suzanne Comtois

Droit de l'arbitrage commercial. Babak Barin

Le Fonds d'études juridiques du Barreau du Québec a  
contribué à la réalisation de cette publication

Publication du Barreau du Québec sous la direction  
du Comité de la Revue du Barreau

M<sup>e</sup> Michel Deschamps, président  
M<sup>e</sup> Élise Charpentier  
M<sup>e</sup> Jean-Claude Hébert  
M<sup>e</sup> Jean-Guy Marchesseault  
M<sup>e</sup> Alain-Robert Nadeau  
M<sup>e</sup> Louise Poudrier-LeBel  
M<sup>e</sup> Hubert Reid  
M<sup>e</sup> Pierre Séguin  
M<sup>e</sup> Marc Sauvé, secrétaire  
M<sup>me</sup> Caroll Boulay, collaboratrice

**Dans les études ou articles, l'exactitude des citations, des lois, des codes  
et de toute autre note ou référence relève de la seule responsabilité  
de l'auteur. Les opinions émises doivent être considérées comme propres  
à leurs auteurs.**

Le prix d'abonnement annuel pour les membres du Barreau du Québec est de 12 \$.  
Le prix d'abonnement annuel pour les non-membres (public en général) est de 50 \$  
(plus taxes). Les abonnés membres du Barreau du Québec payent leur abonnement  
de 12 \$ par année au Barreau, qui prélève ce montant à même le Fonds d'études  
juridiques, composé des intérêts des comptes en fidéicommissés des avocats

Envoi de Poste-publications  
Enregistrement n° 40013642

Pour nous joindre :  
Revue du Barreau,  
445, boulevard Saint-Laurent  
Montréal (Québec) H2Y 3T8

Barreau du Québec  
Service des communications  
Édition: Les Éditions Yvon Blais Inc.

ISSN-383669-X  
Dépôt légal  
Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2007  
Bibliothèque et Archives Canada, 2007



Revue 2006

Automne 2006 - Tome 66

Le poids des virgules – Étude sur l’impact des erreurs matérielles en droit des contrats

*Nicolas Vermeys* . . . . . 291

The Open Courts Principle and the Internet: Transparency of the Judicial Process Promoted by the Use of Technology and a Solution for a Reasoned Access to Court Records

*Marc-Aurèle Racicot*. . . . . 333

**CHRONIQUES**

**Droit du travail.** La Cour suprême, le « droit » à la négociation collective et le « droit » de grève

*Pierre Verge* . . . . . 391

**Droit administratif.** L’émergence du principe de précaution en droit administratif canadien

*Suzanne Comtois* . . . . . 401

**Droit de l’arbitrage commercial.** Pathological arbitration clauses and Humpty Dumpty : Can “neither more nor less” mean so many different things?

*Babak Barin*. . . . . 415

Liste des mémoires de maîtrise et thèses de doctorat acceptés en 2006 . . . . .	425
Nos disparus en 2006 . . . . .	435
Index des auteurs . . . . .	437
Index analytique. . . . .	441
Table de la jurisprudence commentée . . . . .	455
Table de la législation commentée . . . . .	457

# Le poids des virgules

## Étude sur l'impact des erreurs matérielles en droit des contrats

Nicolas VERMEYS

### Résumé

Lorsque abordée en matière contractuelle, la notion d'erreur matérielle – l'idée qu'un écrit ne reflète pas l'intention des parties suite à une coquille, erreur de calcul ou autre faute d'inattention – a fait place à une confusion généralisée, tant au niveau doctrinal que jurisprudentiel. Si certains considèrent que ces erreurs doivent être corrigées, d'autres affirment qu'une telle correction porterait atteinte au principe de stabilité contractuelle.

Une telle incongruité serait due à une confusion sémantique entre, d'une part, l'erreur matérielle unilatérale et, d'autre part, l'erreur matérielle mutuelle, notions linguistiquement similaires mais juridiquement distinctes. Cette confusion, qui remonte à l'époque de Domat, est également entretenue par une absence de définition législative claire de l'expression « erreur matérielle ».

L'auteur tente donc, par le biais d'une analyse jurisprudentielle et doctrinale, de clarifier le sort réservé à l'erreur matérielle en droit des contrats selon qu'elle soit mutuelle ou unilatérale – c'est-à-dire selon qu'elle soit le fruit d'une retranscription infidèle de l'intention des parties, dans quel cas sa correction sera habituellement autorisée, ou encore qu'elle soit attribuable à une seule partie et donc normalement inopposable à son cocontractant.



# Le poids des virgules

## Étude sur l'impact des erreurs matérielles en droit des contrats

Nicolas VERMEYS\*

INTRODUCTION . . . . .	295
I- Qualification juridique de l'erreur matérielle . . . . .	296
A. Qualification législative de l'erreur matérielle . . . . .	297
B. Qualification jurisprudentielle et doctrinale de l'erreur matérielle . . . . .	301
1. Types d'erreurs matérielles . . . . .	301
2. Sources des erreurs matérielles . . . . .	307
II- Conséquences de l'erreur matérielle . . . . .	314
A. Lapsus matériel . . . . .	314
1. La preuve du lapsus matériel . . . . .	317
B. Erreur matérielle unilatérale . . . . .	319
1. L'erreur matérielle unilatérale est-elle une erreur économique ? . . . . .	322
2. L'erreur matérielle unilatérale est-elle une erreur inexcusable ? . . . . .	323

---

\* Coordonnateur du Centre de recherche en droit public (CRDP) et du Regroupement droit et changement.

3. L'exception à l'« inexcusabilité » des erreurs matérielles unilatérales : la mauvaise foi du cocontractant . . . . .	330
CONCLUSION . . . . .	331



## INTRODUCTION

Le 28 juillet 2006, le CRTC se prononçait sur un différend opposant *Rogers Cable Communications Inc.* et *Aliant Telecom Inc.*<sup>1</sup> suite à la résiliation unilatérale, par Aliant, du contrat liant les parties. Le débat devant la Commission ne portait pas sur les grands principes du droit des contrats, pas même sur une divergence de courants jurisprudentiels quant à la notion d'équité contractuelle... Le différend concernait plutôt une virgule, un simple caractère typographique dont la présence pouvait représenter une perte de quelques millions de dollars pour l'une ou l'autre des parties.

La clause 8.1 du contrat en cause se lisait ainsi :

Sous réserve des dispositions portant sur la résiliation du [contrat], [le contrat] est en vigueur à partir de la date de sa signature, pour une période de cinq (5) ans, et est par la suite renouvelable pour des périodes de cinq (5) ans, tant qu'il n'a pas été résilié à la suite d'un préavis écrit d'un an donné par l'une des parties. (nos soulignements)

Selon une analyse purement syntaxique de la clause, les parties pouvaient mettre fin au contrat en tout temps suivant un préavis d'un an. Pourtant, selon *Rogers*, son intention manifeste était de plutôt permettre la résiliation seulement après l'écoulement de la période initiale de cinq ans. Pour que le texte reflète la position soutenue par *Rogers*, la troisième virgule de la clause 8.1 aurait dû être supprimée. Pour *Rogers*, il s'agissait d'une coquille, d'une simple erreur typographique... Bref, il s'agissait d'une erreur matérielle.

La notion d'erreur matérielle – assimilée à celles d'erreur de forme, de calcul ou d'écriture – renvoie à l'idée que l'acte qui la contient ne reflète pas adéquatement l'intention d'une ou des parties y ayant pris part. Hubert Reid, dans son *Dictionnaire de droit québécois et canadien*<sup>2</sup>, qualifie l'erreur matérielle d'« [e]rreur d'écriture ou de calcul dans un acte ou un jugement ou omission

---

1. Décision de Télécom CRTC 2006-45.

2. Montréal, Wilson & Lafleur, 1994, 769 p.

commise par une autorité »<sup>3</sup>. L'auteur poursuit en indiquant qu'« [e]lle peut être corrigée par voie de rectification »<sup>4</sup>. Mais le peut-elle vraiment ? N'existe-t-il pas de circonstances où l'erreur matérielle, bien qu'elle ne reflète pas fidèlement l'intention d'une ou des parties, ne peut être corrigée au nom de la stabilité contractuelle ?

Le présent article vise donc à faire un survol de la jurisprudence en matière d'erreur matérielle et d'en tirer des lignes directrices claires tant lorsque l'erreur rend le contrat contraire à l'intention des parties, que lorsqu'elle vicie uniquement le consentement de l'une d'entre elles. Avant de ce faire, il nous faut cependant nous pencher sur la qualification juridique de ce type d'erreur.

## I- QUALIFICATION JURIDIQUE DE L'ERREUR MATÉRIELLE

Qualifier la notion d'erreur matérielle, exercice qui d'emblée semble simple, s'avère pourtant complexe dans la mesure où plus de cent ans de doctrine et de jurisprudence n'ont mené à aucun consensus. Baudouin traite d'erreur n'affectant pas la volonté des parties<sup>5</sup>, alors que Trudel considère qu'il s'agit plutôt d'une erreur qui empêche l'accord de volontés<sup>6</sup> ; on prétend que « La règle générale édictée par la doctrine et la jurisprudence est que l'action en annulation est l'unique recours »<sup>7</sup>, mais il est pourtant acquis que les tribunaux ont le pouvoir d'ordonner la correction de telles erreurs<sup>8</sup>... Comment expliquer ces positions diamétralement opposées, voire contradictoires ? Nous soumettons qu'il s'agit en

---

3. Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994, p. 221.

4. Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994, p. 221. Voir également Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2004, p. 569 : « Inexactitude qui se glisse par inadvertance dans l'exécution d'une opération (ex. erreur de calcul) ou dans la rédaction d'un acte (ex. omission d'un nom) et qui appelle une simple rectification – sans nouvelle contestation – à partir des données en général évidentes qui permettent de redresser l'erreur ou de réparer l'omission. »

5. Jean-Louis BAUDOUIN, *Les Obligations*, 6<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2005, par. 228.

6. Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1946, p. 160.

7. *Donat Flamand inc. c. Veilleux*, AZ-79033290, p. 4-5 (C.P.). Voir également *Boisvert Pontiac Buick ltée c. Rousson-Whissel*, EYB 1992-75295 (C.Q.).

8. *Bettan c. 146207 Canada inc.*, EYB 1993-55688 (C.A.).

fait d'un problème d'interprétation. L'expression « erreur matérielle » n'a pas de sens unique. Il s'agit d'un terme éclectique possédant plusieurs définitions et plusieurs fonctions souvent incompatibles.

Mais, puisqu'il nous faut tenter l'exercice de l'homogénéisation du concept afin d'en faire l'étude, nous proposons la définition adoptée par la Cour du Banc de la Reine, il y a de cela quarante ans, celle-ci nous semblant être la plus « rassembleuse ». Selon le tribunal, une erreur matérielle :

n'est pas une faute de l'esprit dans la détermination de ce qu'on a voulu communiquer, mais une faute dans le choix des termes employés pour faire cette communication ; c'est une faute qui a fait dire autre chose que ce qu'on a voulu exprimer ; en un mot, c'est un lapsus qui comprend non seulement certaines omissions involontaires et les fautes de rédaction proprement dites, mais aussi les erreurs de calcul.<sup>9</sup>

Si cette définition nous aide à comprendre l'essence de ce qu'est une erreur matérielle, elle ne nous renseigne guère sur son traitement juridique. Nous nous proposons donc d'étudier le sort réservé aux erreurs matérielles en droit des contrats en abordant la qualification législative (A), jurisprudentielle et doctrinale (B) de telles erreurs.

## **A. Qualification législative de l'erreur matérielle**

La notion d'erreur matérielle n'est pas expressément prévue aux articles 1400 et suivants du Code civil. En effet, bien que le législateur québécois édicte la sanction réservée aux erreurs matérielles en certaines circonstances, notamment en matière procédurale<sup>10</sup> et en droit de la consommation<sup>11</sup>, il n'a pas cru utile de préciser le sort réservé à de telles erreurs en droit des contrats. La question se pose donc : la notion d'erreur matérielle existe-t-elle réellement en droit des obligations ?

Tel que nous venons d'y faire allusion, la législation québécoise semble réserver la notion d'erreur matérielle aux erreurs entachant des jugements, documents officiels (registres, lettres

---

9. *Potvin c. Gagnon*, [1967] B.R. 300.

10. Art. 475 C.p.c.

11. Art. 224 L.p.c.

patentes, etc.), ordonnances ou autres décisions administratives ou judiciaires<sup>12</sup>. Le Code de procédure civile prévoit par exemple, à son article 475, que :

Le jugement entaché d'erreur d'écriture ou de calcul, ou de quelque autre erreur matérielle, peut être rectifié par le juge ou le greffier qui l'a rendu ; il en est de même de celui qui, par suite d'une inadvertance manifeste, accorde plus qu'il n'était demandé, ou omet de prononcer sur une partie de la demande. La rectification peut être faite d'office tant que l'exécution n'a pas été commencée ; elle peut l'être sur requête d'une partie en tout temps, sauf si le jugement a été frappé d'appel. Si le juge ou le greffier qui a rendu le jugement n'est plus en fonction, ou qu'il soit absent ou empêché d'agir, la requête doit être adressée au tribunal. Le délai d'appel ou d'exécution du jugement rectifié ne court que depuis la date de la rectification, lorsque celle-ci porte sur le dispositif.

- 
12. Voir : *Règlement sur la procédure d'appel*, R.Q. c. S-3.1, r. 3 ; *Règlement sur la procédure d'audition*, R.Q. c. S-3.1, r. 3.1 ; *Règles de procédure de la Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec*, R.Q. c. M-35.1, r. 5 ; *Loi sur les mécaniciens de machines fixes*, L.R.Q. c. M-6 ; *Règles de preuve, de procédure et de pratique du Comité de déontologie policière*, R.Q. c. O-8.1, r. 2 ; *Règlement sur le Registre des lobbyistes*, R.Q. c. T-11.011, r. 1 ; *Loi sur les terres agricoles du domaine de l'État*, L.R.Q. c. T-7.1 ; *Règles de preuve et de procédure du Comité de révision en matière de régimes de retraite*, R.Q. c. R-15.1, r. 3 ; *Règlement sur les règles de procédure du Bureau de décision et de révision en valeurs mobilières*, R.Q. c. V-1.1, r. 0.1.3 ; *Loi sur les décrets de convention collective*, L.R.Q. c. D-2 ; *Règlement sur la formation, le contrôle de la compétence, la délivrance d'une attestation et la discipline des sténographes*, R.Q. c. B-1, r. 6.1 ; *Règles sur les courses de chevaux de race Standardbred*, R.Q. c. C-72.1, r. 0.1.2 ; *Loi sur la Régie des alcools, des courses et des jeux*, L.R.Q. c. R-6.1 ; *Délégation de pouvoirs par le conseil d'administration de la Régie des rentes du Québec concernant le régime de rentes, le crédit pour le soutien aux enfants et les régimes complémentaires de retraite*, R.Q. c. R-9, r. 2.01.1 ; *Code du travail*, L.R.Q. c. C-27 ; *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.R.Q. c. P-39.1 ; *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12 ; *Loi concernant certaines caisses d'entraide économique*, L.R.Q. c. C-3.1 ; *Loi sur la fonction publique*, L.R.Q. c. F-3.1.1 ; *Loi sur les terres du domaine de l'État*, L.R.Q. c. T-8.1 ; *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q. c. V-1.1 ; *Code des professions*, L.R.Q. c. C-26 ; *Loi sur la justice administrative*, L.R.Q. c. J-3 ; *Loi sur la Régie du logement*, L.R.Q. c. R-8.1 ; *Loi sur les sociétés d'entraide économique*, L.R.Q. c. S-25.1 ; *Code de procédure pénale*, L.R.Q. c. C-25.1 ; *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q. c. A-2.1 ; *Code de procédure civile*, L.R.Q. c. C-25 ; *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*, L.R.Q. c. P-45 ; *Loi sur les services de santé et les services sociaux pour les autochtones cris*, L.R.Q. c. S-5 ; *Loi sur les mines*, L.R.Q. c. M-13.1 ; *Loi sur la fiscalité municipale*, L.R.Q. c. F-2.1 ; *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q. c. A-3.001 ; *Charte de la Ville de Montréal*, L.R.Q. c. C-11.4 ; *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, L.R.Q. c. R-15.1.

Notons par ailleurs qu'aucun des textes législatifs consultés ne fournit une définition claire de la notion d'erreur matérielle, préférant simplement indiquer qu'il s'agit d'une globalité incluant les erreurs de calcul et d'écriture (lesquelles notions demeurent également indéfinies).

En droit de la consommation, l'erreur matérielle est notamment visée à l'article 224 de la L.p.c. :

Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit : [...]

c) exiger pour un bien ou un service un prix supérieur à celui qui est annoncé.

En vertu de cette disposition, le commerçant qui a fait une erreur dans le cadre d'une offre se verrait dans l'obligation de respecter le prix indiqué, même si le consommateur sait ou devrait savoir qu'il y a erreur<sup>13</sup>. Cette position est d'ailleurs décriée par certains auteurs qui y voient un affront à l'obligation de contracter de bonne foi<sup>14</sup>.

Mais la question demeure : la notion d'erreur matérielle existe-t-elle réellement en droit des contrats ? Puisqu'il s'agit d'« erreurs », il semble utile de se référer aux dispositions du Code relatives aux vices de consentement. Or, l'article 1400 C.c.Q. nous apprend que :

L'erreur vicie le consentement des parties ou de l'une d'elles lorsqu'elle porte sur la nature du contrat, sur l'objet de la prestation ou, encore, sur tout élément essentiel qui a déterminé le consentement.

L'erreur inexcusable ne constitue pas un vice de consentement.

Reste à savoir si l'erreur matérielle constitue une erreur au sens du Code.

Selon Pineau, « [l']erreur est un désaccord entre la déclaration de volonté et la volonté réelle, une représentation fautive ou

---

13. Notons que les tribunaux ne se sont pas encore prononcés sur cette question.

14. Voir notamment Vincent GAUTRAIS, « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux », (2004) 106 *R. du N.*, 617, 637 et s.

15. Jean PINEAU *et al.*, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2001, p. 152-153.

inexacte de la réalité »<sup>15</sup>. L'auteur poursuit en indiquant que faire erreur sur quelque chose, c'est « croire vrai ce qui est faux ou croire faux ce qui est vrai »<sup>16</sup>. Est-ce le cas pour les erreurs matérielles en matière contractuelle ? Encore une fois, l'absence de définition législative nous laisse sans réponse définitive.

Notons que le législateur québécois n'est pas le seul à avoir omis de qualifier la notion d'erreur matérielle, le Code Napoléon étant tout aussi silencieux. Un projet de loi préparé en 1947 visait à corriger cette lacune, mais celui-ci est malheureusement mort au feuillet. Le projet de loi en question proposait le processus suivant en cas d'« erreur matérielle » :

L'erreur matérielle commise dans l'expression de la volonté ou dans sa transmission ne peut donner lieu à rectification que dans la mesure où l'acte n'a pas reçu son exécution ou dans le cas où cette exécution peut être interrompue sans qu'il en résulte un préjudice appréciable pour les personnes directement intéressées à l'acte. Cependant, la rectification des erreurs matérielles doit être opérée lorsque ces erreurs résultent avec évidence du contexte ou des circonstances.<sup>17</sup>

Bref, la législation, tant ici qu'en France, ne semble pas reconnaître expressément l'existence d'une sanction juridique propre aux erreurs matérielles en matière contractuelle. Devrions-nous appliquer la même logique qu'en droit procédural et permettre la correction des erreurs ou devrions-nous plutôt adapter le régime applicable en matière de contrats de consommation ? Si tel est le cas, comme la *Loi sur la protection du consommateur* s'applique uniquement aux contrats de consommation, devrions-nous déduire que, *a contrario*, il est toujours possible de corriger une erreur matérielle dans un contrat entre entreprises ? Comme nous le verrons maintenant, la jurisprudence et la doctrine ont su combler le vide législatif en matière d'erreur matérielle, mais non sans anicroche.

---

16. Jean PINEAU *et al.*, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2001, p. 152-153.

17. Article 9 du projet adopté par la Commission plénière le 2 juin 1948, *Travaux de la Commission de Réforme du Code civil*, année 1947-1948, p. 180. Voir Francis LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales de l'utilité du concept de déclaration de volonté*, Paris, L.G.D.J., p. 185-186.

## B. Qualification jurisprudentielle et doctrinale de l'erreur matérielle

Après analyse de la doctrine et de la jurisprudence en matière d'erreurs matérielles, il est possible de définir ce type d'erreur selon deux critères. D'abord, le type d'erreur (1), c'est-à-dire s'il s'agit d'une erreur d'écriture, de calcul, etc. Ensuite, la source de l'erreur (2), soit s'il s'agit d'une erreur partagée ou attribuable à un seul des cocontractants.

### 1. Types d'erreurs matérielles

Au cours des ans, la doctrine et la jurisprudence ont utilisé l'expression « erreur matérielle » pour caractériser différents types d'erreurs : erreur typographique<sup>18</sup>, erreur de calcul<sup>19</sup>, erreur d'écriture<sup>20</sup>, erreur cléricale<sup>21</sup>, erreur de forme<sup>22</sup>, erreur sur le prix<sup>23</sup>, etc. Afin d'effectuer un certain ménage sémantique, nous avons regroupé ces expressions sous deux titres, reprenant ainsi les enseignements de la Cour du Banc de la Reine<sup>24</sup>. Nous traiterons donc successivement des erreurs de calcul (a), puis de « certaines omissions involontaires et [...] fautes de rédaction proprement dites »<sup>25</sup>, que nous qualifierons d'erreurs d'écriture (b). Notons que cette division, bien artificielle il nous faut l'admet-

---

18. Voir par exemple *Groupe Coginter inc. c. Royal Building Systems (CDN) Ltd.*, REJB 2002-32203, par. 33 (C.S.).

19. Voir par exemple *Hydro-Québec c. Giasson*, (1981) AZ-81021488 (C.S.) ou *Potvin c. Gagnon*, [1967] B.R. 300.

20. Voir par exemple *Samarac Corporation Ltd. c. Gapa Investments Ltd.*, EYB 2006-104703, par. 46 (C.S.). Voir également Louis BEAUDOIN et Madeleine MAILHOT, *Expressions juridiques en un clin d'œil*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 136.

21. Voir par exemple *Potvin c. Gagnon*, [1967] B.R. 300 ; *Côté c. Faubert*, [1972] C.S. 610 ; et *Lussier Pontiac Buick GMC ltée c. Breton*, EYB 2003-41898 (C.Q.). Notons que, selon l'Office de la langue française, l'expression « erreur cléricale » est à éviter. Il faudrait plutôt employer le vocable « erreur d'écriture ». Voir également Louis BEAUDOIN et Madeleine MAILHOT, *Expressions juridiques en un clin d'œil*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 136.

22. Voir par exemple Louise LANGEVIN et Nathalie VÉZINA, « Le contrat », dans *École du Barreau du Québec, Collection de droit 2006-2007*, vol. 5, *Obligations et contrats*, 2006, EYB2006CDD126.

23. Voir par exemple Audrey LÉBOIS, « Erreur d'étiquetage et erreur sur le prix », (2002) 19 *Contrats Concurrence Consommation* 8, 8.

24. *Potvin c. Gagnon*, [1967] B.R. 300.

25. *Potvin c. Gagnon*, [1967] B.R. 300.

tre<sup>26</sup>, ne sert qu'à faciliter la compréhension du lecteur et ne saurait constituer une classification définitive.

a. *Erreur de calcul*

L'erreur de calcul (ou erreur arithmétique) représente la forme d'erreur matérielle la plus souvent retrouvée dans la jurisprudence québécoise, notamment en matière d'appel d'offres. Selon un courant jurisprudentiel constant<sup>27</sup>, les erreurs de calcul qui ne sont pas apparentes à la face même du contrat constituent des erreurs inexcusables et ne peuvent donc pas être corrigées. La victime de l'erreur se voit ainsi dans l'obligation de respecter le prix convenu, même si celui-ci est inférieur à la valeur du marché<sup>28</sup>.

La doctrine<sup>29</sup> et la jurisprudence<sup>30</sup> ont cependant énoncé une exception notoire à cette règle lorsque l'erreur de calcul est perceptible à la lecture du document, notamment lorsque les éléments du calcul y sont indiqués. Dans ce cas, il sera possible de procéder à la simple correction de l'erreur. C'est notamment ce que nous rappelle le juge Vaillancourt de la Cour supérieure dans

- 
26. En effet, selon le Grand dictionnaire terminologique, l'erreur de calcul ne serait rien de plus qu'une erreur d'écriture, soit une « Erreur commise lors de l'enregistrement d'une opération ou lors de la transcription de données ».
27. *Université Laval c. Black & Mc Donald Limitée*, EYB 2005-92261 (C.S.) ; *R. c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111, réaffirmé dans *Calgary c. Northern Construction Co.*, [1987] 2 R.C.S. 757 ; *La Communauté urbaine de Québec c. Construction Simard-Beaudry (1977) inc.*, [1985] C.S. 983 (confirmé en appel (J.E. 87-974)) ; *Confédération des caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec c. Services informatiques DecisionOne*, [2004] R.J.Q. 69 (C.A.).
28. *Confédération des caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec c. Services informatiques DecisionOne*, [2004] R.J.Q. 69 (C.A.) : « n'eût été de la mauvaise foi de l'appelante lors de l'acceptation de la soumission, l'intimée avait l'obligation d'honorer les termes de sa soumission, qu'elle [sic] qu'ait été l'importance de l'écart entre le prix soumis par erreur et le coût du contrat. ».
29. Thérèse ROUSSEAU-HOULE, *Les contrats de construction en droit public et privé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1982, p. 66 : « Quant aux erreurs purement matérielles, erreurs de transcription ou de calcul dans les opérations mathématiques nécessaires à l'établissement du montant global de l'offre, elles ne sont évidemment pas des erreurs viciant le consentement et de telles erreurs doivent normalement pouvoir être corrigées pourvu que le principe de l'égalité entre les soumissionnaires soit respecté. »
30. Voir par exemple *Excavation Louis St-Denis inc. c. Ste-Thérèse (Ville)*, EYB 1995-95611 (C.S.) et *Claude Bourdon électronique inc. c. Montréal (Communauté urbaine)*, EYB 1989-76516 (C.S.).



l'affaire *Claude Bourdon électronique inc. c. Montréal (Communauté urbaine)*<sup>31</sup> :

C'est beaucoup présumer et la Cour ne croit pas qu'il est de l'attribution d'un correcteur en cette matière de se mettre aux lieu et place d'un soumissionnaire pour effectuer des rectifications et des corrections, à moins qu'elles ne visent des erreurs évidentes, oui, mais aussi non complexes, des erreurs qui ne nécessitent pas, de la part du correcteur, qu'il suppose, qu'il présume de ce que le soumissionnaire a voulu dire. Il pourra corriger, par exemple, une multiplication manifestement erronée, comme pour citer l'exemple du savant procureur de l'intimée, la multiplication d'un prix à 2,00 \$ par la quantité, deux mille verges, pour arriver à deux mille dollars comme résultat.<sup>32</sup>

Notons qu'il est toutefois possible de prétendre que l'erreur de calcul n'est pas réellement une erreur matérielle puisque, comme le mentionne la Cour d'appel dans l'arrêt *Beaurivage et Méthot Inc. c. Corporation de l'Hôpital de Saint-Sacrement*<sup>33</sup>, l'erreur n'est pas dans la rédaction de l'acte, mais bien dans le calcul du prix. Bref, le prix indiqué au contrat est inscrit consciemment. Ceci pousse certains auteurs à soumettre qu'il s'agirait plutôt d'une erreur économique que d'une erreur matérielle. Avec respect pour l'opinion contraire, nous soumettons qu'il ne peut s'agir d'une erreur économique puisque celle-ci découle, comme nous le verrons plus loin, d'une mauvaise appréciation de la valeur d'un bien ou d'un service. Or, comme celui qui fait une erreur de calcul connaît la valeur des biens ou services qu'il offre, son erreur ne saurait être qualifiée d'« erreur économique ».

#### b. Erreur d'écriture

La qualification de l'erreur d'écriture s'avère plus problématique dans la mesure où ce type d'erreur est plus difficilement

---

31. EYB 1989-76516 (C.S.). Propos du juge Vaillancourt cités par la juge Colas.

32. Voir également *Beaurivage et Méthot Inc. c. Corporation de l'Hôpital de Saint-Sacrement*, EYB 1986-62345, par. 38 (C.A.) : « Il faudrait cependant reconnaître l'erreur matérielle telle l'erreur d'addition qui est apparente à la face même de la soumission ; elle devrait être perçue à la vérification usuelle visant la conformité de chaque offre ; sa correction devrait être admise pour rendre conforme l'offre apparente à l'offre réelle » ; *Hydro-Québec c. Giasson*, (1981) AZ-81021488 (C.S.) : « L'erreur de la demanderesse, dont il s'agit, n'est pas fatale à la validité du contrat. Elle n'est pas une erreur sur des éléments essentiels du contrat mais plutôt une erreur dans l'exécution du contrat, soit une erreur de calcul. » et *Hydro-Québec c. 116260 Canada inc.*, EYB 1991-79459 (C.S.).

33. EYB 1986-62345.

perceptible ou encore laisse place à interprétation. Nous avons subdivisé ce type d'erreur en deux volets : l'erreur typographique (i) et l'erreur sur le prix (ii).

i. Erreur typographique

L'erreur typographique, communément appelée « coquille »<sup>34</sup> ou « faute de frappe »<sup>35</sup> est une « [l]ettre ou syllabe substituée par erreur à une autre lors de la composition »<sup>36</sup>. Sont également incluses les substitutions de mots, ainsi que les fautes de grammaire et de syntaxe. Si ce type d'erreur anodine sera normalement ignoré puisque n'affectant pas réellement les obligations prévues au contrat, il peut parfois avoir pour effet de rendre l'intention des parties difficile à cerner.

Par exemple, dans l'affaire *Re / Max Excellence inc. c. Fortugno*<sup>37</sup>, une erreur typographique est au cœur d'une dispute sur la révocabilité d'un contrat de courtage immobilier, ledit contrat comportant une clause indiquant que celui-ci était « irroccable » :

Les défendeurs prétendent avoir compris que le contrat de courtage était révocable. La mention « irroccable » signifierait pour eux « révocable. » Or, il est évident qu'il s'agit d'une erreur matérielle de madame Milioto dans la rédaction de cette clause particulière du contrat de courtage, en raison du fait que sa langue maternelle est l'italien, et qu'elle s'exprime mieux en anglais qu'en français. Toute personne raisonnable aurait compris qu'« irroccable » était beaucoup plus près de irrévocable que de révocable.<sup>38</sup>

Il va de soi que le juge placé devant une telle erreur devra tenter de cerner l'intention des parties lors de la rédaction de l'acte<sup>39</sup>, mais cela deviendra d'autant plus difficile dans les cas où la substitution est indécélable, par exemple lorsque l'un des cocontractants indique la mauvaise unité de mesure. C'est ce qui s'est notamment produit dans l'arrêt albertain *Performance*

---

34. Grand dictionnaire terminologique. Voir également *B. Fréreau & Fils inc. c. Société québécoise d'assainissement des eaux*, REJB 1997-03411 (C.S.) et Louis BEAUDOIN et Madeleine MAILHOT, *Expressions juridiques en un clin d'œil*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 136.

35. Louis BEAUDOIN et Madeleine MAILHOT, *Expressions juridiques en un clin d'œil*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 136.

36. Grand dictionnaire terminologique.

37. EYB 2005-89743 (C.Q.).

38. *Re / Max Excellence inc. c. Fortugno*, EYB 2005-89743, par. 29 et 30 (C.Q.).

39. Art. 1425 C.c.Q.

*Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*<sup>40</sup>, où il était question d'une parcelle de terre de 480 verges par 110 pieds. Il s'agissait en fait d'une erreur, l'entente initiale étant pour une parcelle de 480 verges par 110 verges. La Cour suprême a permis la correction de l'erreur puisque :

Bien que les parties n'aient pas discuté de la description technique des lieux, elles travaillaient à un projet d'aménagement défini. O'Connor ne saurait se plaindre du fait que les chiffres qu'il a inscrits à la clause 18 (110 x 480) sont acceptés et confirmés. La question, par conséquent, est l'erreur créée par sa substitution apparemment frauduleuse, relativement à une des dimensions, d'une mesure en pieds à une mesure en verges. Nous savons que le chiffre 480 désigne des verges puisqu'il correspond à la distance du 18<sup>e</sup> trou. Si le chiffre 110 désigne non pas des pieds mais des verges, il y a alors symétrie des unités de mesure, la certitude est maintenue et la thèse de Bell est confirmée.<sup>41</sup>

Qui plus est, dans cette affaire, la preuve démontrait que les dimensions indiquées au contrat étaient insuffisantes pour accueillir les constructions projetées. Il ressortait donc clairement du contexte que la mention « pieds » était le fruit d'une erreur typographique. Cependant, qu'en est-il lorsque l'erreur n'est pas apparente à la face même du contrat ? Si l'on applique la règle de l'acte clair, il faudrait appliquer le contrat tel qu'il est rédigé puisque « lorsque le contrat n'est pas ambigu et que son sens est clair, il n'y a pas de motif à interprétation »<sup>42</sup>. Ce principe a d'ailleurs été récemment réitéré par la Cour du Québec dans l'affaire *Re/Max Excellence* précitée :

Enfin, les défendeurs ne sont pas des ignares. Ils savent ou devraient le savoir que lorsqu'ils apposent leur signature à un contrat, c'est ce qui est écrit dans le contrat qui compte, et non ce qui pourrait être dit verbalement, si c'était le cas.<sup>43</sup>

Rappelons toutefois que, en vertu du *Code civil du Québec*, l'intention des parties doit toujours primer sur le texte, l'article 1425 C.c.Q. prévoyant que, « [d]ans l'interprétation du contrat, on

---

40. REJB 2002-28038 (Cour suprême).

41. *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, REJB 2002-28038, par. 49 (Cour suprême, en appel d'une décision de la Cour d'appel d'Alberta).

42. François GENDRON, *L'interprétation des contrats*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 29.

43. *Re/Max Excellence inc. c. Fortugno*, EYB 2005-89743, par. 25 (C.Q.).

doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés »<sup>44</sup>. Nous développerons cette notion dans la seconde partie du présent article.

## ii. Erreur sur le prix

L'erreur sur le prix est celle où le prix indiqué au contrat ne correspond pas au véritable prix du bien ou du service (oubli d'un chiffre, virgule mal située, etc.<sup>45</sup>). Bref, il s'agit d'une erreur matérielle « commise par le vendeur dans l'énonciation du prix : le chiffre qu'il voulait déclarer est tout autre que celui qu'il a exprimé »<sup>46</sup>. Comme le souligne un auteur :

Il ne faut pas confondre non plus l'erreur sur le prix avec la simple erreur de calcul, l'erreur arithmétique, laquelle donne uniquement lieu à rectification. Ainsi en va-t-il lorsque les parties ont contracté en pleine connaissance des éléments du calcul.<sup>47</sup>

Tout comme l'erreur de calcul, l'erreur sur le prix ne pourra donner lieu à l'annulation du contrat sauf si l'erreur est à ce point évidente que le maintien du contrat choquerait la conscience collective<sup>48</sup>. Bref, le contrat sera annulé si le cocontractant savait ou aurait dû savoir qu'il y avait erreur lorsqu'il a contracté<sup>49</sup>. Si ce principe semble aller de soi, son application peut s'avérer problématique puisqu'il n'est pas toujours facile de savoir si une aubaine est « trop bonne pour être vraie », pour employer un anglicisme<sup>50</sup>. Fort heureusement, la Cour d'appel nous renseigne sur l'obligation du cocontractant :

Devrait-on considérer que l'hôpital intimé avait par ses propres estimations antérieures à l'appel d'offres connu le coût approximatif des travaux évalués à quelque 200 000,00 \$ ? Ainsi, ouvrant les

---

44. Art. 1425 C.c.Q.

45. Voir notamment Vincent GAUTRAIS, « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux », (2004) 106 *R. du N.* 617, 637.

46. Audrey LÉBOIS, « Erreur d'étiquetage et erreur sur le prix », (2002) 19 *Contrats Concurrence Consommation* 8, 8.

47. François TERRÉ *et al.*, *Les obligations*, Paris, Dalloz, 2005, p. 218.

48. *The Aetna Life Insurance Company c. Brodie*, [1879] 5 R.C.S. 1, 18.

49. Voir notamment Benjamin GROEBNER, « Oops ! The Legal Consequences Of and Solutions To Online Pricing Errors », (2004) 1 *Shidler J. L. Com. & Tech.* 2 : <<http://www.lctjournal.washington.edu/vol1/a002Groebner.html>>.

50. Voir notamment Benjamin GROEBNER, « Oops ! The Legal Consequences Of and Solutions To Online Pricing Errors », (2004) 1 *Shidler J. L. Com. & Tech.* 2 : <<http://www.lctjournal.washington.edu/vol1/a002Groebner.html>>.

soumissions, notant celle de Beurivage à quelque 110 000,00 \$, n'aurait-elle pas dû conclure à l'erreur ? Séduisant à première vue, un tel raisonnement va totalement à l'encontre du processus des soumissions publiques qui s'adresse à des gens avertis soit des entrepreneurs en construction dans l'espèce. Tout le système est précisément destiné à l'obtention d'un prix avantageux, nous l'avons déjà mentionné. De multiples raisons peuvent inciter des soumissionnaires à faire le travail à un prix inférieur aux estimations pour des raisons aussi variées qu'étrangères aux propriétaires. Celles-ci peuvent être justifiées de mille façons. Certaines causes peuvent être reliées à l'industrie même de la construction, à la période de l'année, au procédé ou méthode employée, à la spécialisation de l'entreprise, etc. Un tel système comporte nombre d'avantages et d'inconvénients que les parties acceptent consciemment des risques qu'il comporte. Malheureusement l'équité n'y a guère place.<sup>51</sup>

Les tribunaux semblent donc appuyer la thèse voulant qu'une partie n'ait pas l'obligation d'aviser son cocontractant d'un prix en deçà de la valeur du bien en cause<sup>52</sup>. Cela va sans dire : qui d'entre-nous s'est déjà plaint qu'il ne payait pas assez cher pour les biens et services obtenus ? Une obligation en ce sens irait à l'encontre du modèle capitaliste, mais surtout de la nature humaine. D'autant plus qu'il est admis « qu'il est rare que, dans un cadre contractuel, chacune des deux parties contractantes fasse une aussi bonne affaire l'une que l'autre. »<sup>53</sup>

## **2. Sources des erreurs matérielles**

Tel que nous y avons fait allusion en introduction, l'expression « erreur matérielle » est utilisée pour désigner deux catégories d'erreurs issues de situations distinctes et pour lesquelles la sanction diffère. La première de ces erreurs est celle qui est attribuable à une mauvaise retranscription de l'intention des parties. C'est le cas, par exemple, d'un bail qui indique un loyer mensuel de 450,00 \$ alors que les parties s'étaient préalablement entendues sur un prix de 650,00 \$<sup>54</sup>. En anglais, on dira qu'il s'agit

---

51. *Beurivage et Méthot Inc. c. Corporation de l'Hôpital de Saint-Sacrement*, EYB 1986-62345, par. 35 à 37 (C.A.).

52. Voir *Chrétien c. Longue Pointe Chrysler Plymouth (1987) ltée*, REJB 2000-19318. Par. 31 (C.Q.) : « M. Chrétien sait qu'il fait un bon achat mais il n'a aucune obligation à prévenir son vendeur qu'il trouve le prix trop bas. »

53. Jean PINEAU *et al.*, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2001, p. 156.

54. *Morin c. Paquette*, (2006) AZ-50400771 (Régie du Logement).

de « clerical errors » (d'erreurs cléricales<sup>55</sup>). La Cour suprême utilise quant à elle l'expression « erreurs matérielles « mutuelles »<sup>56</sup> ».

Cependant, l'expression « erreur matérielle » désigne également les erreurs commises par l'une des parties à l'insu de l'autre, comme, par exemple, lorsqu'un vendeur indique le mauvais prix dans un contrat d'adhésion à l'insu de l'adhérent<sup>57</sup>. Il s'agit d'erreurs matérielles « unilatérales », pour reprendre l'expression consacrée par la Cour suprême<sup>58</sup>.

Or, il existe une certaine confusion tant au niveau doctrinal que jurisprudentiel entre ces deux catégories d'« erreurs matérielles », laquelle confusion est due, ironiquement, à une telle erreur. En effet, on traite parfois indistinctement de ces deux catégories d'erreurs matérielles alors que leurs causes<sup>59</sup> et leurs conséquences possibles<sup>60</sup> sont bien distinctes. Pire encore, on citera parfois un courant jurisprudentiel ou doctrinal relatif à une erreur « mutuelle » dans une cause portant sur une erreur « unilatérale » ou l'inverse. Bref, on commettra une erreur matérielle en parlant d'erreur matérielle alors que l'on désirait plutôt parler d'erreur matérielle !

Il importe donc d'effectuer un ménage sémantique afin d'éviter cette confusion, d'autant plus que, comme nous le verrons maintenant, il n'est pas certain que l'utilisation du descriptif « erreur matérielle » soit propice dans chacune de ces situations.

Dans les cas où l'écrit ne représente pas fidèlement l'entente intervenue entre les parties suite à une coquille, faute de frappe ou autre lapsus typographique, l'expression « erreur matérielle » est, à notre avis, mal choisie. Nous ne saurions affirmer qu'il ne

---

55. Selon l'Office de la langue française, l'expression « erreur cléricale » est à éviter. Il faudrait plutôt employer le vocable « erreur d'écriture ».

56. *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, REJB 2002-28038.

57. *Île Perrot Nissan c. Holcomb*, REJB 2001-22774 (C.Q.) (confirmée en appel, REJB 2003-41863).

58. *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, REJB 2002-28038.

59. Tantôt une erreur de retranscription de l'intention des parties, tantôt une absence de communication claire de l'intention de l'une des parties.

60. Comme nous le verrons dans la deuxième partie de cet article, le premier type d'erreur matérielle pourra simplement être corrigé, alors que le second n'a comme seule sanction possible que la nullité du contrat.

s'agit pas d'une erreur au sens générique du terme<sup>61</sup>, ou encore que l'expression « erreur matérielle » décrit erronément le type d'erreur en question<sup>62</sup>, mais nous considérons que cette expression laisse croire que ces coquilles pourraient être visées par les articles 1400 et suivants du *Code civil du Québec*, ce qui n'est pourtant pas le cas.

En vertu des dispositions du Code, l'erreur, sauf lorsque provoquée par le dol, ne peut entraîner la modification du contrat, seulement la nullité de celui-ci<sup>63</sup> :

L'erreur simple (par opposition à l'erreur provoquée par le dol) ne peut entraîner désormais qu'une seule sanction, soit la nullité relative de l'engagement. La phraséologie précise de l'article 1407 C.c. exclut, en effet, la possibilité qu'elle puisse donner naissance à un recours en dommages-intérêts ou en réduction des obligations, comme l'avait admis une certaine jurisprudence minoritaire sous le régime du *Code civil du Bas-Canada*.<sup>64</sup>

Il va de soi que l'on ne saurait prétendre que l'erreur matérielle peut être provoquée par le dol. En effet, si cette erreur est mutuelle (les parties se sont entendues sur un prix différent de celui indiqué au contrat, par exemple), il est inopportun de plaider une quelconque mesure dolosive de la part de notre cocontractant. Si l'erreur est attribuable à une seule partie (normalement celle ayant rédigé un contrat d'adhésion) le dol demeure improbable :

Cependant, doit-on conclure [...] que c'est le silence du défendeur qui a provoqué l'erreur ? Le Tribunal ne le croit pas. C'est la deman-

---

61. Selon Hubert REID (*Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994, p. 220), l'erreur est une « Appréciation inexacte portant sur l'existence ou la perception d'un fait matériel ou sur l'existence ou l'interprétation d'une règle de droit ».

