

IMPORTANT NOTICE:

This Publication Has Been Superseded

See the Most Current Publication at

<https://thesedonaconference.org/publication/The%20Sedona%20Canada%20Principles>



SEDONA CANADA

La Production des Documents Électroniques

Un projet de The Sedona Conference®
Groupe de travail n° 7 (GT7)

MAI 2007 VERSION PUBLIQUE POUR COMMENTAIRES

Tous droits réservés © 2007, The Sedona Conference®

*Les Séries Groupe de travail



LES PRINCIPES DE SEDONA CANADA

Les Principes de Sedona sur la production des documents électroniques

[Version publique pour commentaires]

Comités directeur et de rédaction:

L'honorable Colin Campbell, Cour supérieure de justice de l'Ontario, Ontario
Robert J. C. Deane, Borden Ladner Gervais s.r.l., Vancouver, Colombie-Britannique
Peg Duncan, Ministère de la justice, Ottawa, Ontario
David Gray, McCarthy Tetrault s.r.l., Montréal, Québec
L'honorable J.E. Scanlan, Supreme Court of Nova Scotia
Glenn Smith, Lenczner Slaght Royce Smith Griffin LLP, Toronto, Ontario
Susan B. Wortzman, Lerner LLP, Toronto, Ontario (Présidente)
John H. Jessen, Kirkland, WA, Conseiller technique

Tous droits réservés © 2007,
The Sedona Conference®

DEMANDES DE RÉIMPRESSION:

Prière d'adresser les demandes de réimpression ou d'information à ce sujet à
Richard Braman, Directeur de The Sedona Conference,
à tsc@sedona.net ou au 1-866-860-6600.

Les opinions exprimées dans la présente publication, à moins d'indication contraire, représentent les opinions que partagent tous les membres du Groupe de travail no 7 de The Sedona Conference («Sedona Canada»). Elles ne reflètent pas nécessairement les opinions des participants à titre personnel, ni de leurs employeurs, clients ou autres sociétés auxquelles appartiennent les participants et ne représentent pas nécessairement l'opinion officielle de The Sedona Conference.

wgsSM

Tous droits réservés © 2007,
The Sedona Conference®

Consulter www.thesedonaconference.org

Préface

Voici la première publication du Groupe de travail no 7 de The Sedona Conference® (« Sedona Canada »). Cette version publique pour commentaires porte sur la divulgation et la communication des informations sur support électronique dans le cadre des litiges civils au Canada. The Sedona Conference® est un groupe de réflexion sans but lucratif dont le siège social est situé à Sedona en Arizona qui s'intéresse à l'étude, ainsi qu'au développement raisonnable et équitable, des lois et des politiques en matière de litiges complexes, de lois antitrust et de droits de propriété intellectuelle. Ce groupe a créé les Working Group Series («WGSSM») afin de regrouper certains des avocats, conseillers, universitaires et juristes les plus réputés et de résoudre des problèmes d'actualité auxquels il faut apporter une solution rapide et qui exigent un progrès décisif en matière de lois et de politiques (consulter l'Annexe B afin d'en savoir davantage sur The Sedona Conference®, en général, et les WGSSM, en particulier). Les travaux des WGSSM sont d'abord publiés sous forme de projet et font l'objet d'une vaste diffusion aux fins d'analyse, de critiques et de commentaires. À la suite de cette période publique de commentaires, ce projet sera étudié et révisé, en tenant compte des commentaires reçus durant le processus d'évaluation par les pairs. The Sedona Conference® espère qu'à l'avenir les travaux de ses groupes deviendront des énoncés érudits en matière de lois et de politiques, en tenant compte de la forme actuelle de ces derniers et des améliorations nécessaires.

Le Groupe de travail no 7 (« Sedona Canada ») a été créé parce qu'il est de plus en plus reconnu que la communication des informations sur support électronique ne doit plus être perçue comme une particularité des litiges aux États-Unis ou comme un phénomène exceptionnel dans le cadre de litiges commerciaux complexes en Ontario et en Colombie-Britannique. Elle devient rapidement partie intégrante de tous les litiges civils au Canada, sans égard à l'importance des dossiers. Elle exige la compréhension universelle du Barreau canadien et une approche commune qui est proportionnelle et raisonnable eu égard aux différences locales en matière de règles et de pratiques. Nous espérons que les Principes et les Commentaires qui suivent faciliteront le travail des juges et des membres du Barreau lorsqu'ils se pencheront sur ce domaine hautement spécialisé où se rejoignent le domaine juridique et les technologies de l'information. Nous prévoyons que Sedona Canada profitera considérablement des commentaires formulés par le public.

Je tiens à remercier tous les membres du Groupe de travail pour leurs efforts, et plus particulièrement les membres du Comité directeur et du Comité de rédaction. Je veux également souligner que Sedona Canada a demandé et a obtenu beaucoup d'aide des membres du Groupe de travail no 1 de The Sedona Conference® aux États-Unis, qui ont initié une démarche semblable en octobre 2002 et ont publié la première version pour commentaires aux États-Unis des Principes de Sedona au mois de mars 2003. Cette publication et les éditions qui ont suivi ont été bien reçues par les tribunaux des États-Unis, en tant que documentation citée dans des opinions juridiques et apport important aux travaux d'amendement des Federal Rules of Civil Procedure en décembre 2006. Nous espérons que l'édition canadienne des Principes de Sedona constituera, de la même manière, une contribution positive en ce qui a trait au développement de la législation canadienne.

Afin de soumettre vos questions et commentaires, ou d'obtenir de plus amples renseignements sur The Sedona Conference®, ses conférences ou ses Groupes de Travail, veuillez consulter notre site Web: www.thesedonaconference.org, ou nous envoyer un courriel à tsc@sedona.net.

Richard G. Braman,
Directeur
The Sedona Conference®
Février 2007

Avant-Propos

C'est avec grand plaisir que j'écris l'avant-propos des Principes de Sedona Canada. À travers le Canada, il est maintenant reconnu que les informations sur support électronique soulèvent de nouveaux problèmes et de nouvelles complications pour les parties, leurs avocats et l'ordre judiciaire.

En Ontario, lors du début des travaux de rédaction des lignes directrices sur l'administration de la preuve électronique, les participants comprenaient que, pour être efficaces, ces lignes directrices devaient s'appliquer au moins au niveau national et même international.

Plusieurs personnes qui ont contribué à l'élaboration des Ontario Guidelines se sont jointes avec enthousiasme à d'autres avocats de pratique privée, juges, conseillers juridiques et représentants de la communauté juridique de partout au Canada, ainsi qu'aux organisateurs de The Sedona Conference® et à un représentant de l'ordre judiciaire des États-Unis, afin de créer le Groupe de travail n° 7 de The Sedona Conference (Sedona Canada).

S'inspirant des travaux effectués par The Sedona Conference® eu égard aux lignes directrices et aux principes concernant l'administration de la preuve électronique aux États-Unis, ainsi que des travaux effectués en Ontario, le Groupe de travail de Sedona a entrepris des travaux pendant deux journées et demie au Mont-Tremblant, qui ont été parmi les plus productives de collaboration collective de ma carrière.

Nous croyons avoir établi une série de principes qui s'appliquent à l'administration de la preuve électronique tout en étant compatibles avec les règles d'administration de la preuve de toutes les provinces et de tous les territoires canadiens, qui sont conformes aux règles de procédure civile fédérales des États-Unis et tiennent compte des différences importantes entre les pratiques et les procédures en matière d'administration de la preuve. Certains considèrent encore à tort que les questions liées à l'administration de la preuve électronique sont soulevées le plus souvent dans le cadre de dossiers d'envergure provenant de grands cabinets. Pourtant, les informations sur support électronique font maintenant partie des plus petits dossiers civils.

Les questions liées à l'administration de la preuve électronique sont les mêmes qu'en matière de communication de la preuve en général : la nécessité d'établir un plan concernant la conservation de l'information, l'évaluation de la proportion de la documentation qui pourrait se révéler pertinente et l'analyse coûts-avantages de cette démarche. Les parties à un litige civil devraient établir ensemble un plan auquel leurs clients participeraient en connaissance des coûts afférents.

Les Principes de Sedona Canada, constituent un travail de pionnier visant à énoncer des principes de base en matière d'administration de la preuve électronique qui s'appliqueraient à une vaste gamme de dossiers dans toutes les juridictions. Les Principes doivent maintenant être commentés, révisés et améliorés. Ceux qui ont contribué à leur élaboration prévoient un processus continu de révision.

Parallèlement aux Principes, les travaux de rédaction de protocoles et de modèles, ainsi que la recherche de précédents, entrepris par des associations juridiques, dont notamment l'Association du Barreau de l'Ontario et the Advocates' Society, visent à enrichir et à mettre en œuvre les Principes. Nous espérons que les membres de la profession pourront bientôt se servir de ces Principes.

La réforme en matière d'administration de la preuve, qu'elle soit électronique ou autre, ne pourra avoir lieu sans que change la culture de la communauté juridique et de ses clients. Nous ne pouvons plus tenir pour acquis que toute information est pertinente dans tous les cas ou que les mêmes règles puissent s'appliquer à la variété de dossiers devant les tribunaux. La résolution judiciaire des conflits liés à l'administration de la preuve devrait être évitée, puisqu'elle ne fait qu'augmenter les coûts et les délais nécessaires à la résolution complète des dossiers. De nouvelles règles, bien qu'utiles, ne régleraient pas entièrement le problème des coûts liés à l'administration de la preuve électronique.

Les Principes de Sedona Canada, sont le fruit du travail de Sedona Canada, dont les membres méritent toutes nos félicitations. Ces Principes contribuent de façon importante à la démarche nécessaire d'éducation des clients, ainsi que des membres de la profession juridique et de l'ordre judiciaire.

L'honorable Colin Campbell
Cour supérieure de justice de l'Ontario
Toronto, Ontario

Table des Matières

Préface	i
Avant-Propos	ii
Table des Matières	iii
Les Principes de Sedona Canada Concernant l'administration de la Preuve Electronique - Un Survol	vii
Introduction: L'Administration de la Preuve à l'ère Électronique	
1. La communication de la preuve électronique	1
2. La communication de documents électroniques au Canada	1
3. Documents électroniques et documents papier	2
4. Nécessité d'établir des normes appropriées en matière d'administration de la preuve électronique	5
5. Transposition aux documents électroniques des normes applicables en matière d'administration de la preuve papier	6
6. Diversité des normes canadiennes en matière d'administration de la preuve	8
PRINCIPE 1	10
Les informations sur support électronique sont soumises aux règles d'administration de la preuve.	10
Commentaire 1.a. Définition d'«informations sur support électronique» (ISE)	10
Pertinence	10
Commentaire 1.b. Lois sur le commerce électronique et amendements aux lois sur la preuve.	12
PRINCIPE 2	12
Dans toute instance, les parties devraient s'assurer que les étapes suivies dans le cadre de l'administration de la preuve sont proportionnelles, eu égard à (i) la nature et l'importance du litige, incluant l'importance et la complexité des questions en litige, des intérêts et des montants en jeu; (ii) la pertinence des informations sur support électronique disponibles; (iii) l'incidence des informations sur support électronique sur le processus décisionnel du tribunal dans chaque instance; et aux (iv) coûts, fardeau et délais que les parties devront assumer afin de gérer les informations sur support électronique.	12
Commentaire 2.a. La règle de la proportionnalité	13
PRINCIPE 3	15
Les avocats et les parties devraient se rencontrer dès que possible et régulièrement afin de discuter de l'identification, la préservation, la collecte, l'analyse et la communication des informations sur support électronique.	15
Commentaire 3.a. Rencontres fréquentes	15
Commentaire 3.b. Participants aux rencontres	16
Commentaire 3.c. Préparation des rencontres	17
Identification	17
Préservation	17
Collecte et traitement.	17