62. Notons que cette expression est utilisée aux articles 1096 et 3016 du C.c.Q. pour désigner ce même type d'erreurs.

63. Voir *Lionel Labrie inc. c. Les Ferronniers de Hauterive*, [1977] C.A. 495 ; *Donat Flamand inc. c. Veilleux*, AZ-79033290 (C.P.) ; *Boisvert Pontiac Buick Ltée c. Rousson-Whissel*, EYB 1992-75295 (C.Q.). Voir également Maurice TANCELIN, *Sources des obligations*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 74.

64. Jean-Louis BAUDOUIN, *Les Obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 212. Dans le même ordre d'idée, voir Vincent KARIM, *Les obligations*, vol. 1, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 236 : « L'article 1407 C.c.Q. prévoit que la partie dont le consentement est vicié peut demander la nullité du contrat, cette nullité ne peut être que relative compte tenu de la disposition de l'article 1419 C.c.Q. Désormais, on ne peut donc demander la nullité absolue comme sanction de l'erreur simple. Il est aussi impossible pour une partie d'avoir recours à une réduction de son obligation et à des dommages-intérêts. » (nos soulignements).

deresse elle-même qui a commis l'erreur lors de la préparation des contrats et ce, avant de les présenter pour signature au défendeur. Celui-ci était complètement étranger à cette rédaction.<sup>65</sup>

Ainsi, la notion de dol semble incompatible avec celle d'« erreur matérielle ». Pourtant, la correction d'une erreur matérielle, notamment en cas d'erreur de calcul, équivaut nécessairement à une réduction de l'obligation d'une des parties, sanction réservée aux cas de dol en vertu de l'article 1407 C.c.Q. Or, tant la doctrine<sup>66</sup> que la jurisprudence<sup>67</sup> s'entendent pour énoncer que, lorsqu'une coquille rend l'écrit non conforme à l'intention des parties, la seule sanction possible réside dans la simple correction de l'erreur. Pour reprendre les propos du juge Jean-Louis Baudouin dans l'arrêt *Bettan c. 146207 Canada inc.*<sup>68</sup> :

Le respect de la parole donnée et l'exécution de bonne foi des engagements pris doivent l'emporter sur le formalisme. Le tribunal garde donc le pouvoir d'ordonner la correction d'erreurs matérielles mineures, qui ne touchent pas au consentement des parties et n'opèrent donc pas substitution de l'opinion du tribunal à la volonté des contractants.<sup>69 70</sup>

---

65. *Île Perrot Nissan c. Holcomb*, REJB 2001-22774, par. 46 (C.Q.) (confirmée en appel, REJB 2003-41863).

66. Voir notamment Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1946, p. 175-176 : « Il y a enfin bien d'autres erreurs possibles dans un contrat : matérielle, faute de calcul, mauvaise désignation, etc. Quand rien n'autorise l'annulation de l'acte, ni le rajustement du prix, les contractants ont-ils quelque recours en rectification de l'erreur ? Il faut répondre : oui, s'ils y ont intérêt. Sans cette condition, aucune action n'est recevable. [...] Toujours le tribunal cherchera l'intention manifeste des parties. Quand il l'aura trouvée, l'usage de mots ou de chiffres erronés n'y changera rien. Ainsi, une rectification implicite de l'erreur se fera par le jugement qui fait dorénavant la loi des parties. »

67. Voir notamment *Morin c. Paquette*, (2006) AZ-50400771 (Régie du Logement) ; *Astoria Holdings c. Lunetterie vision plus L.G. inc.*, EYB 2005-86191 (C.Q.) ; *E.G. Automobiles inc. c. Les placements Métivier inc.*, REJB 2003-44168 (C.S.) ; *Boisvert Pontiac Buick Ltée c. Rousson-Whissel*, EYB 1992-75295 (C.Q.) ; *Hydro-Québec c. 116260 Canada inc.*, EYB 1991-79459 (C.S.) ; *Provenzano c. Greco*, EYB 1991-56580 (C.A.) ; *J.A. Thibault Inc. c. La Maritime, Compagnie d'assurance-vie*, EYB 1990-76844 (C.S.) ; *Versafood Services Ltd. c. Alstar Industries Ltd.*, [1976] C.A. 388 ; *The Aetna Life Insurance Company c. Brodie*, [1879] 5 R.C.S. 1.

68. EYB 1993-55688 (C.A.).

69. La Cour se réfère ici aux affaires *Charlebois c. Beril*, (1927) 43 B.R. 295 ; *Quiot c. Spector*, [1978] C.A. 312 ; *Provensanc c. Bebori*, [1991] E.D.I. 450 (C.A.) ; et *Richard c. Gilbert*, [1991] R.D.I. 29 (C.A.).

70. *Bettan c. 146207 Canada inc.*, EYB 1993-55688 (C.A.).



Si les seules erreurs pouvant permettre la réduction des obligations d'une partie sont celles causées par le dol, mais que l'erreur matérielle ne saurait être le fruit du dol, il nous faut donc conclure que l'erreur matérielle « mutuelle » ne saurait être considérée une erreur au sens des articles 1400 et suivants du *Code civil du Québec*.

Ceci s'explique par le fait que ce type d'erreur matérielle n'affecte pas le contrat, mais bien l'écrit qui le constate. En effet, il n'est pas inutile de rappeler que le contrat est formé « par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter »<sup>71</sup>. Or, si l'on plaide que le document n'est pas conforme à l'intention commune des parties, c'est nécessairement qu'il y a eu échange de consentement **avant** la signature du document contractuel et donc que le contrat était déjà formé. Pour reprendre les propos de la Cour suprême :

Selon les principes du droit civil énoncés dans le *Code civil du Québec*, il ne faut pas confondre un contrat avec l'écrit qui en constate les termes. Le contrat c'est l'entente entre les parties et l'écrit n'en est que la preuve.<sup>72</sup>

Dans un tel cas, on ne devrait donc pas parler de la possibilité de corriger le contrat, mais seulement l'écrit qui le constate. Or, si, comme le souligne Pineau, « [l]'erreur est un désaccord entre la déclaration de volonté et la volonté réelle »<sup>73</sup>, alors l'erreur matérielle « mutuelle » n'est pas une erreur au sens du Code puisqu'il s'agit non pas d'un désaccord entre la volonté réelle et la volonté déclarée, mais bien d'un désaccord entre la volonté déclarée et la constatation matérielle de cette déclaration.

Cette méprise que constitue, à nos yeux, l'apposition de l'étiquette « erreur » aux simples coquilles est notamment attribuable à une malencontreuse hétérogénéité législative. La législation québécoise traite effectivement la notion d'« erreur » de façon distincte que nous soyons en matière procédurale ou contractuelle. Tel que nous l'avons déjà abordé, l'article 475 C.p.c. prévoit que, en matière procédurale, le remède privilégié en cas

---

71. Art. 1385 C.c.Q.

72. *Guardian Insurance Company of Canada c. Victoria Tire Sales Ltd.*, (1979) 2 R.C.S. 849, tel que citée par le juge Savoie dans *J.A. Thibault Inc. c. La Maritime, Compagnie d'assurance-vie*, EYB 1990-76844 (C.S.).

73. Jean PINEAU *et al.*, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2001, p. 152-153.

d'« erreur matérielle » est la rectification de l'erreur. Les tribunaux – et subséquemment la doctrine – ont donc importé cette notion strictement procédurale en droit des contrats afin de combler un certain vide législatif, le tout sans envisager la confusion terminologique qu'une telle transposition pourrait entraîner<sup>74</sup>. Le législateur a suivi lui aussi dans cette lignée en utilisant l'expression « erreur matérielle » aux articles 1096<sup>75</sup> et 3016<sup>76</sup> du nouveau Code de 1994 pour désigner les erreurs « mutuelles », ce qui n'aide aucunement à clarifier la situation.

Cette confusion n'est, par ailleurs, pas anodine puisqu'elle a contribué à brouiller les limites entre ce qu'il convient d'appeler un simple lapsus rendant le document contractuel non conforme à l'intention commune des parties et la véritable **erreur** matérielle (au sens de l'article 1400 C.c.Q.), celle qui a pour effet de vicier le consentement d'une partie, par exemple lorsqu'un contrat d'adhésion ne reflète pas réellement l'intention de son rédacteur, le tout à l'insu de l'adhérent<sup>77</sup>.

Prenons par exemple cet extrait du *Traité théorique et pratique de droit civil* de G. Baudry-Lacanterie et L. Barde<sup>78</sup> auquel ont fait référence les tribunaux québécois à plus d'une reprise<sup>79</sup> lorsque confrontés à une « erreur matérielle » :

Enfin les simples erreurs de calcul. Il importe peu, d'ailleurs, qu'elles soient sans influence sur la validité du contrat, car la partie

---

74. Voir notamment l'affaire *Côté c. Faubert*, [1972] C.S. 610, 614 : « S'il était nécessaire d'en dire davantage sur l'erreur cléricale, j'ajouterais, en faisant une analogie entre l'erreur cléricale contenue dans un acte notarié et l'erreur cléricale contenue dans un jugement [...] ».

75. « Les décisions du syndicat sont prises à la majorité des voix des copropriétaires présents ou représentés à l'assemblée, y compris celles visant à corriger une erreur matérielle dans la déclaration de copropriété. » (nos soulignements).

76. « Lorsque l'officier constate une erreur matérielle dans un registre, dans l'état certifié d'une inscription ou dans une mention faite en marge d'un document, ou qu'il constate l'omission d'une inscription ou d'une mention dans un registre ou en marge d'un document, il procède à la rectification ou à l'inscription, ou effectue la mention, de la manière prescrite par règlement. » (nos soulignements).

77. Voir par exemple *Île Perrot Nissan c. Holcomb*, REJB 2001-22774 (C.Q.) (confirmée en appel, REJB 2003-41863).

78. Tome 1<sup>er</sup>, 3<sup>e</sup> éd., Paris, J.-B. Sirey, 1906.

79. Voir notamment *Gaz Métropolitain c. Bacon America inc.*, REJB 2001-29997 (C.S.) (Confirmé en appel REJB 2003-49822 (C.A.)) ; *Hydro-Québec c. Giasson*, (1981) AZ-81021488 (C.S.) ; *Raymond Lachapelle Ltée c. Nivose Ltée*, [1971] C.A. 685.

à laquelle ces erreurs profitent ne peut pas s'opposer à ce qu'elles soient réparées.<sup>80</sup>

Certains pourraient prétendre, comme l'ont fait les tribunaux<sup>81</sup>, que cette citation s'applique en cas d'erreurs matérielles unilatérales, notamment en matière de soumissions. Pourtant, c'est là une fausse interprétation de cet extrait, puisque G. Baudry-Lacanterie et L. Barde ne font qu'y réitérer les enseignements de Domat (auxquels ils renvoient en bas de page). Or, ce dernier, dans le passage cité, vise clairement et uniquement les coquilles rendant l'écrit contraire à l'intention commune des parties :

L'erreur de calcul est la méprise qui fait qu'en comptant on met un nombre au lieu d'un autre qui était le vrai, qu'on aurait mis sans cette méprise. Ce qui est une espèce d'erreur de fait différente de toute autre erreur, en ce qu'elle est toujours réparée ; car il est toujours certain que les parties n'ont voulu mettre que le juste nombre, et n'ont pu faire qu'aucun autre pût en tenir la place.<sup>82</sup> (nos soulignements)

La situation est d'autant problématique que si l'une des parties plaide que l'écrit n'est pas conforme à l'entente intervenue, l'autre contrera en indiquant que, si erreur il y a, celle-ci est attribuable uniquement à l'incurie de son cocontractant et qu'elle lui est donc inopposable. Le juge devra ainsi décider s'il s'agit d'un cas d'erreur matérielle ou encore d'un cas d'erreur matérielle, ce qui n'aidera nullement à dissiper la confusion !

Cette confusion est d'ailleurs soulignée par le juge Baudouin lorsqu'il écrit qu'« [il] faut cependant bien distinguer la véritable erreur matérielle de celle qui touche à la volonté des parties et qui, elle, ne peut évidemment être réparée par le tribunal »<sup>83</sup>. Avec respect pour le juge Baudouin, la « véritable erreur matérielle », au sens des articles 1400 et suivants du C.c.Q., ne serait-elle pas plutôt celle qui touche à la volonté des parties puisque, tel qu'indiqué, c'est cette seule catégorie d'erreur matérielle qui semble être visée par ces dispositions du Code ?

---

80. G. BAUDRY-LACANTERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Tome 1<sup>er</sup>, 3<sup>e</sup> éd., Paris, J.-B. Sirey, 1906, p. 113.

81. Voir par exemple *Raymond Lachapelle Ltée c. Nivose Ltée*, [1971] C.A. 685.

82. J. DOMAT « Lois civiles », dans J. REMY, *Œuvres complètes de J. Domat*, tome 1<sup>er</sup>, Paris, Alex-Gobelet, 1835, p. 385.

83. Jean-Louis-BAUDOUIN, *Les Obligations*, 6<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2005, par. 228.

Quoi qu'il en soit, et afin d'éviter de contribuer à la confusion, nous utiliserons l'expression « lapsus matériel »<sup>84</sup> pour désigner l'erreur matérielle « mutuelle », c'est-à-dire celle ne représentant pas l'intention réelle des parties, et l'expression « erreur matérielle unilatérale » pour désigner l'erreur matérielle qui « touche à la volonté des parties », cette distinction étant celle employée par certains auteurs français<sup>85</sup>.

## II- CONSÉQUENCES DE L'ERREUR MATÉRIELLE

Tel que nous y avons fait allusion en première partie, la sanction réservée aux contrats entachés d'« erreurs matérielles » sera tantôt la correction de l'erreur, tantôt l'annulation du contrat ou le maintien des obligations contractuelles, tout dépendant de la catégorie d'erreur. Nous nous proposons donc maintenant d'analyser plus en profondeur les conséquences et sanctions propres au lapsus matériel (A), ainsi qu'à l'erreur matérielle unilatérale (B).

### A. Lapsus matériel

Le lapsus matériel, bien qu'il mérite d'être abordé, ne cause pas de réelle problématique juridique puisqu'il est de l'essence même du droit des contrats que l'écrit reflète clairement l'intention des parties<sup>86</sup>. Planiol et Ripert le soulignaient déjà :

Le souci de faire prévaloir la volonté réelle et en même temps la justice conduit à écarter l'application d'une clause, même claire et précise, qui paraît le résultat d'une erreur manifeste, et en contradiction avec leur intention commune certaine.<sup>87</sup>

Il découle de cette règle que, tel que nous l'avons déjà énoncé, lorsqu'une « erreur matérielle » est due à un lapsus commun aux

---

84. La notion d'« erreur découlant d'un lapsus » est d'ailleurs substituée à celle d'« erreur matérielle » en matière de procédure devant la Cour canadienne de l'impôt. Voir les *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*, D.O.R.S./90-688a art. 172.

85. Philippe MALAURIE *et al.*, *Les obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Defrenois, 2003, p. 249 : « Les erreurs qui résultent d'un lapsus doivent être distinguées des erreurs matérielles qui ont empêché la rencontre des volontés ».

86. Art. 1425 C.c.Q.

87. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., t. VI, « Obligations », Paris, L.G.D.J., 1952, p. 481, tel que cité par François GENDRON, *L'interprétation des contrats*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 31-32. L'article 1425 C.c.Q. reprend d'ailleurs ce principe : « Dans l'interprétation du contrat, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés. »

deux parties, le juge est autorisé de passer outre la règle formulée aux articles 1400 et suivants du Code à l'effet que l'annulation du contrat est la seule sanction envisageable. Pour reprendre les propos de Léo Ducharme, « [l]orsque l'erreur affecte, non pas le consentement à un acte juridique, mais l'écrit qui le constate, elle n'entraîne pas la nullité de l'acte, mais affecte uniquement la validité de l'écrit en question »<sup>88</sup>. Ce principe a d'ailleurs clairement été énoncé en 1979 par le juge André Desjardins de la Cour du Québec :

La règle générale édictée par la doctrine et la jurisprudence est que l'action en annulation est l'unique recours [...] Si cette règle générale semble plutôt formelle elle admet quand même certaines exceptions. Ce sont : [...] Des cas où on demande la correction d'une erreur matérielle dans la rédaction d'un contrat en vue de faire ressortir la véritable intention des parties.<sup>89</sup>

Comme nous l'avons déjà abordé, ceci s'explique par le fait que ce type d'« erreur » n'affecte pas la volonté réelle des parties, mais bien sa constatation matérielle<sup>90</sup>. Ainsi, comme l'écrit n'est pas conforme à l'intention des parties (le véritable contrat), et que celle-ci doit nécessairement primer sur le document, les parties peuvent s'adresser au juge pour obtenir la correction de l'« erreur »<sup>91</sup>. C'est d'ailleurs ce qui a été réaffirmé à maintes reprises tant par les tribunaux<sup>92</sup> que la doctrine<sup>93</sup>.

---

88. Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, par. 1081.

89. *Donat Flamand inc. c. Veilleux*, (1979) AZ-79033290, p. 4-5 (C.P.). Voir également *Boisvert Pontiac Buick ltée c. Rousson-Whissel*, EYB 1992-75295 (C.Q.).

90. Jean-Louis-BAUDOIN, *Les Obligations*, 6<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2005, par. 228.

91. Jean-Louis-BAUDOIN, *Les Obligations*, 6<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2005, par. 228.

92. Voir notamment *St-Stanislas-de-Kostka (Corporation municipale du village) c. Dumouchel*, EYB 1988-78224, par. 51 et s. (C.S.). Voir également *Morin c. Paquette*, (2006) AZ-50400771 (Régie du Logement) : « une erreur purement matérielle portant sur le loyer inscrit au bail qui n'affecte pas la volonté réelle des parties, mais seulement sa constatation matérielle, ne constitue pas une cause de nullité du bail. »

93. Pour la doctrine québécoise, voir notamment Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, par. 1081 et 1082. Pour la doctrine française, voir notamment Philippe MALAURIE *et al.*, *Les obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Defrenois, 2003, p. 249 : « les erreurs purement arithmétiques doivent être rectifiées. Ce ne sont là que les applications d'un principe général : il doit y avoir, non nullité de l'acte, mais rectification de l'erreur matérielle ou arithmétique chaque fois que les éléments du calcul ont été connus et pris en considération par les parties. » (nos soulignements). Voir également Audrey

Bref, le droit quant aux lapsus matériels n'a guère évolué au cours des dernières décennies. La jurisprudence québécoise du début du siècle dernier exposait déjà de façon limpide et digeste la marche à suivre pour les tribunaux, règle qui se veut toujours d'actualité :

les juges ont le pouvoir de déclarer qu'une convention contient une erreur matérielle, de rectifier cette erreur, et que cette rectification ne constitue pas une violation de la loi ; qu'il y a lieu à interprétation d'un contrat lorsque, malgré leur clarté, les termes d'un contrat pris dans leur sens littéral, ne sont pas susceptibles de se concilier avec la nature du contrat et l'intention des parties, que rien n'empêche que l'intention des parties soit recherchée en dehors de l'acte lui-même dans d'autres écrits et dans les circonstances de la cause.<sup>94</sup>

Notons par ailleurs que cette logique s'étend aux provinces de common law. Dans l'arrêt *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*<sup>95</sup>, la Cour suprême en est venue à la conclusion qu'une « erreur matérielle » doit être corrigée si la partie demanderesse est en mesure de démontrer :

- 1) L'existence d'un contrat verbal préalable dont les conditions sont déterminées et déterminables ;
- 2) Que l'écrit ne reflète pas l'entente entre les parties ;
- 3) Que, au moment de la signature de l'écrit, le défendeur connaissait l'erreur ou aurait dû la connaître alors que le demandeur n'en connaissait pas l'existence ;
- 4) Que la tentative du défendeur d'utiliser l'écrit erroné constitue « une fraude ou l'équivalent d'une fraude. »<sup>96</sup>

---

LEBOIS, « Erreur d'étiquetage et erreur sur le prix », (2002) 19 *Contrats Concurrence Consommation* 8, 9 : « Il convient également de ne pas confondre l'erreur sur le prix avec la simple erreur de calcul. Cette dernière donne lieu, lorsque les éléments de calcul ont été pris en considération par les parties, à la rectification du contrat. » (nos soulignements).

94. *Montpetit c. Brault*, (1916) 50 C.S. 513, 518. Monsieur le juge Lafontaine. Renversé en appel ((1917) 26 B.R. 263) pour d'autres motifs. Voir également *St-Stanislas-de-Kostka (Corporation municipale du village) c. Dumouchel*, EYB 1988-78224, par. 51 et s. (C.S.).

95. REJB 2002-28038.

96. *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, REJB 2002-28038, par. 31 (Cour suprême, en appel d'une décision de la Cour d'appel d'Alberta). Juge Binnie.

Si le test formulé par la Cour suprême semble plus rigoureux, il demeure qu'il revient au principe voulant que l'écrit ne puisse être préféré à l'intention manifeste des parties.

L'exception accordée aux lapsus matériels voulant qu'ils soient corrigés plutôt que de permettre l'annulation du contrat s'étend par ailleurs aux documents découlant du contrat initial, comme les factures<sup>97</sup>, relevés mensuels ou quittances<sup>98</sup>. Ainsi, un abonné d'Hydro-Québec<sup>99</sup> ou de Gaz Métropolitain<sup>100</sup> ne saurait bénéficier d'une erreur survenant dans un relevé mensuel puisque celle-ci rend cette facturation non conforme au contrat de service, ainsi qu'à la réglementation relative aux tarifs que doivent offrir ces entreprises. Dans le même ordre d'idée, une partie ne saurait invoquer une quittance partielle erronée indiquant que le solde demeurant est moindre que le solde réellement dû alors qu'elle s'est préalablement engagée à payer le plein montant<sup>101</sup>.

### **1. La preuve du lapsus matériel**

L'on pourrait être tenté de prétendre que la preuve d'un lapsus matériel ne peut être faite par témoignage, puisqu'il s'agirait en quelque sorte de contredire un acte juridique constaté par écrit, ce qui est proscrit par l'article 2863<sup>102</sup> du Code. Pourtant,

- 
97. Voir notamment *Hydro-Québec c. 116260 Canada inc.*, EYB 1991-79459 (C.S.) : « À la fin de la journée, ce n'est qu'une erreur que je qualifie comme accessoire ou erreur de calcul, si vous voulez, et ça ne change pas le fait et je ne le crois pas que c'est contesté et si c'est contesté, je suis certainement satisfait que l'électricité que vous avez reçue n'était payée enfin qu'à moitié pour la période qui nous concerne. ». Voir également *Gaz Métropolitain inc. c. Bacon America inc.*, REJB 2001-29997 (C.S.), confirmée en appel : *Bacon America inc. c. Gaz Métropolitain inc.*, REJB 2003-49822 (C.A.) et *Commission hydro-électrique de Kenora (Ville) c. Vacationland Dairy Co-operative Ltd.*, [1994] 1 R.C.S. 80.
98. *Construction Marolli inc. c. 2642-4986 Québec inc.*, EYB 2006-107794 (C.Q.).
99. *Hydro-Québec c. 116260 Canada inc.*, EYB 1991-79459 (C.S.).
100. *Gaz Métropolitain inc.*, REJB 2003-49822 (C.A.).
101. *Construction Marolli inc. c. 2642-4986 Québec inc.*, EYB 2006-107794 (C.Q.).
102. « Les parties à un acte juridique constaté par un écrit ne peuvent, par témoignage, le contredire ou en changer les termes, à moins qu'il n'y ait un commencement de preuve. »

tant la jurisprudence<sup>103</sup> que la doctrine<sup>104</sup> écartent cette interprétation. Au contraire, la possibilité de plaider la présence d'un lapsus matériel dans un document contractuel semble universellement acceptée :

Lorsque, par suite d'une erreur, un écrit ne reflète pas correctement la réalité juridique qu'il est censé constater, la preuve testimoniale est recevable tant afin de faire prévaloir la véritable situation juridique entre les parties, qu'afin d'obtenir la rectification de l'écrit en question.<sup>105</sup>

Selon une certaine jurisprudence<sup>106</sup> antérieure à l'adoption du nouveau code, la preuve testimoniale d'une erreur matérielle devait être corroborée (par un avant-contrat, un tiers, etc.). Il semble toutefois que cette exigence n'ait pas été reprise par le législateur de 1994<sup>107</sup>. Quoi qu'il en soit, il demeure que le lapsus matériel doit pouvoir s'inférer de la preuve<sup>108</sup> et que « [l]e doute sur l'existence de l'erreur se résout en faveur de la validité du contrat »<sup>109</sup>. Bref, pour reprendre les propos de Jean-Claude Royer :

- 
103. Nous nous permettons ici de reprendre les décisions citées par Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, note 508 : *Boisvert Pontiac Buick ltée c. Rousson-Whissel*, EYB 1992-75295 ; *Gagnon c. Mutuelle du Canada*, [1992] R.R.A. 182 (C.S.) ; *J.A. Thibault inc. c. Maritime (La)*, *Cie d'assurance-vie*, EYB 1990-76844 ; *Longpré c. Trottier*, [1990] R.D.I. 790 (C.S.) ; *St-Stanislas-de-Kostka (Corp. municipale du village de) c. Dumouchel*, [1988] R.J.Q. 2860, 2870-2871 ; *Banque nationale du Canada c. Deschamps*, [1988] R.J.Q. 1210 (C.A.) ; *Noël c. Gaudette*, [1985] C.S. 1194 ; *Gendron c. Caisse d'établissement de Joliette*, [1985] R.D.J. 1 (C.A.) ; *Ferland c. Barter*, [1980] C.S. 748, 750 ; *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Collins*, [1980] C.P. 174 ; *Leaseway Fleet Inc. c. Léger*, [1980] C.P. 163 ; *Versafood Services Ltd. c. Alstar Industries Ltd.*, [1976] C.A. 388 ; *Robitaille c. Société Nationale de Fiducie*, [1974] C.S. 588 ; *Beaulieu c. Beaulieu*, [1969] B.R. 291 ; *Schwersenski c. Vineberg*, (1890-91) 19 R.C.S. 243, 246-247 ; *Aetna Life Insurance Co. c. Brodie*, (1880-81) 5 R.C.S. 1.
104. Voir, par exemple, Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 1210 : « Parfois une erreur matérielle ou d'écriture est commise lors de la rédaction de l'écrit. Dans ces cas, le contractant peut l'établir par témoin, même s'il demande l'exécution du contrat ou la correction du document. »
105. Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, par. 1081 et 1082.
106. *Côté c. Faubert*, [1972] C.S. 610, 614 ; *Faubert c. Poirier*, [1959] R.C.S. 459.
107. Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 1210-1211 : « La suffisance de la preuve de l'absence ou d'un vice de consentement est déterminée selon la balance des probabilités. En principe, il n'est pas nécessaire que le témoignage du contractant soit corroboré. »
108. *Côté c. Faubert*, [1972] C.S. 610, 614.
109. Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1946, p. 162.



les tribunaux continueront vraisemblablement d'exiger dans ces cas une preuve relativement forte avant de préférer un témoignage au contenu d'un écrit. Car la force probante du témoignage est laissée à l'appréciation du tribunal.<sup>110</sup>

Rappelons finalement, comme l'a fait la Cour suprême, que le rôle des tribunaux, lorsque confrontés à une « erreur matérielle », est « de corriger et non de faire des supputations »<sup>111</sup>. Le juge se doit de « reconstituer le marché original conclu par les parties », et non de « rectifier une erreur de jugement qu'une partie aurait reconnue tardivement »<sup>112</sup>. Bref, l'on ne peut permettre la correction d'une « erreur matérielle » que si l'on est persuadé qu'il s'agit nécessairement d'un lapsus matériel.

## B. Erreur matérielle unilatérale

Comme nous l'avons déjà souligné, si la correction est privilégiée en cas de lapsus matériel, l'erreur matérielle unilatérale n'a pour seule sanction possible que la résiliation du contrat :

Cette inscription d'un taux d'intérêt à 1,9 % ne constitue pas [un lapsus matériel] parce que toute la structure du coût du crédit, des intérêts et des modalités de remboursement est affectée. Ce n'est donc pas une erreur de nature cléricale, comme le suggère la demanderesse, qui pourrait être corrigée. Il s'agit plutôt d'une erreur unilatérale et simple, en ce sens qu'elle n'a pas été provoquée, en aucune manière, par la défenderesse. Cependant, cette erreur commise par la demanderesse est substantielle et vicie son consentement parce qu'elle concerne un élément essentiel du contrat à savoir, le taux d'intérêt et les modalités de remboursement. Une telle erreur peut entraîner la nullité du contrat comme le prévoit l'article 1407<sup>113</sup> du *Code civil du Québec*.<sup>114</sup>

Ceci s'explique par le fait qu'un contrat ne peut normalement pas être modifié sans l'accord des parties<sup>115</sup>, même lorsqu'il s'agit

---

110. Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 1210-1211.

111. *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, REJB 2002-28038, par. 31 (Cour suprême, en appel d'une décision de la Cour d'appel d'Alberta). Juge Binnie.

112. *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, REJB 2002-28038, par. 31 (Cour suprême, en appel d'une décision de la Cour d'appel d'Alberta). Juge Binnie.

113. Rappelons que l'article 1407 C.c.Q. indique notamment que : « [c]elui dont le consentement est vicié a le droit de demander la nullité du contrat ».

114. *Lussier Pontiac Buick GMC ltée c. Breton*, EYB 2003-41898 (C.Q.).

115. Art. 1439 C.c.Q.

de corriger une erreur matérielle<sup>116</sup>. Or : « Les tribunaux n'ont pas ici plus de pouvoir que les plaideurs : si l'un des contractants refuse de changer le contrat, un jugement est incapable de l'y forcer »<sup>117</sup>. C'est pourquoi, si l'erreur permet de demander l'annulation de la convention, elle n'autorise jamais l'imposition d'un nouveau contrat auquel n'a pas consenti le cocontractant<sup>118</sup>.

Cette situation n'a, par ailleurs, guère évolué depuis l'avènement du nouveau Code. En effet, la jurisprudence<sup>119</sup> et la doctrine<sup>120</sup> sous l'article 992 C.c.B.-C. étaient au même effet :

- 
116. Voir *Excavation Louis St-Denis inc. c. Ste-Thérèse (Ville)*, EYB 1995-95611 (C.Q.) : « Une erreur matérielle ne peut donner lieu à une augmentation du prix du contrat sans le consentement des deux parties ». Voir également *Donat Flamand inc. c. Veilleux*, (1979) AZ-79033290, p. 4-5 (C.P.) et *Boisvert Pontiac Buick ltée c. Rousson-Whissel*, EYB 1992-75295 (C.Q.) : « La règle générale édictée par la doctrine et la jurisprudence est que l'action en annulation est l'unique recours [...] Si cette règle générale semble plutôt formelle elle admet quand même certaines exceptions. Ce sont : [...] Des cas où on demande la correction d'une erreur matérielle dans la rédaction d'un contrat en vue de faire ressortir la véritable intention des parties. »
117. Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1946, p. 171-172.
118. Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1946, p. 171-172.
119. *Donat Flamand inc. c. Veilleux*, AZ-79033290, p. 7 (C.P.) : « pour conclure qu'il s'agit d'une erreur matérielle qui peut être corrigée pour y substituer la véritable intention des parties, il est essentiel de se satisfaire que le défendeur a également donné son consentement au prix véritable [...] et non au prix indiqué sur la pièce P-1 puisque dans ce second cas on ne pourrait prétendre que la correction ne ferait que rendre l'écrit conforme à l'intention des deux parties, et qu'en la faisant on imposerait au défendeur une obligation à laquelle il n'a pas originalement consenti. » Voir également *Raymond Lachapelle ltée c. Nivose ltée*, [1971] C.A. 685, 688 : « Si la demanderesse a continué ses travaux, c'est qu'elle réalisait dès cet instant qu'elle était la seule responsable de l'erreur dans ses propres calculs. L'erreur de la demanderesse ne saurait non plus donner lieu à une augmentation du prix du contrat, sans le consentement de la défenderesse et du propriétaire. Ladite erreur ne saurait certes servir de base à une action pour préjudice subi, puisqu'elle est due à l'imprudence et incurie de la demanderesse elle-même. » (Propos du juge Leblanc (C.S.) tels que rapportés par le juge Rivard). Voir également *Boisvert Pontiac Buick ltée c. Rousson-Whissel*, EYB 1992-75295, par. 14 (C.Q.).
120. Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1946, pp. 171-172 : « L'action en annulation est donc, en principe, l'unique recours accordé au contractant qui se plaint d'une erreur viciant son acte de volonté. La jurisprudence est formelle sur cette conclusion. Elle aperçoit fort justement le problème dans son ensemble : outre la partie qui a erré, il y a aussi le cocontractant, qui a des droits. Ce dernier a souscrit une convention, qui peut être annulable du fait de l'erreur de l'autre partie. Fort bien : mais cette erreur ne peut être le prétexte de le forcer à maintenir son consentement dans une convention qu'on voudrait modifier. »

La règle générale édictée par la doctrine et la jurisprudence est que l'action en annulation est l'unique recours. Si suite à l'erreur le consentement d'une des parties a été vicié, elle est sans doute bien fondée de demander la résiliation du contrat, mais elle ne peut invoquer cette erreur pour imposer à l'autre partie une convention nouvelle à laquelle cette dernière n'a pas consenti.<sup>121</sup>

Pouvons-nous dès lors prétendre que le cocontractant se disant victime d'une erreur matérielle causée par sa propre négligence pourra toujours obtenir la nullité du contrat ? La réponse à cette question est évidemment négative. Comme l'explique la Cour suprême :

la personne en affaires qui invoque sa propre erreur unilatérale pour se soustraire aux conditions – couchées par écrit – d'un document qu'elle a signé et qui, à première vue, semble parfaitement clair, doit surmonter de sérieux obstacles. Le droit est résolu à prévenir la proverbiale avalanche de poursuites que pourraient vouloir engager des contractants insatisfaits, qui veulent se délier d'un marché peu avantageux.<sup>122</sup>

En effet, l'article 1432 C.c.Q prévoit que, « [d]ans le doute, le contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulée »<sup>123</sup>. Ensuite, comme nous le verrons maintenant, le C.c.Q. a mis en place des garde-fous afin d'assurer une certaine sécurité, mais également une certaine équité contractuelle, à savoir : l'exception pour erreur économique (1) ou inexcusable (2) et le principe de bonne foi (3). Ainsi, si l'ancien code semblait plus favorable à celui qui réclamait la nullité pour cause d'erreur<sup>124</sup> (sous réserve d'une réclamation en dommages et intérêts de la part du cocontractant de bonne foi<sup>125</sup>), le C.c.Q. semble renverser cette tendance.

---

121. *Donat Flamand inc. c. Veilleux*, AZ-79033290, p. 4-5 (C.P.). Voir également *Boisvert Pontiac Buick ltée c. Rousson-Whissel*, EYB 1992-75295 (C.Q.).

122. *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, REJB 2002-28038, par. 35 (Cour suprême, en appel d'une décision de la Cour d'appel d'Alberta). Juge Binnie.

123. Art. 1432 C.c.Q. L'article poursuit en indiquant que : « Dans tous les cas, [le contrat] s'interprète en faveur de l'adhérent ou du consommateur. »

124. Voir Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1946, p. 160 : « L'erreur d'un seul fait également obstacle à la perfection du consentement. La conséquence juridique normale est encore l'annulation du contrat ».

125. Voir Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1946, p. 160-161 : « Selon les circonstances, le fait et la négligence qui ont causé l'erreur seront aussi la source d'une obligation quasi-délictuelle pour leur auteur d'indemniser son co-contractant. La somme des dommages-intérêts

## 1. *L'erreur matérielle unilatérale est-elle une erreur économique ?*

L'erreur économique est, rappelons-le, une erreur sur la valeur de l'objet d'une prestation<sup>126</sup>. De ce seul fait, il est déjà possible d'affirmer que toute erreur matérielle ne saurait être considérée comme étant une erreur économique. En effet, bien qu'il existe des similitudes indéniables entre l'erreur sur le prix (une forme d'erreur matérielle) et l'erreur économique, il ne faudrait surtout pas confondre ces deux notions. Bien que, dans les deux cas, le prix indiqué au contrat est différent de la valeur réelle du bien, l'erreur économique est due à une mauvaise appréciation de la valeur du bien ou du service alors que l'erreur sur le prix est le fruit de l'inattention de l'un des cocontractants. Comme l'explique Audrey Leblois :

[L'erreur sur le prix] doit être bien distinguée de celle qui porte sur la valeur ou la rentabilité de la chose. Cette dernière est l'expression d'une appréciation économique erronée du produit, autrement dit d'une méprise intellectuelle. [...] L'erreur sur la valeur est donc en principe indifférente et ne donne pas lieu à la nullité du contrat. Contrairement à l'erreur sur la valeur, l'erreur sur le prix qui provient d'un mauvais étiquetage est purement matérielle. Elle n'est aucunement l'expression d'une méprise intellectuelle.<sup>127</sup>

Or, bien que l'erreur sur le prix diffère de l'erreur économique, il demeure que la manifestation des deux types d'erreurs est identique : le prix indiqué au contrat est inférieur à la valeur du bien ou du service. Qui plus est, la preuve sera la même dans les deux cas : la partie demandant la nullité du contrat soumettra des évaluations, des rapports et des témoignages d'experts afin d'établir qu'il est impossible qu'une personne ait eu l'intention véritable de contracter au prix indiqué au contrat. Comment le juge pourra-t-il alors évaluer s'il s'agit d'une erreur économique plutôt qu'une erreur sur le prix ? C'est pourquoi, comme le souligne le juge Chouinard de la Cour d'appel dans *Beaurivage et Méthot Inc. c. Corporation de l'Hôpital de Saint-Sacrement*<sup>128</sup> :

---

liquidés peut alors égaler ou dépasser sa créance en répétition des prestations contractuelles exécutées avant l'annulation ».

126. Jean-Louis BAUDOUIN, *Les Obligations*, 6<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2005, par. 226.

127. Audrey LEBOIS, « Erreur d'étiquetage et erreur sur le prix », (2002) 19 *Contrats Concurrence Consommation* 8, 8.

128. EYB 1986-62345.

Admettre l'erreur quant au prix, en cette matière, ce serait admettre l'erreur d'appréciation économique et en conséquence, la lésion<sup>129</sup> qui en résulte. Celle-ci n'est pourtant pas admise entre majeurs dans notre droit.<sup>130</sup>

En effet, accepter que l'erreur sur le prix puisse vicier le consentement en vertu de l'article 1400 C.c.Q., c'est ouvrir une boîte de Pandore et permettre à tout contractant ayant fait une erreur économique d'invoquer qu'il s'agit plutôt d'une erreur sur le prix et ainsi d'ébranler considérablement la stabilité des contrats. C'est ce que nous indique d'ailleurs Jean Pineau :

[C]ette notion [l'erreur] peut présenter certains inconvénients, dans la mesure où il n'est pas toujours aisé de savoir si celui qui invoque l'erreur s'est véritablement trompé ou s'il en fait état fausement et malhonnêtement pour se libérer de son engagement.<sup>131</sup>

Afin de pallier la problématique soulevée, il suffirait de prétendre que l'erreur matérielle unilatérale constitue une erreur inexcusable au sens de l'article 1400 C.c.Q., en quel cas, l'auteur de l'erreur – lequel en est également la victime – ne saurait plaider le vice de consentement. Nous nous proposons donc maintenant de tester une telle prétention.

## **2. *L'erreur matérielle unilatérale est-elle une erreur inexcusable ?***

Qu'il suffise de le rappeler, l'erreur inexcusable est celle qui, « bien qu'intrinsèquement importante et déterminante du consentement, ne donne pas ouverture à l'annulation du contrat dans la mesure où la victime aurait pu aisément l'éviter en prenant un minimum de précautions qu'elle n'a pas prises »<sup>132</sup>. Notons par ail-

---

129. « La lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties » (art. 1406 C.c.Q.).

130. *Beaurivage et Méthot Inc. c. Corporation de l'Hôpital de Saint-Sacrement*, EYB 1986-62345, par. 31 et 32 (C.A.). Rappelons en effet que l'article 1405 C.c.Q. prévoit que : « Outre les cas expressément prévus par la loi, la lésion ne vicie le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés. »

131. Jean PINEAU *et al.*, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2001, p. 152-153.

132. Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Thémis, 2006, p. 250-251. Voir également Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Éditions Thémis, 2001, p. 163-169 : « L'erreur inexcusable est simplement l'erreur fautive, celle qui résulte de l'imprudence à n'avoir pas pris les précautions qui s'imposaient dans les circonstances pour se renseigner. Certains prétendent que l'erreur inexcusable est à

leurs que cette notion d'erreur inexcusable est de droit nouveau, l'article 992 du C.c.B.-C.<sup>133</sup> ne faisant aucunement mention d'une telle exception.

Est notamment considéré une erreur inexcusable le fait de ne pas lire un document contractuel avant d'y apposer sa signature<sup>134</sup>, de signer un document dicté sans avoir confirmé que nos directives ont été suivies à la lettre<sup>135</sup> ou encore de se fier uniquement aux dires d'un traducteur<sup>136</sup>. Pour reprendre les propos du juge en chef adjoint de la Cour supérieure :

Accepter la prétention des intimés dans les circonstances révélées par la preuve équivaldrait à dire qu'il est inutile de rédiger un contrat, quel que soit le contexte, puisqu'il suffirait de prétendre ne pas l'avoir lu pour échapper à ses obligations. Il est facile d'imaginer l'instabilité commerciale et économique qui en résulterait. Lors-

---

rapprocher de la faute lourde, et que la simple faute ne suffit pas à priver de la nullité l'auteur de l'erreur. Certes le qualificatif « inexcusable » accolé à l'erreur semble laisser croire que celle-ci doit revêtir un caractère particulièrement grave pour être prise en considération. En vérité, l'erreur inexcusable n'est que celle qui, dans les circonstances, ne peut être... excusée, celle qui est reprochable ou blâmable. »

133. « L'erreur n'est une cause de nullité que lorsqu'elle tombe sur la nature même du contrat, sur la substance de la chose qui en fait l'objet, ou sur quelque chose qui soit une considération principale qui ait engagé à le faire. »
134. Voir notamment *B. Frégeau & Fils inc. c. Société québécoise d'assainissement des eaux*, REJB 1997-03411 (C.S.) : « La première question qui vient à l'esprit est de se demander si le fait de signer, sans le lire, un document, comme la quittance, constitue une erreur inexcusable. Le tribunal croit que, dans les circonstances, c'est une erreur inexcusable. ». Voir également *Banque Nationale du Canada c. Marcoux*, AZ-99026145 (C.S.) ; *Uniroyal Goodrich Canada Inc. c. Diane Lapointe*, C.S. Québec 200-05-004509-910, 19 août 1995. Dans cette dernière affaire, bien que la notion d'erreur inexcusable n'ait pas été utilisée (le droit applicable étant celui du C.c.B.-C.) la cour soulève tout de même le caractère inexcusable d'un tel comportement : « En effet, la défenderesse a fait preuve de témérité, de négligence grossière en signant un acte sans le lire et sans même demander quelques informations ». En doctrine, voir Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 1210-1211 : « La seule omission par un contractant de lire l'écrit constatant l'acte juridique ne devrait généralement pas lui permettre de demander l'annulation du contrat ou la correction du document. D'ailleurs, l'erreur inexcusable ne constitue pas un vice de consentement, sauf si elle est provoquée par le cocontractant. »
135. *Bridgestone / Firestone Canada inc. c. Beaulieu*, REJB 2000-21605 (C.S.) : « L'erreur de M. Beaulieu n'a pas été induite de quelque manière que ce soit par Bridgestone, et est le résultat de sa propre négligence et incurie. Il est difficile de concevoir une erreur plus grossière pour quelqu'un qui a des responsabilités aussi importantes qu'un évaluateur d'une ville de signer un document impliquant des millions de dollars sur lequel on invite un contribuable d'agir sans avoir pris la peine minimale de le lire. »
136. *Canadian American Financial Corporation (Canada) Ltd. c. Lam*, EYB 1995-72674 (C.S.).

qu'elle (l'erreur) implique une légèreté ou une négligence qui constitue une faute, le mode le plus adéquat de réparation consiste à maintenir le contrat.<sup>137</sup>

Or, dans la mesure où une erreur matérielle unilatérale est normalement le fruit d'une lecture rapide, superficielle ou parcelaire du document contractuel, ne pourrait-on pas alors prétendre que, de ce seul fait, l'erreur matérielle unilatérale est nécessairement une erreur inexcusable en vertu du Code ?