Analyse	18
Communication	18
Échéancier	18
PRINCIPE 4	19
Dès qu'il est raisonnable d'anticiper une poursuite, les parties devraient immédiatement envisager leur obligation de prendre de bonne foi des mesures raisonnables afin de préserver les ISE potentiellement pertinentes.....	19
Commentaire 4.a. Étendue de l'obligation de préservation.....	19
Commentaire 4.b. La préparation de l'administration de la preuve électronique réduira les coûts et les délais.....	20
Commentaire 4.c. Mesures à prendre pour préserver des données	20
Commentaire 4.d. Avis concernant l'obligation de préservation dans les juridictions de common law 27	
Commentaire 4.e. L'obligation de préservation au Québec.....	22
Commentaire 4.f. Aucun besoin de mesures extraordinaires.....	22
Commentaire 4.g. Ordonnances de préservation	22
Commentaire 4.h. Sélection des données qui doivent être « figées »	23
Commentaire 4.i. Supports de sauvegarde antisinistre	24
Commentaire 4.j. Préservation des données partagées	26
PRINCIPE 5	27
Les parties devraient être prêtes à divulguer toutes les ISE pertinentes et raisonnablement accessibles eu égard aux coûts et au fardeau.....	27
Commentaire 5.a. Étendue de la recherche des ISE pertinentes et raisonnablement accessibles	27
Commentaire 5.b. Collecte juridique de données.....	30
Commentaire 5.c. Tiers détenant des ISE.....	30
PRINCIPE 6	31
Une partie ne devrait pas être contrainte de chercher et de recueillir les ISE supprimées ou résiduelles, à moins d'une entente entre les parties ou d'une ordonnance du tribunal démontrant le besoin et la pertinence de ces informations.	31
Commentaire 6.a. Étendue de la recherche	31
PRINCIPE 7	33
Une partie peut remplir son obligation de communiquer des ISE en agissant de bonne foi en utilisant des outils et des processus électroniques, tels que l'échantillonnage de données et l'utilisation de critères de recherche afin de recueillir des ISE potentiellement pertinentes.....	33
Commentaire 7.a. Utilisation de critères de recherche	33
Commentaire 7.b. Réduction de la quantité de données	34
Filtrage.....	34

Élimination des documents en double	34
Échantillonnage des données informatiques	35
Validation de données	35
PRINCIPE 8	36
Les parties devraient s'entendre dès que possible dans le cadre d'un litige sur le format de communication des ISE, ainsi que sur le format, le contenu et l'organisation des informations qui seront échangées dans toute liste de documents requise dans le cadre du processus de communication de la preuve.....	36
Commentaire 8.a. Les documents et les données électroniques devraient être communiqués en format électronique	36
Commentaire 8.b. Entente quant au format	36
Commentaire 8.c. Listes de documents – Format et Organisation	37
PRINCIPE 9	38
Dans le cadre de l'administration de la preuve électronique, les parties devraient s'entendre ou, s'il est nécessaire, obtenir une ordonnance de la Cour, afin que des mesures soient prises pour protéger les informations privilégiées, les renseignements personnels, les secrets commerciaux et autres informations confidentielles.	38
Commentaire 9.a. Divulgence accidentelle	38
Mesures de protection	38
Commentaire 9.b. Sanctions	39
Commentaire 9.c. Désignation d'experts par le tribunal afin de protéger les informations privilégiées	39
Commentaire 9.d. Protection d'informations privilégiées dans le contexte d'une communication modifiée soumise à un droit de reprise	40
Commentaire 9.e. Listes de documents – Privilège relatif au litige	40
Commentaire 9.f. Protection des informations confidentielles	41
Commentaire 9.g. Protection des renseignements personnels	41
PRINCIPE 10	42
Dans le cadre du processus d'administration de la preuve, les parties devraient respecter les règles du forum dans lequel se déroule le litige, en tenant compte de l'incidence que toute décision pourrait avoir sur des dossiers connexes se déroulant dans d'autres forums.	42
PRINCIPE 11	43
Des sanctions devraient être imposées par les tribunaux lorsqu'une partie ne respecte pas ses obligations de préserver, de conserver, de recueillir, d'analyser ou de communiquer des ISE et cause un préjudice sérieux à l'autre partie. La partie défaillante pourrait éviter lesdites sanctions en démontrant que son manquement n'était ni intentionnel ni téméraire.	43
Commentaire 11.a. Sanctions nécessaires	43
Commentaire 11.b. Jurisprudence canadienne	43

Table des Matières

Commentaire 11.c. Jurisprudence américaine	44
Commentaire 11.d. Sanctions en cas de non-divulgation	44
Commentaire 11.e. Politiques de gestion documentaire raisonnables	45
PRINCIPE 12	47
Les coûts raisonnables liés à la préservation, la collecte et l'analyse des ISE devraient être assumés par la partie ayant l'obligation de les communiquer. Dans de rares cas, les parties devraient s'entendre sur une répartition différente des coûts à titre provisoire, ou obtenir une ordonnance de la cour à cet effet.	47
ANNEXE A: Participants et observateurs du GT7	49
ANNEXE B: Programme d'adhésion de The Sedona Conference Working Group Series and WGS SM	50

Les Principes de Sedona Canada Concernant L'Administration de la Preuve Électronique

Un Survol

- Principe 1:** Les informations sur support électronique sont soumises aux règles d'administration de la preuve.
- Principe 2:** Dans toute instance, les parties devraient s'assurer que les étapes suivies dans le cadre de l'administration de la preuve sont proportionnelles, eu égard à (i) la nature et l'importance du litige, incluant l'importance et la complexité des questions en litige, des intérêts et des montants en jeu; (ii) la pertinence des informations sur support électronique disponibles; (iii) l'incidence des informations sur support électronique sur le processus décisionnel du tribunal dans chaque instance; et aux (iv) coûts, fardeau et délais que les parties devront assumer afin de gérer les informations sur support électronique.
- Principe 3:** Les avocats et les parties devraient se rencontrer dès que possible et régulièrement afin de discuter de l'identification, la préservation, la collecte, l'analyse et la communication des informations sur support électronique.
- Principe 4:** Dès qu'il est raisonnable d'anticiper une poursuite, les parties devraient immédiatement envisager leur obligation de prendre de bonne foi des mesures raisonnables afin de préserver les ISE potentiellement pertinentes.
- Principe 5:** Les parties devraient être prêtes à divulguer toutes les ISE pertinentes et raisonnablement accessibles eu égard aux coûts et au fardeau.
- Principe 6:** Une partie ne devrait pas être contrainte de chercher et de recueillir les ISE supprimées ou résiduelles, à moins d'une entente entre les parties ou d'une ordonnance du tribunal démontrant le besoin et la pertinence de ces informations.
- Principe 7:** Une partie peut remplir son obligation de communiquer des ISE en agissant de bonne foi en utilisant des outils et des processus électroniques, tels que l'échantillonnage de données et l'utilisation de critères de recherche afin de recueillir des ISE potentiellement pertinentes.
- Principe 8:** Les parties devraient s'entendre dès que possible dans le cadre d'un litige sur le format de communication des ISE, ainsi que sur le format, le contenu et l'organisation des informations qui seront échangées dans toute liste de documents requise dans le cadre du processus de communication de la preuve.
- Principe 9:** Dans le cadre de l'administration de la preuve électronique, les parties devraient s'entendre ou, s'il est nécessaire, obtenir une ordonnance de la Cour, afin que des mesures soient prises pour protéger les informations privilégiées, les renseignements personnels, les secrets commerciaux et autres informations confidentielles.
- Principe 10:** Dans le cadre du processus de l'administration de la preuve, les parties devraient respecter les règles du forum dans lequel se déroule le litige, en tenant compte de l'incidence que toute décision pourrait avoir sur des dossiers connexes se déroulant dans d'autres forums.
- Principe 11:** Des sanctions devraient être imposées par les tribunaux lorsqu'une partie ne respecte pas ses obligations de préserver, de conserver, de recueillir, d'analyser ou de communiquer des ISE et cause un préjudice sérieux à l'autre partie. La partie défaillante pourrait éviter lesdites sanctions en démontrant que son manquement n'était ni intentionnel ni téméraire.
- Principe 12:** Les coûts raisonnables liés à la préservation, la collecte et l'analyse des ISE devraient être assumés par la partie ayant l'obligation de les communiquer. Dans de rares cas, les parties devraient s'entendre sur une répartition différente des coûts à titre provisoire, ou obtenir une ordonnance de la cour à cet effet.

Introduction

L'administration de la preuve à l'ère électronique

L'administration de la preuve, et plus particulièrement la communication de documents, est une étape importante dans le cadre des litiges. L'utilisation accrue et la diversité des technologies de l'information afin de créer des documents et de communiquer et gérer des données, a transformé la signification du terme «document». Il y a vingt ans, l'utilisation des ordinateurs était une nouveauté et la communication par courriels n'existait pas. Aujourd'hui, selon certaines estimations, 90 pour cent des informations sont créées en format numérique¹.

Pour les tribunaux et les avocats, dont la pratique s'inspire des traditions et des précédents, la vitesse des changements technologiques et commerciaux présente un défi de taille, que des tribunaux et des parties plaidantes ont tenté de relever au cours des dernières années, parfois en faisant appel aux pratiques traditionnelles utilisées dans le cadre du processus de communication de la preuve et d'autres fois en innovant. Les Principes et les Commentaires du Groupe Sedona visent à définir l'approche actuelle et à offrir de nouvelles normes pratiques en matière de communication et de gestion de la preuve électronique.

1. La communication de la preuve électronique

La « communication de la preuve électronique » signifie le processus de communication des informations sur support électronique (ci-après les « ISE »), y compris les courriels, les pages Web, les fichiers de traitement de texte, les bases de données informatiques et pratiquement toutes les informations mémorisées sur un ordinateur ou un autre dispositif électronique. En principe, les informations sont « sur support électronique » si elles existent sur un support accessible à partir d'un ordinateur ou d'un autre dispositif numérique, tel que la mémoire cache, les disques magnétiques (disques durs et les disquettes), les disques optiques (DVD ou CD) et les bandes magnétiques. La communication de la preuve électronique se distingue de la communication de la preuve en format papier qui signifie la communication d'écrits sur papier qu'on peut lire sans l'aide d'un dispositif électronique.

Pour les lecteurs qui connaissent moins les termes techniques concernant la communication de la preuve électronique, un glossaire complet s'intitulant le *Sedona Conference Glossary For E-Discovery and Digital Information Management* figure sur le site Web de *The Sedona Conference* à l'adresse suivante: www.thesedonaconference.org, sous la rubrique « Publications ».

2. La communication de documents électroniques au Canada

Au Canada, les règles relatives à la communication de documents figurent dans les règles de procédure civile et les règles de pratique de chacune des provinces. Quant à la communication de documents électroniques, il existe deux catégories de règles complémentaires: celles qui exigent la communication de documents et celles qui définissent le terme « document » de façon à inclure plusieurs formats de fichiers et de données électroniques.