Si une telle prétention semble « alléchante », elle demeure trop catégorique. En effet, condamner ainsi toute lecture inattentive sans entendre la justification de la partie négligente ou « taxer d'inexcusable la moindre imprudence » (pour reprendre l'expression employée par Didier Lluelles et Benoît Moore<sup>138</sup>) équivaldrait à abolir la possibilité de plaider l'erreur unilatérale. Or :

On rappellera également que l'erreur conduisant à la nullité n'a pas besoin d'être commune aux deux contractants et que l'erreur unilatérale de l'un d'eux doit pouvoir suffire, sinon le consentement ne serait plus protégé. Cependant, il est nécessaire de tempérer cette réponse, afin que le cocontractant ne soit pas pris par surprise et que l'erreur qui n'est pas sienne ne puisse injustement lui nuire.<sup>139</sup>

Il demeure cependant que si l'erreur matérielle unilatérale « résulte de la négligence de celui qui la commet et s'en prétend la victime »<sup>140</sup>, ou encore que le responsable de l'erreur « n'a pas pris les renseignements nécessaires ou les précautions élémentaires qui s'imposaient, afin de l'éviter »<sup>141</sup>, l'erreur matérielle unilatérale sera considérée inexcusable :

la mandataire de l'intimée devait être plus vigilante et lire attentivement la première phrase où il est précisé que la surface locative

---

137. 9027-0687 *Québec inc. c. 2531-4154 Québec inc.*, REJB 1998-08682, par. 87 (C.S.). Propos du juge Wery citant RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil*, Paris, 1957, p. 73-74, n° 172.

138. Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Thémis, 2006, p. 253.

139. Jean PINEAU, « Théorie des obligations », dans *La réforme du Code civil*, vol. 2, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 48.

140. Jean PINEAU *et al.*, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2001, p. 166. (En parlant de l'erreur inexcusable).

141. Jean PINEAU *et al.*, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2001, p. 166. (En parlant de l'erreur inexcusable).

est « d'environ 2,400 pieds ». D'ailleurs, il est étonnant qu'elle témoigne avoir conseillé à l'intimée de signer en précisant avoir lu le bail et n'avoir jamais vu cette mention. S'il y a eu erreur, même par les signataires, ce qui est loin d'être prouvé, il s'agit d'une erreur inexcusable qui ne justifie pas l'annulation de cette clause du bail.<sup>142</sup>

L'aspect inexcusable de l'erreur sera d'autant plus évident si son responsable est un professionnel<sup>143</sup>. C'est notamment la conclusion à laquelle en sont venus les tribunaux (la Cour du Québec puis la Cour d'appel) dans une affaire où un concessionnaire automobile avait vendu une voiture à un prix largement inférieur à la valeur du véhicule suite à une erreur de calcul :

Dans le cas sous étude, ce n'est pas le silence du défendeur qui a entraîné ou provoqué l'erreur de la demanderesse. L'erreur avait déjà été commise par la demanderesse qui avait elle-même préparé les contrats. C'était une erreur subjective, unilatérale et en fait, inexcusable. Ce n'est pas parce que le directeur des ventes a remplacé le directeur commercial qui avait démissionné durant le mois précédant le contrat que l'erreur est excusable. Le directeur des ventes possédait l'expérience nécessaire pour vérifier correctement les contrats. L'intervention de d'autres personnes (dont un vendeur et le président) au dossier rendait encore plus facile la détection de cette erreur.<sup>144</sup>

Ceci viendrait donc confirmer que l'erreur matérielle unilatérale constitue, sauf exceptions<sup>145</sup>, une erreur inexcusable au sens de l'article 1400 C.c.Q.

Les auteures Louise Langevin et Nathalie Vézina semblent partager cette position lorsqu'elles avancent que : « [l']erreur de

---

142. 9051-0231 *Québec inc. c. 9078-0297 Québec inc.*, EYB 2004-53839, par. 33 (C.Q.).

143. Voir notamment *Bridgestone / Firestone Canada inc. c. Beaulieu*, REJB 2000-21605 (C.S.). Voir également François TERRÉ *et al.*, *Les obligations*, Paris, Dalloz, 2005, p. 218 : « la jurisprudence écarte la rectification matérielle lorsqu'un professionnel a, par négligence, commis une erreur matérielle qui lui porte préjudice et dont l'autre partie n'a pas eu connaissance. »

144. *Île Perrot Nissan c. Holcomb*, REJB 2001-22774, par. 49 (C.Q.) (confirmée en appel, REJB 2003-41863). Voir également *Chrétien c. Longue Pointe Chrysler Plymouth (1987) ltée*, REJB 2000-19318. Par. 32 (C.Q.) : « Non seulement Longue Pointe est-elle un vendeur professionnel mais son représentant remplit le contrat, calcule les taxes, fait signer le document puis appose sa signature. Toutes ces étapes font en sorte que le vendeur avait la possibilité de réaliser son erreur et était en mesure de la constater sans prétendre que c'est le silence de l'acheteur qui a empêché le consentement de naître. »

145. Voir la section suivante du présent article quant à l'exception de mauvaise foi.



forme, comme une erreur de calcul ou d'écriture, constitue un autre exemple d'erreur qui ne peut être considérée comme un vice de consentement, sauf s'il s'agit d'un élément essentiel au contrat »<sup>146</sup>.

Cette exception voulant qu'une erreur matérielle unilatérale puisse être considérée comme un vice de consentement « s'il s'agit d'un élément essentiel du contrat » renvoie à un certain courant jurisprudentiel et doctrinal existant sous l'ancien Code, lequel courant désirait faire primer l'équité sur la stabilité contractuelle :

À ce point de vue, il n'importe guère que la cause de l'erreur soit une négligence, voire un fait du contractant. La chose importante du contrat fait quand même défaut : un consentement valable, d'où nécessité d'invalider la convention.<sup>147</sup>

En 1897, dans une affaire où le montant d'une police d'assurance avait été fixé par erreur à 2 000,00 \$ bien que les primes perçues étaient celles prévues pour une police de 1 000,00 \$, la majorité de la Cour suprême en est arrivée à la décision suivante :

Where relief is sought against an instrument signed in due course of business as a legitimate business transaction, and where, from the nature of the transaction, it is obvious a fair *quid pro quo* must have been contemplated, and if the inadequacy of the consideration is so very gross indeed as to shock the conscience and understanding of any reasonable man, the Court, I think, ought to infer, from that alone, mistake, inadvertence, or fraud.<sup>148</sup>

---

146. Louise LANGEVIN et Nathalie VÉZINA, *Le contrat*, Collection de droit 2006-2007, École du Barreau du Québec, vol. 5, 2006, EYB2006CDD126.

147. Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1946, p. 160.

148. *The Aetna Life Insurance Company c. Brodie*, [1879] 5 R.C.S. 1, 18 (juge Ritchie). Notons cependant que, dans cette affaire, la majorité en est venue à la conclusion que l'erreur était en fait un lapsus matériel, et ce, malgré le fait qu'il était admis par le courtier que l'assuré croyait sincèrement que le contrat était conforme à l'intention des parties : « I have no doubt that the plaintiff always believed that he was insured for two thousand dollars, or certainly so until the mistake was brought to his knowledge [...] I believe him to be perfectly honest in his belief and do not think that plaintiff ever had any intention of defrauding or wronging the company. » La Cour n'a toutefois pas retenu ce témoignage puisqu'il n'était pas conforme à la preuve matérielle, notamment aux annotations présentes sur le formulaire de demande. Seul le juge Henry, dissident, a considéré qu'il s'agissait d'une erreur matérielle unilatérale et inexcusable : « Here an attempt is made to avoid the consequences of the gross errors and culpable negligence of the officers and agent of the company without any of the legal consequences [...] I have no hesitation in saying there was culpable and gross

Près de cent ans plus tard, la Cour provinciale en est arrivée à une décision similaire dans une affaire où un commerçant avait fait une erreur lors de la préparation de la facture d'un client, omettant d'inscrire le prix de certains matériaux :

La Cour est satisfaite qu'il s'agit là d'une erreur qui porte sur une considération principale du contrat telle que décrite à l'article 992 C.c. il semble assez évident que la demanderesse n'a jamais eu l'intention de vendre deux portes pour le prix d'une seule et qu'elle n'aurait jamais consenti au contrat si elle avait été consciente de son erreur.<sup>149</sup>

Peut-on donc prétendre que, dès que l'erreur porte sur le prix, elle serait excusable ? Avec respect, cette logique nous semble lacunaire, notamment parce qu'elle viendrait permettre de plaider l'erreur économique et donc la lésion entre majeurs, ce qui est expressément proscrit tant par le Code<sup>150</sup> que la jurisprudence<sup>151</sup>. Qui plus est, comme l'a ultérieurement souligné la Cour d'appel sous la plume du juge Tynsdale :

At first, I leaned to the opinion that the error proved by appellant occurred in the price of his tender, which is certainly a principal consideration for making the contract, and therefore a cause of nullity. However, on reflection, I have come to the view that such is not the case. Appellant knew the price he was quoting, and intended to quote it ; the mistake was not there ; it was in the calculations on which the price was based and so an error as to the reason for the price, the motive, which is not sufficient to cause nullity.<sup>152</sup>

Tel qu'indiqué, ces décisions ont toutefois été rendues avant l'adoption du nouveau code, donc avant l'avènement de la notion

---

negligence in repeating so often the mistake, whatever it was, and after which the company comes with a bad grace, to ask for rectification. » (pages 29 et 30 de la décision).

149. *Donat Flamand inc. c. Veilleux*, AZ-79033290, p. 3-4 (C.P.).

150. Art. 1405 C.c.Q.

151. Voir notamment *Groupe Clifton inc. c. Solutions Réseau d'affaires Meta-4 inc.*, REJB 2003-48291 (C.A.)

152. *Beaurivage et Méthot Inc. c. Corporation de l'Hôpital de Saint-Sacrement*, EYB 1986-62345, par. 8 (C.A.). Cet avis est d'ailleurs partagé par ses collègues les juges Chouinard et Chevalier : « Bénéficiaire du meilleur prix, voilà sûrement une considération essentielle pour le donneur d'ouvrage qui à cette fin utilise le procédé des soumissions publiques. Pour les soumissionnaires cependant, c'est l'obtention du contrat qui semble la considération principale, cela au point où ils sont généralement disposés à réduire le prix sinon le profit précisément en vue de distancer les concurrents. Sur cet élément essentiel c'est tout le procédé des soumissions publiques qui suppose l'absence de retour ou l'impossibilité d'errer. » (par. 31 et 32).

d'erreur inexcusable. Peut-on prétendre – malgré l'importance des changements intervenus lors de la réforme – que l'erreur matérielle peut toujours « être considérée comme un vice de consentement s'il s'agit d'un élément essentiel au contrat » ?

À notre avis, une telle prétention viendrait soumettre l'« inexcusabilité » d'une erreur à l'élément qui en est l'objet. Ce n'est pourtant pas ce que dit l'article 1400 C.c.Q., lequel condamne toute erreur inexcusable et non seulement celles qui affectent des éléments secondaires du contrat. Toute autre interprétation de l'article 1400 C.c.Q. viendrait rendre le second alinéa de cet article inapplicable puisque, de toute façon, les erreurs n'affectant pas les éléments essentiels du contrat ne peuvent mener à sa nullité.

Comme le législateur est présumé ne pas parler pour ne rien dire, il faut en déduire que l'erreur inexcusable peut affecter tout élément du contrat, même ceux jugés essentiels.

C'est d'ailleurs ce que semblent indiquer les commentaires du Ministre :

Quant au second alinéa [de l'article 1400 C.c.Q.], il modifie le droit antérieur, en ne permettant plus que l'erreur grossière ou inexcusable puisse être constitutive d'un vice de consentement sanctionné par la loi. Un tel changement a paru s'imposer pour la stabilité de l'ordre contractuel en général, en évitant des situations d'injustice et de préjudice certain pouvant autrement être subies par le contractant de bonne foi, qui se verrait frustré du bénéfice qu'il escomptait retirer du contrat, par suite de l'incurie de son cocontractant. En rejetant ainsi l'erreur grossière ou inexcusable, la règle énoncée rejoint, par ailleurs, les solutions du droit français.<sup>153</sup>

Il existe donc une scission importante entre l'ancien et le nouveau Code<sup>154</sup> puisque la dichotomie « erreur inexcusable » – « erreur excusable » est de droit nouveau. Alors que l'ancien code semblait plus permissif et tolérant à l'égard des cocontractants, le C.c.Q. est plus catégorique : pas d'erreurs inexcusables. Cette scission est d'ailleurs, à notre avis, l'une des principales causes de l'absence d'unanimité jurisprudentielle et doctrinale en matière

---

153. Commentaires du ministre de la Justice sur l'article 1400 C.c.Q., EYB1993 CM1401.

154. Pour reprendre les propos du juge Tellier dans *B. Frégeau & Fils inc. c. Société québécoise d'assainissement des eaux* (REJB 1997-03411 (C.S.)) : « L'ancien ou le nouveau, car différence il y a. »

d'erreurs matérielles unilatérales, certains jugements récents ayant été basés sur une jurisprudence et une doctrine prononcées avant la réforme et non sur le droit applicable<sup>155</sup>.

### **3. L'exception à l'« inexcusabilité » des erreurs matérielles unilatérales : la mauvaise foi du cocontractant**

Malgré ce qui précède, il demeure que l'erreur matérielle unilatérale peut être une cause de nullité s'il est possible d'établir la mauvaise foi de son cocontractant<sup>156</sup>. En effet, « [l]a doctrine et la jurisprudence sont à l'effet que lorsqu'une erreur matérielle a été commise par une partie, l'autre contractant ne peut en tirer profit »<sup>157</sup>. Cette citation est tirée de l'affaire *Groupe Coginter inc. c. Royal Building Systems (CDN) Ltd.*<sup>158</sup> dans laquelle la demanderesse réclamait le versement d'une somme de 7.5 millions de dollars suite à une erreur matérielle intervenue dans le cadre d'une offre de règlement. La somme en litige étant seulement d'environ 7 500 \$, il était impossible pour la demanderesse de plaider qu'elle croyait de bonne foi que le montant indiqué dans l'offre était le bon. C'est d'ailleurs ce que souligne le juge Verrier :

Après analyse, le Tribunal est d'avis que Coginter savait pertinemment que Viau avait commis une erreur matérielle et qu'elle a voulu en tirer profit. Il ne fait aucun doute que c'est pour cette raison que Berranger n'a pas signé le document contenant l'offre à l'endroit prévu et qu'il a préféré écrire sur le document « We hereby accept the settlement, final and full, of \$7 500 000 ». »<sup>159</sup>

---

155. Par exemple, dans *E.G. Automobiles inc. c. Les Placements Métivier inc.*, REJB 2003-44168, par. 54 (C.S.) et dans *Groupe Coginter inc. c. Royal Building Systems (CDN) Ltd.*, REJB 2002-32203, par. 119 (C.S.), l'on cite le passage suivant de Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1946, p. 172-173 : « Si dès la découverte de l'erreur, un contractant offre à l'autre d'abroger le contrat, ce dernier doit accepter cette proposition. Il est inadmissible qu'il exploite son erreur ou celle de son cocontractant pour exiger le maintien du contrat à des termes nouveaux et plus avantageux pour lui-même. » Ce raisonnement a pourtant depuis été écarté tant par la Cour d'appel (voir *Île Perrot Nissan c. Holcomb*, REJB 2003-41863) que par le législateur lui-même (Commentaires du ministre de la Justice sur l'article 1400 C.c.Q., EYB1993 CM1401).

156. Voir notamment Vincent GAUTRAIS, « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux », (2004) 106 *R. du N.* 617, 638.

157. *Groupe Coginter inc. c. Royal Building Systems (CDN) Ltd.*, REJB 2002-32203 (C.S.).

158. *Groupe Coginter inc. c. Royal Building Systems (CDN) Ltd.*, REJB 2002-32203 (C.S.).

159. *Groupe Coginter inc. c. Royal Building Systems (CDN) Ltd.*, REJB 2002-32203 (C.S.).

Sans y faire directement référence, le juge semble donc s'être basé sur le principe de bonne foi pour rendre jugement. Ce principe, est-il utile de le rappeler, est désormais codifié à l'article 1375 du *Code civil du Québec* :

La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction.

La partie victime de sa propre erreur peut donc invoquer la mauvaise foi de son cocontractant pour se libérer de ses obligations contractuelles. Cette exception à la règle voulant que l'erreur inexcusable ne puisse entraîner la nullité d'un contrat a par ailleurs été conceptualisée par la Cour d'appel dans l'arrêt *Confédération des caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec c. Services informatiques DecisionOne*<sup>160</sup>. Pour paraphraser la Cour dans cette affaire, la mauvaise foi du cocontractant empêche la formation du contrat. La nullité est donc tout à fait justifiée.

Quoi qu'il en soit, il demeure que « la partie qui invoque une erreur subjective a le fardeau de la preuve, laquelle doit être corroborée par les circonstances, un écrit ou d'autres témoignages, et que, s'il y a doute sur l'existence de l'erreur, il faut conclure à la validité du contrat »<sup>161</sup>.

## CONCLUSION

La notion d'erreur matérielle telle qu'utilisée en droit des contrats se veut donc un concept caméléon appliqué tant aux erreurs issues de lapsus attribuables aux deux parties qu'aux erreurs propres à l'une d'entre elles. Si la doctrine et la jurisprudence semblent quelque peu diffuses quant au sort à réserver aux demandes de correction d'erreurs entachant un document contractuel, il demeure, comme l'a énoncé le juge Binnie, que la rectification ne doit jamais devenir « un substitut à l'exercice de diligence raisonnable lors de la signature d'un document »<sup>162</sup>,

---

160. [2004] R.J.Q. 69 (C.A.).

161. *Groupe Coginter inc. c. Royal Building Systems (CDN) Ltd.*, REJB 2002-32203 (C.S.), par. 93.

162. *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, REJB 2002-28038, par. 31 (Cour suprême, en appel d'une décision de la Cour d'appel d'Alberta). Juge Binnie.

puisque cela « aurait pour effet d'ébranler la confiance du monde des affaires à l'égard des contrats écrits »<sup>163</sup>.

Finalement, l'auteur français Philippe Malaurie résume parfaitement l'état du droit en matière d'erreur matérielle :

la partie qui, par sa faute, a causé une erreur matérielle qui lui cause préjudice, ne peut la faire rectifier, si l'autre partie n'avait pu s'en rendre compte : selon qu'il y a eu ignorance ou connaissance, les tribunaux refusent ou accordent la rectification.<sup>164</sup>

Évidemment, la preuve de l'ignorance ou de la connaissance de l'erreur demeure difficile à faire, ce qui démontre une fois de plus l'importance de lire attentivement tout écrit auquel nous apposons notre signature.

Pour conclure, qu'en est-il donc de la question invoquée en titre ? Peut-on, à la lumière des principes énoncés et de la jurisprudence répertoriée, évaluer la valeur d'une virgule ? La réponse, en analysant ce qu'il en coûtera à *Rogers Cable Communications Inc.* suite à sa défaite devant le CRTC, est affirmative. Une virgule vaut 2,13 millions de dollars<sup>165</sup>... Voilà un argument à faire valoir la prochaine fois qu'un client contestera les honoraires associés à la rédaction d'un contrat !

---

163. *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, REJB 2002-28038, par. 31 (Cour suprême, en appel d'une décision de la Cour d'appel d'Alberta). Juge Binnie.

164. Philippe MALAURIE *et al.*, *Les obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Defrenois, 2003, p. 249.

165. Grant ROBERTSON, « Comma quirk irks Rogers », (2006) en ligne sur le site du *Globe and Mail* : <<http://www.theglobeandmail.com/servlet/story/RTGAM.20060806.wr-rogers07/EmailBNStory/Business/home>> (dernière mise à jour : 6 août 2006).

# **The Open Courts Principle and the Internet: Transparency of the Judicial Process Promoted by the Use of Technology and a Solution for a Reasoned Access to Court Records**

Marc-Aurèle RACICOT

## **Abstract**

The justice system has worked, to date, under conditions of practical obscurity, but now that technology affords us easier and better access to court information, why would we consider that limiting access will make the justice system better? New technologies are only tools available for the citizenry to access information.

The Canadian Judicial Council 2005 Protocol and Policy, recognize the importance of the open courts principle, but propose unprecedented limitations to the inclusion of information that was until now available in judgments, court records and dockets.

I will demonstrate that the open courts principle is not to be pushed aside without proper testing based on solid criteria which is to be conducted on a case by case basis, on an approach which is not statutory or policy driven, and which is flexible and leaves the judge in control of the judicial process.





# The Open Courts Principle and the Internet: Transparency of the Judicial Process Promoted by the Use of Technology and a Solution for a Reasoned Access to Court Records

Marc-Aurèle RACICOT\*

Chapter I. Introduction . . . . .	339
Chapter II. Practical Obscurity versus Enhanced Access . . . . .	344
A. What is Practical Obscurity? . . . . .	345
B. Practical Obscurity’s Privacy Protection: Justifications . . . . .	346
C. Response to Justifications in Favour of Practical Obscurity . . . . .	350
1. Conceptual Confusion: “Quantity to Quality”. . . . .	350
2. Individual Model versus Community Model . . . . .	352
3. Contradicting Jurisprudence . . . . .	354
4. Hypothetical Negative Consequences . . . . .	355
5. Practical Obscurity Protects Uneven Access . . . . .	356
6. Improper Motives . . . . .	357

---

\* Me Racicot, B.Sc., LL.B., LL.M., is a member of the Quebec Bar, practicing in Laval, and Adjunct Associate Professor at the University of Alberta.

Chapter III. Solution for a Reasoned Access to Court Records. . . . .	359
A. Determination to be Made by Judges. . . . .	360
B. Orientation . . . . .	363
C. Dealing with Exceptions to the General Rule . . . . .	364
D. Process and Criteria. . . . .	365
1. Burden . . . . .	365
2. Objective Served by Non-Disclosure . . . . .	367
a) Threats of physical, social, or economic harm . . . . .	368
b) Threats to the administration of justice . . . . .	369
3. Rational Connection . . . . .	369
4. Minimal Impairment . . . . .	370
5. Positive Effects versus Negative Outcomes. . . . .	370
Chapter IV. Recent Developments in the Judicial Management of Court Information in Canada – Canadian Judicial Council’s 2005 Policy and Protocol. . . . .	373
A. The Canadian Judicial Council Products – 2005 Protocol and Policy . . . . .	374
1. Use of Personal Information in Judgments and Recommended Protocol . . . . .	374
2. Model Policy for Access to Court Records in Canada . . . . .	377
B. Evaluation of the Canadian Judicial Council’s Policy and Protocol . . . . .	381
1. Technical Problems . . . . .	381

a)	Who Determines Whether Information is Severed/Deleted/Not Disclosed? . . . . .	381
b)	How is the Decision to Limit Openness Reviewed? . . . . .	382
c)	The “Necessity” Criterion . . . . .	382
2.	Errors of Principle . . . . .	384
a)	The CJC Operates With an Ill-Defined Notion of Privacy. . . . .	384
b)	Generalized Rules versus Case-by-Case Approach . . . . .	384
c)	Speculative Consequences. . . . .	385
d)	Types of Information That May be Censored . . . . .	385
Chapter V.	Conclusion . . . . .	387



## Chapter I. Introduction

Have you ever browsed the Federal Court or Superior Court's decisions and discovered that some published versions are 'public versions'?<sup>1</sup> Have you ever been asked to leave a courtroom because the current portion of the proceedings was to be heard 'in camera'? Have you ever searched through a court docket only to find that all parties' affidavits and memoranda have been sealed? Have your suspicions towards the judicial system ever been aroused when you observe that the court has omitted the names of involved parties or some relevant facts that have been deemed too confidential or sensitive to be included in the judgment? Have you ever thought that access to court records should be simplified? Have you ever felt that the government, large organizations or VIP's have access to a special kind of justice behind closed doors?

Recent judicial practices impairing or blocking access to judicial information appear to run afoul of the open courts principle, the general rule – entailed by the rule of law – that judicial proceedings should be open. When the administration of justice is not open, accessible and transparent we feel that something within the system has gone wrong. While concerns have been raised that open justice may cause unwarranted intrusions on the private sphere of individuals, we must examine whether these concerns result from a misunderstanding of legal tradition or from the misinterpretation and application of privacy legislation and use of technology.

The open courts principle must not be trivialized; in other words, the rule must not become the exception. The open courts principle is threatened by two linked developments, changes in technology and technology's effect on the public's concern with privacy.

As our command of electronic communication and media has evolved, new technologies have forever changed our way of life. Most dramatic of these new developments is the impact on the flow of information. From the first urgent messages carried by

---

1. For example see *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)*, 2005 FC 1095; *J... N... et S... N...*, 2003 CanLII 35392 (QC C.S.).

horse or pigeon, to the heavy parchment sealed with wax, to the first radio transmission, to the first television broadcast, and to the first e-mail, we have made great strides in facilitating our ability to communicate with one another. Justice, however, has often remained a mystery to the public.

Until recently, the only way to obtain information regarding a court docket or court file was to go in person to the courthouse. Technology has changed that. In the 1980's, court administrations started to use internal computer based systems to store information. Access to this information (court records, docket information) was limited to individuals within the courthouse, so while the information was available, accessibility problems such as location and cost of travel made it only relatively public; the expression 'practical obscurity' perhaps best defines that situation. Nevertheless, the world is becoming an ever smaller place and the increased ability to access information threatens to overcome practical obscurity. I note that judgments and decisions have been generally well-publicized in electronic format (e.g. Quicklaw, Soquij) and in a common law system, the decisions must be public.<sup>2</sup> Now other court records have become, at least in theory, equally accessible in electronic format.

The possibility and actuality of enhanced access to court records have generated privacy concerns. In 2003, the Right Honourable McLachlin, in a speech titled "Courts, Transparency and Public Confidence – To the Better Administration of Justice", recognized that "the technological advances of recent decades have put new pressures on the open court principle and have created new dilemmas for the courts, the media and the public."<sup>3</sup> Concern over the use of technology potentially creating enhanced access to court information is present in Canada and in the United States.<sup>4</sup>

- 
2. Elizabeth F. JUDGE, "Canada's Courts Online: Privacy, Public Access and Electronic Court Records" (paper presented at Dialogues about Justice: The Public, Legislators, Courts and the Media, October 17-19, 2002) at 4; Canadian Judicial Council, "Discussion Paper on Open Courts, Electronic Access to Court Records and Privacy", prepared on behalf of the Judges Technology Advisory Committee, May 2003 at paras. 55-57, online: <[www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/OpenCourts-2-EN.pdf](http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/OpenCourts-2-EN.pdf)>. [CJC, "Discussion"]
  3. Beverly McLACHLIN, "Courts, Transparency and Public Confidence – To the Better Administration of Justice", [2003] *Deakin Law Review* 1, online: <[www.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLRev/2003/1.html](http://www.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLRev/2003/1.html)>.
  4. Ward Research, "Openness in the Courts: A Final Report of Responses of Focus Groups from Members of the Bench, Bar, Media and General Public", prepared

Additional pressure for more secrecy in the justice system comes from national security concerns. In the aftermath of the terrorist attacks of September 11, 2001, the United States government detained many individuals and under the auspices of national security the U.S. government refused to make public any details about the identities or the number of detainees.<sup>5</sup> “As a complement to its use of secret detentions of alleged immigration-law violators, the government also moved to impose secrecy on deportation proceedings.”<sup>6</sup>

The number of arguments used to justify more secrecy – technology, privacy and national security – is adding up, as we can see from a 2006 article published in the Canadian Bar Association’s *National*: “New technologies are revolutionizing courtrooms across the country, while around the world, legal minds are grappling with a vital question: how can we make the most of this new technology without compromising the security, privacy and integrity of the judicial process in a ‘wired’ world?”<sup>7</sup>

Questioning the need for an open justice system is not a new topic of debate, but as the proponents of secrecy become ever more vocal the possibility of losing this principle looms as an actuality.

How can this gap between perception and principle be bridged? The resolution of the conflict between privacy interests and openness interests cannot be accomplished through general freedom of information and protection of privacy (FOIPP) legislation because judicial information is largely, if not completely, excluded. In Canada, since the adoption of the first freedom of information legislation by Nova Scotia in 1977, court records have always been excluded from the ambit of the legislation. None of

---

for The Judiciary State of Hawaii, July 2003, online: <[http://www.courts.state.hi.us/attachment/4D44FE74F4DF1267F34A9452DD/WRreport\\_combined.pdf](http://www.courts.state.hi.us/attachment/4D44FE74F4DF1267F34A9452DD/WRreport_combined.pdf)>.

See also Anne WALLACE and Karen GOTTLIEB, “Courts Online – Privacy and Public Access in Australian and United States’ Courts” (paper presented at the National Centre for State Courts Court Technology Conference, August 2001, Baltimore, Maryland), online: <[www.ctc8.net/showarticle.asp?id=23](http://www.ctc8.net/showarticle.asp?id=23)>.

5. Secret Detentions and Deportations, online: <[www.bushsecrecy.org/print\\_page.cfm?PagesID=36](http://www.bushsecrecy.org/print_page.cfm?PagesID=36)>.

6. *Ibid.*

7. Amy Jo EHMAN, “E-Justice for All”, CBA’s *National*, 15:1 (January/February 2006) at 45-47: “[...] Across Canada, courts are feeling their way into the high-tech world, drawn by the potential savings in time, money and storage and responding to demands for greater access to legal proceedings and court records.”

the provincial or federal legislation applies to the courts, at least as their judicial functions, as opposed to their administrative functions, are concerned.<sup>8</sup> There is either a specific provision excluding the courts from the application of the Acts or no mention made at all.<sup>9</sup> When FOIPP legislation was adopted, court records were considered to already be publicly available. In the United Kingdom, courts were excluded from the ambit of the *Freedom of Information Act* because “the greater public interest was considered to lie in the preservation of the courts’ own procedures for considering disclosure.”<sup>10</sup>

Judges have been left to develop their own responses to the conflict and hence, a variety of judicial responses have developed. Here and there, court administrations across North America have adopted policies or rules to limit the openness principle, resulting in the emergence of practices such as anonymization of courts’ decisions, access on a need to know basis, confidential filing, confidentiality orders, and severing of information.<sup>11</sup> Since the mid-

- 
8. Colin H.H. McNAIRN and Christopher D. WOODBURY, *Government Information: Access and Privacy*, loose-leaf (Toronto: Thomson-Carswell) at 2-9: “The Alberta, British Columbia, Manitoba, Nova Scotia, Prince Edward Island, Quebec and Saskatchewan Acts state explicitly that the courts are not government institutions for the purposes of the Act or that the Act does not apply to court records.” See also JUDGE, *supra*, note 2; and *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, 2006 SCC 31 at par. 30.
  9. For example: Alberta *Freedom of Information and Privacy Act*, R.S.A. 2000, c. F-25, s. 4(1)(a).
  10. Department of Constitutional Affairs, FOI Full Exemptions Guidance, United Kingdom, online: <<http://www.dca.gov.uk/foi/guidance/exguide/sec32/chap02.htm>>. “Rules of court already provide a comprehensive code governing the disclosure of court records and documents served in the course of proceedings. For certain types of proceedings only limited classes of persons may have access to court documents due to the sensitivity of the issues involved (for example, in family proceedings there is a need to protect the identity of any children involved). It was not the intention that the FOI Act should provide indirect access to these court records; the greater public interest was considered to lie in the preservation of the courts’ own procedures for considering disclosure. This exemption therefore ensures that the courts can continue to control the disclosure of that information in the proper exercise of their jurisdiction.” [underlining added]
  11. In the United States, some have suggested that courts should look for inspiration to the models established by the freedom of information and privacy legislation to address the balance between concerns for individual privacy and the right to access information. See WALLACE, *supra*, note 4. See also Allison STANFIELD, “Cyber Courts: Using the Internet to Assist Court Processes”, Queensland Law Foundation Technology Services Pty. Ltd. (Paper presented to WWW7, April 1998), online: <[http://members.ozemail.com.au/~astan/cyber\\_courts.htm](http://members.ozemail.com.au/~astan/cyber_courts.htm)>.



1990's the province of Quebec has had rules of practice which provide for the de-identification<sup>12</sup> of decisions in family cases.<sup>13</sup> In 2005, hoping to standardize and provide guidance over the development of the practices in Canada, the Canadian Judicial Council (hereinafter "CJC") approved and adopted a *Use of Personal Information in Judgments and Recommended Protocol*<sup>14</sup> (the "Protocol") and a *Model Policy for Access to Court Records in Canada*<sup>15</sup> (the "Policy").

I will demonstrate that the 2005 CJC documents proposing or acknowledging the need to restrict access to court records are improper, because: (a) the openness of the court system is important; (b) electronic communication (Internet) allows enhanced access to information in the court systems, specifically to court records; (c) while court records, pre-Internet, were not widely accessible (they were protected by "practical obscurity"), that obscurity should not be preserved. The general approach should be that court records should be available to the public through the Internet. There are exceptional cases where information should not be disclosed and there is a test and a process by which disclosure vs. non-disclosure can be sorted out.

I argue that administrative policies should not guide the judiciary on issues of access to court records. Only a proper discretionary test performed by a judge, on a case by case basis in the course of litigation, should be used to permit secrecy in the administration of justice. In 2007, the Supreme Court of Canada decided that there is no discretion when dealing with the identity

---

12. De-identification: the names of the parties are removed or the first initials are used. For example, *John Doe v. Jane Doe* will be titled *J.D. v. J.D.*

13. Canadian Bar Association, "Submission on the Discussion Paper: Open Courts, Electronic Access to Court Records, and Privacy", April 2004 at 13, online: <[www.cba.org/CBA/submissions/pdf/04-13-eng.pdf](http://www.cba.org/CBA/submissions/pdf/04-13-eng.pdf)>.

14. Canadian Judicial Council, "Use of Personal Information in Judgments and Recommended Protocol", prepared by the Judges' Technology Advisory Committee, March 2005, online: <[www.cjc-ccm.gc.ca](http://www.cjc-ccm.gc.ca)>. [CJC, "Protocol"]

15. Canadian Judicial Council, "Model Policy for Access to Court Records in Canada", prepared by the Judges' Technology Advisory Committee, September 2005, online: <[www.cjc-ccm.gc.ca](http://www.cjc-ccm.gc.ca)>. [CJC, "Policy"]

of an informer.<sup>16</sup> However, the Court also noted that all other information should be published under the open court principle.<sup>17</sup>

I propose to review the Canadian context in which the conflict between access to and secrecy of court records is emerging and to identify the proper notion of privacy as it relates to the administration of justice. I will then suggest a solution to balance the open courts principle (openness) with the need for confidentiality, whether it be in operations within the courtroom or to protect actors involved in the judicial system. Finally, I will evaluate the CJC's 2005 Protocol and Policy in light of my proposed solution.<sup>18</sup>

## Chapter II. Practical Obscurity versus Enhanced Access

Courts – administrations and parties – have created records containing personal information ever since they came into being. Historically, in practice, information contained in court records was not easy to access, collect or link because of “practical obscurity”, which offered some sort of privacy protection. Now, that perceived fail-safe has been removed; with the assistance of technology we are able to access and link the information (the mosaic effect). It was said “[o]nce judicial records go online ... computerized compilers can search, aggregate, and combine the information with information from many other public filings to create a profile of a specific individual in a matter of minutes, at minimal cost.”<sup>19</sup> It was written that “this movement to post court informa-

---

16. *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43 at par. 30: “In conclusion, the general rationale for the informer privilege rule requires a privilege which is extremely broad and powerful. [...] No case-by-case weighing of the justification for the privilege is permitted. All information which might tend to identify the informer is protected by the privilege, and neither the Crown nor the court has any discretion to disclose this information in any proceeding, at any time.”

17. *Ibid.*, par. 40: “Although a judge has no discretion not to apply the informer privilege rule, to ensure that the open court principle is respected, we must ensure that it retains the maximum effect possible by requiring that the informer privilege cover only that information which would in fact tend to reveal an informer's identity; all other information regarding the proceeding would continue to be information which should be published under the open court principle.”

18. CJC, “Discussion”, *supra*, note 2 at paras. 5, 88, 116.

19. Peter A. WINN, “Online Court Records: Balancing Judicial Accountability and Privacy in an Age of Electronic Information” (2004) *Washington Law Review* Vol. 79:307 at 316. See also Lynn Eicher SUDBECK, “Placing Court Records Online: Balancing Judicial Accountability with the Public Trust and Confidence: An Analysis of State Court Electronic Access Policies and a Proposal for South Dakota Court Records”, Institute for Court Management, May 2005 at 12.

tion online represents a quiet revolution in citizen access and government accountability.”<sup>20</sup> Is this revolution in information access a cause worth defending, or should we preserve practical obscurity? Can or should we ignore technology? First, I will define the concepts. Second, I will discuss the problem and finally, will propose a solution.

### **A. What is Practical Obscurity?**

Practical obscurity simply means that paper records located and the information contained in them (e.g. party names, action number) in a specific court’s registry are difficult to access, consult and search. The hours of operation and location of the courthouse can be limitations, as can the time and cost of travel, which may prevent an individual from having access to the information. Additionally, the format of the records (i.e. paper-based records) presents another limitation in terms of research time, time and cost of making copies, etc. Hence, the information contained in court records is practically obscure.

Basically, practical obscurity establishes a balance; on one hand the information is provided and is accessible but on the other hand the information is hard to get and accessibility is limited. It can therefore be said that public use of the information is balanced against limited public access to the information.

For Ira Bloom, the consequences of practical obscurity are quite significant: “When records data are accessible only by physical means (that is, by visiting government offices), the costs of travel and the time required to go through paper documents one by one will limit information gathering.”<sup>21</sup>

Winn agreed, stating “[o]nly those with a relatively strong interest in the information would take time out of their day, wait in line at the clerk’s office, fill out the necessary forms, and pay the

---

20. Katy ROCHE, “A Quiet Revolution in the Courts: Electronic Access to State Court Records”, Centre for Democracy & Technology, Washington D.C., August 2002, online: <[www.cdt.org/publications/020821courtrecords.shtml](http://www.cdt.org/publications/020821courtrecords.shtml)>.

21. Ira BLOOM, “Freedom of Information Laws in the Digital Age: The Death Knell of Informational Privacy” (2006) 12 *Rich. J.L. & Tech.* 9 at 9, online: <<http://law.richmond.edu/jolt/v12i3/article9.pdf>>: “Also, it is difficult to remain anonymous while gathering information systematically under the eye of government staff.”

necessary copy charges.”<sup>22</sup> It is obvious that currently, privacy is protected by the practical obscurity created by the physical inconvenience of attending at each courthouse to examine the dockets.<sup>23</sup> My argument in section C will be that a balance has not been achieved and the access and privacy scales are unfairly tipped towards privacy.

Practical obscurity is now undermined by technological developments because access to court records in electronic format, as opposed to paper format, will allow for (1) remote access through the Internet, (2) enhanced search capabilities (e.g. by name, identification numbers, date of birth, keywords...), and (3) bulk searches. As we will see below, it is argued that such enhanced access is not desirable and practical obscurity should be kept.

### ***B. Practical Obscurity’s Privacy Protection: Justifications***

For Professor Judge “practical obscurity may have been a principled policy and not just a logistical fact”.<sup>24</sup> For Judge, this conclusion “does not mean we have to continue to distinguish court records based on paper from electronic sources or remote from onsite access.”<sup>25</sup>

For the courts in *Krushell* and *Reporters*, practical obscurity offers protection of privacy. In *Alberta (Attorney General) v. Krushell*, the Court of Queen’s Bench of Alberta decided “[W]hile there is currently limited access to this information via the physical daily posting of the criminal dockets on site, that does not justify posting world-wide for all time to all of those with access to the internet. Currently privacy is protected by the practical obscurity created by the physical inconvenience of attending at each courthouse to examine the criminal dockets by others than those who have involvement in the matters then before the courts [...]”.<sup>26</sup> Commenting on the Court’s decision in *Department of Justice v.*

---

22. WINN, *supra*, note 19 at 316. See also SUDBECK, *supra*, note 19 at 12.

23. *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [1997] 1 F.C. 164.

24. JUDGE, *supra*, note 2 at 19: “The physical limitations that were intrinsic to the traditional model, including time, energy, cost, and geography, were not just inconvenient obstacles toward full unfettered access. Instead they were integral privacy safeguards that helped the system function as it was intended.”

25. *Ibid.*

26. *Alberta (Attorney General) v. Krushell*, 2003 ABQB 252 par. 50.

*Reporters Committee for Freedom of the Press*, Davis wrote that “individuals maintain a privacy interest in the ‘practical obscurity’ of records.”<sup>27</sup>

Increased access through the internet is seen as a negative development, and brings to mind a paranoid vision of the rise of the machines.<sup>28</sup>

Practical obscurity is generally justified negatively, by alleged potential misuses that would result if it were reduced or eliminated. Practical obscurity theoretically protects against (a) data mining, (b) criminal uses of information, (c) “loss of forgiveness”, and (d) damage to the repute of the administration of justice.

a) Data mining

In the United States, Laura W. Morgan, a family law practitioner, observed that “as the demand for electronic access has increased, so has the demand for privacy because of the practice of data mining.”<sup>29</sup>

The Canadian Bar Association also observed that electronic access to court records creates potential for misuse and abuse: “Extensive ‘bulk’ searches by category, or ‘data mining’ is possible electronically, but not currently possible in the paper

---

27. Charles N. DAVIS, “Electronic Access to Information and the Privacy Paradox: Rethinking “Practical Obscurity” (A Paper Presented to TPRC: The 29th Annual Conference on Information, Communication and Internet Policy, Oct. 27-29, 2001) at 6: “According to the Court, a citizen possesses a protected privacy interest in the criminal history information because “plainly there is a vast difference between the public records that might be found after a diligent search of courthouse files, county archives, and local police stations throughout the country and a computerized summary located in a single clearinghouse of information. [p. 764]”

28. BLOOM, *supra*, note 21 at 5: “[...] the combination of electronic databases now held by state and local governments in digital form, the personal computer, computer networks, the internet, [...] may present the greatest threat to information privacy and to privacy more generally, a threat significantly greater than that created by corporate or governmental use and misuse of personally identifiable information.”

See also Gregory M. SILVERMAN, “Rise of the Machines: Justice Information Systems and the Question of Public Access to Court Records over the Internet” (2004) *Washington Law Review*, Vol. 79: 175.