Chaque province et territoire a un ensemble complet de règles qui régissent la communication, l'inspection, la diffusion, l'analyse, le listage et la sauvegarde de documents qui sont pertinents d'une quelconque manière dans le cadre d'un litige². Bien que l'approche diffère d'une province à l'autre, certaines règles provinciales sont très similaires³, et deux territoires⁴ ont même simplement adopté les règles d'une autre juridiction.

La plupart des provinces définissent le terme « document » dans leurs règles. Dans presque tous les cas, cette définition comprend soit les « documents électroniques » ou les documents ou fichiers « en n'importe quel format », ce qui inclut évidemment les documents électroniques⁵.

¹ Lyman, Peter et Hal R. Varian, *How Much Information*, (2003), en ligne: UC Berkeley School of Information <http://www.sims.berkeley.edu/how-much-info-2003>.

² Les règles générales régissant la communication de documents se retrouvent dans les règles provinciales suivantes: Ontario, *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, R. 30.02; Alberta, *Alberta Rules of Court*, Règl. Alb. 390/1968, R. 193; Colombie-Britannique et Yukon, *Supreme Court Rules*, Règl. C.-B. 221/90, R. 26; Manitoba, *Règles de la Cour du Banc de la Reine*, Règl. Man. 553/88, R. 30.02; Nouveau-Brunswick, *Règles de procédure*, Règl. du N.-B. 82-73, R. 31.02; Terre-Neuve et Labrador, *Rules of the Supreme Court*, S.N.L. 1986, c. 42, Sch. D R. 32.01, 32.04; Territoires du Nord-Ouest et Nunavut, *Règles de la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest*, Règl. 010-96, R. 219, 225 et 229; Nouvelle-Écosse, *Judicature Act*, R.S.N.S. 1989, c. 240, *Civil Procedure Rules*, R. 20.03, 20.04 et 20.05; Île-du-Prince-Édouard, *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-10, *Rules of Civil Procedure*, R. 30.02; Saskatchewan, *Queen's Bench Act*, R.S.S. 1978, c. Q-1, *Queen's Bench Rules*, R. 214; et Québec, *Code de procédure civile*, L.R.Q. c. C-25 art. 331.1

³ Ainsi, les règles de l'Ontario, du Manitoba, du Nouveau-Brunswick et de l'Île-du-Prince-Édouard se ressemblent.

⁴ Le Nunavut utilise les Règles de la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest et le Yukon utilise les *Supreme Court civil rules* de la Colombie-Britannique.

⁵ Les définitions de « document » figurent dans les règles suivantes des provinces: Ontario, Règle 30.01; Alberta, Règle 186; Colombie-Britannique, Règle 1; Manitoba, Règle 30.01; Nouveau-Brunswick, Règle 31.01; Territoires du Nord-Ouest et Nunavut, Règle 218; Île-du-Prince-Édouard, Règle 30.01; et Saskatchewan, Règle 211.

3. Documents électroniques et documents papier

Puisque ce sont les mêmes règles qui régissent la communication de la preuve en format papier ou électronique, pourquoi ces deux processus devraient-ils être différents? Les ISE entraînent des avantages et des inconvénients bien particuliers en matière de communication de documents. Les différences subtiles, mais parfois importantes, entre les deux formats peuvent être regroupées en six grandes catégories.

A) Volume et doubles

Il existe beaucoup plus de ISE que de documents papier puisque les ISE sont créées beaucoup plus rapidement. Ce faisant, le volume d'information dans le cadre d'un processus éventuel de communication de la preuve s'est multiplié de façon exponentielle à la suite de l'arrivée des ordinateurs. Aujourd'hui, la plupart des ménages et des commerces au Canada ont accès à Internet. Au mois de décembre 2005, la Division des sciences, de l'innovation et de l'information électronique de Statistique Canada publiait un document de recherche qui décrivait l'évolution et la connectivité des technologies de l'information et des communications (TIC) au Canada:

Même si, en 1996, seulement un très petit nombre de ménages utilisaient Internet au foyer (7,4 %), en 2001, le taux de pénétration se rapprochait de la moitié de tous les ménages (48,7 %) et, en 2003, il atteignait 55 %, tandis que l'utilisation d'Internet, peu importe l'endroit, atteignait 64 % en 2003 (Statistique Canada 2004a).⁶

En 2005, 82% des entreprises canadiennes du secteur privé utilisaient Internet, comparativement à 63,4% en 2000. Les ventes en ligne sont passées de 5,7\$ milliards en 2000 à 28,3\$ milliards en 2004, et à 39,2\$ milliards en 2005⁷. Plus des trois quarts (77%) des firmes utilisaient le courrier électronique, comparativement à 74% en 2003 et 66% en 2001.

L'utilisation accrue des courriels et la multiplication des fichiers électroniques occasionnent des difficultés aux grandes entreprises. Une grande entreprise peut générer et recevoir des millions de courriels et de fichiers électroniques chaque jour. Selon une étude datée de 2003, les courriels génèrent quelque 400 000 téraoctets⁸ de nouvelles informations chaque année à travers le monde⁹. La messagerie instantanée génère cinq milliards de messages par jour (750 gigaoctets) ou 274 téraoctets par année. Quatre-vingt-douze pour cent des nouvelles informations sont mémorisées sur support magnétique, surtout sur disques durs, comparativement à 0,01 % sur papier¹⁰. Il n'est pas surprenant que l'utilisation accrue des données électroniques par les entreprises ait entraîné une accumulation massive de données. Alors que quelques milliers de documents papier remplissent un classeur, une simple bande informatique, ou un disque dur de la taille d'un petit livre, peut contenir l'équivalent de plusieurs millions de pages imprimées. Les sociétés accumulent souvent des milliers de ces disques et bandes pour mémoriser, transmettre, copier, sauvegarder et archiver des données.