29. Laura W. MORGAN, “Strengthening the Lock on the Bedroom Door: The Case Against Access to Divorce Court Records On Line” (2001) *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, Vol. 17, p. 45 at 61.

medium.”<sup>30</sup> Data mining, the process of analyzing data to identify patterns or relationships, can be used for many purposes and the data may be manipulated to suit those purposes, whether or not they reflect the public good or the needs of those with a more questionable agenda. Data mining can provide the researcher with information about specific trends which in turn can show the need for some specific remedy. It can also provide a citizen with essential information about a person that has caused him/her damage. It can also be a means to another end, perhaps to identify a specific group of people and sell them a specific product or contact them to offer a service. Data mining can also be used by criminals to gather data about an individual or a private organization to commit a criminal offence.

b) Increase in crimes

With digital information, according to Bloom, “the implications for privacy of residents are enormous, as is the potential use of data for criminal activities such as kidnapping, murder, identity theft, and stalking.”<sup>31</sup> For example, a criminal could use the court registry as a source of information to find out the address, income, or affiliation of a potential victim. The Canadian Bar Association submitted that “to assert that electronic judicial records should be placed under the same rules as paper records is nothing more than to advocate for the free flow of information at the expense of the many other competing values.”<sup>32</sup>

c) “Forgiveness”

In the United States, Winn wrote that “[t]he “practical obscurity” of old records generates an expectation of privacy that has been recognized as legitimate by common law courts.”<sup>33</sup>

According to Sudbeck, with technology, traditional protections based on practical obscurity are gone.<sup>34</sup> In Canada, Profes-

---

30. Canadian Bar Association, *supra*, note 13 at 7.

31. Ira BLOOM, *supra*, note 21 at 10. See also WINN, *supra*, note 19 at 315.

32. WINN, *ibid.* at 315.

33. *Ibid.* at 316-317: “The concept of practical obscurity developed by federal courts in the context of FOIA cases also recognizes that the passage of time may actually increase the privacy interest at stake when disclosure would revive information that was once public knowledge but has long since faded from memory.”

34. SUDBECK, *supra*, note 19 at 12.

sor Elizabeth Judge warned “one danger to the loss of practical obscurity is the loss of “social forgiveness”.”<sup>35</sup> Judge added “technology does change the *de facto* balance between access and privacy that was tenuously preserved through paper documents at the courthouse.”<sup>36</sup>

d) Repute of the administration of justice

In her analysis, Sudbeck cited Dr. Gottlieb who wrote that “most people do not realize the information contained in the majority of court records is open to the public.”<sup>37</sup>

In that same report, it is written that “[i]t is a violation of the public’s trust and confidence in the judicial system when courts knowingly allow that private information to be accessed for purposes other than that for which the information was originally provided and for reasons other than shedding light on the workings of the judicial system.”<sup>38</sup>

For Chief Justice McLachlin “the omnipresent and immediate reach of modern dissemination networks makes it increasingly apparent that openness may exact costs – costs that require judges and the media to reassess the means by which they further the principle of open justice.”<sup>39</sup> One of the four costs she listed is privacy.<sup>40</sup>

---

35. JUDGE, *supra*, note 2 at 15. See Chris Jay HOOFNAGLE, Electronic Files and Social Forgiveness, *Media, Privacy and Defamation Law Committee Newsletter*, Winter 2003, at 7. See also Beth GIVENS, Public Records in a Computerized Network Environment: Privacy Implications (speech presented at the First Amendment Coalition Conference Panel: “Ain’t Nobody’s Business But My Own: Privacy Versus the Right to Know”, September 23, 1995), online: <[www.privacyrights.org/ar/speech1.htm](http://www.privacyrights.org/ar/speech1.htm)>. Givens provided the following example to explain “social forgiveness”: “Your conviction on graffiti vandalism at age 19 will still be there at age 29 when you are a solid citizen trying to get a job and raise a family.”

36. JUDGE, *ibid.*

37. SUDBECK, *supra*, note 19 at 25: “They may suspect the grocery store is selling their buying information for marketing purposes, but they would never think their local court is giving away or selling their court information for a similar purpose.”

38. *Ibid.* at 66.

39. McLACHLIN, *supra*, note 3.

40. *Ibid.* “When a matter is submitted to the courts of justice, the parties cannot expect that the details of their dispute shall remain private. [...] In the past, technical barriers to the mass collection and distribution of information offered limited but effective protection of privacy of participants in the justice system. Now that protection has disappeared.” The other costs listed were: 1. Trial Fairness; 2. Sensationalisation and Distortion; 3. Security.

In order to protect the privacy of complainants, administrative agencies and boards have adopted policies to limit the disclosure of information. For example, the Privacy Commissioner of Canada will not publish the name of the complainants or the parties involved.<sup>41</sup> In Saskatchewan, the Information and Privacy Commissioner decided that an administrative tribunal, Automobile Injury Appeal Commission, should not make its records available to the public.<sup>42</sup> The Commission d'accès à l'information du Québec has also decided to mask the names of parties in all the decisions posted on its website.<sup>43</sup>

### ***C. Response to Justifications in Favour of Practical Obscurity***

Despite the points that may be made in its favour (i.e. data mining, criminal uses, loss of forgiveness and effects on the repute of the administration of justice), practical obscurity is not a defensible basis for protecting court records from electronic access. None of the justifications withstand my analysis which is based on six points: 1. concept; 2. model; 3. jurisprudence; 4. consequences; 5. access; and 6. motives.

#### *1. Conceptual Confusion: "Quantity to Quality"*

The greatest tool in the history of mankind [Web] toward promoting access is being turned into this demonic force for the invasion of

---

41. In her 2005-2006 Annual Report, the Privacy Commissioner of Canada reports on Federal Court of Canada dockets dealing with the *Privacy Act*. In her report, she writes: "The following applications and appeals were filed in the past fiscal year. In keeping with our mandate, we have chosen not to reproduce the official style of cause of the cases in order to respect the privacy of the individual complainants. We are listing the court docket number and the name of the government institutions only." <[www.privcom.gc.ca](http://www.privcom.gc.ca)>.

42. Saskatchewan, Office of the Information and Privacy Commissioner, Decision 2005-001, January 27, 2005 (Dealing with an administrative tribunal). "Summary: The Complainant asked the Commissioner to investigate the practice of the Automobile Injury Appeal Commission of publishing on its website the full text of its decisions. Those decisions include a good deal of personal information and personal health information of those persons applying for compensation. The Commissioner found that there was no legislative requirement that the Commission publish decisions on its website and that such publication falls short of privacy 'best practices'. The Commissioner found that the Commission had failed to adequately protect the privacy of the applicant as it is required to do by *The Freedom of Information and Protection of Privacy Act* and *The Health Information Protection Act*."

43. <[www.cai.gouv.qc.ca](http://www.cai.gouv.qc.ca)>



privacy. We're equating ease of access with privacy, and to me they're two different animals. Either a record is private or it's not.<sup>44</sup>

On one hand, information (a record) is public but hard to get to, so it is argued that it is private. For Davis this interpretation, taken literally, means that "public documents that are difficult or time-consuming to locate essentially become private records."<sup>45</sup> On the other hand, the information is still public, but with technology we have easier access, and because of this potential increased or facilitated access, it is argued the information is private. This conclusion seems absurd if not oxymoronic. Davis wrote:

At the heart of this doctrine is the notion of practical obscurity, the Court's belief that public records should be public so long as they are separated by geographic distance and antiquated paper-based systems. Practical obscurity also gives rise to the assumption that computerized compilations of once-obscured records transforms public records into private data thanks merely to the ease with which such records can now be accessed. In an era in which government record keeping is undergoing a fundamental shift from paper to data, the concept of practical obscurity implies an irresolvable conflict between the rather obvious public interest in electronic information and the government's interest in preserving privacy.<sup>46</sup>

For Davis, the concept of practical obscurity is an interest mitigating toward privacy: "The fact that much of that information is compiled, stored and disseminated through computer networks leads to the logical conclusion that the more government documents created electronically, the greater the "practical obscurity" of the data."<sup>47</sup>

If information is filed in court, the information becomes public unless a confidentiality order is issued. Until the present time, all the information was available in paper format at the court registry and no privacy interest was ever raised; now, with the potential facilitation of access, privacy interest is argued to limit access. This line of thought weakens or simply ignores the

---

44. DAVIS, executive director of the Freedom of Information Centre at the Missouri School of Journalism, cited in BLOOM, *supra*, note 21 at 28.

45. DAVIS, *supra*, note 27 at 18. See also Martin E. HALSTUK, "Bits, Bytes, and the Right to Know: How the Electronic Freedom of Information Act Holds the Key to Public Access to a Wealth of Useful Government Databases" (Annual Convention of the Association of Education in Journalism and Mass Communication, August 1998) at 12.

46. DAVIS, *ibid.* at 16.

47. *Ibid.* at 18.

importance of open court principle. I think that the concept of practical obscurity is flawed in that difficulty of access doesn't equate to a privacy interest.

## 2. *Individual Model versus Community Model*

The context of disclosure is important and must be taken into consideration. Personal information provided to a private organization or to the government must be disclosed and used in accordance with the laws. In such cases, the legislation based on the fair information principles severely limits the use and disclosure of personal information to the extent needed for the service to be provided to the particular individual.<sup>48</sup> But, we must be careful not to export that paradigm into a context where it does not belong. Personal information disclosed for justice purposes is made for different considerations. There is a distinction between providing personal information to a private organization or a government in order to receive goods or services, and providing personal information to a court of law to obtain a decision that can be enforced by the Power of the State.

In 1994, the Canadian Institute for the Administration of Justice hosted a National Conference on Open Justice in Ottawa.<sup>49</sup> At this Conference some speakers proposed more and some proposed less openness. One interesting paper titled "Electronic Public Access – An Idea Whose Time Has Come" was presented by Daniel J. Henry. Instead of promoting limits to the principle, the author wrote that "[t]raditionally, there is no privacy right in court"<sup>50</sup> and that, since 'justice' is a community

---

48. JUDGE, *supra*, note 2 at 17, 23-25. Professor Judge discussed the need for a balance between privacy and public access to court records. She wrote: "Posing the question as whether the courts should make information available in an electronic format and whether that information should be accessible remotely addresses the issues only obliquely. [...] Instead, the issue is what personal information should be collected by the courts at all, and of that information which is justifiably collected, what information in court records should be "public" because it serves public functions. This approach borrows from the fair information principles the idea that access and purpose are linked. The fair information principles incorporate the theory that defining purpose for the use and collection of information will in turn work to limit the collection and use of information."

49. Canadian Institute for Administration of Justice, *Open Justice – La transparence dans le système judiciaire*, papers presented at a conference held in Ottawa, October 1994 (Montréal: Les Éditions Thémis, 1994).

50. *Ibid.* at 423: "Traditionally, there is no privacy right in court. It is difficult for it to exist there. Public information important to an understanding of a case

event, it should not be left to the individual to veto what information should be made publicly available.<sup>51</sup>

In our fervor to stop new forms of personal nuisance like spam mail or crimes like identity theft, which can be facilitated by technology, we are preparing to throw the baby out with the bathwater by endeavoring to stop the circulation of personal information which is imperative for justice to operate and to function. Regarding the community needs, Trudel made a point that can be applied to the information in the judicial system: "If everything depends on personal choice, then there remains little room for circulation of information in order to meet the needs of the community."<sup>52</sup>

Again, I draw the same parallel between secrecy in the administration of justice and secrecy in government. Professor Francis E. Rourke observed that "insofar as secrecy in government seriously impedes the free flow of communication among citizens, it constitutes a real threat to the informed public discussion that is at the core of democracy." He adds that the community should "tolerate some measure of insecurity in order to gain access to information it needs in order to exercise influence over decisions on vital matters of public policy."<sup>53</sup>

Based on the above discussion, I am of the opinion that insofar as secrecy in the judicial system can seriously impede the necessary flow of information between the citizen and the courts, it constitutes a real threat to the informed public discussion that is at the core of democracy and the administration of justice. Where this occurs, it is not at all certain that a community should

---

cannot be subdivided into semi-private and public categories without seriously undermining public access to court proceedings. Opponents often presume that electronic coverage has a more powerful and prejudicial effect, but they offer no proof for that assertion."

51. *Ibid.* at 428: "Informed consent" is a concept suited to surgery, not justice. Surgery is an individual matter. Justice is a community event. [...] Should an individual involved in a case, in whatever peripheral or substantial way, have a right to "veto" over public access to electronic information about that case? Logic and law suggest not.
52. *Ibid.*: "Moreover, the notion of personal life leaves little space for the requirements of life in society, for the fact that information has to be able to circulate in the name of the interests of the community or for the fact that such circulation is, in practice, rarely harmful."
53. Francis E. ROURKE, *Secrecy and Publicity: Dilemmas of Democracy* (Baltimore: The John Hopkins Press, 1961) at 226.

not choose, from the point of view of its own value system, to tolerate some measure of insecurity or embarrassment (encroachment of privacy) in order to gain access to information it needs to ensure justice is being done.

### 3. *Contradicting Jurisprudence*

*Krushell*<sup>54</sup> is in direct opposition with a decision issued by the Federal Court of Canada in 1997<sup>55</sup> and a decision of the Ontario Superior Court issued in 2002<sup>56</sup>. The Court in *Krushell* held that privacy was protected by the physical inconvenience of attending each courthouse.<sup>57</sup>

In the Federal Court case, an access request had been made to obtain disclosure of the names of former Members of Parliament in receipt of pension benefits pursuant to the *Members of Parliament Retiring Allowances Act* (the MPRA). The applicant submitted that the requested information was “publicly available”, but the respondent disagreed on the basis that the requested information did not exist in a complete and final form, and needed to be collated from several sources. The Court held that the respondent erred because the information was available from other sources. For the Court, the fact that a person needs permission to access the information “does not detract from the public availability of the requested information.”<sup>58</sup>

Along the same line of thought, in 2002, the Ontario Superior Court of Justice allowed access to an electronic databank to facili-

---

54. *Krushell*, *supra*, note 26.

55. *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, *supra*, note 23.

56. *Gombu v. Mitchinson et al.* (2002), 214 D.L.R. (4th) 163; 59 O.R. (3d) 773 (Ont. Div. Ct.) [leave to appeal granted, [2002] O.J. No. 3309 – the appeal was subsequently abandoned].

57. *Krushell*, *supra*, note 26 at par. 50.

58. *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, *supra*, note 23: “I find that the Minister erred in determining that the requested information is not a matter of public knowledge. A person may visit the Library of Parliament and request the Canadian Directory of Parliament, which is a list of all former members of Parliament with the day they were first elected. The fact that a person needs permission to use the Library of Parliament, as submitted by the respondent, does not detract from the public availability of the requested information. Moreover, the requested information may be gleaned from other sources, such as a Who’s Who of Canada, old copies of newspapers, or Elections Canada which is required by law to keep the results of all federal elections.”

tate the research of the Toronto campaign contribution records from the 1997 municipal election.<sup>59</sup> The court rejected the view taken by the Commissioner on the dangers of misuse of the database noting that danger of misuses exists even with the paper version presently available to the public.<sup>60</sup>

I prefer the more pragmatic approach taken in the Federal Court and the Ontario Superior Court decisions. In both cases, courts considered the public availability of the information from different public sources and formats. In my opinion, the Court in *Krushell*, which specifically dealt with court information, erred in its reasoning because it did not consider the importance of the open court principle. The Court imposed limitation on access to court information based on irrelevant considerations: "Statutorily prescribed punishments for the convicted would pale in many cases in comparison to the de facto punishment created by posting information on the criminally charged for the benefit of the gossip and the busybody. Similarity of names might create defamatory impressions."<sup>61</sup> The Court does not state the same is true if the information is publicly available in paper format.

#### 4. *Hypothetical Negative Consequences*

The potential negative consequences (e.g. criminal activities) identified by proponents of practical obscurity are mostly hypothetical and downplay the fact that the information could already be misused in its current format (i.e. paper). The negative consequences are possible or projected risks (some of which are associated in living in an open and just society).

I have identified two categories of negative consequences, (1) inconveniences or nuisances (e.g. gossip) and (2) illegal or criminal actions (e.g. defamation, identity theft, stalking). The risks identified which serve to support more secrecy in the judicial system are unlikely and can be discounted on the basis that these are normal and usual risks expected by any citizen living in a democratic society. When we walk, speak or interact in public, there is

---

59. *Gombu, supra*, note 56 at par. 31.

60. *Ibid.* at par. 26.

61. *Krushell, supra*, note 26 at par. 49: "The mischief which could be created by allowing ready public access to the names of unconvicted accused is not difficult to imagine. [...] Same-day internet postings would create concern about courthouse security and judge-shopping which could affect the administration of justice [...]."

always a risk for gossip and of attendant illegal and criminal actions, but these risks should not prevent us of enforcing sound principles like openness of the courts. Unless there is clear and actual evidence brought before the court that security is at stake then openness must prevail.

Trudel wrote that “public information is censured because there is a risk (most often hypothetical) that it could be misused.”<sup>62</sup> Although Trudel dealt with government information, his reasoning may also be effectively applied to the courts’ information. We must accept that for the requirements of life in society, personal information must circulate. Hypothetical risk cannot justify secrecy; the risk to the credibility of the justice system is too high. Privacy limitations are not like the speed limit on a highway or the number of passengers a plane can safely accommodate. If, for our safety, personal information contained in courts’ records must remain confidential then we might as well look at removing all the knives from everyone’s kitchens.

##### *5. Practical Obscurity Protects Uneven Access*

What is feared is the disappearance of the somewhat illusory protection offered by practical obscurity. In fact, practical obscurity offered no protection, it was protecting only privileged access. Only those individuals or organizations with unlimited time or resources, could easily and rightfully access any locations to gather the data to build information banks for their own purposes. If practical obscurity was an integral privacy safeguard, it was a very poor one, and also very discriminatory. Only an individual or organization with plenty of time and money could. Practical obscurity notwithstanding, the information was public and was available.

If we decline to embrace technology, we are effectively destroying a great tool for democratization of our public institutions and once again, only wealthy and powerful people or organiza-

---

62. Pierre TRUDEL, *Rule of Law and the Effectiveness of Privacy Protection in E-Government Networks*, paper presented at the Canadian Institute for the Administration of Justice annual conference, “Technology, Privacy and Justice”, Toronto, September 2005, at 10: “fear about possible misuses of information have led to drastic restrictions on how information can be accessed. Access to data now depends on the real or supposed purposes underlying their public nature. Thus, public information is censured because there is a risk (most often hypothetical) that it could be misused.”

tions will have the means to access information. Practical obscurity doesn't protect privacy as much as it protects privileged access.

## 6. *Improper Motives*

Advocates for more restrictions on the disclosure of personal information often state this personal information is not necessary (or required) for the purpose for which the courts make their information available. Donald J. Horowitz wrote that “[t]he purpose of the right of access to court information and records has been authoritatively described as to “allow the citizenry to monitor the functioning of our courts, thereby ensuring quality, honesty, and respect for our legal system.” It is not for commercial purposes, gossip, or other reasons not relevant to public oversight of the judicial system.”<sup>63</sup>

He reported that the *Access to Justice Technology Bill of Rights Committee* “believes that unless there is some appropriate but not overdone protection of personal privacy and intimate personal, health, financial, and other appropriate information, people will be increasingly reluctant to exercise their right to access to justice, and will avoid the justice system when possible.”<sup>64</sup>

This sort of argument was made to support the adoption of s. 276 of the *Criminal Code*.<sup>65</sup> The law offers a shield to the victim to protect his/her privacy in a rape trial. The central purpose doctrine and the fear factor, potential misuse of personal information, are often the basis for claiming more privacy.<sup>66</sup>

---

63. Donald J. HOROWITZ, “Technology, Values, and the Justice System: The Evolution of the Access to Justice Technology Bill of Rights” (2004) *Washington Law Review*, Vol. 79:77 at 95.

64. *Ibid.*

65. Jamie CAMERON, *Victim Privacy and the Open Court Principle*, Department of Justice Canada, March 2003 at 9. See Nicole BAER, “Striking the Balance in Sexual Assault Trials”, online: <<http://www.justice.gc.ca/en/dept/pub/jc/vol1/no1/strike.html>>:

“The Supreme Court of Canada affirms Parliament’s approach to a delicate challenge: balancing the right of an accused to a fair trial with the privacy and equality rights of the sexual assault complainant (who is invariably called as a witness at the trial).”

66. Charles N. DAVIS, “Electronic Access to Information and the Privacy Paradox: Rethinking Practical Obscurity and Its Impact on Electronic Freedom of Information”, *Social Sciences Computer Review*, Vol. 21, No. 1, Spring 2003, 15 at 16-17. The protection offered by practical obscurity is often linked with the

The purpose or the motivation of an individual accessing a court record should not be relevant. I refer to the Supreme Court decision *Canada (Information Commissioner) v. Royal Canadian Mounted Police Commissioner*. In that particular case, an individual had requested access to all the positions occupied by specific RCMP members. The request was denied. Gonthier J., writing for the Supreme Court, noted that the Court of Appeal explained the request could not be a “fishing expedition” about all or numerous positions occupied by an individual over the span of his or her employment, because this would empty the meaning of s. 3(b) of the *Privacy Act*, which prevents access to “employment history”. Gonthier J. viewed this interpretation as unnecessarily restrictive and without sufficient legal foundation. According to Gonthier J., the Court of Appeal’s approach failed to recognize it is the nature of the information itself that is relevant – not the purpose or nature of the request.

The *Privacy Act* defines “personal information” without regard to the intention of the person requesting the information. Similarly, s. 4(1) of the *Access to Information Act* provides that every Canadian citizen and permanent resident “has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution”. This right is not qualified; the *Access to Information Act* does not confer on the heads of government institutions the power to take into account the identity of the applicant or the purposes underlying a request. In short, it is not open to the RCMP Commissioner to refuse disclosure on the grounds that disclosing the information, in this instance, will not promote accountability. The *Access to Information Act* makes this information equally available to each member of the public because it is thought the availability of such information, as a general matter, is necessary to ensure the accountability of the

---

“central purpose” test. In the U.S., along with the notion of practical obscurity, there is also the ‘central purpose doctrine’. This doctrine was developed around cases dealing with the U.S. *Freedom of Information Act*. As mentioned by Davis, it was determined that the FOIA’s “central purpose is to ensure that the government’s activities be opened to the sharp eye of public scrutiny, not that information about private citizens that happens to be in the warehouse of the government be so disclosed.” However Davis noted that “information about individuals can, and often, shed light on governmental operations and activities.”



state and to promote the capacity of the citizenry to participate in decision-making processes.<sup>67</sup>

Although the above analysis deals with FOIP legislation, the same reasoning can be applied to the judicial system and more particularly to disclosure of court's records. The identity of the individual accessing the information or the purpose underlying his access should not be taken into account unless there is a specific order on file setting out the modalities of access or non-access.<sup>68</sup> Again in the judicial context, we should not adopt the fair information practices which "incorporate the theory that defining purpose for the use and collection of information will in turn work to limit the collection and use of information."<sup>69</sup>

In the end, the principles of access remain the same; technology does not matter. If there is no problem for one, ten or even fifty individuals to watch court proceedings or see court records, why is there a problem for one million? Silverman is of the opinion "public access to court files and documents over the Internet should be permitted to the same extent that the public has access to them in the courthouse – that is, court should not discriminate with respect to methods of access."<sup>70</sup>

### **Chapter III. Solution for a Reasoned Access to Court Records**

The difficulty raised with the increased use of technology and with the creation of electronic records is that the information is now accessible in new ways (i.e. remotely) and search engines now allow for more specific search and linkages. The question is: shall

---

67. *Canada (Information Commissioner) v. Royal Canadian Mounted Police Commissioner*, 2003 SCC 8 at paras. 31-33.

68. Other means can also be used to regulate the information outside of access rules – e.g. *Criminal Code*.

69. JUDGE, *supra*, note 2.

70. SILVERMAN, *supra*, note 28 at 220. To defend his position, he has parsed the information in a case file into two general categories: sensitive personal information and narrative adjudicatory facts. With regard to the first category, he argues that "[...] for reasons of public safety and personal security, the public should not have access to it either at the courthouse or over the Internet." With regard to the narrative adjudicatory facts, he further subdivides it into discrediting and embarrassing facts, implicitly recognizing a third subcategory containing all others. He argues that "neither discrediting facts nor embarrassing facts, nor indeed facts that are both discrediting and embarrassing, provide sufficient grounds for limiting public access to court records over the Internet while permitting unlimited access to them at the courthouse."

we embrace this new technology or should we, against practical and pragmatic wisdom, expand the current practice of practical obscurity? It is my opinion the solution is that a generalization of the *Dagenais* test be applied to all circumstances in which privacy protection is sought. As the Supreme Court of Canada mentioned in *Vancouver Sun*: “The open court principle, to put it mildly, is not to be lightly interfered with.”<sup>71</sup>

With a better understanding of the current context of court information, I propose a process which can be used to balance the open court principle and the need for confidentiality. The proposed process recognizes that openness usually serves the public interest unless there is a proper demonstration to the contrary. As an introduction to my solution, I use the following excerpt taken from *R. v. Laws*, in which the Ontario Court of Appeal stated:

Trial judges are entitled to maintain a discretion to exclude members of the public when circumstances warrant. However, this discretion should not be exercised arbitrarily. Furthermore, the discretion should not be exercised in the absence of an evidentiary foundation and must be exercised in accordance with the *Charter*.<sup>72</sup>

This is consistent with my proposed solution: 1) The determination should be done by judges in the course of specific cases at the initial stage of filing or at least before the conclusion of litigation, rather than by administrators; 2) The guiding principle should be openness; 3) If there is a need for an exception, it should be considered on a case-by-case basis.

### ***A. Determination to be Made by Judges***

Courts have been exempted from FOIPP legislation. I argue it should be left to the discretion of the judge, who relying on proper evidentiary basis provided by the party moving for confidentiality, will decide if the information should be kept secret forever or for a specific period of time.<sup>73</sup> As it was written in the United Kingdom, exempting courts from FOIP legislation “ensure[s] that the courts can continue to control the disclosure of that information in

---

71. *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332 at par. 25.

72. *R. v. Laws* (1998), 165 D.L.R. (4th) 301 (Ont. C.A.) at par. 21.

73. *Named Person v. Vancouver Sun*, *supra*, note 16. The Supreme Court of Canada decided that there is no discretion when dealing with the identity of an informer.

the proper exercise of their jurisdiction.”<sup>74</sup> No problem will arise because based on their experience and their functions, judges are in the best position to make this determination; only judges (as opposed to administrators) have sufficient knowledge, training and experience to balance opposing interests.

In the United States, relying upon the discretion of judges has not caused any problems with regard to civil case files.<sup>75</sup> Dennis J. Sweeney reminded us “regardless of the form principles ultimately assume – court rule, legislation, or uniform code – it will be through common law courts and common law processes that they ultimately become part of the fabric of our legal culture.”<sup>76</sup> Using the analogy of law as a tortoise and technology as the hare, he wrote that because common law develops slowly and uncertainly, there was a need to import values into the judicial process for application to everyday conflicts generated or complicated by technology.<sup>77</sup>

Discussing the balancing of access and privacy in judicial proceedings, Winn wrote that “[w]hile courts are vigilant in protecting the public right of access when it is consistent with ensuring the credibility of the judicial system, they are also quick to protect individuals from the exploitation of their personal information when it bears little relationship to ensuring the integrity of the judicial process.”<sup>78</sup>

---

74. Department of Constitutional Affairs, *supra*, note 10.

75. Judicial Conference Committee on Court Administration and Case Management, “Report on Privacy and Public Access to Electronic Case Files” (June 26, 2001) at 6-7: “Providing remote electronic access equal to courthouse will require counsel and pro se litigants to protect their interests through a careful review of whether it is essential to their case to file certain documents containing private sensitive information or by the use of motions to seal and for protective orders. It will also depend upon the discretion of judges to protect privacy and security interests as they arise in individual cases. However, it is the experience of the ECF (Electronic Case Filing) prototype courts and courts which have been imaging document and making them electronically available that reliance on judicial discretion has not been problematic and has not dramatically increased or altered the amount and nature of motions to seal. It is also the experience of those courts that have been making their case file information available through PACERNet that there have been virtually no reported privacy problems as a result.” [underlining added]

76. Dennis J. SWEENEY, “The Common Law Process: A new Look at an Ancient Value Delivery System” (2004) *Washington Law Review*, Vol. 79:251 at 253.

77. *Ibid.* at 255.

78. WINN, *supra*, note 19 at 313-314: “This common law and constitutional balance, carefully worked out on a case-by-case basis over the course of many years, represents the finest form of judicial lawmaking. While a system that

I would say decisions are shaped by submissions of the parties. In addition to the necessary role of the judge, lawyers also play a critical role. These actors must balance and find the right equilibrium between the need for openness and the protection of individuals.

Balancing divergent interests is part of the day-to-day business of the courts across the country. For example, on February 27, 2006, a judge from the Provincial Court of British Columbia decided that the law of British Columbia allows the press to report on the evidence of a *voir dire*, subject to appropriate limitations.<sup>79</sup> On May 3, 2006, a judge of the Ontario Superior Court decided that disclosure of anonymous information in the case would not be contrary to the law since there is no evidence that there is a real and substantial risk.<sup>80</sup> On May 31, 2006, a judge of the Provincial Court of Nova Scotia held that the media and the public should be granted access to exhibits filed in a trial of a young offender who received an adult sentence.<sup>81</sup> Finally, on October 20, 2006, a judge of the Quebec Superior Court decided that the limits imposed on media with regard to soliciting interviews and using cameras in the public areas of Quebec courthouses were justified to re-establish a balance between the rights of participants in judicial proceedings and the rights of the media.<sup>82</sup>

In Quebec, the general rule is the same. In a free and democratic society, proceedings are public because the administration of justice must also be public.<sup>83</sup> Unless there is a serious threat to the physical or mental security of the individual, the proceedings should be public.<sup>84</sup>

---

relies on the discretion of judges sometimes runs the risk of occasional inconsistent decisions, by and large, courts have shown that they are capable of exercising their discretion to carefully weigh competing interests, and their decisions show great nuance, factual subtlety, and legal imagination.”

79. *R. v. Yu*, 2006 BCPC 0121 at par. 23.

80. *K.B. et al. v. Toronto District School Board et al.*, Court File Nos.: 55/06 and 06-CV-304058, May 3rd, 2006, Ontario Superior Court of Justice – Divisional Court, Chapnik J. at 8.

81. *R. v. A.A.B.*, 2006 NSPC 16 at paras. 17-18.

82. *Société Radio-Canada v. Quebec (Attorney General)*, 2006 CanLII 42969 (QC C.S.) Lagacé, j.c.s. at par. 230.

83. *Monsieur B.B. c. Québec (Procureur général)*, 1997 CanLII 10220 (QC C.A.) at p. 5.

84. *3834310 Canada Inc. v. R.C.*, 2004 CanLII 4122 (QC C.A.) at paras. 25-27.

This general rule has been codified in section 23 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*<sup>85</sup>, in section 5 of the *Civil Code*<sup>86</sup> and in section 13 of the *Code of Civil Procedure*.<sup>87</sup> Section 13 C.C.P. provides that “[t]he sittings of the courts are public wherever they may be held, but the court may order that they be held in camera in the interests of good morals or public order. [...]”<sup>88</sup>

With regard to family matters, only sittings are held *in camera*, documents filed in court are publicly available at the office of the court.<sup>89</sup>

## **B. Orientation**

The general rule is openness and the exception is confidentiality. The open court principle is at the root of our judicial system, but in some circumstances openness must be balanced with the need to preserve confidentiality where disclosure of information would be contrary to the proper administration of justice. As mentioned by Winn: “Experience teaches us that at times, open judicial proceedings can ensure, rather than prevent, the abuse of judicial power, can create unacceptable risks of a miscarriage of justice, and can cause unnecessary harm to the safety and privacy of individuals.”<sup>90</sup>

---

85. L.R.Q., c. C-12.

86. Section 5: “Every person exercises his civil rights under the name assigned to him and stated in his act of birth.”

87. *J.E.S. v. Ville de Montréal*, 2004 CanLII 24872 (QC C.S.) at paras. 35-44.

88. “[...] However, in family matters, sittings in first instance are held in camera, unless the court, upon application, orders that, in the interests of justice, a sitting be public. Any journalist who proves his capacity is admitted to sittings held in camera, without further formality, unless the court consider his presence detrimental to a person whose interests may be affected by the proceedings. [...]”

Pursuant to section 47 C.C.P., Courts have adopted rules of practice. *Rules of Practice of the Court of Québec (civil division)*, c. C-25, r. 4. Section 12: Anything that interferes with the decorum and good order of the court is prohibited. The following, among other things, is prohibited: [...] practice of photography or cinematography, making of audio or video recording, radio broadcasting, television broadcasting [...] Except in the Youth Division, audio recordings made by the media of the arguments and decision are authorized unless the judge decides otherwise; however, the broadcasting of such recordings is prohibited.

A similar text is found in the *Rules of Practice of the Superior Court of Quebec in civil matters*, c. C-25, r. 8, s. 38. A similar text is also found in the *Rules of Practice of the Superior Court in criminal matters*, C-46 – SI/2002-46 (<http://lois.justice.gc.ca/fr/C-46/TR-2002-46/texte.html>).

89. *P... N... v. H... C...*, 2007 QCCS 4462 (CanLII) at paras. 105-137.

90. WINN, *supra*, note 19 at 308.

In *Toronto Star Newspaper Ltd.*, Fish J. reminded us that freedoms are not absolute and that under “certain conditions, public access to confidential or sensitive information related to court proceedings will endanger and not protect the integrity of the system of justice.”<sup>91</sup> According to Fish J., “public access will be barred only when the appropriate court, in the exercise of its discretion, concludes that disclosure would *subvert the ends of justice or unduly impair its proper administration.*”<sup>92</sup>

### ***C. Dealing with Exceptions to the General Rule***

Exception to the rule of openness should be determined on a case-by-case basis. James M. Chadwick, a lawyer in the United States, is of the opinion that “courts should resist the temptation to engage in broad categorical restrictions on electronic access to court records, and instead should rely on the existing process of careful, case-by-case consideration of the propriety of sealing court records.”<sup>93</sup>

In a presentation made in 2003, Chief Justice McLachlin discussed the multiple options available to balance the values at issue. She mentioned the hierarchical approach but is of the opinion this is not workable in an era of modern communication technology. It seems openness must be ‘nuanced’ because more risks exist. She suggested a better approach which she calls ‘contextual balancing’.<sup>94</sup> McLachlin C.J. explained that under this approach the “court seeks to tailor a solution that protects privacy and fair trial rights, while preserving the values that underlie the open justice principle.”<sup>95</sup> McLachlin C.J. favors a case-by-case approach instead of generalized rules.

I think a far better choice is to have the judge decide what information is not to be made publicly available rather than create rules which will add another layer of administrative issues.

---

91. *Toronto Star Newspaper Ltd. v. Ontario*, 2005 SCC 41 at par. 4.

92. *Ibid.*

93. James M. CHADWICK, “Access to Electronic Court Records: An Outline of Issues and Legal Analysis”, Gray Cary Ware & Freidenrich LLP, California (not dated) at 17.

94. McLACHLIN, *supra*, note 3.

95. *Ibid.*: “This is a complex exercise, one that leads to different solutions in different contexts. Ultimately, however, it offers the only principled way by which judges can resolve the legitimate and competing demands of openness, privacy and fairness.” [underlining added]

That discretion would be guided by a proper test which would recognize the fundamental role played by the open courts principle in the proper administration of justice. The adoption of easy solutions or standards based on a presumption of harm due to development of different new technologies and applicable to all cases should not guide the court when determining what not to disclose.

Of course, if judges decide on a case-by-case basis, the door is left open for different rulings. However, with time and the refinement of knowledge on the issues, the best solution will surface. Judges are best suited to deal with individual requests because they have ready access to the specific facts of each case. If justified, a ruling made by a judge can be appealed to a higher court.

#### ***D. Process and Criteria***

The determination regarding the confidentiality of documents will be part of the ordinary litigation process. It will be the responsibility of the parties to raise any concerns with regard to information filed with the court and the determination will be made and will have effect for an indeterminate period of time or can be revisited after a specific length of time.

##### *1. Burden*

A party claiming confidentiality should always have the burden of demonstrating need and should have to make representations as to why secrecy is preferable to openness in the specific case.<sup>96</sup>

The Alberta Law Reform Institute noted “despite the theoretical parity of disclosure and non-disclosure interests, balancing allocates a burden”, and “those urging restrictions bear the burden of persuasion”, since “covertness is the exception and openness the rule.”<sup>97</sup>

---

96. Sheilah MARTIN, “Balancing Individual Rights to Equality and Social Goals” (2001) *Canadian Bar Review*, vol. 80, p. 299 at 347.

97. *Ibid.* at 10. Currently, there are rules that provide for the opposite. For example s. 13 of the *Code of Civil Procedure* in Quebec provides that: “However, in family matters, sittings in first instance are held in camera, unless the court, upon application, orders that, in the interests of justice, a sitting be public.”

In the United States, Karen Crist wrote that a balancing test respecting anonymization of plaintiffs' identities was first developed in 1981: "In that case the court stated that, in making a decision as to whether an anonymous filing is appropriate, a court should weigh the public's and the defendant's interests in full disclosure against the arguments for shielding a plaintiff's identity."<sup>98</sup> She listed five policy considerations encouraging full disclosure but I believe the most important to be the following: "In order to tip the scales away from these important interests in disclosure and in favor of plaintiff anonymity, there must be compelling, countervailing reasons for protecting the identity of the plaintiff."<sup>99</sup> The burden of proof rests with the person requesting an exception to the principle of openness. Evidence in support of secrecy must demonstrate that secrecy is needed to prevent probable reasonable harm to an individual.

Based on the Canadian case law dealing with public access to courts, exceptions to publicity should be justified by evidence explaining clearly the rationale exempting each record and this evidence of harm must be more than merely speculative.

Basing my approach on the rule governing the issuance of a publication ban developed by the Supreme Court of Canada in *Dagenais*<sup>100</sup>, access to court information should only be denied when:

- (a) such refusal is necessary to prevent a real and substantial harm to the life or reputation of a party or witness, because reasonably available alternative measures will not prevent the risk; and

---

98. Karen CRIST, "Plaintiff Anonymity: Filing Civil Suits Under a Pseudonym", *Moving Forward Newsjournal*, Volume 4, Number 1, October 1998, online: <<http://movingforward.org/mfv4n1legal.shtml>>.

99. *Ibid.*:

- 1) The presumption of judicial openness and an acknowledgment that public scrutiny of the judicial process is inherent in the First Amendment.
- 2) The expectation then is that courts are public places and people who avail themselves of the courts should expect to do so publicly.
- 3) Our concept of fairness suggests that if a defendant's name is made public, the plaintiff's should be as well.
- 4) In addition to the public's interest in openness, the defendant also has a strong interest in knowing the plaintiff's identity. In most cases, a defendant has a right to know who is suing him or her.
- 5) In order to tip the scales away from these important interests in disclosure and in favor of plaintiff anonymity, there must be compelling, countervailing reasons for protecting the identity of the plaintiff.

100. *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835 at 878.



- (b) the salutary effects of secrecy outweigh the deleterious effects to the open courts principle.

## 2. *Objective Served by Non-Disclosure*

To justify secrecy there needs to be some pressing and substantial objective. Additionally, the objective must further the realization of collective goals of fundamental importance.<sup>101</sup> What are the pressing and substantial objectives in protecting privacy – to avoid embarrassment or protect the life of someone? Of the four criteria identified by Etzioni for determining whether privacy concerns and the common good are out of balance, the primary criterion, as I am of the opinion that the common good is served by the open courts principle, is that “a well balanced, communitarian society will take steps to limit privacy only if it faces a *well-documented and macroscopic threat* to the common good, not a merely hypothetical danger.”<sup>102</sup>

It must be shown that restricting openness will prevent the stated eminent and probable harm to the parties or witnesses and will foster the public interest by allowing the proper administration of justice.

From different sources (U.K. – Department of Constitutional Affairs<sup>103</sup>, Karen Crist<sup>104</sup>, and ss. 276(3) *Criminal Code*<sup>105</sup>), I have identified two main categories of threats in which non-disclosure might be warranted; (a) threats of physical, social or economic harm, and (b) threats which will prejudice the administration of justice.

---

101. MARTIN, *supra*, note 96 at 340:

“In *Oakes* the Court held that a valid objective must accord with the values of a free and democratic society and must “relate to concerns which are pressing and substantial” before it is of sufficient importance to override a constitutionality protected right. A valid government objective must also be *intra vires* and further “the realization of collective goals of fundamental importance. It is at this stage that the Court faces the issue of balancing the worth of equality rights against the worth of government policy.”

102. Amitai ETZIONI, *The Limits of Privacy* (New York: Basic Books, 199) at 12: “The phrase “clear and present danger” comes to mind, but for those who are legal minded it implies a standard that is too exacting for the purposes at hand.”

103. Department of Constitutional Affairs, *supra*, note 10.

104. CRIST, *supra*, note 98.

105. *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 276(3).

a) Threats of physical, social, or economic harm

There are risks associated with any actions in life, eating, flying, driving, and so on, however, requesting easier access to court information should not be one of them. If it is clearly demonstrated that risk exists and justice will not be served by making information available, then non-disclosure is justified. Crist wrote that “[w]hile there is no absolute right to anonymously seek redress for grievances in a court of law, anonymity is permitted where it is justified to protect the plaintiff from threatened harm or from public disclosure of intimate and personal matters” and that “it should be justified in cases involving plaintiffs who are victims of crime.”<sup>106</sup>

On the last point, I argue that the need for anonymity or non-disclosure of information must be demonstrated. Just because a victim of crime or libel appears in court, information should not automatically be kept confidential.<sup>107</sup>

Lastly, Winn suggested that “in ruling on motions to protect personal information from online invasions of privacy [...] the *Westinghouse* test may prove to be a model of how courts may have to determine what type of information parties should be permitted to protect.”<sup>108</sup> I argue that this test should not be used because it proposes to treat the court information differently depending on the format, and proposes a necessity criterion. This necessity criterion approach is also found in the CJC’s Policy and I will elaborate on this in Chapter IV.

---

106. CRIST, *supra*, note 98.

107. *3834310 Canada Inc.*, *supra*, note 84 at paras. 25-27.

108. WINN, *supra*, note 19 at 326-327. The test is as follows:

- Is it the type of information that society as a whole is prepared to recognize as involving a reasonable expectation of privacy?
- What is the potential for harm to the person in the disclosure of that information?
- What is the potential for harm to the relationship in which the information was generated (that is, is there any confidential relationship involving broader societal policies protecting those relationships)?
- What safeguards can be put in place to protect the information in electronic form in the courthouse or remotely?
- What procedures and criteria should there be for allowing access in specific instances to otherwise confidential or private information, or in specific instances protecting sensitive or private information when it would otherwise be publicly accessible?
- And finally, what is the need for access of the public and the press?

b) Threats to the administration of justice

When a non-disclosure decision is made, the following criteria must also be taken into account:

- 1) the ability of a judge to deliver justice effectively, fairly and fearlessly in a particular case;
- 2) the ability of a judge, or of the judiciary, to perform this function more generally;
- 3) the business of running of the courts and tribunals [...];
- 4) the enforcement of sentences and the execution of judgments;
- 5) the ability of litigants to bring their cases, or a particular case, to court;
- 6) the prospects of a fair trial taking place.<sup>109</sup>

In some occasions, openness will yield to the other imperatives. The inclusion of these considerations into a decision for non-disclosure helps to demonstrate the rationality of the decision.

### 3. *Rational Connection*

At this stage we must also verify if the objective has been pursued in a rational manner and that the exception or ban is well designed, arbitrary, unfair or based on irrational considerations.<sup>110</sup> The restriction will be justified if it promotes the objective(s) pursued.

---

109. Department of Constitutional Affairs, *supra*, note 10.

110. MARTIN, *supra*, note 96 at 344:

“At this stage the Court is asked to question whether the government has pursued its objective rationally; meaning whether the legislation is well designed, arbitrary, unfair or based on irrational considerations. Under the rational connection test the focus is on whether the government is proceeding rationally in the sense that there is some logical connection between the means it has employed to pursue its desired end. Some authors predicted that it would be conceptually difficult to establish that a law was irrational and generally speaking, it is not very difficult for government to establish some rational connection between its end and means.”

#### 4. *Minimal Impairment*

In my opinion, two of the four criteria identified by Etzioni for determining whether privacy concerns and the common good are out of balance must be taken into account at this stage. I reformulate the two criteria as follows:

- The availability of means to mitigate a danger, other than restrictions on the openness of court records.<sup>111</sup>
- Whether restrictions on openness are as limited as reasonably possible.<sup>112</sup>

The means must impair the basic principle as little as is reasonably possible. How might the objectives be achieved without limitations on openness?

The basic principle being openness of the courts, the exceptions must be strictly interpreted. Maximum disclosure must always be preferred to partial disclosure, and partial disclosure using such techniques as severing, should always be used instead of total secrecy, where applicable.<sup>113</sup> This secrecy needs not be indefinite; sometimes the proper administration of justice will be served by a temporary ban on the information. Temporary secrecy should always be preferred to indeterminate secrecy.

#### 5. *Positive Effects versus Negative Outcomes*

Once the exemption is found to be rationally connected to the legitimate objective pursued and a minimal impairment to the principle of openness, the decision-maker must take into consideration the effects of such confidentiality. The positive effects of

---

111. ETZIONI, *supra*, note 102 at 12: “(2) The second criterion is to look at how carefully a society acts to counter a tangible and macroscopic danger without *first resorting to measures that might restrict privacy.*”

112. *Ibid.* at 185-186. “(3) The third criterion points to the merit of minimally intrusive interventions.”

113. *Rubin v. Canada (Mortgage & Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265 (Fed. C.A.) at 271.

See also MARTIN, *supra*, note 184 at 346:

“The *Oakes* test initially required that any impairment should be ‘as little as possible’. According to a general study of all Charter cases between 1986-1997, Professor Trakman et al. finds that the minimal impairment test has been pivotal to section 1 analysis and Professor Hogg calls it “the heart and soul of section 1 justification.”

the principle must be measured against the possible negative consequences. Confidentiality of information based on an injury test is a good balance between the need for secrecy and the need for openness. Etzioni's fourth criterion, "whether the suggested changes in law and public policy should include treatments of undesirable side effects of the needed interventions"<sup>114</sup> is useful at this stage to determine whether privacy concerns and the common good are out of balance.

Examples of negative effects might include: non-access to pertinent information wherein a citizen is denied access to information about a future partner (name, address, list of prior actions or criminal convictions); a future spouse is denied access to a fiancé's divorce record (name, address, name of former spouse, name of children, reason for divorce); a credit company is denied access to information about a potential borrower (list of actions pending, liabilities); a citizen interested in intervening in an action is denied access to the relevant information in the court file; a citizen wants to verify if all the facts contained in a witness' sworn affidavit are true to his knowledge.

We should be careful not to adopt automatic secrecy as a rule or as the default position. One example is section 13 C.C.P. which provides for secrecy in all family matters proceedings unless, upon application, the court orders otherwise. It is not clear at all that secrecy is mandated in all family cases. In New Zealand, Peter Boshier, Principal Court Judge, has argued for greater openness in the Family Court because "[a]ny judicial process that is undertaken in a way in which it cannot be easily scrutinized is bound to attract criticism."<sup>115</sup>

James M. Chadwick wrote that "rules that properly balance this interest [privacy] against the public's right of access to court records cannot be premised on an analysis that essentially ignores the vital public interests that public access to court records serves."<sup>116</sup>

---

114. ETZIONI, *supra*, note 102 at 185-186.

115. Law Commission of New Zealand, "Access to Court Records", Report 93 (June 2006) at 44: "There is every reason why the Family Court should be more open than it is at present. [...] The real relevance of this to the Family Court is that public confidence must be maintained and enhanced... where there are allegations of bias and delay, they are best met not by riposte, but by access to the decision making process."

116. CHADWICK, *supra*, note 93 at 3.

To reiterate, the following guiding principles and criteria should be taken into account when a decision may limit the open courts principle:

- 1) Privacy is not an absolute and all encompassing right.
- 2) Trial in open court is fundamental to the administration of justice in Canada, but is not absolute (may have some exceptions).
- 3) The public domain requires a healthy flow of personal information.
- 4) The public interest in open trials is rooted in the need:
  - i) to maintain an effective evidentiary process;
  - ii) to ensure a judiciary and juries that behave fairly and that are sensitive to the values espoused by the society;
  - iii) to promote a shared sense that our courts operate with integrity and dispense justice; and
  - iv) to provide an ongoing opportunity for the community to learn how the justice system operates and how the law being applied daily in the courts affects them.
- 5) The party seeking to justify the limitation of a right bears the burden of justifying the limitation. In other words, the burden of displacing the general rule of openness lies on the party making the application.
- 6) All alternative and available options must be considered before a limit on openness is imposed.
- 7) A temporary shield (i.e. ban) will in some cases suffice; in others, a permanent protection is warranted.<sup>117</sup>
- 8) When balancing openness with privacy, a reasonable expectation of privacy must be taken into consideration.
- 9) Mere offence or embarrassment will not suffice for the exclusion of the public from the courtroom.

---

117. *Gannett Co. v. DePasquale* (1979), 443 U.S. 368 (syllabus): The Court held that: “[...] any denial of access was only temporary; once the danger of prejudice had dissipated, a transcript of the suppression hearing was made available.”

- 10) Exclusion from the courtroom (*in camera* hearings) should only be ordered where there are real and weighty reasons,
- 11) In determining when confidentiality outweighs the open courts principle, three factors are to be considered (drawing an analogy with solicitor-client privilege):
  - i) is there a clear risk to an identifiable person or group of persons?
  - ii) is there a risk of serious bodily harm or death?
  - iii) is the danger imminent?
- 12) There must be a convincing evidentiary basis for issuing a ban.
- 13) A ban should be issued only when:
  - i) the order is necessary in order to prevent a serious risk to the proper administration of justice ;
  - ii) the salutary effects of the ban outweigh the deleterious effects on the rights and interests of the parties and the public.
- 14) The threat of physical harm almost always warrants anonymity (which does not necessarily have to be permanent).

With regard to the publicity of court proceedings and records, the decision should be left to the discretion of the judge. Non-disclosure should only be justified if there is evidence that publicity could reasonably be expected to harm an individual, and the decision must also take into account the public interest in the administration of justice. This process will guarantee minimal impairment of the open courts principle and will provide enough flexibility to judges. This approach also insures that secrecy is not used for 'accommodating' or 'comforting' reasons.

#### **Chapter IV. Recent Developments in the Judicial Management of Court Information in Canada – Canadian Judicial Council's 2005 Policy and Protocol**

Faced with the problem discussed in Chapter II, the courts seem to favor the elaboration of a 'FOIPP Guide' having similar-

ties with what is found in the current legislation regulating public and private organizations but applicable to the administration of justice.

In September 2005, the Canadian Judicial Council approved a *Model Policy for Access to Court Records in Canada*.<sup>118</sup> This model policy was prepared by the Judges' Technology Advisory Committee ("JTAC") and in March 2005, the JTAC submitted a report titled "Use of Personal Information in Judgments and Recommended Protocol" which was approved by the Canadian Judicial Council.<sup>119</sup> These two documents propose to limit the current flow of information, mainly in the electronic network. The resulting danger is that by blocking one information channel, less information will be available, even in paper format.

In Section A, I describe and analyze the Protocol and Policy that judges have adopted with regard to court information. And in Section B, I will evaluate the Protocol and Policy in light of my proposed solution.

### ***A. The Canadian Judicial Council Products – 2005 Protocol and Policy***

The CJC was concerned with the disclosure of personal information, or personal data identifiers. The 2005 Protocol deals with 'personal information' included in the judgments, while the 2005 Policy deals with 'personal information' included in all sorts of documents filed or created and which will be part of the court record. CJC's approach applies throughout the proceedings and its scope reaches all court records. The Protocol and the Policy use the same definitions.

I will describe and underline the principal impact the CJC 2005 Policy and Protocol will have on the management of court information.

#### ***1. Use of Personal Information in Judgments and Recommended Protocol***

In March 2005, the CJC approved JTAC's *Use of Personal Information in Judgments and Recommended Protocol*. This Pro-

---

118. CJC, "Policy", *supra*, note 15.

119. CJC, "Protocol", *supra*, note 14.



tol, drafted by the JTAC Open Courts and E-Access to Court Records and Privacy Subcommittee, recommended “that the ultimate responsibility to ensure that reasons for judgment comply with publication bans and non-disclosure provisions should rest with the judge drafting the decision.”<sup>120</sup> On the desirability of placing all judgments on the Internet, the sub-committee was not able to come to a unanimous view. It recommended that courts be encouraged to post all of their written judgments on their own court websites or make them available to other publicly accessible sites.<sup>121</sup> The majority of the sub-committee held the view that privacy concerns associated with publicity are outweighed by the benefits of facilitating open access to the decisions of the court and that any adverse impacts on the privacy of justice system participants can be significantly reduced by following the guidelines set out in a Protocol.<sup>122</sup> Recognizing the principle of open justice is a cornerstone of our judicial system, the sub-committee felt the wide dissemination of decisions by the courts over the internet has raised new privacy concerns that must now be addressed by courts and the judges.<sup>123</sup> The sub-committee noted “reasons for judgment in any type of proceeding before the court can contain personal information about parties to the litigation, witnesses, or third parties with some connection to the proceedings.” It also noted “beyond the restrictions imposed by legislative and common law publication bans, some have begun to question the need to disseminate sensitive personal information in judgments which are posted on the internet.”<sup>124</sup> The Protocol has been developed with an understanding that courts must be concerned with protecting “the privacy of litigants or other participants in the proceedings.”<sup>125</sup>

The Protocol’s five main objectives are: “to encourage consistency in the way judgments are drafted when publication bans apply or then privacy interests of the parties and other involved in proceedings should be protected; to encourage the publication of all the decisions on the internet; to reconsider the necessity to exclude certain classes of cases from internet publication; to assist

---

120. CJC, “Protocol”, *supra*, note 14 at par. 9. In October 2004, the CJC adopted a Model Protocol for Court Technology Committees.

121. *Ibid.* at par. 13.

122. *Ibid.*

123. *Ibid.* at par. 16.

124. *Ibid.*

125. *Ibid.* at par. 19.

judges in striking a balance between protecting the privacy of litigants in appropriate cases and fostering an open judicial system when drafting reasons for judgment; and to establish some basic types of cases where individual identities or factual information needs to be protected and suggests what types of information should be removed.”<sup>126</sup> Taken together, the results of these five objectives equate to even more limitations on information currently available to the public.

The sub-committee identified four objectives which must be taken into account when determining what information should be included or omitted from reasons for judgment: ensuring full compliance with the law; fostering an open and accountable judicial system; protecting the privacy of justice system participants where appropriate; and maintaining the readability of reasons for judgment.<sup>127</sup> My solution as explained in Chapter III provides a more comprehensible approach. In the Protocol, it is not at all clear what the expectations of privacy of justice system participants are. The 2005 Protocol contains a detailed description of what information should be left out of the judgment under specific levels of protection.<sup>128</sup> For example, the sub-committee suggested “avoiding personal data, personal acquaintances’ information and specific factual information will generally be sufficient to prevent the disclosure of the identity of the person sought to be protected by the ban.”<sup>129</sup> The reason provided for not including the name of the individual in the definition is that the risk usually occurs when the name is associated with personal data identifiers<sup>130</sup>: day and month of birth; addresses (e.g. civic, postal or e-mail); unique

---

126. *Ibid.* at paras. 18-19.

127. *Ibid.* at par. 19.

128. *Ibid.* at par. 21:

- A. Personal Data Identifiers: omitting personal data identifiers which by their very nature are fundamental to an individual’s right to privacy;
- B. Legal Prohibitions on Publication: omitting information which, if published, could disclose the identity of certain participants in the judicial proceeding in violation of a statutory or common law restriction on publication, and
- C. Discretionary Protection of Privacy Rights: omitting other personal information to prevent the identification of parties where the circumstances are such that the dissemination of this information over the internet could harm innocent persons or subvert the course of justice.

129. *Ibid.* at par. 26.

130. *Ibid.* at par. 22: “The first level of protection proposed in the CJC’s protocol relates to information, other than a person’s name, which serves as part of an individual’s legal identity. This type of information is typically referred to as personal data identifiers and includes: day and month of birth; social insurance numbers; credit card numbers; and financial account numbers (banks, investments etc.).”

numbers (e.g. phone; social insurance; financial accounts); and biometrical information (e.g. fingerprints, facial image). Depending upon the context, certain personal information is considered private and other personal information is considered public.

Although the Protocol discusses the availability of judgments on the Internet, the proposed level of protection is applicable to all judgments in any format. Hence, because of the technology (Internet) which facilitates the circulation of information, it is proposed the amount of information available to the public in judgments be limited.

## 2. *Model Policy for Access to Court Records in Canada*

In September 2005, at the Canadian Institute for the Administration of Justice annual conference, “Technology, Privacy and Justice”, the CJC unveiled its *Model Policy for Access to Court Records in Canada* prepared by the JTAC. In the executive summary, the JTAC clearly stated that the “policy does not endorse remote public access to all court records, although individual courts may decide to provide remote public access to some categories of documents where the risks of misuse are low.”<sup>131</sup> (underlining added)

The Policy seeks to reflect the consensus that emerged from the responses to the Discussion Paper and place that consensus within a principled framework.<sup>132</sup> The Committee mentioned “new information technologies have the potential to significantly enhance access to court records but at the same time, such technologies threaten to undermine the ‘practical obscurity’ of traditional paper-based records which has provided a kind of *de facto* protection for values such as privacy and security.”<sup>133</sup> The Policy is built upon the following principled framework:

- a) the open courts principle is a fundamental constitutional principle and should be enabled through the use of new information technologies;

---

131. CJC, “Policy”, *supra*, note 15 at iii: “this policy endorses the principle of openness and retains the existing presumption that all court records are available to the public at the courthouse. When technically feasible, the public is also entitled to remote access to judgments and most docket information.”

132. *Ibid.* at par. 17.

133. *Ibid.* at par. 18.

- b) restrictions on access to court records only be justified where:
- i) such restrictions are needed to address serious risks to individual privacy and security rights, or other important interests such as the proper administration of justice;
  - ii) such restrictions are carefully tailored so that the impact on the open courts principle is as minimal as possible; and
  - iii) the benefits of the restrictions outweigh their negative effects on the open courts principle, taking into account the availability of this information through other means, the desirability of facilitating access for purposes strongly connected to the open courts principle, and the need to avoid facilitating access for purposes that are not connected to the open courts principle.<sup>134</sup>

As stated by the Council, the purpose of this Policy is not to state legal rules governing access to court records, but rather to provide courts with a framework to deal with new concerns and sensitive issues raised by the availability of new information technologies that allow for unprecedented access to court information.<sup>135</sup> The Council could not omit saying this Policy is not the result of a consensus. The principle is perceived by some as a threat to personal privacy.

The scope of the Policy is fairly wide. As stated: “The policy sets out the principles governing the public’s access to court records. It is not intended to apply to the availability of court records to the judiciary and court personnel.”<sup>136</sup>

The Policy provides a list of definitions for specific terms such as “access”, “parties”, “court record”, “personal data identi-

---

134. *Ibid.* at par. 21. Excerpt from the Policy: In summary, this policy endorses the principle of openness and retains the existing presumption that all court records are available to the public at the courthouse. When technically feasible, the public is also entitled to remote access to judgments and most docket information. This policy does not endorse remote public access to all other court records, although individual courts may decide to provide remote public access to some categories of documents where the risks of misuse are low. In addition, users may enter into an access agreement with the court in order to get remote access to court records, including bulk access. Finally, this policy develops many of the further elements of an access policy, including provisions relating to the creation, storage and destruction of court records.

135. *Ibid.* at par. 22.

136. *Ibid.* at cl. 1.2.

fiers”, “personal information” and “remote access”, to name those few. But more importantly, in the Policy, the CJC build on the Protocol to extend the ‘privacy protection’ to all documents. It defines some specific terms such as “personal data identifiers” (i.e. day and month of birth, addresses, social insurance number, financial accounts, biometrical information, facial image, fingerprints) and discusses the need for the information to remain confidential.

In the discussion supporting the definition, it is stated “Personal data identifiers are the subset of personal information that is the most important and valuable for any individual, since they are used by institutions to authenticate a person’s identity, apart from an individual’s name. Personal data identifiers also typically allow direct contact with an individual. Unrestricted public access to this type of personal information would entail serious threats to personal security, such as identity theft, stalking and harassment, and the foreseeable uses of this information are not likely to be connected with the purposes for which court records are made public.”<sup>137</sup>

The Policy includes directives with regard to information management: the creation of, storage of, fees for, and access to court information. It not only addresses electronic access, it proposes a framework applicable to all documents under the control of the court’s administrations. Through this Policy, CJC stated that “when parties prepare pleadings, indictments and other documents that are intended to be part of the case file, they are responsible for limiting the disclosure of personal data identifiers and other personal information to what is necessary for the disposition of the case.”<sup>138</sup>

The test used to limit disclosure of information is based on ‘necessity’. In other words, it is the responsibility of the parties and of the judiciary to make sure that the documents filed in the court record include only the necessary information for the disposal of the case.<sup>139</sup> The decision not to include information is left to the individual creating the document: the parties; the court offi-

---

137. *Ibid.* at 6.

138. *Ibid.* at 98: Clause 2 – Creation, 2.2 Responsibilities of the Parties.

139. *Ibid.* 2.1 Inclusion of Personal Information

Rules that govern the filing of documents in the court record shall prohibit the inclusion of unnecessary personal data identifiers and other personal information in the court record. Such information shall be included only when required

cers; or the judge. In the discussion supporting this position, it is written that the “onus of limiting personal information in the court record rests on the persons who draft or prepare documents that are intended to be part of this record, as these persons are in the best position to be aware of the presence of such information.”<sup>140</sup>

The test proposed in this Policy is one of necessity. The person creating or preparing documents that are to be part of a court record is also the one responsible for limiting the amount and detail of personal information/identifiers to that which is necessary. For the documents initially filed in the records, it seems the decision is left to the parties. For the information included in the court docket, the decision seems to be left to the court administrators, and for the information included in the judgments, the decision is left to the judge. Hence, the obligation (or duty) to limit disclosure rests not only on judges but also on the parties and court staff.

---

for the disposition of the case and, when possible, only at the moment this information needs to be part of the court record.

#### 2.2 Responsibilities of the Parties

When the parties prepare pleadings, indictments and other documents that are intended to be part of the case file, they are responsible for limiting the disclosure of personal data identifiers and other personal information to what is necessary for the disposition of the case.

#### 2.3 Responsibilities of the Judiciary

When judges and judicial officers draft their judgments and, more generally, when court staff prepare documents intended to be part of the case file, they are responsible for avoiding the disclosure of personal data identifiers and limiting the disclosure of personal information to what is necessary and relevant for the purposes of the document.

140. *Ibid.*: “The access policy must prevent the inclusion of unnecessary personal data identifiers and other personal information when the court record is created in order to reduce the amount of personal information that will have to be stored and potentially made accessible to the public. The policy must also clearly outline the responsibilities of those who prepare documents that will be included in the court record.

With regard to the disclosure of “personal data identifiers” as defined in this model policy, the requirements for pleadings prepared by the parties are less strict than those for documents prepared by the court. There are two major reasons for this. First, personal data identifiers are less likely to be relevant for the purposes of the judgments than they are for the filing requirements of pleadings or indictments. Second, unlike documents filed by the parties, judgments are much more likely to be published in case law reports and databases, so the inclusion of personal data identifiers in these documents would constitute a much higher risk for the personal safety of participants in judicial proceedings. [...] Judges drafting judgments should follow the above-mentioned document from the Canadian Judicial.”

## ***B. Evaluation of the Canadian Judicial Council's Policy and Protocol***

My solution is similar to the CJC's Protocol and Policy in that both recognize the importance of the open court principle; however my solution differs as follows. Instead of proposing a one-size-fits-all solution, I provide an approach which provides flexibility and based on the current day-to-day business of the courts. My solution also moves away from pre-determined categories of information that would be exempt from disclosure; I argue that all information is public unless otherwise demonstrated. Furthermore, these exemptions are to be revisited periodically, as some information becomes less 'sensitive' as time passes.

I will now evaluate the CJC's documents in light of my solution described in the previous Chapter. I have identified a series of problems with the Protocol and Policy, which can be listed in two main categories: (1.) technical problems; and (2.) errors of principle.

### *1. Technical Problems*

Pursuant to the CJC's Policy, the duty to limit disclosure of information falls not only on judges, but also on parties and court staff. This shared duty creates a number of problems are discussed below.

#### *a) Who Determines Whether Information is Severed/Deleted/Not Disclosed?*

Who will perform the necessity test? It is unlikely the applicant can be responsible for protecting the privacy of the respondent's personal information. The CJC did not provide any guidance about who is allowed to censor or alter the documentary evidence and one of the major problems I have identified is evidentiary tampering. If a party decides to file severed documents or 'modified' documents to protect some sort of privacy, this will lead to delay in the judicial process and additional litigation. With the CJC's documents, we are left with a series of questions:

- What problems arise from the parties making this sort of determination?

- If parties are to make the determination, how will we determine if all the evidence has properly been filed before the court?
- On which criteria will the parties base their evaluation of what is ‘necessary’ or not?
- If the parties are not responsible to perform the test then should it be left to the court staff?
- If the staff is to perform the necessity test what will be the safeguards?

The Protocol and Policy do not provide any answers to these questions.

b) How is the Decision to Limit Openness Reviewed?

My concern is that the CJC is proposing a secret process, a process that is outside the current procedure respecting publication bans and other currently recognized non-disclosure orders. If the CJC’s Policy is preferred, then procedures will have to be developed to provide for a review process in cases where information is not disclosed in final judgments or in court records. In other words, there is a need for processes that will compensate for information short-falls. Who will call for the review? There is no provision for the public (non-parties) to have any standing to intervene. What court will hear reviews? According to what principles?

In summary, the 2005 Protocol and Policy provide courts with guidelines and a framework to help deal with new technologies. There is no discussion regarding a potential review of the decision not to include information. The subjective evaluation of the necessity to include or not include information is left with the parties, court staff and the judge.

c) The “Necessity” Criterion

Presently, the ‘necessity’ criterion is too vague. (In the current context, I am not referring to the “doctrine of vagueness” discussed in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*<sup>141</sup>.) Prag-

---

141. *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606: “The “doctrine of vagueness” is founded on the rule of law, particularly on the principles of fair notice to citizens and limitation of enforcement discretion.” “[...] a law will be



matically speaking, the necessity criterion is not useful because as it stands, one individual may deem it necessary to have access to a particular piece of personal information while another individual may not see the necessity. This can only complicate and lengthen the judicial proceedings by creating additional layers, decisions and administrative burdens to request access. If to be effective, one ‘decision maker’ is identified, there is still a need for representations from interested parties.

Although the Policy stated “[m]embers of the public have presumptive right of access to all court records”<sup>142</sup> and some documents shall be presumptively accessible (on-site and/or remote access – e.g. judgments, docket information and information in court records) until the necessity criterion is defined, the Policy can be interpreted subjectively. One court administrator may choose to be secretive (i.e. ‘be careful, you don’t want to disclose too much, because it is not necessary’) while another may give *carte blanche* to all documents.

Two contexts are relevant and should be taken into account, situations governed by a legal rule limiting disclosure of information (e.g. publication bans), and other situations. However, the same basic approach is applied to both; do not disclose more information than is necessary for judicial purposes.<sup>143</sup>

This ‘test of necessity’ is based on very subjective standards. The person responsible for making the determination may be persuaded or coerced to ‘omit’ personal or ‘sensitive’ information for interests other than those of justice. If any process is put in place, this process must be open and reviewable. The simple ‘necessity test’ does not guarantee personal integrity, unerring judgment, or even good intentions.

---

found unconstitutionally vague if it lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate – that is, for reaching a conclusion as to its meaning by reasoned analysis applying legal criteria.”

142. CJC, “Policy”, *supra*, note 15 at cl. 4.1.

143. *Ibid.*: “In the judicial context, the level of personal information that is considered public is a function of what information is required for the disposition of a case, subject to any applicable disclosure restrictions. Unless a record is sealed or is the subject of a publication ban, individuals are usually not protected from being named in judicial proceedings. Their other personal information is not usually protected either. However, since every individual has at least some interest in protecting his or her personal information, an access policy to court records should limit the level of personal information found in court records to that required for the disposition of a case.”

## 2. *Errors of Principle*

### a) The CJC Operates With an Ill-Defined Notion of Privacy

By not codifying/classifying what is meant by “privacy”, the Policy will serve more to create confusion than to create policy. Protection of privacy is only one issue when put into the context of the entire judicial process. In addition, the problems identified by the Policy are based on speculation as, again, the Policy does not really define what ‘privacy’ is. It may be impossible to precisely define privacy, hence the reliance on some specific examples that do not always encompass the reality, but the CJC could have relied on the judicial notion of privacy which is the result of all the current rules, principles and practices. Still, I argue that this would not have allowed for enough flexibility.

It may prove problematic to take privacy approaches valid in one area (citizenry vs. State intrusions) and apply them in another area (disclosure of identifying information respecting litigants). As mentioned above,<sup>144</sup> the context of disclosure is important and must be taken into consideration. We must not use concepts that are not suited for the administration of justice. Fair information principles and consent are concepts not suited for court information because personal information disclosed for justice purposes will lead to a decision that is enforceable by State Power (e.g. an individual will have to go to jail; an individual will have to pay compensation or his property will be seized).

### b) Generalized Rules versus Case-by-Case Approach

The CJC tries to create general rules, rather than permitting case-by-case assessments based on identified clear criteria. The manner in which the 2005 Policy and Protocol are worded opens the door to negative impacts on the administration of justice, which is exactly the problem with administrative guidelines designed to catch and solve all factual situations. Our justice system is already effective in addressing problems on a case-by-case basis.<sup>145</sup> Judges have always efficiently balanced openness and confidentiality in matters before the courts. I am of the opinion that the discretion of the court, in dealing with openness, should

---

144. See above “2. Individual Model versus Community Model”.

145. *Named Person, supra*, note 16 at par. 30. No case-by-case weighing of the justification for the informer privilege is permitted.

not be framed by some administrative document, but by the rule of law, precedent and tradition.

c) Speculative Consequences

The Protocol is based on assertions of probable ‘misuse’ and potential criminal appropriations of personal information. Of all these ‘bad results’ (i.e. concerns with new forms of access) it is the ‘mistrust’ which most directly affects the open court principle. Practical obscurity has served as the default protection against all the potential harms that are now raised to limit access and circulation of court information over the internet. I have already discussed the speculative risks above.

d) Types of Information That May be Censored

Trudel noted that the foundations of the legislation on protection of personal information have been little debated.<sup>146</sup> For Trudel, “it is primarily the result of a movement conveying concern about the perils of centralized computing, and has taken the form of a kind of defence against surveillance by government authorities.”<sup>147</sup> Trudel explained that “in order to circumvent the difficulty of identifying what should remain secret in the name of the right to privacy, we have opted for a notion that confuses “information that identifies a person” with “privacy information.” Thus, in the name of privacy protection, a set of rules has been established that target not information on private life, but all information that could identify an individual.”<sup>148</sup>

An all-embracing notion of personal information is not the solution, explained Trudel, who also noted that “the legitimacy associated with privacy protection and human dignity has been used to justify mechanisms that do not always concord with the balance that has to exist among the various rights brought into play by circulation of information.”<sup>149</sup> Trudel stated that “we cannot continue living indefinitely with the fears of a time when all technology use was associated with the misuses that could be made of it. Such poorly designed measures could weaken privacy

---

146. TRUDEL, *supra*, note 62 at 2.

147. *Ibid.*

148. *Ibid.* at 3-4.

149. *Ibid.*

protection.”<sup>150</sup> Trudel sees a slide from privacy to personal life. He explained that “[m]any uses of personal information do not violate privacy”<sup>151</sup> and that “the demands to strengthen personal data protection have sometimes become demands not for privacy protection but for protection from the inconvenience inherent to living in society.”<sup>152</sup>

In summary, there is no need for a ‘judicial privacy’ policy because as demonstrated above, the CJC Policy is practically unworkable. It creates the danger of non-disclosure of important information.

The judiciary should not seek to create FOIPP legislation for itself. One reason the judiciary is not covered by FOIPP is that it

---

150. *Ibid.* at 5.

151. *Ibid.* at 7: “Many uses of personal information do not violate privacy. Privacy is a weak justification for taking measures with respect to information that must circulate in society. This is probably why some people have resorted to an extremely vague notion with an as yet undetermined scope: the notion of personal life. This notion seems to result from an attempt to resolve conceptual difficulties from the fragility of the foundations of controls on personal information that is not related to privacy.”

152. *Ibid.* at 8. See also Daniel J. SOLOVE, “Access and Aggregation: Public Records, Privacy, and the Constitution” (2002) *Minnesota Law Review*, Vol. 86, No. 6 at 1174, 1177-1178, online: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=283924#PaperDownload](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=283924#PaperDownload)>: “The result is a stream of demands that looks like a general quest for a veto over all information on individuals, including information the disclosure of which was not long ago seen as one of the normal inconveniences of living in society. For example, the right not to receive advertising or email solicitation has been invoked. Fear of such annoyances is partly justified and leads to demands to establish controls over all kinds of situations in which personal information is concerned. In many ways, the demands to strengthen personal data protection have sometimes become demands not for privacy protection but for protection from the inconvenience inherent to living in society. This approach is incompatible with the requirements of a democratic society because it prevents the exercise of other basic rights, such as freedom of expression and accountability.”

Solove explained that “one of the longstanding conceptions of privacy is that it involves secrecy and is lost once information is disclosed.” He called it the “secrecy paradigm.” According to Solove:

“The existence of the information in the public domain, or the existence of a vantage point from which the public can have perceptual access to information can no longer be controlling for whether a person has a claim that the information is private. The possession of personal data by others should also not extinguish a privacy interest in that data. In the Information Age, such an outmoded view would spell the practical extinction of privacy. Unless we live as hermits, there is no way to exist in modern society without leaving information traces wherever we go. [...] Privacy involves the accessibility of information, not just whether it is secret. In order to protect privacy in the Information Age, we must abandon the secrecy paradigm. Privacy is an expectation in a certain degree of accessibility.”

already operates under freedom of information and protection of privacy doctrines; further overlay is unnecessary.

All that is necessary is for the judiciary to continue to apply the doctrines that have governed to this point (e.g. open courts principle; publication bans; sealing orders; anonymization applications). The judicial system should rely on the parties to make the application they think is appropriate – a bottom up solution, rather than a top-down solution.

## **Chapter V. Conclusion**

A great principle of our system of justice, the open courts principle, which has been a part of the judicial tradition for centuries, is now being questioned because of the advent of new technology. The advancement of technology, particularly the Internet, has allowed or has the potential to allow the information contained in court records to move from practical obscurity to greater openness. Greater public access to information contained in court records will lead to the full democratization of our judicial institutions.

Some practitioners and academics have advanced the theory that this greater access poses serious threats to personal privacy of parties, witnesses or any other individuals involved in judicial proceedings. Advocates for greater protection of personal information demand policies that will guide the court's administrations in the disclosure of personal information. By differentiating between paper access at the courthouse and remote access via Internet, these advocates speculate the protection offered by practical obscurity will disappear. I conclude that if public access is the guiding principle to the open courts principle then the format used to gain access should not be taken into consideration. I am also of the opinion that practical obscurity offers a false sense of protection, as any individuals or organizations with adequate resources, time, and/or determination still have the means to obtain the desired information.

Policies and guidelines based on necessity are not adequate for a judicial forum. For some members of the public, there may be an unforeseen necessity, and necessity may prove to be a very contentious topic. To remove wide categories of information from access because they are not seen as necessary is not the solution.

In addition, the purposes for which the open courts principle exists are also the purposes mentioned to prevent disclosure. It is stated that disclosure of personal information does not serve the principle's purposes, accountability and transparency, but this position ignores the need for a healthy flow of information in the judicial system and in the society. By combining necessity and purpose we are limiting the flow of personal information as never before.

I am of the opinion these policies are flawed. Judges should be allowed to fulfill their role in the judicial process. Starting with the premise that all information must be made public, only a judge, upon motion from an interested party, should have the discretionary power to prevent the disclosure of personal information if the demonstration is made that this disclosure will prove to be harmful.

What is proposed in the 2005 Protocol and Policy is indefinite confidentiality of specific information to protect the privacy of individuals. The proposed CJC Policy, as presently worded, does not allow enough flexibility to facilitate openness; there should be an actual finding of harm based on a reasoned approach, not an automatic confidentiality based on possible apocalyptic scenarios. By adopting the Policy and the Protocol, CJC may be oversimplifying the issues around openness of the court records. Even if the complexity is real, our concern must be that justice is done and seen to be done. New technologies should not be determinant in discussions around the open courts principle; new technologies are merely updates of the tools available for the citizenry to access information. They are not a new threat to privacy. In a faster moving, smaller world, they simply make access quicker and easier. One major change is that new technology allows enhanced searches that previously would have been done slowly and at high cost. In other words, the quality of access has been greatly improved. What is troubling is that the Protocol and Policy fully recognize the importance of the principle, but still propose unprecedented limitations to the inclusion of information that was always previously available in judgments, court records and dockets.

This fear is directed more towards the linkages or the search capabilities offered by the new technology than the publicity of the information itself. The perceived need for this ban on the free flow

of information seems to be based on fear of technology, loss of control, the feeling of being 'left behind', apocalyptic scenarios, and fear of the information being misused. The Internet is still only the written word. We have not lost control, only gained better access. The vast modern and technologically advanced cities and countries of the world are inextricably linked; we are all residents of a Global Village and people must adapt and understand that their actions and personal information cannot always remain private when entering a public forum.

Practical obscurity is not the solution for protection. Private information can still be protected, but when one seeks justice before public courts, personal information becomes available to the public. This does not justify or allow identity theft. To illustrate my point, I would say that because I do not wear a bullet proof vest does not mean I am negligent or that any individual is justified in shooting me. The same is true of information. A few years ago the issue was cameras in courtrooms. During the 1994 National Conference on Open Justice, tradition came under attack because courts were apparently afraid of what technology, in the form of cameras, would reveal within the courtroom.<sup>153</sup> In the 1990's, televised proceedings became an important issue for the courts, and while this issue is far from being settled, an additional, potentially even more complex, issue through Internet broadcasts has arisen, one which will pose potential threats to the privacy of individuals involved in the judicial process. It must be noted, however, that the proceedings of the Supreme Court of Canada are taped and then aired on the Cable Public Affairs Channel (CPAC). It is even possible to obtain a copy of the transcript or a copy of the video.<sup>154</sup> Years from now, the brouhaha over the Internet might seem trivial when faced with newer and even more complex technological developments. The open court principle and the time honored practice of relying on the discretion of judges has been and will be proven the most effective way of protecting individuals' various interests.

---

153. Canadian Institute for Administration of Justice, *supra*, note 49. To this day, the presence of media in courts of justice and the dissemination of recordings of proceedings is prohibited or at least controlled. See *Société Radio-Canada v. Quebec (Attorney General)*, 2006 Can LII 42969 (QC C.S.) at par. 225.

154. Barbara KINCAID, "Use of Technology at the Supreme Court of Canada" (presentation to the ACCA 2003 Conference, Sept. 16, 2003), online: <[www.cfcj-fcjc.org/docs/use%20of%20technology%20at%20the%20SCC.pdf](http://www.cfcj-fcjc.org/docs/use%20of%20technology%20at%20the%20SCC.pdf)>; ([www.scc-csc.gc.ca/faq/faq/index\\_e.asp#f7](http://www.scc-csc.gc.ca/faq/faq/index_e.asp#f7)>).





# CHRONIQUES

## DROIT DU TRAVAIL

Pierre VERGE\*

### La Cour suprême, le « droit » à la négociation collective et le « droit » de grève

Dans un important arrêt traitant de la validité constitutionnelle de dispositions d'une loi touchant à certains aspects de la négociation collective dans le système de santé de la Colombie-Britannique, la Cour suprême du Canada « conclu[t] que les motifs avancés dans [s]es arrêts précédents pour exclure les négociations collectives de la protection accordée par la Charte [constitutionnelle] à la liberté d'association ne résistent pas à un examen fondé sur les principes pertinents et qu'ils devraient être écartés »<sup>1</sup>. Elle renverse en conséquence sa position établie moins d'une vingtaine d'années auparavant et voulant que l'al. 2d) de la Charte, qui affirme la liberté d'association de chacun, ne protège pas la négociation collective<sup>2</sup>. Bref,

selon une formulation non ambiguë de la Cour, il est dorénavant acquis auprès de cette dernière que la disposition fondamentale en cause « protège la capacité des syndiqués d'engager des négociations collectives sur des problèmes reliés au milieu de travail »<sup>3</sup>.

Affirmer ainsi que la liberté générale d'association comprend l'activité de négociation collective suppose en premier lieu la mise au rancart des principaux arguments jusque-là mis de l'avant au soutien de la proposition contraire, analyse détaillée à laquelle se livre avec éminemment de pertinence l'opinion majoritaire<sup>4</sup> : la faculté de négociation collective ne procède pas d'un droit légiféré contemporain ; elle tire, au contraire,

\* Pierre Verge, c.r. Professeur émérite à la Faculté de droit de l'Université Laval.

1. *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27 (ci-après désigné : l'« arrêt »), par. 23.

2. *Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367.

3. Arrêt, par. 2 ; voir aussi parag. 19 et 39 : « [...] cette disposition protège effectivement le droit des travailleurs à un processus de négociation. ».

4. Les motifs du jugement conjoint sont de la juge en chef McLachlin et du juge LeBel (avec l'accord des juges Bastarache, Binnie, Fish et Abella). Madame la juge Deschamps, dissidente en partie, « souscrit de manière générale aux motifs de la juge en chef et du juge LeBel au sujet de l'étendue de la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en matière de négociation collective [...] » (parag. 170).

son origine d'une façon fondamentale dans l'histoire des relations de travail au Canada, comme dans d'autres pays. Ce constat écarte du même coup la nécessité d'une attitude de retenue judiciaire face au législateur en la matière. La liberté d'association ne protège pas, non plus, que des activités qui peuvent être accomplies individuellement. La Cour avait d'ailleurs déjà, dans son arrêt *Dunmore*, reconnu « que certaines activités syndicales – les revendications collectives auprès de l'employeur, l'adoption d'une plate-forme politique majoritaire, le regroupement en fédération syndicale – peuvent être au cœur de la liberté d'association même si elles ne peuvent exister au niveau individuel »<sup>5</sup>. Enfin, l'argument selon lequel l'al. 2d) n'a pas été fait pour protéger les « objectifs » ou les buts d'une association ne tient pas : l'objet de la protection constitutionnelle est le « processus » de négociation collective, non pas ses fruits. Plus généralement, la jurisprudence négative antérieure, loin de l'approche « contextuelle » qui s'impose, s'était montrée insensible à l'importance de la négociation collective « pour l'exercice de la liberté d'association dans le cadre des relations de travail »<sup>6</sup>. La Cour peut donc ensuite fonder sa nouvelle position sur une ample et détaillée démonstration positive : parcourir l'histoire des relations du travail au Canada – de l'ère de la répression de l'action syndicale au stade contemporain de soutien

légal de la liberté syndicale et de la négociation collective – « révèle la nature fondamentale de [cette dernière] » ; le droit international liant le Canada « protège cette négociation collective en tant que partie inhérente à la liberté d'association » ; enfin, il y a concordance entre les valeurs intrinsèques de la Charte constitutionnelle – dignité humaine, liberté, respect de l'autonomie de la personne et culture de la démocratie – et l'objectif de protection de la négociation collective sous le couvert de l'alinéa 2d)<sup>7</sup>.

Notre objet n'est pas ici de tenter de résumer l'arrêt, d'analyser notamment dans quelle mesure les dispositions attaquées de la loi en cause passent le crible de la liberté d'association, dont l'application en matière de négociation collective est désormais jurisprudentiellement assurée, ni, dans la négative, d'examiner si l'atteinte à la liberté d'association est, ou non, susceptible de justification selon l'article premier de la Charte. Il s'agit plutôt uniquement de voir jusqu'où conduit l'avancée considérable que représente l'arrêt, de tenter d'établir la portée juridique de ce que la Cour en vient aussi à qualifier de « droit » à la négociation collective (I.). La négociation collective étant par ailleurs historiquement indissociable de l'activité de coalition, de la grève, il y a tout lieu de vérifier également la situation de ce que l'on en vient aussi couramment à appeler « droit » de grève au regard

5. *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, p. 1042 (j. Bastarache) – ci-après désigné : « *Dunmore* ».

6. Arrêt, par. 22 à 37.

7. *Ibid.*, par. 38 à 86.

de la liberté générale d'association reconsidérée par la Cour en matière de négociation collective (II.).

\* \* \*

### **I. La portée du « droit » à la négociation collective protégé**

D'une façon certaine, pour reprendre la formulation de la Cour elle-même, cette dernière conclut désormais, avons-nous vu, que « [...] la liberté d'association garantie par l'al. 2d) protège la capacité des syndiqués d'engager des négociations collectives sur des problèmes reliés au milieu de travail »<sup>8</sup>. Elle reconnaît alors la protection de la faculté, de la liberté de s'engager dans un processus de négociation collective dans le domaine du travail. En conséquence, pour rattacher concrètement cette affirmation de principe aux faits de l'espèce, porte atteinte à cette liberté fondamentale une loi qui empêche de s'engager dans un tel processus relativement à un sujet pertinent, comme, notamment, la limitation du pouvoir patronal de sous-traiter du travail jusque-là accompli par ses propres salariés, ou encore, une loi qui anéantit juridiquement le fruit d'une négociation collective antérieure à ce sujet<sup>9</sup>.

Mais l'explication de la conclusion de l'arrêt conduit aussi les juges majoritaires à une formulation de la protection constitutionnelle dont la portée pourrait être encore plus englobante, même s'ils précisent que

la liberté d'association selon l'al. 2d) de la Charte « [...] ne garantit pas l'accès à un régime légal particulier »<sup>10</sup>. Selon la formulation alors utilisée, il s'agit d'un « droit à la négociation », droit faut-il entendre, dont le débiteur naturel est l'employeur, c'est-à-dire une entité qui se situe elle-même à l'extérieur de l'association de salariés en cause. De surcroît, l'affirmation de ce « droit à la négociation collective » est un droit à une « négociation collective de bonne foi ». La Cour définit alors la portée obligationnelle de ce dernier concept aux fins, toujours, de la détermination de la portée de la protection constitutionnelle de la liberté d'association en matière de travail, en transposant dans ce contexte les aspects significatifs du produit de l'explicitation jurisprudentielle et doctrinale de la notion bien connue de « négociation de bonne foi » véhiculée par l'ensemble des lois qui, inspirées du *Wagner Act* américain, régissent généralement les rapports du travail dans les différentes juridictions canadiennes : obligation « de tenir des rencontres et de consacrer du temps au processus », « obligation d'établir un véritable dialogue », de « faire un effort acceptable pour arriver à un contrat acceptable », étant entendu cependant que la vérification de l'exécution de l'obligation de négocier de bonne foi ne s'étend pas, en principe du moins, « au contrôle du contenu des propositions présentées » et que l'obligation n'oblige pas nécessairement à conclure un accord, etc.<sup>11</sup>. En définitive, « [l]e droit des employés de

8. *Ibid.*, par. 2.