Ce phénomène est dû en partie au fait que la reproduction des documents électroniques est plus facile que la reproduction des documents papier. L'information électronique permet une reproduction rapide et à grande échelle, soit automatiquement ou par l'intervention des utilisateurs. Par exemple, les utilisateurs de courriels envoient fréquemment le même courriel à plusieurs destinataires, qui, à leur tour, transfèrent souvent ce message, et ainsi de suite. En même temps, les logiciels de courrier électronique et les systèmes de transmission des messages créent automatiquement d'autres exemplaires lorsque les messages sont envoyés et renvoyés. De la même manière, d'autres logiciels d'affaires font automatiquement et périodiquement des copies des données, y compris les pages Web qui sont automatiquement sauvegardées à titre de fichier cache et les données de fichiers qui sont sauvegardées systématiquement afin d'éviter leur perte en cas de suppression accidentelle ou de défaillance du système.

6 Statistique Canada 2005. *Littérature et technologies numériques: liens et résultats* (2005), en ligne: Statistique Canada <<http://www.statcan.ca/Francais/research/56F0004MIF/56F0004MIF2005012.pdf>>

7 Statistique Canada, *Commerce électronique et technologie* (2005), en ligne: Statistique Canada <<http://www.statcan.ca/Daily/Francais/060420/q060420b.htm>>

8 Un téraoctet représente approximativement 50 millions de pages de texte.

9 Lyman, Peter et Hal R. Varian, *How Much Information*, (2003), en ligne: UC Berkeley School of Information <http://www.sims.berkeley.edu/how-much-info-2003>

10 Lyman, Peter et Hal R. Varian, *How Much Information*, (2003), en ligne: UC Berkeley School of Information <http://www.sims.berkeley.edu/how-much-info-2003>

B) Persistence

Il est plus facile de se débarrasser des documents papier que des documents électroniques. Un document papier décheté est essentiellement irrécupérable. De la même manière, un document papier qui a été jeté et déplacé des lieux est généralement irrécupérable. L'élimination des ISE est bien moins simple. Certains reconnaissent que lorsqu'on efface un document sur disque dur, seuls les pointeurs qui permettent de localiser les données sur le disque dur sont effacés et les données y demeurent intactes¹¹. Dans l'affaire *Prism Hospital Software Inc. c. The Hospital Records Institute*¹², les défendeurs ont communiqué des supports magnétiques, à partir desquels le demandeur a pu localiser une série de fichiers qui, malgré leur suppression, existaient encore. La persistance des ISE ne fait qu'augmenter la vitesse à laquelle ces données s'accumulent dans des endroits cachés sur les ordinateurs à l'insu des détenteurs, qui ignorent peut-être même que l'information existe encore. En raison des difficultés liées à la suppression définitive des ISE, il existe des logiciels qui prétendent effacer complètement les données en les écrasant plusieurs fois.

C) Métadonnées

Les documents électroniques contiennent des « métadonnées » ou informations concernant un dossier qui permettent aux systèmes d'exploitation de mémoriser et de récupérer le fichier à une date ultérieure. Normalement, les utilisateurs n'ont pas accès aux métadonnées.

Les métadonnées contiennent certaines informations, telles que la référence de classement, les dates de création et d'édition, l'auteur et l'historique d'édition, ainsi que des centaines d'autres informations utilisées dans l'administration du système. Par exemple, les métadonnées de courriels contiennent certaines informations telles que les dates d'envoi, de réception, de réponse ou de transfert, les informations sur la copie conforme invisible (« cci ») et l'information provenant du carnet d'adresse de l'expéditeur. De façon similaire, les documents de bureau contiennent des métadonnées pouvant repérer les dates de création, de modification et d'impression. Les documents Internet contiennent des données cachées qui permettent l'échange d'information entre l'ordinateur d'un utilisateur Internet et le serveur sur lequel se retrouve le document Internet. Les balises Méta (*meta tags*) permettent aux moteurs de recherche de localiser les sites Web qui répondent à certains critères de recherche précis. Les fichiers de témoins (*Cookies*) sont des codes qui peuvent être intégrés dans un ordinateur (à l'insu de l'utilisateur) et qui permettent notamment de surveiller l'utilisation et de transmettre l'information à l'expéditeur des fichiers de témoins¹³.

L'utilisation de métadonnées entraîne des difficultés particulières quant à la préservation et à la communication de documents dans le cadre des litiges. Dans certains cas, les métadonnées sont nécessaires afin d'authentifier un document ou d'établir des faits pertinents dans le cadre d'un litige, tels que la date d'accès d'un fichier dans un dossier de vol de secrets commerciaux. Dans la plupart des cas, par contre, les métadonnées n'auront aucune valeur probante (p. ex., il est inutile de connaître la date d'impression d'un document ou le nom des personnes qui ont dactylographié les révisions). Il y a également de fortes chances que l'information enregistrée par l'ordinateur soit inexacte (p. ex., lorsqu'un nouvel employé utilise un programme de traitement de texte afin de créer un mémorandum en utilisant un modèle créé par un ancien employé, les métadonnées peuvent indiquer erronément l'ancien employé comme l'auteur du nouveau mémorandum).

Les courriels peuvent contenir des métadonnées très utiles que l'on peut extraire et utiliser afin de générer les champs « destinataire », « expéditeur », « date » et « cc » pour chargement dans les outils d'analyse ou de soutien au litige. Contrairement aux informations possiblement erronées qui pourraient être transmises à partir d'un modèle, les métadonnées provenant de courriels sont précises et leur saisie automatique permet de réduire les coûts et les délais.

La sélection des métadonnées¹⁴ qui doivent être préservées et communiquées représente un des défis les plus importants de l'administration de la preuve électronique.