9. *Ibid.*, par. 121.

10. *Ibid.*, par. 19.

11. *Ibid.*, par. 89 à 107, en particulier.

négocier collectivement impose donc à l'employeur des obligations correspondantes. Il implique que l'employeur et les employés se rencontrent et négocient de bonne foi en vue de réaliser leur objectif commun d'accommodement par des moyens pacifiques et productifs »<sup>12</sup>. Abstraction faite du comportement de l'État-employeur<sup>13</sup>, ces précédents exposés relatifs au droit à la négociation collective de bonne foi serviraient-ils à définir, faudrait-il entendre, le contenu nécessaire de la législation intervenant en matière de négociation collective ? Une obligation positive d'assurer une négociation collective de bonne foi s'imposerait-elle désormais généralement au législateur ?

Quant à la propre jurisprudence de la Cour suprême, l'arrêt *Dunmore* avait, certes, déjà entrouvert la porte à l'inclusion d'une action positive de la part du législateur relativement à la protection constitutionnelle de la liberté d'association de groupes d'individus sur le plan du travail. Mais, d'une part, la Cour ne l'avait envisagée que dans les circonstances plutôt exceptionnelles, soit la présence d'un groupe de travailleurs particulièrement démunis sur le plan de l'exercice de leur liberté syndicale, en l'occurrence des travailleurs agricoles privés par une intervention expresse du législateur de la portée de tout régime légal, général ou spécial, de représentation et de négociation collective ; d'autre part, ayant vu dans ce contexte une atteinte « à [la] liberté fondamentale

de ces travailleurs de s'organiser », la Cour avait conclu que « [...] au minimum, [devait] être reconnu [à ces] travailleurs agricoles le droit de se syndiquer, prévu [dans la loi régissant généralement les relations collectives de travail], avec les garanties essentielles à son exercice véritable, comme la liberté de se réunir, de participer aux activités légitimes de l'association et de présenter des revendications, et la protection de l'exercice de ces libertés contre l'ingérence, les menaces et la discrimination »<sup>14</sup>. Même lorsqu'elle inclut ainsi cette action collective qu'est le fait de « présenter des revendications » (notamment à l'employeur, naturellement), la Cour demeure pour ainsi dire à l'intérieur de l'action associative elle-même, car, à la différence de l'obligation bilatérale de négociation de bonne foi véhiculée par les lois régissant couramment les rapports collectifs du travail en Amérique du Nord, l'action législative dont elle entrevoit le contenu n'oblige pas l'employeur à adopter un comportement particulier. Soit dit en passant, dans un contexte juridique différent il est vrai, l'interprétation de l'article 11 de la *Convention européenne des droits de l'Homme*, disposition qui, à l'instar de l'article 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, affirme dans un instrument consacré aux droits civils et politiques de la personne la liberté (générale) d'association, n'avait pas conduit la Cour européenne des droits de l'Homme plus avant que de poser que « la législation nationale devait permettre

12. *Ibid.*, par. 90 et 93.

13. *Ibid.*, par. 88 ; voir aussi les par. 8 et 180.

14. Arrêt *Dunmore*, aux pages 1064 et 1078 (j. Bastarache).

aux syndicats, selon des modalités non contraires à l'article 11, de lutter pour la défense des intérêts de leurs membres, ce qui incluait le droit pour leur syndicat « [d'être] entendu » : un droit de présenter des revendications, en définitive. Chaque État ayant le choix des moyens à cette fin, « la conclusion de conventions collectives en constitue un mais il y en a d'autres »<sup>15</sup>.

Pour ce qui est du droit international relatif aux droits de la personne qu'invoque à juste escient la Cour pour affirmer l'inclusion de l'activité de négociation collective dans la compréhension de la liberté d'association, seul celui émanant de l'Organisation internationale du travail permet d'aborder la négociation collective sous son jour « qualitatif ». La Cour s'en remet à ce niveau aux énoncés de la conclusion d'un article écrit par des hauts fonctionnaires de l'organisme international. Ceux-ci, tout en soulignant avec raison que le caractère volontaire de la négociation collective s'oppose à des interventions législatives ou administratives « qui ont pour effet d'annuler ou de modifier le contenu des conventions collectives librement conclues », décrivent par ailleurs le contenu usuel du concept de négociation collective de bonne foi, sans plus<sup>16</sup>. La Cour ne fait par ailleurs pas

directement mention à ce sujet des positions des instances autorisées de l'OIT, soit en particulier la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations et le Comité de la liberté syndicale. Observons en passant que le Canada n'a à ce jour que ratifié la Convention n° 87, qui protège la liberté syndicale à l'encontre des pouvoirs publics, mais ni la Convention n° 98, qui traite des mesures positives que ceux-ci peuvent adopter en vue de promouvoir la négociation collective, ni la *Convention (n° 154) sur la négociation collective*. Ces instruments n'expriment pas eux-mêmes un « droit à la négociation collective de bonne foi ». Cela n'a toutefois pas empêché les instances précédentes de faire l'apologie de la négociation collective de bonne foi. Il ressort de leur interprétation que cet ensemble normatif que l'État peut obliger les partenaires sociaux à entrer en négociation au sujet de termes et conditions d'emploi, en vue de promouvoir l'utilisation et le développement de ces mécanismes de négociation collective, mais qu'aucune obligation ne s'impose au législateur de le faire. En d'autres termes, la négociation collective de bonne foi a toute son importance « pour le maintien harmonieux des relations professionnelles », mais l'État n'a pas à l'imposer si tel n'est pas son désir<sup>17</sup>.

---

15. Voir ainsi *Cour Eur. D.H., Affaire Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, arrêt du 19 janvier 1976, Série A, vol. 20, par. 40.

16. B. GERNIGON, A. ODERO et H. GUIDO, « Les principes de l'OIT sur la négociation collective », (2000) 139 *Revue internationale du travail* 33, cité aux par. 77 et 98 de l'arrêt.

17. Voir *La liberté syndicale, Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du B.I.T.*, 5<sup>e</sup> édition révisée, Genève, B.I.T., 2006, en part. aux par. 928, 934 et suivants ainsi que les cas auxquels il est fait référence. Voir aussi *Liberté syndicale et négociation collective*, Genève, B.I.T., 1994, par. 243, pour ce qui est de la Commission d'experts.

Si la portée de la protection constitutionnelle de l'activité de négociation collective devait dorénavant comporter l'imposition législative d'une obligation de négociation de bonne foi, la portée de l'arrêt serait « doublement » considérable ! Certaines questions se soulevaient toutefois.

Pour ce qui est des lois actuelles qui régissent généralement les rapports collectifs de travail concernant des salariés, lesquelles, en principe, ne donnent ouverture au droit à la négociation collective de bonne foi qu'en vue de l'établissement périodique d'une convention collective, ne s'imposeraient-elles pas qu'elles le fassent aussi à d'autres moments, par exemple lors d'une fermeture d'entreprise en cours de convention ? Par ailleurs, les groupes de salariés qui se trouvent exclus de la portée de ces lois, notamment les cadres, ou, dans certaines provinces, les travailleurs agricoles et les membres de professions libérales, ou encore, au Québec, les responsables d'un service de garde en milieu familial, ne devraient-ils pas avoir part à ce droit<sup>18</sup> ? Que dire d'éventuels régimes légaux encadrant des plans beaucoup plus vastes de négociation collective : devraient-ils pareillement véhiculer cette obligation ? Des groupements syndicaux non majoritaires pourraient-ils s'en réclamer ? Même, cette obliga-

tion de négociation de bonne foi s'étendrait-elle à des travailleurs se situant en marge du salariat traditionnel, ce, avec la même intensité, le même contenu ? Quant à la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, dont l'application, à la différence de la Charte constitutionnelle, s'étend aux rapports privés, son affirmation de la liberté fondamentale d'association de l'article 3, que l'on interprète traditionnellement d'une manière similaire à l'al. 2d) de la Charte constitutionnelle, en viendrait-elle aussi à véhiculer un « droit à la négociation collective de bonne foi », d'ordre public ? Le caractère général de la liberté fondamentale en cause s'accommode mal de distinctions restrictives, faut-il le reconnaître, même s'il se prête à des interprétations « contextuelles ».

Toutefois, les faits essentiels de l'espèce nous inclineraient à attribuer une portée plus limitée à la référence extensive de la Cour à ce « droit à la négociation collective de bonne foi » véhiculé par la législation du travail. Il ne découlerait pas de la protection constitutionnelle de la liberté générale d'association une obligation positive pour le législateur d'assurer la présence du droit en cause dans les rapports collectifs du travail. Mais, comme le pose la Cour, cette liberté d'association s'oppose à l'ingérence

---

18. Il sera à cet égard d'intérêt de voir quelles pourraient éventuellement être les exigences de la Cour suprême au regard de la loi adoptée par la province d'Ontario au sujet des travailleurs agricoles à la suite de l'arrêt *Dunmore*. Un tribunal de première instance, avait, à la lumière de ce dernier arrêt, mais avant que le présent arrêt ne soit rendu, conclu à la validité constitutionnelle de cette loi qui s'en était tenue au respect littéral des exigences énoncées dans *Dunmore* : *Fraser v. Ontario (Attorney General)*, (2006) 26.3 D.L.R. (4th) 425 (Ont. Sup. Ct. – en appel).

du législateur dans le processus de négociation collective qui est telle, pour reprendre la formulation initiale des juges majoritaires, qu'elle mine la « capacité des syndiqués de négocier collectivement »<sup>19</sup>. Par analogie, de tels gestes correspondent par ailleurs naturellement à des comportements incompatibles avec le droit à la négociation de bonne foi que la législation du travail impose usuellement aux parties qu'elle vise<sup>20</sup>. En ce sens, ce droit se présente comme un élément du « contexte » dans lequel se situe la négociation collective contemporaine des salariés classiques, comme ceux du secteur hospitalier dans l'espèce, et il n'est alors que naturel pour la Cour de s'y référer. En revanche, dans le cas de travailleurs qui ne peuvent se réclamer de ce droit légiféré à la négociation collective de bonne foi, leur liberté constitutionnelle d'association s'opposera à toute intervention législative qui porterait atteinte à leur « capacité de négocier collectivement ».

Le pouvoir judiciaire se présente donc comme le garant, sur le plan juridique, de la négociation collective face aux pouvoirs publics. Il lui revient en définitive de décider des situations pouvant justifier son intervention. À cet égard, selon l'arrêt, « [...] il convient essentielle-

ment de déterminer si l'objet d'une négociation collective est d'importance telle que l'ingérence dans la négociation de cette question nuirait à la capacité des syndicats de poursuivre des objectifs communs »<sup>21</sup>. La démarche risque de révéler, en d'autres circonstances, un écart significatif entre la perception judiciaire de l'importance d'un sujet de négociation et celle du groupe de salariés directement concernés par ce dernier. Les valeurs et les intérêts à privilégier ne sont pas nécessairement les mêmes. Certes, les contestations frivoles n'ont pas leur place, mais n'appartient-il pas aux salariés intéressés eux-mêmes de déterminer l'opportunité de s'engager dans une action de négociation collective, c'est-à-dire de se prévaloir de leur liberté d'association<sup>22</sup> ? Dans la perspective de l'histoire sociale canadienne, la liberté d'association sur la scène du travail se traduit précisément par la place qu'y occupe l'« autonomie collective ». Cette dernière repose elle-même sur la liberté de coalition des salariés.

## II. Le sort du « droit » de grève

Encore plus fondamentale, en effet, est la question de l'inclusion de la liberté de grève dans la compréhension de la liberté d'as-

19. Arrêt, par. 2 et 19. Il doit ainsi s'agir d'une « ingérence substantielle » dans la négociation collective : par. 91, 92, 95, 112 et 133.

20. Voir en exemple au par. 105 la référence à l'arrêt *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations de travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369.

21. Arrêt, par. 95. (La juge Deschamps n'en vient pour sa part à examiner l'importance du sujet qu'après avoir déterminé qu'il y a entrave au processus de négociation : par. 181.)

22. De surcroît dans l'espèce, les juges de la formation ne perçoivent pas tous eux-mêmes de façon identique l'importance, dans les circonstances, d'un sujet de négociation en cause, en l'occurrence les transferts et affectations de salariés : compar. parag. 131 (majorité) et par. 187 (j. Deschamps).

sociation qu'affirme la Charte constitutionnelle. Depuis le *Renvoi relatif à l'Alberta* de 1987, la négative a cours<sup>23</sup>. La question ne concernait pas le présent arrêt<sup>24</sup>.

La mise au rancart par l'arrêt des arguments qui faisaient obstacle à l'inclusion de la négociation collective du domaine de la protection constitutionnelle (droit légiféré, déférence judiciaire envers l'action gouvernementale en matière de relations de travail, caractère collectif de l'activité en cause, absence de protection des fins du groupement, nécessité d'une approche contextuelle) procède d'une analyse qui, logiquement, serait transposable, dans chaque cas, à la reconsidération de l'exclusion de la liberté de grève le jour où la cour de dernière instance sera saisie de la question. Il en est de même des arguments positifs mis de l'avant dans l'arrêt (l'histoire des relations de travail au Canada, la correspondance au droit international et aux valeurs fondamentales intrinsèques de la Charte constitutionnelle).

Sans nécessité d'explicitier ici une telle transposition de l'argumentaire, rappelons simplement le caractère naturellement associatif de la grève. Si elle en est venue, au

fil des époques, à faire l'objet d'un droit légiféré du syndicat accrédité selon les lois contemporaines du travail au pays, elle représentait initialement un phénomène associatif que les premières interventions législatives canadiennes ne distinguaient pas du groupement syndical<sup>25</sup>. La grève constitue une réalité associative de base que la technicité du droit légiféré ne doit pas occulter. De surcroît, la possibilité d'y recourir en cas d'impasse dans une négociation, même menée de bonne foi, demeure toujours l'incitatif nécessaire à la poursuite du processus de négociation collective auquel elle est intimement liée dans les faits<sup>26</sup>. Pour sa part, le droit international du travail considère « le droit de grève comme étant un des droits fondamentaux des travailleurs et de leurs organisations » ; il y voit « un corollaire indissociable du droit syndical protégé par la convention n° 87 »<sup>27</sup>.

\* \* \*

Pour l'instant, pour ce qui est du présent arrêt, même si la portée que pourra lui reconnaître la Cour suprême elle-même dans l'avenir ne devait correspondre qu'à l'affirmation de l'inclusion dans la

23. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

24. Arrêt, par. 19.

25. Voir notamment C. BRUNELLE et P. VERGE, « L'inclusion de la liberté syndicale dans la liberté générale d'association : un pari constitutionnel perdu ? », (2003) 82.3 *R. du B. can.* 711-755, p. 736.

26. Voir en ce sens l'extrait du Rapport Woods de 1968, cité au par. 64 de l'arrêt.

27. Voir ainsi *La liberté syndicale*, note 17, aux par. 520 et 523. Ce droit international affirme aussi le maintien du rapport de travail du salarié qui participe à une grève légitime. Il contribue en cela à l'affirmation d'un véritable droit de grève au-delà de la simple liberté de grève. La liberté (générale) d'association devrait-elle se montrer aussi exigeante en cela que la liberté spécifiquement syndicale dont traitent le droit international du travail et les lois canadiennes qui régissent couramment les relations collectives du travail ?



compréhension de la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la Charte constitutionnelle « de la capacité des syndiqués d'engager des négociations collectives sur des problèmes reliés au milieu du travail », sans y greffer positivement une assurance de qualité des comportements de négociation couramment associés au droit légiféré à la

« négociation collective de bonne foi », son importance est manifeste en ce qu'il permet au droit prééminent de correspondre partiellement à la réalité sociale du pays, tant d'un point de vue historique que contemporain, et aussi en ce qu'il assure un accord partiel entre ce droit et la normativité internationale en matière de travail.



# DROIT ADMINISTRATIF

Suzanne COMTOIS\*

## L'émergence du principe de précaution en droit administratif canadien

### INTRODUCTION

Le principe de précaution, dont l'objet est d'aider à prendre des décisions dans un contexte d'incertitude, postule en substance que l'absence de certitude scientifique sur des risques de dommages graves et/ou irréversibles ne doit pas être vue comme une raison suffisante pour retarder l'adoption de mesures visant à prévenir la dégradation de l'environnement<sup>1</sup>.

Ce principe prolonge en quelque sorte la traditionnelle démarche de prévention dans le sens où il

ne suffit plus de tenter de prévenir les risques connus dont la surveillance peut faire l'objet d'un calcul de probabilités. Les avancées rapides de la science et de la technologie et les risques qu'elles représentent appellent une sécurité renforcée qui oblige à prendre en compte des risques incertains, c'est-à-dire des risques simplement soupçonnés, comme les risques résiduels ou reportés<sup>2</sup>.

Apparu aux États-Unis et en Allemagne vers la fin des années soixante, le principe de précaution

---

\* Avocate et professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Je tiens à remercier mon collègue Pierre Blache pour ses commentaires et Me Bianca Turgeon, assistante de recherche, pour son aide dans le repérage des sources, les notes et la relecture de ce texte.

1. Voir *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Town)*, [2001] 2 R.C.S. 241 au par. 31 référant à la *Déclaration ministérielle de Bergen sur le développement durable (1990)* qui définit le principe de précaution comme suit : « Un développement durable implique des politiques fondées sur le principe de précaution. Les mesures adoptées doivent anticiper, prévenir et combattre les causes de la détérioration de l'environnement. Lorsque des dommages graves ou irréversibles risquent d'être infligés, l'absence d'une totale certitude scientifique ne [page 267] devrait pas servir de prétexte pour ajourner l'adoption de mesures destinées à prévenir la détérioration de l'environnement » [ci-après *Spraytech*]. Voir également Michel PÂQUES, *La précaution en droit administratif. Rapport international de synthèse*, XVII<sup>e</sup> Congrès de l'Académie de droit international et de droit comparé, Utrecht, 16-22 juillet 2006 ; Maryse DEGUERGUE, « Les avancées du principe de précaution en droit administratif français », (2006) 58:2 *R.I.D.C.* 621, 621 ; O. GODARD, « De la nature du principe de précaution », dans Edwin Zaccà et Jean-Noël Missa, dir., *Le principe de précaution – Significations et conséquences*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, 19, p. 22 ; Geneviève CARTIER, « Le principe de précaution et la déférence judiciaire », (2002) 43 *C. de D.* 79.
2. Voir DEGUERGUE, *ibid.* ; Marie-Claire CORDONNIER SEGGER et Markus W. GEHRING, « Precaution, Health and the World Trade Organization : Moving Toward Sustainable Development », (2003) 29 *Queen's L.J.* 133, 137.

a connu une ascension fulgurante, en droit international, depuis la fin des années 80<sup>3</sup>. Notamment, il a été «proclamé comme principe fondateur de l'écologie politique, dans la déclaration finale de la conférence de Rio en juin 1992 [et] il est entré dans le droit positif européen par le Traité de Maastricht la même année, en tant que fondement de la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement »<sup>4</sup>. On le retrouve maintenant dans presque tous les traités et documents récents de politiques publiques intéressant la protection et la préservation de l'environnement<sup>5</sup>.

Typique d'une nouvelle génération de principes, vastes, vagues et ambitieux, tels le principe du pollueur-payeur, du développement durable, de l'équité intergénérationnelle et de la gestion des écosystèmes, le principe de précaution a suscité beaucoup d'intérêt doctrinal en philosophie, en économie et en droit.

Mon propos portera sur l'émergence du principe de précaution en droit administratif canadien. À cette fin, j'ai regroupé mes remarques en trois points. Le premier concerne le mode d'introduction du

principe de précaution, dans le deuxième, j'évoque les doutes et interrogations qui subsistent dans la mise en œuvre de ce principe et dans le troisième, je commente l'apport potentiel du principe de précaution comme instrument de protection de l'environnement au Canada. Il s'agira, plus précisément, de voir si et dans quelle mesure le principe de précaution peut enrichir la substance du droit administratif ou effectivement contribuer à orienter les pratiques institutionnelles des autorités publiques et les décisions intéressant l'environnement.

### **1. Le mode d'introduction du principe de précaution en droit administratif canadien**

Notons tout d'abord que l'inclusion du principe de précaution dans les traités internationaux ne crée pas, en soi, d'obligations juridiques. Sauf exception, les traités internationaux n'ont ni force ni effet en droit canadien à moins d'avoir été reçus en droit interne<sup>6</sup>.

Au Canada, l'apparition du principe de précaution en droit

---

3. Paul GUY, « Throwing Caution to the Wind : The Precautionary Principle, NAFTA and Environmental Protection in Canada », (2004) 13 *Dalhousie J. Leg. Stud.* 187, p. 192 ; PÂQUES, *supra*, note 1, p. 3.

4. DEGUERGUE, *supra*, note 1.

5. David FREESTONE et Ellen HEY, « Origins and Development of the Precautionary Principle », dans David Freestone et Ellen Hey, dir., *The Precautionary Principle and International Law*, La Hague, Kluwer Law International, 1996, p. 41 cité dans *Spraytech*, *supra*, note 1, par. 32.

6. *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 [ci-après *Baker*] ; J.-M. ARBOUR et G. PARENT, *Droit international public*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 178 et s. On notera que si le principe de précaution avait le statut de principe coutumier, il serait automatiquement intégré en droit canadien. Cependant, cette question demeure controversée (voir *infra*, note 26).

interne résulte essentiellement de la loi et, dans une faible mesure, de la jurisprudence. En effet, à la différence d'autres pays, telle la France où le principe a été constitutionnalisé<sup>7</sup>, les textes constitutionnels canadiens ne font aucune référence au principe de précaution. Cependant, ce principe a été introduit dans plusieurs lois fédérales et provinciales au cours des deux dernières décennies, plus particulièrement dans les domaines de l'environnement et de la santé. En l'absence de telles lois, le principe de précaution du droit international a été invoqué devant les tribunaux, mais sans grand succès.

### ***Le droit légiféré***

Certaines lois y réfèrent explicitement, comme par exemple la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*<sup>8</sup>, dont le préambule contient un engagement à adopter le principe de précaution « si bien qu'en cas de risques de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne

doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement »<sup>9</sup>. Cette loi prévoit de plus que le gouvernement doit, dans le cadre de sa mission, exercer ses pouvoirs de manière à appliquer le principe de précaution<sup>10</sup>. Enfin, la LCPE fait obligation aux ministres d'appliquer le principe de précaution lorsqu'ils procèdent à l'évaluation et aux examens des substances toxiques<sup>11</sup>.

Des dispositions traitant de précaution sont également présentes dans diverses autres lois telles, la *Loi sur les océans*<sup>12</sup>, la *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada*<sup>13</sup>, l'*Endangered Species Act* de la Nouvelle-Écosse<sup>14</sup>, ainsi que dans la récente *Loi sur le développement durable* du Québec<sup>15</sup>. L'article 6 de cette dernière prévoit, à cet égard, qu'afin de mieux intégrer la recherche d'un développement durable dans ses sphères d'intervention, l'Administration prend en compte, dans le cadre de ses différentes actions, 16

---

7. *Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005 relative à la Charte de l'environnement*, J.O., 2 mars 2005, 3967.

8. *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.C. 1999, c. 33 [ci-après : LCPR].

9. Ce texte reprend la formulation retenue dans AG NU, *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, 1992, vol. 1, A/CONF.151/26.

10. La même obligation est faite au comité consultatif chargé de conseiller le ministre (art. 6, al. 1.1). Au plan du vocabulaire, le texte anglais utilise l'expression « precautionary principle », alors que le texte français le désigne sous l'appellation « principe de la prudence » (art. 2).

11. LCPE, *supra*, note 8, art. 76.1.

12. *Loi sur les océans*, L.C. 1996, c. 31 préambule au par. 6 et art. 30 qui édicte comme principe directeur que la stratégie nationale repose notamment sur la prévention, c'est-à-dire pêcher par excès de prudence.

13. *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada*, L.C. 2002, c. 18 préambule au par. 2 et art. 9 [ci-après LAMNCC].

14. *Endangered Species Act*, S.N.S. 1998, c. 11, art. 2 (1)(h), 11(1) et 18(1).

15. *Loi sur développement durable*, L.R.Q. c. D-8.1.1, entrée en vigueur le 19 avril 2006.

principes directeurs, dont le principe de précaution<sup>16</sup>.

La législation intègre aussi de manière implicite l'idée de précaution. C'est le cas notamment de la *Loi sur les produits antiparasitaires* dont le préambule ne mentionne pas expressément le principe de précaution mais traite plutôt de la prévention des risques inacceptables liés à l'utilisation des produits antiparasitaires pour les personnes et l'environnement<sup>17</sup>. Toutefois, comme c'est le cas dans la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* et la *Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada*<sup>18</sup>, d'autres dispositions intègrent le principe en allégeant le fardeau de preuve de façon à ce que les autorités publiques puissent intervenir, sans attendre de disposer d'une preuve scientifique concluante, pour prévenir des risques de dommages graves et/ou irréversibles<sup>19</sup>. Poussant plus loin la logique de l'habilitation implicite, on a soutenu, en doctrine, que des dispositions générales ne faisant aucune référence spécifique au principe de précaution – comme l'article 20 de la *Loi sur la qualité*

*de l'environnement du Québec* qui « interdit le rejet de contaminants susceptibles de porter atteinte à la vie, à la santé ou à l'environnement » – devaient être interprétées de façon à rendre possible, voire imposer, la prise en compte de risques graves non établis et l'adoption de mesures de précaution<sup>20</sup>. Mais, l'idée de précaution peut-elle, en l'absence de texte législatif, trouver son fondement dans la common law?

### **La common law**

En l'absence de disposition législative ou réglementaire en imposant le respect de façon expresse ou implicite, le principe de précaution reconnu en droit international a été invoqué à quelques reprises devant les cours d'appel dans des cas comportant des risques pour l'environnement. L'arrêt *Spraytech*, un jugement de la Cour suprême du Canada, est l'arrêt le plus important sur le sujet. Dans cette affaire, la ville de Hudson avait adopté un règlement limitant l'usage des pesticides sur son territoire. *Spraytech*, une entreprise d'aménagement paysager poursuivie pour

- 
16. *Ibid.*, art. 6 j). C'est ainsi que « lorsqu'il y a un risque de dommage grave ou irréversible, l'absence de certitude scientifique complète ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir une dégradation de l'environnement ».
  17. *Loi sur les produits antiparasitaires*, L.C. 2002, c. 28, préambule au par. 6. Voir entre autres *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, c. 37, art. 20 et 23 ; *Loi sur l'assainissement de l'air*, L.N.-B. 1997, c. C-5.2, art. 2 prévoyant que l'objet de la loi est de « promouvoir la protection, la régénération, l'amélioration et à l'utilisation judicieuse de l'environnement ».
  18. LCPE, *supra*, note 8, préambule et art. 2(1)a) ; LAMNCC, *supra*, note 13, préambule.
  19. *Loi sur les produits antiparasitaires*, *supra*, note 17, art. 20 al. 2. Au même effet, voir *Shuswap Thompson Organic Producers Assn. c. British Columbia (Ministry of Environment, Lands and Parks)*, [1998] B.C.E.A. No. 24, par. 29.
  20. L.R.Q., c. Q-2 ; Hélène TRUDEAU, « La précaution en cas d'incertitude scientifique : une des interprétations possibles de l'article 20 *in fine* de la *Loi sur la qualité de l'environnement* », (2002) 43 *C. de D.* 103.

avoir fait défaut de respecter le règlement, contestait, en défense, la validité du règlement municipal. Au soutien de ses prétentions, *Spraytech* invoquait l'absence de pouvoir de la municipalité pour adopter un tel règlement.

L'une des questions soulevée à cet égard était de savoir si le principe de précaution du droit international pouvait constituer une source de pouvoir autorisant la municipalité à adopter ce règlement.

En dépit des divergences de vues exprimées par ailleurs, les juges de la Cour suprême sont unanimes sur un point : ce principe de droit international conventionnel ne constitue pas, en common law, une source autonome de pouvoir autorisant des actions préventives<sup>21</sup>. En l'absence de loi, le principe de précaution du droit international peut, au mieux, servir de guide pour interpréter la législation intérieure. Et même cela est controversé. Des sept juges ayant entendu l'affaire, une minorité de trois juges a estimé qu'il n'était tout simplement pas pertinent en l'espèce d'examiner ce principe de droit international. Selon le juge LeBel, rédacteur de l'opinion minoritaire, la question en est une de droit administratif

qui doit être examinée à la lumière du texte de loi et des principes du droit administratif seulement. Les municipalités, rappelle-t-il, n'ont de pouvoirs que ceux qui leur sont conférés par la loi. « Certes, ce pouvoir doit être interprété de façon raisonnable et libérale (*Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13), mais il ne peut recevoir cette interprétation que s'il existe. L'interprétation ne peut pas suppléer à l'absence de pouvoir »<sup>22</sup>.

Par contre, s'appuyant sur une certaine doctrine, les quatre juges formant la majorité, sous la plume de la juge L'Heureux-Dubé, suggèrent en *obiter* qu'il y a peut-être suffisamment de pratiques de la part des États pour prétendre que le principe de précaution est un principe de droit international coutumier<sup>23</sup>. Ils semblent en déduire que ce principe peut servir de guide pour interpréter la législation du pays, en l'occurrence, la disposition générale de bon gouvernement qui habilite les municipalités à réglementer sur leur territoire. Le droit coutumier étant automatiquement intégré au droit canadien, « les valeurs exprimées en droit international peuvent être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation

21. Voir l'opinion du juge LeBel dans *Spraytech*, *supra*, note 1, par. 53, soulignant que le règlement municipal « must be closely related to the immediate interests of the community within the territorial limits defined by the legislature in a matter where local governments may usefully intervene ». La même idée est développée par la juge L'Heureux-Dubé au par. 20.

22. *Spraytech*, *supra*, note 1, par. 49.

23. Voir J. CAMERON et J. ABOUCHAR, « The Status of the Precautionary Principle in International Law » dans Freestone et Hey, dir., *The Precautionary Principle and International Law*, *supra*, note 5, p. 52 ; O. McINTYRE et T. MOSEDALE, « The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law », (1997) 9 *J. Env. L.* 221, p. 241.

des lois et en matière de contrôle judiciaire »<sup>24</sup>.

Depuis l'arrêt *Spraytech*, le principe de précaution a été invoqué à quelques reprises devant les cours d'appel comme fondement juridique d'actions préventives, mais ne s'est avéré concluant dans aucun de ces cas<sup>25</sup>. La jurisprudence refuse, en l'absence de textes législatifs ou réglementaires en prévoyant le respect, de le considérer

comme une norme juridique autonome. De plus, malgré l'ouverture manifestée par la majorité, ce principe n'a, semble-t-il, toujours pas acquis le statut de norme coutumière en droit international<sup>26</sup>. Il s'ensuit qu'au Canada, la décision de protéger des intérêts contre des risques incertains revient largement au législateur. En cas de silence des textes, les cours sont réticentes à inférer une intention d'imposer au décideur administratif de

- 
24. *Spraytech*, *supra*, note 1, par. 30 référant à *Baker*, *supra*, note 6, par. 70 qui cite un passage de Ruth SULLIVAN, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Butterworths, 1994, p. 330 : « [L]a législature est présumée respecter les valeurs et les principes contenus dans le droit international, coutumier et conventionnel. Ces principes font partie du cadre juridique au sein duquel une loi est adoptée et interprétée. Par conséquent, dans la mesure du possible, il est préférable d'adopter des interprétations qui correspondent à ces valeurs et à ces principes. »
25. Voir notamment *Croplife Canada c. Toronto (City)*, (2005) 75 O.R. (3d) 357 (C.A. Ont.) ; *Imperial Oil Ltd c. McAfee*, [2005] B.C.J. No. 576 où la question était de savoir si la Ville de Vancouver avait le pouvoir d'assujettir la délivrance d'un permis de développement d'une station d'essence à la condition que la compagnie procède à la décontamination du sol. La cour ne s'est pas attardée à l'argument soulevant le principe de précaution et s'est contentée au paragraphe 32 de rappeler que le principe de précaution ne peut conférer une juridiction autrement absente ; *Wier c. Environmental Appeal Board et al.*, 2003 BCSC 1441 aux par. 31 à 33 et 38 où la cour admet que le principe peut servir à interpréter la loi, notamment pour appuyer une interprétation qui oblige l'autorité à déterminer si les effets négatifs anticipés sont raisonnables et à prendre en compte des alternatives. Cependant, la cour n'y recourt pas, préférant s'en tenir au texte de la loi tel qu'interprété dans *Canadian Earthcare Society c. British Columbia (Environmental Appeal Board)*, [1988] B.C.J. No. 3109. Par ailleurs, dans *611428 Ontario Ltd. c. Metropolitan Toronto and Region Conservation Authority*, [1996] O.J. n° 1392 au par. 25 (Ont. Ct of J.) (QL) la Cour divisionnaire de l'Ontario, sans elle-même se prononcer sur le principe de précaution, a confirmé le caractère non déraisonnable d'une décision du « Mining and lands commissioner » qui s'était appuyé sur le principe de précaution pour inverser le fardeau de la preuve et ainsi imposer à l'entreprise de démontrer que son action n'allait pas produire de conséquences néfastes sur l'environnement.
26. En raison notamment des multiples définitions dont il fait l'objet, ce principe, semble-t-il, ne présente pas le caractère d'uniformité requis pour avoir le statut de coutume en droit international. De plus, la pratique des États diffère et ne peut être considérée comme généralement suivie. Sur les éléments constitutifs de la coutume internationale, voir J.-Maurice ARBOUR et Geneviève PARENT, *supra*, note 6, p. 63 et s. et 491-492 ; Claude EMANUELLI, *Droit international public*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, par. 144 à 166. Sur le statut du principe de précaution en droit international, voir CORDONNIER SEGGER et GEHRING, *supra*, note 2, p. 162 ; J.-Maurice ARBOUR, « Le principe de précaution dans le contexte du commerce international : une intégration difficile », (2002) 43 *C. de D.* 5.



se conformer au principe de précaution<sup>27</sup>. Ce principe, en d'autres termes, ne peut engendrer d'obligations juridiques, à moins d'avoir été intégré dans la législation interne. En énonçant cette conclusion, on ne peut cependant passer sous silence le nombre limité d'arrêtés portant sur le sujet.

## **2. Questionnements liés à la mise en œuvre du principe de précaution dans un contexte de révision judiciaire**

Le principe de précaution a fait son apparition en droit positif canadien mais sa signification, sa nature et sa portée demeurent difficiles à cerner. Quelle est la valeur juridique de ce principe : s'agit-il d'une norme contraignante, d'un principe procédural, d'un principe éthique<sup>28</sup>, d'un principe de gestion « provisoire » en attendant une preuve concluante<sup>29</sup> ou, encore, d'un simple standard de comportement<sup>30</sup>? Quelle est la portée de l'exigence de précaution? Quand et

à qui s'applique-t-elle? Quel est le seuil de risque à partir duquel l'intervention de précaution est justifiée? Comment ce seuil est-il déterminé? Quelles sont les mesures de précaution applicables dans un cas donné? Qui a le fardeau de la preuve?

Dans l'état actuel du droit, il n'est pas facile de répondre à ces questions. En droit canadien, comme on l'a vu plus tôt, le principe de précaution n'est pas un principe général de droit qui s'applique à l'ensemble des décisions prises par les autorités publiques fédérales ou provinciales sous l'autorité d'une loi ou de la prérogative. Son domaine d'application est restreint essentiellement à l'environnement et la santé et sa portée juridique dépend ultimement du libellé du texte de loi dont il tire son origine. Or, comme le révèle l'examen des textes étudiés, la formulation utilisée varie souvent d'un texte à l'autre. Il est donc difficile sinon impossible de tirer des conclusions

---

27. Pour sa part, Geneviève Cartier soutient que « le principe de précaution est susceptible de produire des effets en droit interne canadien, indépendamment de son intégration officielle dans les textes législatifs ou réglementaires et même dans l'hypothèse où il n'a pas encore acquis le statut de norme coutumière en droit international » : CARTIER, *supra*, note 1, p. 100. Elle s'appuie, à cette fin, sur un passage de l'arrêt *Baker* (*supra*, note 6, par. 70), repris dans *Spraytech* (*supra*, note 1, par. 30) dans lequel la juge L'Heureux-Dubé affirme que « [l]es valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent [...] être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire ». On notera par ailleurs que dans ces deux affaires, les juges de la Cour suprême s'étaient divisés sur la pertinence du droit international conventionnel pour interpréter la législation nationale.

28. Hans JONAS, *Le principe responsabilité*, Champs, Flammarion, 1998, p. 63 et s. cité dans DEGUERGUE, *supra*, note 1, p. 623.

29. Olivier GODARD, « La précaution, des hésitations aux questions », (30 novembre 2000) n° 239 L.P.A. 4, en ligne : <[http://www.lextenso.com/lextenso/archives/Apw.fcgi?FILE=Index\\_ref.html&REF\\_ID=PA200023901](http://www.lextenso.com/lextenso/archives/Apw.fcgi?FILE=Index_ref.html&REF_ID=PA200023901)> (accédé le 29 juin 2007).

30. DEGUERGUE, *supra*, note 1, p. 623.

générales sur sa signification et sa portée.

À cette absence d'uniformité des textes s'ajoute l'imprécision des dispositions qui traitent du principe de précaution. Par exemple, qu'est-ce qui constitue « un risque de dommage grave ou irréversible » au sens de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*? En quoi consiste une « absence de certitude scientifique absolue »? Que signifie l'obligation d'appliquer le principe de précaution? Qui a le fardeau de la preuve : la personne qui propose une mesure comportant un risque grave ou celle qui s'oppose à cette action? Il n'est pas rare que les textes de lois soient muets sur ces questions, laissant ainsi une vaste discrétion à l'autorité publique chargée de les appliquer.

Ce manque d'uniformité et de précision freine l'application du principe de diverses façons. D'abord, il limite le rôle que peuvent jouer les cours de justice pour contrôler le respect d'un comportement de précaution. En effet, les spécifications contenues au texte de loi sont généralement très utiles pour

déterminer si un principe a été appliqué correctement. En l'absence de telles spécifications les juges ont plutôt tendance à faire preuve de déférence à l'endroit des autorités publiques.

Ensuite, le flou des dispositions qui introduisent le principe de précaution a aussi pour effet de rendre plus difficile l'intégration du principe de précaution dans le concept général de légalité. En absence de texte clair, les cours évitent de recourir à ce principe et ont plutôt tendance à y substituer d'autres critères existants tel celui de « raisonnabilité » qui leur sont plus familiers<sup>31</sup>. Il en résulte un contrôle restreint, analogue à un contrôle procédural, qui revient somme toute à un simple « check list » des facteurs pertinents. La cour examine la loi, le dossier et l'approche suivie par le décideur administratif pour s'assurer que la décision n'est pas totalement arbitraire. S'il s'avère que le décideur administratif, qui de surcroît est souvent un expert du domaine, a pris en compte les facteurs mentionnés dans la loi, sa décision est confirmée, à moins qu'à sa face même elle ne soit

---

31. Voir notamment *Imperial Oil Ltd. c. McAfee*, *supra*, note 25 ; *Western Canada Wilderness Committee c. British Columbia (Ministry of Forests, South Island Forest District)*, [2003] B.C.J. No. 1581 ; *Canada c. Berhad*, [2005] C.A.F. 267 où la Cour avait à décider si les inspecteurs avaient valablement exercé leur pouvoir discrétionnaire de détenir un navire et où elle s'est limitée à vérifier la raisonnabilité de cet exercice. Elle fait explicitement abstraction du principe de précaution, lequel était invoqué pour justifier la détention du navire ; *Comité des citoyens de la Presqu'île-Lanaudière c. Québec (Procureur général)*, 2006 QCCS 4861 ; *Delisle c. Canada*, [2006] C.F. 933 aux par. 169 et s. où il fut décidé que le directeur du Programme d'accès spécial de Santé Canada ne pouvait transformer son pouvoir discrétionnaire en pouvoir lié du fait de l'adoption d'une politique basée sur le principe de précaution, l'exercice raisonnable du pouvoir discrétionnaire nécessitant la prise en compte de tous les facteurs prévus à la loi.

déraisonnable ou manifestement déraisonnable<sup>32</sup>. Le juge ne s'autorise pas à procéder à un nouvel examen de la preuve visant à vérifier par exemple si l'autorité a correctement évalué le risque ou apprécié les mesures à prendre. Conformément à la doctrine judiciaire en vigueur, le contrôle de la « raisonabilité » de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne porte pas sur le mérite de l'acte contesté, mais sur la manière dont le pouvoir a été exercé<sup>33</sup>. Par conséquent, à moins que la loi n'indique clairement les normes de fond à suivre ou les mesures de précaution attendues, une simple allégation qu'un décideur, dans l'exercice de sa discrétion, aurait fait défaut d'appliquer le principe de précaution risque fort d'être insuffisante pour rendre invalide une décision par ailleurs raisonnable<sup>34</sup>.

Notons toutefois que les tribunaux administratifs siégeant en appel des décisions de l'Admi-

nistration semblent avoir, dans la pondération des facteurs pertinents à l'application du principe de précaution, un rôle plus étendu que celui des cours siégeant en révision. Ainsi, dans une affaire mettant en cause le *Pesticides Control Act*, dont les dispositions avaient pour effet de limiter l'octroi de permis aux seules situations où l'épandage « will not cause an unreasonable adverse effect »<sup>35</sup>, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est dite d'avis que l'appréciation du risque relevait du Environmental Appeal Board. Elle lui a renvoyé le dossier pour qu'il prenne en compte certains facteurs pertinents, qu'il avait omis de considérer<sup>36</sup>, aux fins de décider si les effets négatifs constatés étaient ou non déraisonnables<sup>37</sup>. De plus, dans une autre affaire, ce même tribunal a fait droit aux prétentions d'une partie qui soutenait que la pondération des divers facteurs servant à évaluer les risques et à choisir la mesure la

32. *Inverhuron & District Ratepayer's Assn. c. Canada (Ministre de l'Environnement et al.)* (23 mai 2000), Ottawa T-906-99 (Ont. C.F.) conf. par *Inverhuron & District Ratepayers Ass. c. Canada (Minister of the Environment)*, [2001] C.A.F. 203.

33. *Baker, supra*, note 6 ; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3 ; Suzanne COMTOIS, *Vers la primauté de l'approche pragmatique et fonctionnelle : Précis du contrôle judiciaire des décisions de fond rendues par les organismes administratifs*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003.

34. *Croplife Canada c. Toronto (City)*, *supra*, note 25, par. 71 ; *Western Canada Wilderness Committee v. British Columbia (Ministry of Forests, South Island Forest District)*, *supra*, note 31, par. 80. Voir aussi *Canada c. Berhad*, *supra*, note 31.

35. *Canadian Earthcare Society c. British Columbia (Environmental Appeal Board)*, *supra*, note 25 ; *Pesticide Control Act*, S.R.B.C. 1979, c. 322, art. 6(a) (abrogée). Voir *Integrated Pest Management Act*, S.B.C. 2003, c. 58, art. 3(1)(a) où la même interdiction de causer des effets négatifs déraisonnables se retrouve.

36. En l'occurrence d'autres alternatives viables à l'usage des pesticides.

37. *Canadian Earthcare Society, supra*, note 25, par. 22 à 27 cité avec approbation dans *Resident Advisory Board c. British Columbia (Ministry of Environment, Lands and Parks)*, [1998] B.C.E.A. No. 19 aux par. 52 à 55 : « [O]nce the Board finds an adverse effect, it must weigh that adverse effect against the intended benefit. The Board has to compare the risks and benefits to determine if the anticipated risk is reasonable or unreasonable. Evidence of alternative methods is relevant to the issue of reasonableness ».

moins destructrice parmi les solutions envisageables était une composante minimale du principe de précaution<sup>38</sup>.

Bref, le principe de précaution a fait son entrée en droit positif canadien mais le flou juridique qui l'entoure freine son développement en droit administratif. Devant autant d'incertitude, les cours hésitent à le construire et à l'intégrer comme un nouvel élément du contrôle de légalité. Vu son origine législative, il faudra sans doute attendre des précisions du législateur pour être fixé sur sa teneur et sa capacité à enrichir la substance du droit administratif. Dans l'attente, il convient toutefois de faire quelques observations sur l'apport potentiel que pourrait avoir ce principe en droit administratif.

### **3. L'apport potentiel du principe de précaution en droit administratif**

Bien qu'il soit à certains égards complémentaire à d'autres principes ou méthodes existantes, le principe de précaution, comparé par exemple aux principes d'équité ou de justice naturelle, comporte une valeur ajoutée en ce qu'il rend possibles des interventions publiques dans un nouveau contexte, caractérisé par l'incertitude et le risque. Ainsi, selon Olivier Godard, le trait distinctif de la précaution se situe dans l'attitude qu'il prescrit à l'égard de la preuve scientifique, plus précisément « dans la prise

de distance de la décision vis-à-vis de l'exigence de la preuve scientifique »<sup>39</sup>, puisqu'elle rend possibles des interventions publiques à l'égard de risques potentiels graves avant d'avoir la preuve scientifique de leur existence.

Dans ce nouveau contexte, l'apport du principe de précaution à la prise de décisions politiques intéressant l'environnement peut se manifester de trois manières :

Premièrement, au plan procédural, en suggérant un processus qui favorise la transparence, la cohérence, la rationalité et la prise en compte d'un ensemble de facteurs et de points de vue pertinents.

Deuxièmement, au plan substantiel, en encadrant, par une philosophie et des valeurs qui lui sont sous-jacentes, l'exercice « raisonnable » de la discrétion administrative. En effet, comme l'ont fait remarquer les professeurs Sossin et Smith : « Public administration is not principally a field of technical expertise or ethical rules, but rather a forum for making hard choices in the public interest. »<sup>40</sup> À l'intérieur du cadre juridique permis, le principe de précaution, à l'instar des énoncés de politique, peut orienter les pratiques institutionnelles des autorités publiques et les décisions intéressant l'environnement. Les autorités publiques pourraient notamment y trouver un fondement légitime pour justifier un choix politique comme par exemple interdire la culture

38. *Resident Advisory Board, ibid.*

39. GODARD, *supra*, note 29, p. 4.

40. Lorne SOSSIN et Charles W. SMITH, « Hard Choices and Soft Law : Ethical Codes, Policy Guidelines and the Role of the Courts in Regulating Government », (2002-2003) 40 *Alta. L. Rev.* 867, 892.

d'OGM ou freiner le développement de la technique nucléaire, sans attendre d'avoir des preuves scientifiques concluantes<sup>41</sup>. Cependant, vu son absence de caractère normatif, le citoyen ne pourrait s'appuyer sur ce principe pour contester judiciairement l'action ou l'inaction de l'Administration, à moins qu'il ne soit intégré dans la législation.

Troisièmement, le principe de précaution peut favoriser la participation citoyenne et la délibération collective non seulement sur les mesures à prendre mais aussi sur le niveau de risque consenti et les coûts économiquement acceptables des mesures envisagées<sup>42</sup>. En effet, en mettant en lumière les limites de la connaissance scientifique et l'importance des jugements de valeur inhérents aux choix politiques difficiles effectués en contexte d'incertitude<sup>43</sup>, ce principe contribue à légitimer la participation des citoyens et d'un plus grand nombre d'acteurs sociaux au processus décisionnel.

La crise liée au virus du Nil, survenue dans la ville de Toronto

au cours de l'été 2003 et analysée par Dayna Nadine Scott, offre un bon exemple du rôle limité mais utile que peut jouer le principe de précaution dans l'exercice de la discrétion administrative<sup>44</sup>. La situation peut être résumée sommairement de la façon suivante. Devant la menace du virus du Nil, les autorités en matière de santé publique de la Ville de Toronto devaient affronter une situation présentant des risques opposés: d'un côté celui associé au virus du Nil, un risque incertain pour la santé publique pouvant survenir à la suite de piqûres de moustique; de l'autre, le risque à plus long terme pour l'environnement que pouvait engendrer l'usage de pesticides chimiques pour contrôler les moustiques porteurs de ce virus.

Dans la recherche de solutions les autorités devaient décider, sans attendre l'obtention de certitudes scientifiques, si des pesticides chimiques seraient employés et si oui, le type de pesticide<sup>45</sup> et la dose nécessaire pour que le dommage potentiel pour l'environnement et la santé demeure dans les limites

---

41. GODARD, *supra*, note 29, p. 5.

42. Sur les aspects politiques de la science, voir notamment GODARD, *supra*, note 1, p. 24 cité et discuté dans CARTIER, *supra*, note 1, p. 85; SCOTT, « Deconstructing the Precautionary Principle », *infra*, note 45.

43. Sur cette question voir notamment, Canada, Commission de réforme du droit du Canada, *L'élaboration des politiques en matière d'environnement : Document d'étude*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1984, p. 27-62.

44. Voir Dayna Nadine SCOTT, « When Precaution Points Two Ways : Confronting "West Nile Fever" », (2005) 20 *C.J.L.S.* Cet élément est également mentionné dans Dayna Nadine SCOTT, « Deconstructing the Precautionary Principle », The Brownbag Research Seminars, York University, 2004-2005, en ligne : <[http://www.yorku.ca/sasit/brownbag/abs\\_0405.html](http://www.yorku.ca/sasit/brownbag/abs_0405.html)>. Ce cas est aussi analysé par Joel A. TICKNER, « The Precautionary Principle and the Public Health Trade-offs : Case-Study of West Nile Virus », (2002) 584 *Ann. Am. Acad. Pol. Soc. Sci.* 69.

45. Il existerait deux principaux types de pesticides permettant de contrôler les moustiques : les *larvicides*, placés dans l'eau et tuant les moustiques avant qu'ils ne deviennent matures, et les *adulticides*, tuant les moustiques dans les airs. SCOTT, « When Precaution Points Two Ways [...] », *supra*, note 44, p. 35.

du risque jugé acceptable. Cette décision devait être prise à la suite d'une évaluation des risques, conduite par le directeur de la santé publique de Toronto, conformément au « W[est] N[ile] V[irus] Preparedness and Prevention Plan for 2003 », édicté sous l'autorité du règlement sur le contrôle du virus du Nil adopté par la province d'Ontario<sup>46</sup>. La municipalité était ensuite tenue de mettre en œuvre les actions prescrites par le directeur<sup>47</sup>. Étonnamment, alors que ce principe apparaissait dans bon nombre d'autres textes municipaux, le protocole présenté au conseil municipal par la direction de la santé publique ne faisait aucune mention du principe de précaution<sup>48</sup>. Néanmoins, selon l'analyse que fait Scott des actions entreprises par les autorités, celles-ci ont, dans les faits, sans le dire ou sans le savoir, appliqué le principe de précaution.

D'abord, les autorités ont documenté, sur le plan scientifique, les multiples éléments incertains en présence, à savoir les risques

associés à la propagation du virus du Nil, les risques associés à l'utilisation de pesticides pour la santé et l'environnement, et l'efficacité des pesticides chimiques proposés pour éliminer les moustiques susceptibles de transmettre le virus<sup>49</sup>. Ensuite, en vue de minimiser les dommages, les autorités ont évalué les alternatives et soupesé les coûts et bénéfices potentiels associés aux diverses alternatives envisagées<sup>50</sup>. Enfin, les autorités ont tenu la population informée dès le début par divers moyens (sites Web, rencontres publiques, documentation accessible)<sup>51</sup>, et elles ont exercé un contrôle et une surveillance au moyen d'analyses en laboratoire afin d'évaluer l'efficacité du protocole en cours d'implantation<sup>52</sup>.

De l'avis de Scott, la démarche suivie par les autorités torontoises est dans une large mesure conforme à l'approche de précaution définie dans la littérature par des auteurs tels que Tickner<sup>53</sup>. Pourtant, interrogé à ce propos, un membre du département de la protection de l'environnement a plutôt

46. CONTROL OF WEST NILE VIRUS, O. Reg. 199/03 ; *Loi sur la protection et la promotion de la santé*, L.R.O. 1990, c. H.7.

47. CONTROL OF WEST NILE VIRUS, *ibid.*, art. 3.

48. SCOTT, « When Precaution Points Two Ways [...] », *supra*, note 44, p. 41.

49. *Ibid.*, p. 42 à 45.

50. *Ibid.*, p. 48- 50 et 57. En fait, la direction de la santé publique de Toronto semble avoir considéré non seulement les risques pour la santé et pour l'environnement associés au virus et ceux pouvant découler de l'usage de pesticides, mais également les bénéfices pour la santé humaine d'une moins grande incidence du virus. À cet égard, furent considérés les risques reliés à l'emploi de larvicides pour la faune aquatique et les bénéfices qui pourraient en résulter du fait qu'il pourrait ne plus être nécessaire de recourir aux adulticides.

51. Sans toutefois la consulter, ce que déplore l'auteure. Selon Scott, il aurait dû y avoir délibération collective entre autres sur la question même de savoir si des adulticides devaient être employés comme solution de dernier ressort : *ibid.*, p. 52-53.

52. Des analyses ont été effectuées sur des larves de moustiques et des oiseaux morts, ainsi que sur les humains présentant des symptômes afin de connaître l'incidence du virus : *ibid.*, p. 58 et 61.

53. *Ibid.*, p. 46 ; TICKNER, *supra*, note 44.

estimé que la démarche suivie tenait davantage d'une analyse traditionnelle des coûts et des bénéfices, le principe de précaution n'étant selon lui que l'un des éléments pris en compte dans le cadre de cette méthode<sup>54</sup>. Cet exemple témoigne de la relation de complémentarité entre le principe de précaution et d'autres principes ou méthodes connus. De plus, cet exemple illustre bien la flexibilité et l'absence de contenu normatif qui caractérise ce principe. Pris dans son sens le plus généralement accepté, il commande un processus et rend possible l'action, sans attendre l'obtention de preuves scientifiques concluantes, mais il ne dicte pas le résultat. Appliqué au cas du virus du Nil, par exemple, le principe de précaution peut servir à justifier un choix politique mais ne peut le dicter. En effet, pour décider si elle doit épandre ou non des pesticides, la municipalité doit encore déterminer selon quels critères devraient être tranchés les conflits rendus inévitables par suite de l'impossibilité, en pratique, d'éliminer à la fois le risque associé au virus du Nil et le risque lié à l'usage de pesticides. Comme le dit si bien Olivier Godard, « le nouveau principe libère la capacité de l'action publique à se saisir de façon précoce de risques dont l'existence même est sujette à caution d'un point de vue scientifique. Mais en rendant l'action possible sans dire ce qu'elle doit être de façon substantielle, il renvoie la société à elle-même, c'est-à-dire à son organisation et aux procédures qu'elle doit mettre en place pour concourir

au mieux à la formation d'un jugement éclairé sur les mesures appropriées. »<sup>55</sup> Et en l'espèce, des procédures, bien qu'imparfaites, existaient pour permettre de trouver une solution appropriée à la crise.

## CONCLUSION

Par son imprécision, son manque d'uniformité et son statut indéfini, le principe de précaution pose un défi aux cours de justice et aux autorités publiques qui, en dépit de son potentiel, lui ont réservé, jusqu'à présent, un accueil plutôt timide en droit administratif canadien. On pourrait prétendre que le principe de précaution n'est pas plus vague ou informe que d'autres principes légaux, tels les principes de justice naturelle. La comparaison ne tient toutefois pas car le principe de précaution est un principe en émergence alors que les principes de justice naturelle, appliqués par les cours de justice depuis des centaines d'années, font maintenant partie de notre droit positif. En conséquence, leur statut, leur nature, leur portée et les nuances relatives à leur application ont été progressivement établis.

Avec le temps et l'amorce d'un dialogue entre les cours et le législateur, on pourra mieux évaluer si, et dans quelle mesure, l'inclusion du principe de précaution dans les textes législatifs ou réglementaires aura permis d'enrichir la substance du droit administratif et de favoriser la participation citoyenne. Au Québec, notamment, il sera intéressant de voir comment et

54. SCOTT, *ibid.*

55. GODARD, *supra*, note 29.

dans quelle mesure les 150 ministères et organismes visés par la *Loi sur le développement durable* entendent mettre en œuvre le principe de précaution qui figure parmi les principes directeurs énoncés dans cette loi<sup>56</sup>. Il conviendra de plus de s'interroger sur l'impact positif que pourrait avoir cette loi-cadre pour

légitimer le principe de précaution et ainsi faciliter son intégration comme élément du contrôle de légalité<sup>57</sup>. Car au-delà du problème de technique juridique, il s'agit aussi d'un problème de politique sociale qui appelle une collaboration de tous les acteurs sociaux et auquel il est pressant de s'intéresser.

---

56. Voir *Loi sur le développement durable*, *supra*, note 15, art. 1 précisant que cette loi s'applique à l'« administration », laquelle est définie à l'article 3 de façon à inclure « le gouvernement, le Conseil exécutif, le Conseil du trésor, les ministères, de même que les organismes du gouvernement et les entreprises du gouvernement visés par la *Loi sur le vérificateur général* ».

57. On notera de plus que l'article 19 de cette loi omnibus a pour effet de modifier la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 par l'ajout de l'article 46.1 prévoyant le droit à un environnement « sain et respectueux de la biodiversité ». Ce droit peut toutefois être limité par la loi.



## DROIT DE L'ARBITRAGE COMMERCIAL

Babak BARIN\*

### Pathological arbitration clauses and Humpty Dumpty : Can “neither more nor less” mean so many different things?

In Lewis Carroll's *Through the Looking Glass*, in rather a bitter tone, the anthropomorphized egg, Humpty Dumpty, says to Alice: “When I use a word... it means just what I choose it to mean – neither more nor less.” Should this aphorism not hold true when the highest court in this country speaks?

In July 2005, a unanimous decision of the Supreme Court of Canada<sup>1</sup> held:

Whether the jurisdiction of [...] Quebec authorities is ousted in a specific case will be decided on the basis of the *wording of the jurisdiction clause* adopted by the parties [...] The clause must be *mandatory and must clearly and precisely confer exclusive jurisdiction* on the foreign authority [...] There must also be *a meeting of minds* between the parties; otherwise the clause is invalid [...] [Emphasis added]

In *GreCon*, a German manufacturer's failure to deliver certain equipment to a Quebec sup-

plier caused the partial non-performance of the supplier's obligations to a customer operating a business in Quebec. The customer initiated an action in damages against the supplier in the Quebec Superior Court. The supplier based its claim in warranty. The German manufacturer moved to dismiss the action on the basis of a choice of forum clause in the contract according to which the German court had jurisdiction. The Supreme Court of Canada allowed the appeal of the German manufacturer and dismissed the action in warranty of the supplier based principally on “the recognition of the primacy of the autonomy of the parties.”

*GreCon* did not reach the Supreme Court as an international arbitration case, the dispute rather concerned a forum selection clause. Given the opportunity, however, the Supreme Court decided to turn it into an arbitration case and interpret Article 940.1 of the Quebec *Code of Civil Procedure* (“C.C.P.”)

\* *Barrister & Solicitor*; Co-Head of Dispute Resolution at BCF LLP in Montreal. Admitted to practice law in Quebec, Ontario, Alberta and England & Wales. The author was a Senior Legal Advisor and Team Leader at the Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland. The Tribunal had offices in Geneva and Zurich. The views expressed in this publication are those of the author only and not BCF LLP. Nothing expressed in this publication should be considered as legal advice.

1. *GreCon Dimter Inc. v. J.R. Normand Inc.* (“*GreCon*”) [2005] 2 S.C.R. 401 at 417.

(which is the equivalent of Article 8(1) of the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* [**Model Law**] or Article II (3) of the *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* [**New York Convention**],<sup>2</sup> even though it was never asked by the parties to do so. Article 940.1 *C.C.P.* states:

Where an action is brought regarding a dispute in a matter on which the parties have an arbitration agreement, the court shall refer them to arbitration on the application of either of them unless the case has been inscribed on the roll or it finds the agreement null. The arbitration proceedings may nevertheless be commenced or pursued and an award made at any time while the case is pending before the court.

In *GreCon*, the Supreme Court after meticulously examining the meaning and scope of the autonomy principle discussed by it, identified certain limits concerning its application.<sup>3</sup> Among the limits articulated is the wording of the arbitration or choice of forum clause. In order to oust the jurisdiction of Quebec authorities the Court stated, the arbitration or choice of forum clause must be mandatory, it must clearly and precisely confer *exclusive* jurisdiction on the foreign

authority and there must be a meeting of minds. A natural question for a reader perusing the Supreme Court's dictum is: A meeting of minds on exactly what, the exclusive jurisdiction of the foreign authority? And what if the attribution of the exclusive jurisdiction is somewhat qualified like in almost all sensible modern arbitration clauses or agreements?

The fact that the criterion set-out by the Supreme Court is cumulative is undeniable. What is debatable is the mandatory nature of the arbitration clause, its clear and precise conferring of exclusive jurisdiction to a foreign authority and whether or not in fact there was a true meeting of minds (regarding exclusive jurisdiction and its limits and perhaps other things) between the parties. Of the three criteria mentioned, the one that will no doubt give rise to most controversy will be the last. It is also this last criterion that demonstrates why international arbitration ought to be considered as a specialty and not just another form of civil litigation.

Consider, by way of example, the following pathological<sup>4</sup> arbitration clause which became the focus of a recent Quebec Superior Court decision.<sup>5</sup>

---

2. Note that the author has intentionally decided not to refer to the recent Supreme Court of Canada decision *Dell Computer Corporation v. Union des consommateurs* 2007 SCC 34. That decision will be the subject of Issue 2 of a future article.

3. *GreCon*, *supra*, note 1, at 416-417.

4. The term pathological is often used to describe an arbitration agreement which is difficult to give effect to by the parties, arbitral tribunals and/or state courts.

5. *Ekinçiler Demir Ve Celik San a.s. v. Bank of New York*, (4 April 2007), Quebec 200-17-008113-078, J.E. 2007-1037 (C.S.) (*Ekinçiler*). The decision was not appealed to the Quebec Court of Appeal.

## ARBITRATION:

All disputes arising in connection with this contract *shall exclusively* be settled by arbitration in Zurich in accordance with the arbitration rules applicable.

The arbitration tribunal shall consist of three arbitrators. The proceedings to be held in English and shall be governed by the laws of Switzerland.

The party demanding arbitration shall notify the other party by registered letter. Both parties shall within 30 days following receipt of such notice, appoint their arbitrator and notify the other party of such appointment by registered letter. Within further 30 days, the two arbitrators shall appoint a third arbitrator who shall act as chairman.

Any arbitrator not appointed as above shall be appointed on request of either party by the *Zurich Cantonal Arbitration Association* in Zurich/Switzerland. [Emphasis added]

The clause was agreed to as part of a Supply Agreement concluded on 25 January 2007 between a Turkish steel company, Ekinciler Demir Ve Celik San, a.s. [*Demir*], and a Connecticut based company, U.S. Ferrous Trading Division – Tube Division – Tube City IMS [*Tube*]. Neither *Demir* nor *Tube* had a place of business in Quebec. The only connection to Quebec and Canada was that delivery of part of the goods was to take place in the ports of Quebec and St. John, New Brunswick.

On or about 27 March 2007, a “conformity of goods delivered” dispute arose between the parties (*Demir* discovered that a portion of

the goods, as indicated in the Supply Agreement and then located in the port of Quebec City, did not correspond to the requirements and specifications setout in the Agreement) and in the context of that dispute, *Demir* applied to the Quebec Superior Court for provisional measures – an order of interlocutory injunction – against *Tube* and the Bank of New York, which had confirmed the irrevocable letter of credit issued by the Economy Bank of N.V. of The Netherlands to satisfy the balance of purchase price due on delivery. The Superior Court then asked itself the following question: “Does the Court, in the face of an arbitration clause that requires the place (or seat) of the arbitration to be in Zurich, Switzerland, have the competence to issue the requested injunction?”

After examining in detail the arbitration clause, the Notice of Arbitration issued by *Demir* in March of 2007 and the *ratio decidendi* of Lebel J.’s decision in *GreCon*, the Honorable Justice Catherine La Rosa concluded:

The clause does not contain any limitation, *Demir*, a Turkish company, and *Tube*, an American company, which do not have connecting factors with Quebec, have decided that if a litigation concerning the execution of the contract was to come about, they would exclusively resort to arbitration [...] in neutral grounds in Zurich, Switzerland. In this way, they have renounced to resort to Quebec authorities with respect to the execution of the contract including situations where provisional or conservatory measures may be needed [...] [*internal translation*]

For many, there may be nothing surprising about the statements made by the Superior Court in *Ekinçiler*. After all, the arbitration clause between *Demir* and *Tube* is quite explicit (as italicized, bolded, and underlined by the Court in its decision) about what *Demir* and *Tube* [the Parties] intended if there was to be a dispute between them in connection with the Supply Agreement: **“All disputes arising in connection with this contract shall exclusively be settled by arbitration in Zurich in accordance with the arbitration rules applicable.”**

The Superior Court’s decision also seems to, at first blush, respect the principle of the primacy of the autonomy of the parties set out in *GreCon* and it avoids the thorny issue as to whether on the basis of Article 940.4 and other provisions of the *C.C.P.* (Article 751, for example), only judges in Quebec can grant interim relief or provisional measures. The reader may find it of interest that in a recent decision, a single judge of the Quebec Court of Appeal refused to grant *Bennett Fleet* leave to appeal to that Court on an opaque issue which has long required clarification under Quebec law.<sup>6</sup>

Despite an arbitration clause which read: “The shareholders agree that any disagreement or dispute shall be submitted to an arbitrator pursuant to the provisions of the *Code of Civil Procedure*, at the exclusion of the courts” [*internal*

*translation*], *Acolam* lodged a Motion for interlocutory and permanent injunction before the Quebec Superior Court to enforce a non-competition clause in a unanimous shareholders agreement. *Bennett Fleet* responded by filing a Notice of Arbitration over that very same dispute and a sole arbitrator was chosen by the parties. The arbitrator ready to hear the dispute, *Bennett Fleet* moved to dismiss *Acolam*’s Motion for injunction. Relying on Article 940.4 *C.C.P.*, the Quebec Superior Court dismissed *Bennett Fleet*’s motion. Shortly thereafter, in a rather terse decision the Quebec Court of Appeal denied *Bennett Fleet* leave to appeal because:

*The Code of Civil Procedure*, to which [...] the arbitration clause refers, states that the Superior Court can, before or during the arbitration proceedings, grant provisional measures. Pursuant to the *Code of Civil Procedure*, and the will of the parties expressed in the arbitration agreement, therefore, the Superior Court has the competence to order an interlocutory injunction which is, without a doubt, a provisional measure.

In these circumstances, and pursuant to the Court of Appeal’s decision in *La Coopérative forestière Laferrière et al c. Les Placements Raoul Grenier Inc. et al*, AZ-03019195, I conclude that the Superior Court had to dismiss, as it did, the motion to dismiss, and in any event the petitioner did not submit any argument supporting the intervention of the Court. [*Internal translation*].

6. *Bennett Fleet (Québec) Inc. v. Acolam Inc.* (4 December 2006), Montréal, n° 500-09-017181-066 (C.A.).

With respect, in my view, both the Quebec Superior Court and the Quebec Court of Appeal erred in their decisions. In the face of a valid arbitration clause and the Supreme Court of Canada's recent decisions in *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) Inc.*<sup>7</sup> and *GreCon*, the Quebec Superior Court should have referred the matter to the arbitrator pursuant to Article 940.1 C.C.P. The requirements of Article 940.1 C.C.P. having been met, the presence of the word "may" in Article 940.4 C.C.P. (versus the mandatory "shall" in Article 940.1 C.C.P.) should have encouraged the Quebec Superior Court to leave the matter in the hands of the arbitrator unless there was a matter of urgency.

Regrettably, the Superior Court did not do so and a single judge of the Quebec Court of Appeal decided to go along with it,<sup>8</sup> leaving Article 940.4 C.C.P. again, deprived of an in-depth legal analysis. This is particularly disappointing because while the law of arbitration as it relates to interim and provisional measures continues to rapidly evolve in other parts of the world, the law in Quebec with respect to this important issue remains controversial and contrary to international trend.

Take for example the new Article 37 of the *International Arbitra-*

*tion Rules of the International Centre for Dispute Resolution [ICDR]* dealing with emergency measures of protection to be granted by a sole and emergency arbitrator where appropriate.<sup>9</sup> Article 37 of the *ICDR International Arbitration Rules* states that unless otherwise agreed to by the parties, "the provisions of [that] Article shall apply to arbitrations conducted under arbitration clauses or agreements (requiring the application of the *ICDR International Arbitration Rules*) entered on or after May 1, 2006."

Subparagraph 4 of Article 37 also states that the "emergency arbitrator shall have the power to order or award any interim or conservancy measure the emergency arbitrator deems necessary, including injunctive relief and measures for the protection or conservation of property. Any such measure may take the form of an award or of an order. The emergency arbitrator shall give reasons in either case. The emergency arbitrator may modify or vacate the interim award or order for good cause shown."

Two other important facts are worthy of mention about Article 37 of the *ICDR International Arbitration Rules*. First, the "emergency arbitrator shall have no further power to act after the tribunal is constituted and he or she "may not serve as a member of the tribunal

7. *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) Inc.*, [2003] 1 S.C.R. 178.

8. For a more detailed commentary on the above subject in general and an analysis of the Quebec Court of Appeal's decision in *Les Placements Raoul Grenier Inc. v. La Coopérative forestière Laferrrière* (13 November 2003), Quebec, n° 200-09-004100-027, J.E. 2003-2275 (C.A.), see Babak BARIN, "Provisional Remedies in domestic arbitrations: Time perhaps for a fresh look in Quebec?", (2004) 64 *R. du B.* 137.

9. For a more complete picture of the issues surrounding this type of measure, see the debate of the United Nations Commission on International Trade Law [*UNCITRAL*] at <[www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)>.

unless the parties agree otherwise.” Second, once the tribunal has been constituted, “the tribunal may reconsider, modify or vacate the interim award or order of emergency relief issued by the emergency arbitrator.” Whether or not the ability to seek emergency measures of protection in any given situation is good, bad or warranted is beyond the call of this paper. There are obviously many pros and cons that have to be carefully evaluated before parties agree to such measures in their arbitration clause or agreements. Each case will have to be examined on the basis of its own unique facts.

This said, there is, however, a certain persuadable beauty that in almost all arbitration-friendly jurisdictions around the world a provision such as the one found in Article 37 of the *ICDR International Arbitration Rules* will be enforceable. In all of those jurisdictions, including in Switzerland, unless otherwise agreed to by the parties, an arbitral tribunal may, “on the motion of one party, order provisional or conservatory measures.”<sup>10</sup> The same unfortunately cannot be said with any conviction

at this time about an arbitration seated in Quebec.<sup>11</sup>

On the basis of the preceding point and, in particular, in light of Article 183 of the *Swiss PIL Act*, which Act applies “if the seat of the arbitral tribunal is in Switzerland and if, at the time of the conclusion of the arbitration agreement, at least one of the parties had neither its domicile or its habitual residence in Switzerland,”<sup>12</sup> the soundness of the Superior Court’s conclusion in *Ekinciler* some may argue becomes even more apparent. As the arbitration clause between the Parties states, all disputes in connection with the Supply Agreement shall be exclusively settled by arbitration in Zurich in accordance with the arbitration rules applicable.

The problem for the experienced arbitration practitioner, however, is that the words “in Zurich in accordance with the arbitration rules applicable” can, as Alice cleverly replied to Humpty Dumpty “mean so many different things.” This is even more so when the arbitration clause agreed to by the Parties explicates that any “arbitrator

10. See Article 183 of the Swiss Federal Statute on Private International Law of December 18, 1987, RS 291 [*Swiss PIL Act*]. See generally Chapter 12 of said *Swiss PIL Act* which concerns International Arbitration.

11. As one source remarks, the absence of an arbitral tribunal’s power to grant interim or provisional measures “is usually a result of antique domestic legislation hearkening back to a time when the power to grant such measures was considered to be a prerogative of the national courts for public policy reasons.” See REDFERN & HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, 4th Edition, Thomson, 2004, at pages 333-334. In 1986, Canada was the first country in the world to enact legislation based on the *Model Law*. Very soon thereafter, in revising its *Code of Civil Procedure*, the Province of Quebec affirmed that it wished its Book VII, Title I relating to arbitrations to be inspired by that Law. This being the case, how can it be said that an arbitrator in an arbitration seated in Quebec does not have the power to grant interim or provisional measures?

12. *Swiss PIL Act*, *supra*, note 10, at art. 176.

not appointed [as specifically agreed to by the Parties in the arbitration clause] shall be appointed on request of either party by the *Zurich Cantonal Arbitration Association* in Zurich/Switzerland.” As the reader will note below, the consequences of these “different things” can be drastic.

To begin with, it is unclear from the arbitration clause entered into between *Demir* and *Tube* whether the Parties intended to opt for institutional or *ad hoc* arbitration. This is not the place to get into a debate about the advantages and disadvantages of institutional versus *ad hoc* arbitration. Much ink has been spilled over that issue and with a bit of effort, the reader can get to the bottom of any question he or she may have in that regard.<sup>13</sup> The combination of a grain of cynicism and poor drafting on the other hand lead one to think that the Parties could *not* have considered much less intended that their arbitration be governed by Chapter 12 of the *Swiss PIL Act*. Otherwise they would have explicitly said so. On the other hand, the combination of the words “in accordance with the arbitration rules applicable” and the submitting of their entire relationship to Swiss law in Switzerland militate for a contrary position – the application of Chapter 12 of the *Swiss PIL Act* which forms a part of that law.

Like in Quebec, the equivalent of Article 940 C.C.P., requires that the provisions of Chapter 12 of the *Swiss PIL Act* (where the seat of the arbitration is in Switzerland

and at the time of the conclusion of the arbitration agreement at least one of the parties had neither its domicile or habitual residence in Switzerland) apply in an international arbitration unless the parties have agreed in writing to exclude the application of the Act and rely upon instead on the cantonal provisions on arbitration. This was obviously not done in *Ekinciler*.

What may have tipped the balance and could have assisted the party looking for court assistance outside of Switzerland to argue that there was an express agreement or *meeting of minds* between the Parties for a competent court (in this case the Quebec Superior Court which is obviously a Quebec authority) to issue an injunction is the very important reference to the Zurich Cantonal Arbitration Association in Zurich, Switzerland. This would have been strategically important for two reasons.

First, there is no Zurich Cantonal Arbitration Association in either Zurich or elsewhere in Switzerland. Until 1 January 2004, six chambers of commerce and industry in Switzerland had their own rules of arbitration for the resolution of international commercial disputes. Among them was the Zurich Chamber of Commerce which had its own unique set of arbitration rules applicable to international disputes. What was in the past known as the Zurich Chamber of Commerce is the closest organization that the Parties *may* have intended to refer to in this case. A

---

13. B. BARIN *et al.*, *The Osler Guide to Commercial Arbitration in Canada*, The Hague, Kluwer Law International, 2006, at 26-27.

potentially convincing argument that could have been advanced is that the reference to the Zurich Cantonal Arbitration Association was in fact now a reference to the Swiss Arbitration Association.<sup>14</sup>

As the introduction to the new *Swiss Rules of International Arbitration* [**Swiss Rules**] promulgated by the Swiss Arbitration Association indicates, “in order to promote institutional arbitration in Switzerland and to harmonize the existing rules of arbitration, the Chambers of Commerce and Industry of Basel, Bern, Geneva, Ticino, Vaud and Zurich” adopted the *Swiss Rules*. These rules, which are essentially based on the *UNCITRAL Arbitration Rules* with certain modifications to adapt them to institutional arbitration and reflect modern practice and comparative law in the field of international arbitration, state in Article 1 that they “shall govern international arbitrations, where an agreement to arbitrate refers to these Rules, or to the arbitration rules of the Chambers of Commerce and Industry of [...] Zurich and any further Chamber of Commerce and Industry that may adhere to these Rules.” Article 1(3) of these rules also confirms that they came into force on January 1st, 2004 and, unless the parties have agreed otherwise, [they] shall apply to all arbitral proceedings in which the Notice of Arbitra-

tion is submitted on or after that date.

Most importantly, and under the heading “Interim Measures of Protection” Article 26 (3) of the *Swiss Rules* states:

#### INTERIM MEASURES OF PROTECTION

##### Article 26

1. At the request of either party, the arbitral tribunal may take any interim measures it deems necessary or appropriate.
2. Such interim measures may be established in the form of an interim award. The arbitral tribunal shall be entitled to order the provision of appropriate security.
3. A request for interim measures addressed by any party to a *judicial authority* shall not be deemed incompatible with the agreement to arbitrate, or as a waiver of that agreement. [Emphasis added]

Article 26 (3) of the *Swiss Rules*, which is identical to Article 26 (3) of the *UNCITRAL Arbitration Rules* and again very similar to Article 9 of the *Model Law*<sup>15</sup> indicates very clearly that a party can make an application to a competent court to seek from it interim measures. The ability of a competent state court to issue interim measures even in the face of a healthy (as opposed to pathological arbitra-

---

14. Note, however, that this argument could have faced an uphill battle if the other side argued that the reference to the Zurich Cantonal Arbitration Association was solely for the purpose of the organization acting as an appointing authority and nothing else.

15. Article 9 of the *Model Law* under the heading “Arbitration agreement and interim measures by court” states that: “It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure.”



tion clause referred to above) arbitration clause or agreement is trite. An arbitral tribunal, no matter how competent, can not issue an interim or provisional measure until it has itself been established.

As one source has quite aptly noted, “the point may seem so obvious as to be hardly worth mentioning. Yet it is important and frequently overlooked until a crisis arises. It takes time to establish an arbitral tribunal; and during that time, vital evidence or assets may disappear. National courts may be expected to deal with such urgent matters; an arbitral tribunal that is not yet in existence plainly cannot do so. Some rules have sought to address this lacuna.”<sup>16</sup> Another factor which is critical to the understanding of why the assistance of a competent state court may be necessary is that the powers of an arbitral tribunal are generally limited to the parties involved in the arbitration itself. The *Model Law*, [...] makes it plain that an arbitral tribunal may only “order any party to take such interim measures of protection as the arbitral tribunal may consider necessary [...]”. A third party order, for example, addressed to a bank holding deposits of a party would not be enforceable against the bank. It also raises particular problems in multi-contract, multi-party disputes.”<sup>17</sup>

The lacuna referred to above and existing under the *Swiss PIL Act* was obviously addressed by the *Swiss Rules*. Under the *Swiss PIL*

*Act* Article 183, unless the parties agree otherwise, a request for provisional or conservatory measures must first be addressed to the arbitral tribunal. If a party then fails to comply with the measure or measures ordered by the tribunal, the arbitral tribunal may request the assistance of a judge, who shall then apply his or her own law. There is thus a drastic difference between what a national court can do under Article 26 (3) of the *Swiss Rules* and Article 183 of the *Swiss PIL Act*.

Had *Demir*, as it certainly could have, taken the position in its Notice of Arbitration that the *Swiss Rules* ought to govern any arbitration proceeding between the Parties, and that by virtue of Article 26 (3) of these Rules, the Quebec Superior Court was a competent judicial authority capable of providing it with the injunction it requested against *Tube* and a third party to the Supply Agreement, the Bank of New York, could the Superior Court still have concluded that the Parties had “clearly and precisely conferred exclusive jurisdiction on the foreign authority” so as to deprive *Demir* of such an important right?

In light of the imprecise use of language in the arbitration clause between the Parties, could the Quebec Superior Court conclude, when it was specifically directed to investigate by the Supreme Court of Canada, that there was indeed a *meeting of minds* between *Demir*

16. REDFERN & HUNTER, *supra*, note 11, at 334.

17. *Ibid.*, p. 334-335. For a review and analysis of Canadian case law relating to multi-party disputes see: B. BARIN, “Non-signatories in International Arbitration: Some thoughts from Canada”, *ICCA 18th Congress*, June 2006.

and *Tube*? What about the relationship between *Demir* and the Bank of New York that was not governed by the arbitration clause?

The answer to the above questions at this juncture is no longer relevant, but for those who draft, litigate or enforce arbitration clauses, “it is important that the competent court should have the power to issue interim measures in support of the arbitral process. In situations of extreme urgency, where third parties need to be involved or where there is a strong possibility that a party will not voluntarily execute the tribunal’s

order, there may be little option but to identify the appropriate state court and make the application there. The measure requested may include the granting of injunctions to preserve status quo or to prevent the disappearance of assets, the taking of evidence from witnesses or the preservation of property or evidence.”<sup>18</sup> To be safe, a party or practitioner facing a delicate international arbitration question like the one in *Ekinciler* should seek appropriate advice so that “neither more nor less” and “so many different things” that Humpty Dumpty and Alice debated about can be adequately evaluated.

---

18. *Supra*, note 16 at 336.

# LISTE DES MÉMOIRES DE MAÎTRISE ET THÈSES DE DOCTORAT ACCEPTÉS EN 2006

## UNIVERSITÉ D'OTTAWA

### Thèses et mémoires approuvés en 2006

**N.B. :** Veuillez noter que les thèses de doctorat et de maîtrise sont disponibles pour consultation à la bibliothèque Brian Dickson située dans l'édifice de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa (Pavillon Fau-teux, 57, Louis-Pasteur).

#### Thèses de Doctorat

BOURASSA, Luce, Les modalités d'écoute de la parole de l'enfant en matière de garde.

BUCKINGHAM, Donald, Feeling the Squeeze ! National Food Labelling Legislation in a WTO World : Case Studies – France, Canada & Ghana/Ça coince ! La co-existence de la réglementation nationale de l'étiquetage alimentaire sous l'ombre de l'OMC : Cas d'études – France, Canada, Ghana.

**N.B. :** M. Buckingham a complété un programme de cotutelle au niveau du LL.D. avec l'Université d'Ottawa et l'Université de Montpellier I.

ROY, Ingrid, La reconnaissance du « droit de participation » des minorités à la « vie de l'État » : évolution du droit international et pratique des États.

ROY, Simon, La communication de la norme pénale et la légitimité de la peine.

#### Thèses de Maîtrise en droit (LL.M.)

GREENE, Jo-Ann Earla, Wikwemikong First Nation : Unceded Aboriginal Title To Manitoulin Island ?

HUANG, Yingliang, Reservations to Multilateral Human Rights Treaties.

LEWIS, Glennis, Protecting Canada's Natural Ecosystems from Invasive Alien Plant Species : Is Sub-National Weed control Legislation Up to the Task ?

NSANZABAGANWA, Richard, La législation canadienne et internationale en matière de drogue : Les difficultés du droit criminel appliqué aux illicites à double face.

### **Mémoires de Maîtrise en droit (LL.M.)**

**N.B.** : Veuillez noter que les mémoires ne sont pas disponibles pour consultation.

AUDET, Sylvain, L'évaluation utile de la valeur des brevets : la pièce manquante pour l'épanouissement des systèmes de brevets actuels.

AUER, Monica, The CRTC's Enforcement of Canada's Broadcast Legislation : Concern, Serious Concern and Grave Concern.

BARRIGAR, Jennifer, Is You Is Or Is You Ain't ? : Making PIPEDA's Rights Language Meaningful By Re-Viewing Social Value.

BIRCHALL, Charles, Water Source Protection in Ontario : International and Domestic Comparisons.

BROWN, Tenille, From Victoria to The Draft Declaration : A Reoccurring Argument for Substantive Aboriginal Land Title.

CRUISE, Shelley, Personal Responsibility for Health Care : Could it be the next step in the judiciary's willingness to succumb to the Charter's regressive tendencies ?

GAUTHIER, Irene, International and Domestic Implications – Should Canada Support or Not the Realization of a Right to Water at International Law as Set Out in General Comment No.15.

GUANABARA, Ana Karinny, Workplace Discrimination Through Internet and Emails.

HAYKAL-SATER, Mathilda, La surcriminalisation du droit électoral canadien en vertu de la *Loi électorale du Canada*.

HENRIE, Dominique, Le rôle de l'emploi dans le système canadien des marques de commerce.

INKSATER, Kimberly, Resolving Tensions between Indigenous Law and Human Rights Norms through Transformative Juricultural Pluralism.

KEIVER, Michael, Has the WTO Demoted the Precautionary Principle ?

LAI, Yi-Ching, Independent Directors : Theories and Empirical Studies.

MacGREGOR, Bruce, Canadian Military Boards of Inquiry in the Line of Fire of Procedural Fairness.

MAGRO, Mark, Transnational Harmonization of Merger Notification and Review Procedure.

MATHIEU, Melissa, The Question of Arming Canada's Border Services Officers : a Legal Analysis.

MAYNE, Aharon, Voice, Memory, Truth and Hope : The Jewish/Muslim Encounter in Islamic Law and Society.

MOSCHOPOULOS, Ourania, Shrimp-Turtle, Gambling and the Introduction of International Human Rights in the WTO.

NZOHABONAYO, Anaclet, Traitement National et Nation la Plus Favorisée : Deux Principes Clés dans la Protection de l'Investissement Étranger dans l'Espace ALENA.

OSAJDA, Konrad, One European Succession Law : Harmonizing the civil law and common law concepts relating to the appointment of successors.

PELLETIER, Julien, La résurrection des droits linguistiques pour les provinces de la Saskatchewan et de l'Alberta.

PINERO, Veronica, Modern Penal Rationality : The Cases of the Youth Criminal Justice Act.

WANG, Yi, Liberalization and Restructuring : Analysis of China's GATS Obligations and Commitments in the Banking Sector.

ZAGORSKA, Agnieszka, The "Truth" and the Pharmaceutical Industry : Pharmaceutical Companies Must be Held Liable for the Failure to Warn.

### **Mémoires de Maîtrise en droit avec concentration en droit et technologie**

**N.B. :** Veuillez noter que les mémoires ne sont pas disponibles pour consultation.

AL-SHARIEH, Saleh, Birth, Hibernation, and Renaissance : The Life Cycle of Balance under the Canadian Copyright Law.

ARKOWSKA, Kinga, Eat a Cake and Have a Cake – How to Keep the Benefit of the Use of Electronic Signatures Without Giving Up Personal Privacy.