¹¹ Dan Pinnington, *Why electronic documents are different*. LawPRO Magazine (septembre 2005), en ligne: Practice Pro <http://www.practicepro.ca/LawPromag/Whyelectronicdocuments.pdf>.
¹² (1994) 97 B.C.L.R. (2d) 201 (S.C.).

D) Contenu modifiable

Contrairement aux documents papier, les documents électroniques ont des fonctions dynamiques qui peuvent être modifiées avec le temps, souvent à l'insu de l'utilisateur.

Les bases de données sont constamment mises à jour, le plus souvent par les utilisateurs eux-mêmes, mais aussi automatiquement à partir d'autres systèmes. Par exemple, le système central d'un magasin avec quatorze succursales peut être mis à jour par les logiciels de comptabilité de chacune des succursales qui y ajoutent les informations quotidiennes relatives à la vente. Puisque les magasins peuvent être situés dans différents fuseaux horaires, les données mises à jour apparaissent à différentes heures pendant la journée. Dans ces circonstances, choisir la « bonne version » de la base de données à préserver aux fins de la communication de la preuve pourrait entraîner des difficultés.

Les systèmes internes virtuels sont dynamiques, apportant des modifications dès que de nouvelles informations sont ajoutées, modifiées ou supprimées au courant de la journée, et ce, soit par des utilisateurs en ligne ou par le propriétaire du système. Encore une fois, la détermination de la version du système à choisir pour la communication de la preuve pourrait entraîner des difficultés.

Les applications bureautiques de base, telles que le courrier électronique, les logiciels de traitement de texte ou les tableurs ont aussi des fonctions dynamiques. L'ouverture d'un courriel peut modifier les données concernant la date et l'heure de celui-ci. Les métadonnées sont modifiées en fonction de la date et de l'heure chaque fois qu'un tableur ou un document de traitement de texte est copié. Les fichiers avec des fichiers joints ou intégrés peuvent être modifiés chaque fois qu'un de ces derniers est modifié¹⁵.

Le partage de fichiers de données d'une application entre plusieurs utilisateurs (groupes de travail « virtuels ») complique encore davantage la communication de la preuve puisque les données contenues dans un dossier peuvent être modifiées à l'insu des détenteurs.

Dans le cadre de l'administration de la preuve, la gestion de la nature dynamique des ISE présentera continuellement des défis. Les principes et les commentaires qui suivent ont pour but de fournir des lignes directrices à suivre devant ce genre de difficulté.

E) Contexte et désuétude

Contrairement aux données sur papier, les données électroniques peuvent être incompréhensibles hors contexte. Ainsi, l'information dans une base de données est organisée par champs qui sont interprétés par un logiciel d'application sans lequel les données brutes apparaîtront sous forme de longues listes de caractères non définis. Afin que les données soient compréhensibles, l'utilisateur doit connaître le contexte, y compris les étiquettes, les colonnes, les formats de rapport et autres informations. À partir des résultats de l'interrogation de la base de données, on peut obtenir des rapports dans le format existant ou faits sur mesure, sans que la base de données soit communiquée dans sa totalité.

Les sociétés mettent habituellement leurs systèmes à niveau au bout de quelques années, mais l'évolution des technologies et la désuétude des systèmes peuvent entraîner des problèmes particuliers liés à la récupération de données patrimoniales (*legacy data*) et qui n'existent pas lors de la récupération des documents papier. Le personnel qui connaît bien ces systèmes désuets ou les ressources technologiques permettant leur restauration ne seront peut-être pas disponibles lorsqu'il sera nécessaire d'avoir accès aux données patrimoniales. Dans un monde parfait, les ISE qui pourraient toujours être pertinentes pour les affaires d'une entreprise ou pour un litige éventuel seraient converties et transférées dans les nouveaux systèmes et toutes les autres données seraient supprimées. En réalité, ces conversions sont rarement parfaites.

13 Jason R. Baron, *Recordkeeping in the 21st Century* (1999) 33 Information Management Journal 8.

14 Le terme « métadonnée » comprend les changements et les suppressions que subit un document lors du traitement de texte, ou les formules dans un tableur; l'information est de ce fait invisible lorsque le document est imprimé ou numérisé, c.-à-d., converti en un format équivalent au papier. En fait, ce genre d'information fait partie du fond d'un document et doit être conservé et, le cas échéant, communiqué.

15 Un petit tableur qui a été copié dans un document de traitement de texte est un exemple de fichier joint. Si l'utilisateur modifie le tableur, la copie dans le document sera également modifiée.

F) Dispersion des documents et recherche

Les documents papier sont habituellement rassemblés dans quelques boîtes ou classeurs, alors que les ISE des employés peuvent se trouver à plusieurs endroits : disques durs d'ordinateurs de bureau, ordinateurs portatifs, serveurs de réseau, disquettes, CD et bandes de sauvegarde. Plusieurs de ces documents électroniques pourraient être des duplicatas; d'autres pourraient être d'anciennes versions rédigées par un seul employé ou par plusieurs employés qui partagent un même réseau.

Il est donc plus difficile d'établir la provenance des ISE que des documents papier. La facilité de transmission, les modifications systématiques et le processus de révision multiutilisateur contribuent à cette difficulté. Les dossiers électroniques sont souvent sauvegardés dans des dossiers de réseau où peuvent figurer des indications sur les départements ou les fonctions plutôt que sur leurs auteurs. L'utilisation accrue de logiciels collectifs, qui permettent la révision des ISE par un groupe, rend la détermination de l'auteur encore plus difficile. Finalement, alors que les ISE peuvent être sauvegardées sur un seul lecteur, elles peuvent aussi se trouver sur support de sauvegarde de grande capacité non différencié ou sur des serveurs de réseau qui ne sont pas sous la surveillance de la personne qui les a créées.