- BELLEFEUILLE, Natalie, Tessling and the Quality of Information : A Potential Threat to the Protection of Privacy under the Charter.
- BERGERON-GUYARD, Sébastien, La provocation policière dans le cyberspace : le test de l'arrêt *Mack* mis à l'épreuve.
- CASALE, Andrew, Resolving Business to Consumer E-Commerce Disputes : Will ODR carry through ? Challenges and Issues Pertaining to the Enforcement of Dispute Resolutions Involving Extra-Jurisdictional Parties.
- CORREA PEREIRA, Karina, The Role of the State in the Collective Management of Copyright in Latin America.
- FINESTONE, Martin, Making it Personal : Bioveillance and Interferences with the Security of the Person.
- GARDNER BIGGS, Alison, The Broadcast Flag : Canadian Regulation and Protection of the Public Interest.
- LIU, Yang, What Can Work For .cn : A Comparative Study of Anti-Cybersquatting Legal Systems in North America and China.
- LUCOCK, Carole, Anonymity : A Strange Case of Identity Theft.
- MOREK, Rafal, Regulation of Online Dispute Resolution : Between Law and Technology.
- RODRIGUEZ DROUIN, Nelia, The Spyware Phenomenon : A Good Candidate for "Audited" Self-Regulation in Canada.
- SABA, Tracey, The Aggregation and Display of News Website Content on Another Website : Entitlement or Copyright Infringement ?
- SEIFERLING, Steven, Internet Regulation without Deputization : An Examination of the Current Internet Regulation Systems in Canada and China and an Argument Advocating the Creation of a Bordered Internet without Deputizing Private Actors.
- THOMPSON, Marcelo, Property Enforcement of Retrogressive Measure ? Copyright Reform in Canada and the Human Right of Access to Knowledge.
- TOMKOWICZ, Robert, Right of Exclusive Access : Using Copyright to Expand Patent Protection.
- VALIQUET, Dominique, Le Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) : l'arbitre pris entre deux feux.

## **Mémoires de maîtrise en droit avec concentration en common law et commerce international**

RICCIO, Stéphanie, La lutte des pays en voie de développement contre le VIH/SIDA : le rôle des États et des entreprises pharmaceutiques.

## **Mémoires de maîtrise en droit avec concentration en études des femmes**

LESNIEWSKI, Sarah, "We Can Do it ! The Feminist Rehabilitation of Equality".

RYLANDS, Karla, African-Canadian Women and the Battered Woman Syndrome.

## **UNIVERSITÉ LAVAL**

### **Maîtrise en droit avec mémoire**

BOURGAULT, Julie (LL.M.), L'impact juridique des nouvelles dispositions de la *Loi sur les normes du travail en matière de harcèlement psychologique* sur le régime légal préexistant.

BOURQUE, Dorothée-Anne (LL.M.), La divulgation de la preuve devant les tribunaux administratifs exerçant des fonctions juridictionnelles.

DESJARDINS, Tristan (LL.M.), Étude de la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine, une balise interprétative à géométrie variable s'appliquant aux infractions d'ordre moral prévues au Code criminel canadien.

DESMEULES, Charles (LL.M.), La réforme de la structure législative du droit des entreprises à participation étrangère en république populaire de Chine.

GARNEAU, Dominic (LL.M.), Le droit moral de l'auteur au Canada : superflu ? Perspective du droit civil québécois.

HAMELIN, Éric (LL.M.), Le contrôle arbitral du règlement d'entreprise en milieu de travail syndiqué au Québec.

HÉBERT, Philippe G. (LL.M.), Pour une interprétation renouvelée du critère de l'exécution des fonctions de l'article 1463 C.C.Q.

LAMPRON, Louis-Philippe (LL.M.), L'encadrement juridique de la publicité et de l'étiquetage écologiques : une voie vers la mise en œuvre du développement durable au Canada ?

PELLETIER, Marie-Louise (LL.M.), L'adaptation d'Hydro-Québec aux enjeux de l'intégration économique.

SOCQUÉ, Mathieu (LL.M.), Spécialisation des fonctions et expertise aux fins de l'application de l'approche pragmatique et fonctionnelle en matière de contrôle judiciaire de l'action gouvernementale.

### **Programme de doctorat en droit**

DALIR, Katayoon (LL.D.), Towards the Harmonized Interpretation of International Trade Law Texts : A New Approach to Discover Effective Methods.

DESCHÊNES, Michel (LL.D.), Les catastrophes naturelles et le droit. Étude comparée du droit français et du droit applicable au Québec en matière de protection contre les risques naturels majeurs : l'exemple de l'inondation.

GAGNÉ, Mathieu (LL.D.), L'État et la régulation des médicaments : un dialogue normatif.

PARENT, Geneviève (LL.D.), La contribution des accords de l'OMC à la sécurité alimentaire mondiale : l'exemple des produits agricoles issus des biotechnologies modernes.

QI, Xuefeng (LL.D.), La normalisation graduelle des rapports entre le droit chinois et le droit international public : aspects généraux et question d'intégration des normes internationales en matière d'investissements étrangers en Chine.

ROUX, Dominic (LL.D.), Le principe du droit au travail : juridicité, signification et normativité.

### **Maîtrise en droit avec essai**

BERNIER, Amélie (LL.M.), L'impact du recours en cas d'abus sur les conventions entre actionnaires.

BŒUFS, Géraldine (LL.M.), Les web radios, nouveau fléau pour l'industrie musicale ?

BRETON, Martin (LL.M.), L'entreprise familiale : préserver l'harmonie pour en assurer la survie.



- CARSTEA, Ana-Maria (LL.M.), Les rapports entre le droit des brevets et la protection des intérêts des malades atteints de HIV/SIDA.
- CASTEL, Maela (LL.M.), La traite des enfants à des fins sexuelles : la protection juridique internationale et européenne.
- COUTURE, Bruno (LL.M.), Les devoirs des assureurs et experts en sinistre à l'égard des assurés et des tierces parties.
- LE GOUILL, Jean-Noël (LL.M.), Le label biologique en Europe, un outil de régulation durable des marchés agro-alimentaires.
- LORANGER, Kim (LL.M.), La retransmission d'œuvres audiovisuelles sur Internet en droit canadien.
- MEKKI, Sabine (LL.M.), La participation publique dans le cadre des ententes volontaires prévues par la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*.
- SOTOUSEK, Julia (LL.M.), La gestion écosystémique intégrée des milieux marins – vers une coopération environnementale transfrontière en mer adriatique.
- VACHON, Louis-M. (LL.M.), Les droits relatifs au travail et leurs sanctions dans le projet d'accord de libre-échange des Amériques.

## UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

### **Grades de deuxième et troisième cycle en droit décernés par le Comité exécutif de l'Université de Montréal sur recommandation de la Faculté des Études supérieures**

#### **DOCTORAT (LL.D.)**

- GALLIÉ, Martin, L'Accord de Cotonou et les contradictions du droit international : L'intégration des règles de l'Organisation mondiale du commerce et des droits humains dans la coopération ACP-CE.
- GERVAIS, Marie-Claude, Conjoncture et historicité de l'accès de la norme à sa juridicité : les droits linguistiques au Canada.
- LABBE, Éric, Les équilibres juridiques à l'épreuve de la contrainte technique – Conflits et défis normatifs de la société de l'information.

LECLERC, Normand, La monnaie en droit : nature d'une abstraction outre fondée – Essai dialectique et logique sur la dualité dans la catégoricité juridique et sur l'abstraction d'hérédité monétaire.

MOYSE, Pierre-Emmanuel, Le droit de distribution électronique.

### **MAÎTRISE (LL.M.)**

ADIL, Hind, La responsabilité du transporteur maritime international des marchandises sous connaissance : causes d'exonérations et limitations légales.

AL-ATTRACH, Mohamad, Le sang : entre l'amour et l'argent.

AL-NADDAF, Hani, L'application de la notion d'entreprise entre le Code de commerce français et le *Code civil du Québec*.

BEAUDOIN, Marie-Hélène, L'âge, un motif autorisé de discrimination ? Étude critique des effets conjugués des articles 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* comme obstacles à la protection contre la discrimination fondée sur l'âge.

BIRON, Julie, La responsabilité de l'intermédiaire de marché et la protection du petit investisseur : à la recherche d'un certain équilibre.

BORGOGNON, Mélanie, La protection juridique des odeurs.

CHARRON-GEADAH, Nicolas, La corporation sert-elle bien ses stakeholders.

CÔTÉ, Geneviève, Les investissements étrangers directs en Chine ; vers un équilibre entre la protection des investisseurs et la protection du marché chinois.

COUSINEAU, Julie, Enjeux éthiques et légaux des applications du diagnostic préimplantatoire au Canada.

EL HAJJAMI, Mustapha, Le rôle de la bonne foi dans la nouvelle théorie générale de contrat.

EL KHOURY, Pierre, Le fair use et le fair dealing, étude de droit comparé.

FLORES, Alejandro, La compétence du tribunal arbitral dans l'arbitrage commercial.

JACQUES, François, L'égalité de traitement des actionnaires dans le cadre d'une offre publique d'achat : perspective québécoise.

- JANNELLE, Martin, Les enjeux du droit des sûretés grevant des valeurs mobilières indirectement détenues en Amérique du nord.
- JEAN-BAPTISTE, Gilbert, Les sociétés de personnes et la problématique de l'*intuitus personæ*, en France et au Québec.
- JOLICOEUR, Pénélope, Conséquences d'une redéfinition du concept de vie privée sur l'environnement informationnel propre aux étudiants fréquentant une institution d'enseignement...
- LAOUARI, Jeremy, La brevetabilité des logiciels.
- LÉTOURNEAU, Emmanuelle, Le comité de vérification et l'information financière : la réforme des autorités canadiennes en valeurs mobilières et la loi sarbanes-oxley sont-elles gages d'efficacité ?
- MANIRABONA, Amissi, La problématique du consentement à l'arbitrage multipartite au sein des groupements de sociétés.
- MC SWEEN, Anne-Marie, Les droits économiques dans l'environnement numérique : portrait de notions en mutation.
- MERLIER, Alix, Lutte contre la contrefaçon sur internet et protection des données personnelles : analyse comparée.
- MRABET, Zoubeir, Les obligations du franchiseur : étude du droit civil et du guide d'unidroit sur les accords internationaux de franchise principale.
- RAKOTONANAHARY, Salohy, La fraude et la dématérialisation du crédit documentaire.
- RICHARD, Thierry, L'application de la loi sur les valeurs mobilières du Québec aux produits dérivés de crédit.
- RIVARD-ROYER, Maude, Le meilleur intérêt de l'enfant, les tests de paternité et le droit civil québécois.
- SIMON, Julie, Le Peer-to-Peer et l'œuvre musicale vers la licence légale.
- ST-MARTIN, Frédéric, The right to health, the TRIPS Agreement and the public health safeguards supporting the universal access to essential medicines.
- TAGODOE, Amavi, Diffusion du droit et internet en Afrique de l'Ouest.

## UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

### Maîtrise en droit et politiques de la santé (LL.M.)

BRISSON, Sophie, L'évolution de l'obligation de soigner du médecin qui pratique la télémédecine.

ST-JEAN, Isabelle, L'accès des personnes âgées aux services de santé et le respect de leur dignité.

## UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

### Mémoires de Maîtrise en droit (LL.M.)

ALAOUI, Amina, Travail décent et mondialisation : éléments d'interdépendance.

ARAUJO SILVA, Juliana Silva, Les droits des travailleurs migrants dans le Mercosur.

BUTEAU, Caroline, Les défis posés par la conduite contemporaine des hostilités : étude de la notion d'objectif militaire en droit international humanitaire.

CLERJUSTE, Kerline, Protection sociale et juridique des enfants travailleurs en Haïti : le cas des *Restavek*.

DESCOTEAUX, Benoît, Les modèles d'analyse de risques politique : synthèse et regard critique.

LEBLANC, Bruno, Le Protocole de Kyoto et le marché du carbone : vers une fongibilité asymétrique à l'échelle internationale.

MONTERREY-DUARTE, Eli, La législation nationale du travail et les *maquila doras* au Nicaragua : un problème d'effectivité du droit.

ROY, Andrée, L'assujettissement des contrevenants mineurs à la procédure et aux peines applicables aux adultes.

UMURUNGI, Providence, L'obligation de coopération avec la Cour pénale internationale face à la question des immunités internationales.

## NOS DISPARUS EN 2006

<b>Nom</b>	<b>Prénom</b>	<b>Date inscription</b>	<b>Section</b>
Archambault	Alain	1975	Laval
Awada	Michael	1957	Montréal
Bédard	René	1964	Montréal
Bélanger	Bernard	1979	Montréal
Bélanger	Diane	1982	Montréal
Boivin	Charles J.	1973	Montréal
Breton	Sylvie	2003	Saint-François
Chayer	Louise	1975	Montréal
Chromecek	Milan	1987	Montréal
Cohen	Paul B.	1963	Montréal
Contreras	Rodrigo	2000	Montréal
Curran	Romanus J.	1950	Montréal
Delorme	Jean-Claude	1960	Montréal
Duchesne	Jocelyn	1992	Saguenay- Lac St-Jean
Duchesne	Michel H.	1961	Montréal
Durand	Roland	1958	Montréal
Even	François	1949	Montréal
Fournier	Daniel	1990	Montréal
Frankel	Irwin A.	1938	Montréal
Gagnon	Robert P.	1970	Montréal
Gareau	Richard N.	1961	Montréal
Gerbeau	Marcel	1970	Richelieu
Gosselin	Jean-Claude	1967	Laval
Guillemette	Linda	1988	Laval
Guimond	Claude	1966	Québec
Iuticone	E. Robert	1976	Montréal
Joly	André	1953	Laurentides- Lanaudière
Lacroix	Alain	1975	Québec
Lalonde	Jacques J.	1955	Montréal
Langis	Gabriel	1965	Montréal

<b>Nom</b>	<b>Prénom</b>	<b>Date inscription</b>	<b>Section</b>
Laroche	Daniel	1979	Montréal
Leduc	Pierre	1991	Laurentides- Lanaudière
Légaré	Jacquelin	1970	Saguenay- Lac St-Jean
Lippé	Paul	1972	Longueuil
Marcovitch	Arthur J.	1962	Montréal
Michaud	Pierre	1976	Côte-Nord
Pelletier	Marcel R.	1965	Hull
Périgny	Yves	1971	Laurentides- Lanaudière
Rakush	Catherine	1991	Montréal
Rivard	André	1993	Richelieu
Roberge	Gabriel	1941	Arthabaska
Saint-Denis	Jacques M.	1975	Montréal
Saint-Mleux	Claude	1973	Montréal
Sauvé	Pierre	1964	Montréal
Schnaiberg	Irwin	1969	Montréal
Selinger	Stanley L.	1966	Montréal
Smith	Melville W.	1949	Montréal
Soucy	Nicole	1995	Saint-François
Stein	Samuel	1936	Montréal
Tannage	Edward G.	1943	Montréal
Trahan	Marcel	1939	Montréal
Trempe	Louis	1943	Montréal
Vallée	Emilien	1963	Montréal

## INDEX DES AUTEURS

Note : Sous chaque entrée de l'index des auteurs vous trouverez les informations nécessaires pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*, que ce soit dans le numéro thématique hors série intitulé *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives* ou dans le tome régulier. Il s'agit du titre suivi, en caractères gras des pages. Les pages du numéro thématique hors série sont précédées des lettres NT.

ALLARD, France / *La Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code civil du Québec* : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d'« harmonie ambiguë », **NT 33-80**

BARIN, Babak / Pathological arbitration clauses and Humpty Dumpty : Can “neither more nor less” mean so many different things?, **415-424**

BOSSET, Pierre / Être nulle part et partout à la fois : réflexion sur la place des droits culturels dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, **NT 81-107**

BRUNELLE, Christian / La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne* : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale, **NT 143-174**

BUREAU, Marie-France et Jacques PAPY / L'orientation sexuelle et la *Charte des droits et libertés de la personne* : récit d'une trajectoire, **NT 109-141**

COMTOIS, Suzanne / L'émergence du principe de précaution en droit administratif canadien, **401-414**

DEBRUCHE, Anne-Françoise / La protection de la propriété par la *Charte des droits et libertés de la personne* : diable dans la bouteille ou simple peau de chagrin ?, **NT 175-216**

DUNBERRY, Éric et Christine LEBRUN / L'exception de litispendance au stade de la requête en autorisation d'exercer un recours collectif au Québec, **267-287**

GAGNON, Jean-Denis / Les droits de la personne dans un contexte de rapports collectifs de travail : compétence de l'arbitre et d'autres tribunaux : quand l'incertitude devient la règle, **1-46**

GAUDREAU-DESBIENS, Jean-François et Charles-Maxime PANACCIO / The asymmetrical distinctness of the *Charter of Human Rights and Freedoms* in the post-Chaoulli era, **NT 217-253**

GIROUX, Michelle / Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques : impact des droits fondamentaux sur le droit de la filiation, **NT 255-294**

GRAMMOND, Sébastien / Pour l'inclusion des droits des autochtones dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, **NT 295-319**

HUPPÉ, Luc / Rétrospective de l'affaire *Ruffo*, **121-180**

LALONDE, Louise / L'application de la *Charte des droits et libertés de la personne* dans le monde vécu, de la protection civiliste à la promotion des droits fondamentaux : réflexion sur le rapport entre la Charte et le monde vécu, **NT 321-350**

LAMARCHE, Lucie et Véronique LEBUIS / Ré/apprendre à décliner la *Charte des droits et libertés de la personne* au féminin : de nouveaux enjeux... et des besoins mal compris, **NT 351-397**

LESSARD, Jean-Olivier / Honneur, dignité et discipline dans les professions, **47-119**

MARTEL, Paul / Société en commandite : l'immixtion des commanditaires dans la gestion est-elle vraiment une source de responsabilité ?, **247-265**



NADEAU, Alain-Robert / *La Charte des droits et libertés de la personne* : origines, enjeux et perspectives : prolégomènes, **NT 1-32**

NADEAU, Denis / *La Charte des droits et libertés de la personne et le droit du travail au Québec* : naissance d'un « nouveau salarier » dans un droit en mutation, **NT 399-419**

PINARD, Danielle / Une malheureuse célébration de la *Charte des droits et libertés de la personne* par la Cour suprême du Canada : l'arrêt *Chaoulli*, **NT 421-453**

RACICOT, Marc-Aurèle / The open courts principle and the Internet : transparency of the judicial process promoted by the use of technology and a solution for a reasoned access to court records, **333-390**

RIVARD, Stéphane / Épilogue : numéro thématique de la Revue du Barreau en marge du 30<sup>e</sup> anniversaire de l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne*, **NT 525-527**

ROBITAILLE, David / Les droits économiques et sociaux dans les relations État-particuliers après trente ans d'interprétation : normes juridiques ou énoncés juridiques symboliques ?, **NT 455-493**

ROY, Simon et Julie VINCENT / La place du concept *de minimis non curat lex* en droit pénal canadien, **211-245**

SAMUEL, Julie, Richard ALEMDJRODO et Bartha M. KNOPPERS / Les droits de l'enfant et la thérapie génique : les enjeux éthiques et les particularités de l'article 21 du Code civil du Québec, **181-210**

VENNE, Michel / Les rendez-vous manqués entre la Charte des droits de la personne et les droits linguistiques au Québec, **NT 495-524**

VERGE, Pierre / « La Cour suprême, le <droit> à la négociation collective et le <droit> de grève », **391-400**

VERMEYS, Nicolas / Le poids des virgules : étude sur l'impact des erreurs matérielles en droit des contrats, **291-332**



## INDEX ANALYTIQUE

Note : Sous chaque entrée de l'index analytique vous trouverez les informations nécessaires pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*, que ce soit dans le numéro thématique hors série intitulé *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives* ou dans le tome régulier. Il s'agit du titre suivi, en caractères gras, des pages. Les pages du numéro thématique hors série sont précédées des lettres NT.

### ACCÈS À L'INFORMATION

The open courts principle and the Internet : transparency of the judicial process promoted by the use of technology and a solution for a reasoned access to court records, **333-390**

### ACTE DÉROGATOIRE À L'HONNEUR ET À LA DIGNITÉ DE LA PROFESSION

Honneur, dignité et discipline dans les professions, **47-119**

### ADOPTION

Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques : impact des droits fondamentaux sur le droit de la filiation, **NT 255-294**

### ADOPTION INTERNATIONALE

Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques : impact des droits fondamentaux sur le droit de la filiation, **NT 255-294**

### ARBITRAGE COMMERCIAL, ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

Pathological arbitration clauses and Humpty Dumpty : Can "neither more nor less" mean so many different things?, **415-424**

## **ARBITRE – COMPÉTENCE**

Les droits de la personne dans un contexte de rapports collectifs de travail : compétence de l'arbitre et d'autres tribunaux : quand l'incertitude devient la règle, **1-46**

## **ARCHIVES JUDICIAIRES**

The open courts principle and the Internet : transparency of the judicial process promoted by the use of technology and a solution for a reasoned access to court records, **333-390**

## **ASSURANCE MÉDICALE**

Une malheureuse célébration de la *Charte des droits et libertés de la personne* par la Cour suprême du Canada : l'arrêt *Chaoulli*, **NT 421-453**

## **AUTOCHTONE**

Pour l'inclusion des droits des autochtones dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, **NT 295-319**

## **BARREAU DU QUÉBEC**

Épilogue : numéro thématique de la Revue du Barreau en marge du 30e anniversaire de l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne*, **NT 525-527**

## **CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS**

La protection de la propriété par la *Charte des droits et libertés de la personne* : diable dans la bouteille ou simple peau de chagrin ?, **NT 175-216**

## **CHARTE DE LA LANGUE FRANÇAISE**

Les rendez-vous manqués entre la Charte des droits de la personne et les droits linguistiques au Québec, **NT 495-524**

## **CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE**

Annexe II : *Charte des droits et libertés de la personne* : rapport sur un projet de loi concernant les droits et libertés de la personne : projet Crépeau-Scott (25 juillet 1971), **NT 571-601**

Annexe III : La Cour suprême du Canada et la Charte des droits et libertés de la personne : décisions de la Cour suprême du Canada dans lesquelles la *Charte des droits et libertés de la personne* a été considérée (O) ou appliquée (Ø) : [1976-2006], **NT 603-609**

La *Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code civil du Québec* : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d'« harmonie ambiguë », **NT 33-80**

La *Charte des droits et libertés de la personne* et le droit du travail au Québec : naissance d'un « nouveau salarié » dans un droit en mutation, **NT 399-419**

La *Charte des droits et libertés de la personne* : origines, enjeux et perspectives : prolégomènes, **NT 1-32**

Épilogue : numéro thématique de la Revue du Barreau en marge du 30<sup>e</sup> anniversaire de l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne*, **NT 525-527**

Être nulle part et partout à la fois : réflexion sur la place des droits culturels dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, **NT 81-107**

## **CLAUSE COMPROMISSOIRE**

Pathological arbitration clauses and Humpty Dumpty : Can “neither more nor less” mean so many different things?, **415-424**

## **CODE CIVIL**

La *Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code civil du Québec* : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d'« harmonie ambiguë », **NT 33-80**

## **COMMISSION LAROSE**

Les rendez-vous manqués entre la Charte des droits de la personne et les droits linguistiques au Québec, **NT 495-524**

## **COMMANDITAIRE**

Société en commandite : l'immixtion des commanditaires dans la gestion est-elle vraiment une source de responsabilité ?, **247-265**

## **COMPAGNIE ET SOCIÉTÉ – COMMANDITAIRE**

Société en commandite : l'immixtion des commanditaires dans la gestion est-elle vraiment une source de responsabilité ?, **247-265**

## **COMPÉTENCE FÉDÉRALE**

Pour l'inclusion des droits des autochtones dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, **NT 295-319**

## **COMPÉTENCE PROVINCIALE**

Pour l'inclusion des droits des autochtones dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, **NT 295-319**

## **CONSEIL DE LA MAGISTRATURE DU QUÉBEC**

Rétrospective de l'affaire *Ruffo*, **121-180**

## **CONTRAT**

Pathological arbitration clauses and Humpty Dumpty : Can “neither more nor less” mean so many different things?, **415-424**

Le poids des virgules : étude sur l'impact des erreurs matérielles en droit des contrats, **291-332**

## **CONVENTION COLLECTIVE**

Les droits de la personne dans un contexte de rapports collectifs de travail : compétence de l'arbitre et d'autres tribunaux : quand l'incertitude devient la règle, **1-46**

## **COUR D'APPEL DU QUÉBEC – JUGE**

Rétrospective de l'affaire *Ruffo*, **121-180**

## **COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME**

La protection de la propriété par la *Charte des droits et libertés de la personne* : diable dans la bouteille ou simple peau de chagrin ?, **NT 175-216**

## **COUR SUPRÊME DU CANADA**

Annexe III : La Cour suprême du Canada et la Charte des droits et libertés de la personne : décisions de la Cour suprême du Canada dans lesquelles la *Charte des droits et libertés de la personne* a été considérée (O) ou appliquée (Ø) : [1976-2006], **NT 603-609**

Les droits de la personne dans un contexte de rapports collectifs de travail : compétence de l'arbitre et d'autres tribunaux : quand l'incertitude devient la règle, **1-46**

Les droits économiques et sociaux dans les relations État-particuliers après trente ans d'interprétation : normes juridiques ou énoncés juridiques symboliques ?, **NT 455-493**

Une malheureuse célébration de la *Charte des droits et libertés de la personne* par la Cour suprême du Canada : l'arrêt *Chaoulli*, **NT 421-453**

## **DÉONTOLOGIE – JUGE**

Rétrospective de l'affaire *Ruffo*, **121-180**

## **DIGNITÉ HUMAINE**

The asymmetrical distinctness of the *Charter of Human Rights and Freedoms* in the post-*Chaoulli* era, **NT 217-253**

La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne* : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale, **NT 143-174**

## **DISCIPLINE – JUGE**

Rétrospective de l'affaire *Ruffo*, **121-180**

## **DISCIPLINE – PROFESSIONNEL**

Honneur, dignité et discipline dans les professions, **47-119**

## DISCRIMINATION

The asymmetrical distinctness of the *Charter of Human Rights and Freedoms* in the post-Chaoulli era, **NT 217-253**

Les droits de la personne dans un contexte de rapports collectifs de travail : compétence de l'arbitre et d'autres tribunaux : quand l'incertitude devient la règle, **1-46**

L'orientation sexuelle et la *Charte des droits et libertés de la personne* : récit d'une trajectoire, **NT 109-141**

Pour l'inclusion des droits des autochtones dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, **NT 295-319**

Ré/apprendre à décliner la *Charte des droits et libertés de la personne* au féminin : de nouveaux enjeux... et des besoins mal compris, **NT 351-397**

## DOMMAGES ET INTÉRÊTS

La protection de la propriété par la *Charte des droits et libertés de la personne* : diable dans la bouteille ou simple peau de chagrin ?, **NT 175-216**

## DOSSIER JUDICIAIRE

The open courts principle and the Internet : transparency of the judicial process promoted by the use of technology and a solution for a reasoned access to court records, **333-390**

## DROIT ADMINISTRATIF

L'émergence du principe de précaution en droit administratif canadien, **401-414**

## DROIT À LA VIE PRIVÉE

The open courts principle and the Internet : transparency of the judicial process promoted by the use of technology and a solution for a reasoned access to court records, **333-390**



## **DROIT À L'ÉGALITÉ**

Ré/apprendre à décliner la *Charte des droits et libertés de la personne* au féminin : de nouveaux enjeux... et des besoins mal compris, **NT 351-397**

## **DROIT À L'IMAGE**

La protection de la propriété par la *Charte des droits et libertés de la personne* : diable dans la bouteille ou simple peau de chagrin ?, **NT 175-216**

## **DROIT À LA SANTÉ**

Une malheureuse célébration de la *Charte des droits et libertés de la personne* par la Cour suprême du Canada : l'arrêt *Chaoulli*, **NT 421-453**

## **DROIT DE PROPRIÉTÉ**

La protection de la propriété par la *Charte des droits et libertés de la personne* : diable dans la bouteille ou simple peau de chagrin ?, **NT 175-216**

## **DROIT INTERNATIONAL**

L'émergence du principe de précaution en droit administratif canadien, **401-414**

## **DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE**

Les droits économiques et sociaux dans les relations État-particuliers après trente ans d'interprétation : normes juridiques ou énoncés juridiques symboliques ?, **NT 455-493**

## **DROIT PÉNAL**

La place du concept *de minimis non curat lex* en droit pénal canadien, **211-245**

## **DROIT SOCIAL**

Les droits économiques et sociaux dans les relations État-particuliers après trente ans d'interprétation : normes juridiques ou énoncés juridiques symboliques ?, **NT 455-493**

## DROITS ET LIBERTÉS

Annexe II : *Charte des droits et libertés de la personne* : rapport sur un projet de loi concernant les droits et libertés de la personne : projet Crépeau-Scott (25 juillet 1971), **NT 571-601**

Annexe III : La Cour suprême du Canada et la *Charte des droits et libertés de la personne* : décisions de la Cour suprême du Canada dans lesquelles la *Charte des droits et libertés de la personne* a été considérée (O) ou appliquée (Ø) : [1976-2006], **NT 603-609**

L'application de la *Charte des droits et libertés de la personne* dans le monde vécu, de la protection civiliste à la promotion des droits fondamentaux : réflexion sur le rapport entre la Charte et le monde vécu, **NT 321-350**

The asymmetrical distinctness of the *Charter of Human Rights and Freedoms* in the post-Chaoulli era, **NT 217-253**

La *Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code civil du Québec* : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d'« harmonie ambiguë », **NT 33-80**

La *Charte des droits et libertés de la personne* et le droit du travail au Québec : naissance d'un « nouveau salarié » dans un droit en mutation, **NT 399-419**

La *Charte des droits et libertés de la personne* : origines, enjeux et perspectives : prolégomènes, **NT 1-32**

Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques : impact des droits fondamentaux sur le droit de la filiation, **NT 255-294**

Les droits de la personne dans un contexte de rapports collectifs de travail : compétence de l'arbitre et d'autres tribunaux : quand l'incertitude devient la règle, **1-46**

Les droits économiques et sociaux dans les relations État-particuliers après trente ans d'interprétation : normes juridiques ou énoncés juridiques symboliques ?, **NT 455-493**

Épilogue : numéro thématique de la Revue du Barreau en marge du 30<sup>e</sup> anniversaire de l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne*, **NT 525-527**

Être nulle part et partout à la fois : réflexion sur la place des droits culturels dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, **NT 81-107**

Une malheureuse célébration de la *Charte des droits et libertés de la personne* par la Cour suprême du Canada : l'arrêt *Chaoulli*, **NT 421-453**

Ré/apprendre à décliner la *Charte des droits et libertés de la personne* au féminin : de nouveaux enjeux... et des besoins mal compris, **NT 351-397**

## **DROITS ET LIBERTÉS – DIGNITÉ HUMAINE**

The asymmetrical distinctness of the *Charter of Human Rights and Freedoms* in the post-*Chaoulli* era, **NT 217-253**

La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne* : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale, **NT 143-174**

## **ÉCONOMIE**

Les droits économiques et sociaux dans les relations État-particuliers après trente ans d'interprétation : normes juridiques ou énoncés juridiques symboliques ?, **NT 455-493**

## **ENFANT**

Les droits de l'enfant et la thérapie génique : les enjeux éthiques et les particularités de l'article 21 du *Code civil du Québec*, **181-210**

## **ENFANT – MALADIE DÉGÉNÉRATIVE, MALADIE HÉRÉDITAIRE**

Les droits de l'enfant et la thérapie génique : les enjeux éthiques et les particularités de l'article 21 du *Code civil du Québec*, **181-210**

## **ENVIRONNEMENT**

L'émergence du principe de précaution en droit administratif canadien, **401-414**

## **ÉQUITÉ SALARIALE**

Ré/apprendre à décliner la *Charte des droits et libertés de la personne* au féminin : de nouveaux enjeux... et des besoins mal compris, **NT 351-397**

## **ERREUR MATÉRIELLE (NOTION)**

Le poids des virgules : étude sur l'impact des erreurs matérielles en droit des contrats, **291-332**

## **FEMME – CONDITION ÉCONOMIQUE ET SOCIALE**

Ré/apprendre à décliner la *Charte des droits et libertés de la personne* au féminin : de nouveaux enjeux... et des besoins mal compris, **NT 351-397**

## **FILIATION**

Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques : impact des droits fondamentaux sur le droit de la filiation, **NT 255-294**

## **FRANÇAIS (LANGUE)**

Les rendez-vous manqués entre la Charte des droits de la personne et les droits linguistiques au Québec, **NT 495-524**

## **GÉNÉTIQUE**

Les droits de l'enfant et la thérapie génique : les enjeux éthiques et les particularités de l'article 21 du *Code civil du Québec*, **181-210**

## **GRÈVE ET LOCK-OUT**

« La Cour suprême, le <droit> à la négociation collective et le <droit> de grève », **391-400**

## **HARCÈLEMENT SEXUEL**

Ré/apprendre à décliner la *Charte des droits et libertés de la personne* au féminin : de nouveaux enjeux... et des besoins mal compris, **NT 351-397**

## **INFORMATION CONFIDENTIELLE**

The open courts principle and the Internet : transparency of the judicial process promoted by the use of technology and a solution for a reasoned access to court records, **333-390**

## **INFORMATION JURIDIQUE ÉLECTRONIQUE**

The open courts principle and the Internet : transparency of the judicial process promoted by the use of technology and a solution for a reasoned access to court records, **333-390**

## **INTÉRÊT DE L'ENFANT**

Les droits de l'enfant et la thérapie génique : les enjeux éthiques et les particularités de l'article 21 du *Code civil du Québec*, **181-210**

## **JUGE - DÉMISSION, DESTITUTION**

Rétrospective de l'affaire *Ruffo*, **121-180**

## **LANGUE - POLITIQUE GOUVERNEMENTALE**

Les rendez-vous manqués entre la Charte des droits de la personne et les droits linguistiques au Québec, **NT 495-524**

## **LANGUE OFFICIELLE**

Les rendez-vous manqués entre la Charte des droits de la personne et les droits linguistiques au Québec, **NT 495-524**

## **LIBERTÉ D'ASSOCIATION**

« La Cour suprême, le <droit> à la négociation collective et le <droit> de grève », **391-400**

## **LIBERTÉ D'INFORMATION**

The open courts principle and the Internet : transparency of the judicial process promoted by the use of technology and a solution for a reasoned access to court records, **333-390**

## **LITISPENDANCE**

L'exception de litispendance au stade de la requête en autorisation d'exercer un recours collectif au Québec, **267-287**

## **MINORITÉ**

Pour l'inclusion des droits des autochtones dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, **NT 295-319**

## **NÉGOCIATION COLLECTIVE**

« La Cour suprême, le <droit> à la négociation collective et le <droit> de grève », **391-400**

## **PLAINTE CONTRE UN JUGE – RUFFO, ANDRÉE**

Rétrospective de l'affaire *Ruffo*, **121-180**

## **PREUVE**

Le poids des virgules : étude sur l'impact des erreurs matérielles en droit des contrats, **291-332**

## **PRINCIPE DE PRÉCAUTION**

L'émergence du principe de précaution en droit administratif canadien, **401-414**

## **PROCÉDURE CIVILE**

L'exception de litispendance au stade de la requête en autorisation d'exercer un recours collectif au Québec, **267-287**

## **PROCRÉATION ASSISTÉE**

Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques : impact des droits fondamentaux sur le droit de la filiation, **NT 255-294**

## **PROFESSION**

Honneur, dignité et discipline dans les professions, **47-119**

## **RECOURS COLLECTIF**

L'exception de litispendance au stade de la requête en autorisation d'exercer un recours collectif au Québec, **267-287**

## **RÈGLE DE MINIMIS NON CURAT LEX**

La place du concept *de minimis non curat lex* en droit pénal canadien, **211-245**

## **RELATIONS DE TRAVAIL**

« La Cour suprême, le <droit> à la négociation collective et le <droit> de grève », **391-400**

## **RENSEIGNEMENT PERSONNEL – CONFIDENTIALITÉ**

The open courts principle and the Internet : transparency of the judicial process promoted by the use of technology and a solution for a reasoned access to court records, **333-390**

## **RESPONSABILITÉ CIVILE**

La protection de la propriété par la *Charte des droits et libertés de la personne* : diable dans la bouteille ou simple peau de chagrin ?, **NT 175-216**

## **SALARIÉ**

La *Charte des droits et libertés de la personne* et le droit du travail au Québec : naissance d'un « nouveau salarié » dans un droit en mutation, **NT 399-419**

## **SANTÉ**

Une malheureuse célébration de la *Charte des droits et libertés de la personne* par la Cour suprême du Canada : l'arrêt *Chaoulli*, **NT 421-453**

## **SOCIÉTÉ EN COMMANDITE**

Société en commandite : l'immixtion des commanditaires dans la gestion est-elle vraiment une source de responsabilité ?, **247-265**

## **SYSTÈME JUDICIAIRE – INFORMATISATION**

The open courts principle and the Internet : transparency of the judicial process promoted by the use of technology and a solution for a reasoned access to court records, **333-390**

## **THÉRAPIE GÉNIQUE**

Les droits de l'enfant et la thérapie génique : les enjeux éthiques et les particularités de l'article 21 du *Code civil du Québec*, **181-210**

## **TRAVAIL**

La *Charte des droits et libertés de la personne* et le droit du travail au Québec : naissance d'un « nouveau salarié » dans un droit en mutation, **NT 399-419**

Les droits de la personne dans un contexte de rapports collectifs de travail : compétence de l'arbitre et d'autres tribunaux : quand l'incertitude devient la règle, **1-46**

## **TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE – COMPÉTENCE**

Les droits de la personne dans un contexte de rapports collectifs de travail : compétence de l'arbitre et d'autres tribunaux : quand l'incertitude devient la règle, **1-46**

## **TRIBUNAL DU TRAVAIL – COMPÉTENCE**

Les droits de la personne dans un contexte de rapports collectifs de travail : compétence de l'arbitre et d'autres tribunaux : quand l'incertitude devient la règle, **1-46**

## **TRIBUNAL JUDICIAIRE – COMPÉTENCE INTERNATIONALE**

Pathological arbitration clauses and Humpty Dumpty : Can “neither more nor less” mean so many different things?, **415-424**



## TABLE DE LA JURISPRUDENCE COMMENTÉE

Note : Sous chaque entrée de la table de jurisprudence commentée, vous trouverez, en caractères gras, les pages pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau* que ce soit dans le numéro thématique hors série intitulé *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives* ou dans le tome régulier. Les pages du numéro thématique hors série sont précédées des lettres NT.

*114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40, **401-414**

*Bank of New York, Ekinciler Demir Ve Celik San, a.s. v.*, 2007 QCCS 1614, **415-424**

*Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, 2005 CSC 35, **NT 217-253**

*Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2000] R.J.Q. 786 (C.S.), **NT 421-453**

*Colombie-Britannique, Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c.*, 2007 CSC 27, **391-400**

*Conseil de la magistrature, Ruffo c.*, [1989] R.J.Q. 1943 (C.S.), **121-180**

*Conseil de la magistrature, Ruffo c.*, [1991] R.J.Q. 2206 (C.S.), **121-180**

*Conseil de la magistrature, Ruffo c.*, [1992] R.J.Q. 1796 (C.A.), **121-180**

*Conseil de la magistrature, Ruffo c.*, [1995] 4 R.C.S. 267, **121-180**

*Ekinciler Demir Ve Celik San, a.s. v. Bank of New York*, 2007 QCCS 1614, **415-424**

*Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84, **NT 455-493**

*GreCon Dimter Inc. c. J.R. Normand Inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401,  
2005 CSC 46, **415-424**

*Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining  
Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, **391-400**

*Hudson (Ville), 114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arro-  
sage) c.*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40, **401-414**

*J.R. Normand Inc., GreCon Dimter Inc. c.*, [2005] 2 R.C.S. 401,  
2005 CSC 46, **415-424**

*Parry Sound (District), Conseil d'administration des services  
sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S.  
157, 2003 CSC 42, **NT 399-419**

*Québec (Procureur général), Chaoulli c.*, [2005] 1 R.C.S. 791, 2005  
CSC 35, **NT 217-253**

*Québec (Procureur général), Chaoulli c.*, [2000] R.J.Q. 786 (C.S.),  
**NT 421-453**

*Québec (Procureur général), Gosselin c.*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002  
CSC 84, **NT 455-493**

*Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1989] R.J.Q. 1943 (C.S.),  
**121-180**

*Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1991] R.J.Q. 2206 (C.S.),  
**121-180**

*Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1992] R.J.Q. 1796 (C.A.),  
**121-180**

*Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267, **121-180**

*Ruffo (Re)*, [2006] R.J.Q. 26 (C.A.), **121-180**

*S.E.E.F.P.O., section locale 324, Parry Sound (District), Conseil  
d'administration des services sociaux c.*, [2003] 2 R.C.S. 157,  
2003 CSC 42, **NT 399-419**

# TABLE DE LA LÉGISLATION COMMENTÉE

Note : Sous chaque entrée de la table de la législation commentée, vous trouverez, en caractères gras, les pages pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau* que ce soit dans le numéro thématique hors série intitulé *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives* ou dans le tome régulier. Les pages du numéro thématique hors série sont précédées des lettres NT.

## CONSTITUTION

*Charte canadienne des droits et libertés* dans *Loi de 1982 sur le Canada*, (L.R.C. 1985, app. II, n° 44, annexe B, partie I), **NT 175-216, NT 217-253, NT 295-319, 1-46**

*Charte canadienne des droits et libertés* dans *Loi de 1982 sur le Canada*, (L.R.C. 1985, app. II, n° 44, annexe B, partie I), art. 2 d), **391-400**

*Charte canadienne des droits et libertés* dans *Loi de 1982 sur le Canada*, (L.R.C. 1985, app. II, n° 44, annexe B, partie I), art. 7 et 8, **NT 255-294**

## LÉGISLATION FÉDÉRALE

*Procréation assistée et la recherche connexe (Loi concernant la)*, (L.C. 2004, c. 2), art. 14, 15, 16, 17, 18 et 19, **NT 255-294**

## LÉGISLATION PROVINCIALE

*Barreau (Loi sur le)*, (L.R.Q., c. B-1), art. 107, **47-119**

*Charte de la langue française*, P.L. 1, (présentation), 2<sup>e</sup> session, 31<sup>e</sup> législature, (1977), **NT 495-524**

*Charte des droits et libertés de la personne*, (L.R.Q., c. C-12), **NT 1-32, NT 33-80, NT 81-107, NT 143-174, NT 255-294, NT 295-319, NT 321-350, NT 351-397, NT 399-419, NT 421-453, NT 455-493, NT 495-524, 1-46**

*Charte des droits et libertés de la personne*, (L.R.Q., c. C-12), art. 6, **NT 175-216**

*Charte des droits et libertés de la personne*, (L.R.Q., c. C-12),  
art. 10, **NT 109-141**

*Code civil du Québec*, (L.Q. 1991, c. 64), **NT 33-80, 181-210**

*Code civil du Québec*, (L.Q. 1991, c. 64), art. 1400, **291-332**

*Code de procédure civile*, (L.R.Q., c. C-25) art. 475, **291-332**

*Code de procédure civile*, (L.R.Q., c. C-25) art. 940, **415-424**

*Code des professions*, (L.R.Q., c. C-26), **47-119**

*Code des professions*, (L.R.Q., c. C-26), art. 59.2, **47-119**

*Langue officielle (Loi sur la)*, (L.Q., 1974, c. 6), **NT 495-524**

*Services de santé et les services sociaux (Loi sur les)*, (L.R.Q., c.  
S-4.2), **NT 421-453**

*Tribunaux judiciaires (Loi sur les)*, (L.R.Q., c. T-16), **121-180**

## **RÉGLEMENTATION PROVINCIALE**

*Code de déontologie de la magistrature*, (R.R.Q., c. T-16, r. 4.1),  
**121-180**

*Code de déontologie des avocats*, (R.R.Q., 1981, c. B-1, r.1), **47-119**

## **TRAITÉS ET CONVENTIONS INTERNATIONALES**

*Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés  
fondamentales*, ((1995) 213 R.T.N.U. 221), **NT 175-216**

*Convention relative aux droits de l'enfant*, (1992 R.T. Can. 3), **NT  
255-294**

Barreau  
du Québec



445, boulevard St-Laurent  
Montréal (Québec) H2Y 3T8  
514-954-3400 1 800 361-8495  
[www.barreau.qc.ca](http://www.barreau.qc.ca)