Les formats et les supports qui permettent d'effectuer des recherches rapides et relativement précises en utilisant des méthodes automatisées atténuent les difficultés liées à la dispersion des ISE. Pour cette catégorie d'ISE, les avocats pourront effectuer des recherches parmi beaucoup plus de documents que s'ils devaient le faire manuellement.

4. Nécessité d'établir des normes appropriées en matière d'administration de la preuve électronique

Les différences entre les ISE et les documents papier distinguent l'administration de la preuve en format électronique de celle de documents papier. En pratique, ces différences impliquent que les règles de procédure, conçues afin de régir la communication de documents papier, ne fournissent pas toujours des lignes directrices claires en cas de différends concernant la communication de documents électroniques.

Par exemple, si tous les documents sont en format papier, une ordonnance visant la préservation de «tous les documents concernant la fabrication de X» pourrait être suivie de façon logique par une partie qui pourrait, de manière relativement simple, aviser ses employés de recueillir les documents et de les conserver. À l'ère électronique, une telle ordonnance occasionnerait de nombreux problèmes insolubles. Puisque l'information électronique est à la fois dynamique et omniprésente, une partie doit soit suspendre ses opérations ou copier toutes les ISE sans égard à leur emplacement ou format, en prévision d'une communication éventuelle. Cette démarche peut être fort complexe et coûteuse, selon le volume des documents en question. Dans un contexte électronique, il est très difficile de suspendre la destruction uniquement de l'information visée par l'ordonnance de préservation.

Au Canada, dans le cadre des premiers cas d'administration de la preuve électronique, la préservation et la communication des ISE relatives au litige se sont révélées très longues et coûteuses. Il existe des anecdotes concernant des dossiers dans lesquels les parties ont dû dépenser des millions de dollars afin de parcourir et d'analyser d'importants volumes d'ISE qui étaient, en fin de compte, peu pertinentes dans le cadre des litiges en question. Dans d'autres dossiers, la préservation d'ISE a entraîné des dépenses importantes, en raison de la restauration de milliers de bandes de sauvegarde contenant des informations peu pertinentes. Dans certains cas, les avocats ont même omis de tenir compte des ISE en tant que source potentielle d'éléments de preuve.

Ce fardeau serait moins important s'il existait des normes que les parties et les tribunaux pouvaient suivre en matière de communication de documents électroniques. Sans ces normes, les parties sont contraintes de prévoir leurs propres obligations sous peine de diverses sanctions en cas d'erreur. Ainsi, plusieurs tribunaux, plus particulièrement aux États-Unis, ont constaté le manque d'encadrement dans ce domaine¹⁶. L'introduction des *Guidelines for the Discovery of Electronic Documents in Ontario* souligne également que les règles et la jurisprudence fournissent très peu d'orientation précise aux parties et à leurs avocats quant à la façon de respecter les obligations en matière de communication de la preuve électronique.

¹⁶ Voir par exemple l'affaire *Williams c. Sprint/United Management Co.* (2005), 230 F.R.D. 640; 2005 U.S. Dist. LEXIS 21966: «[TRADUCTION] Les tribunaux ne trouvent pas suffisamment d'orientation dans les règles fédérales ou la jurisprudence et, par conséquent, s'inspirent surtout des Principes et Commentaires de The Sedona Conference en ce qui a trait aux nouvelles normes en matière de communication de documents électroniques...».

Au Canada, des normes ont été rédigées en Ontario et en Colombie-Britannique qui sont applicables à chaque province avec des recommandations en matière de pratiques exemplaires. Les *Guidelines for the Discovery of Electronic Documents in Ontario (Ontario E-Discovery Guidelines)*¹⁷ constituaient la première tentative d'élaboration de lignes directrices sur les pratiques exemplaires pour les tribunaux et les avocats en Ontario. Les lignes directrices de la Colombie-Britannique existent sous forme de directive de pratique pour les membres de la profession. D'autres provinces envisagent l'élaboration de directives semblables. Il est encore nécessaire d'établir des normes nationales en matière de pratiques exemplaires au Canada afin de régir les litiges qui se déroulent dans plusieurs juridictions et d'aider les tribunaux des provinces qui n'ont pas encore élaboré de normes. Alors que les tribunaux canadiens se sont inspirés des *Ontario E-Discovery Guidelines* et des *U.S. Sedona Principles*, il serait clairement préférable d'établir une version canadienne des Principes de Sedona.

5. Transposition aux documents électroniques des normes applicables en matière d'administration de la preuve papier

Les différences entre l'administration de la preuve électronique et l'administration de la preuve papier soulèvent une question importante : quelle est la pertinence de la jurisprudence abondante concernant l'application des règles provinciales de procédure civile et du *Code de procédure civile* en matière d'administration de la preuve papier? Comment les tribunaux et les avocats peuvent-ils s'inspirer de cette jurisprudence dans le contexte particulier de l'administration de la preuve électronique?

La jurisprudence concernant l'administration de la preuve papier devrait s'appliquer à l'administration de la preuve électronique, en tenant compte de leurs ressemblances et de leurs différences. La compréhension de ces différences permettra aux tribunaux et aux parties de s'éloigner des pratiques habituelles, le cas échéant, tout en s'assurant que chaque litige soit résolu équitablement, et ce, de la façon la plus expéditive et la moins onéreuse possible.

A) Ressemblance avec les documents papier

Plusieurs principes découlant de l'administration de la preuve papier sont révélateurs dans le contexte de l'administration de la preuve électronique.

Exemple i. La recherche de documents papier pertinents implique habituellement la recherche des dossiers des témoins clés ou des dossiers concernant la personne, le produit ou la conduite en cause dans le cadre d'un litige (tel que le dossier de l'employé demandeur dans le cadre d'un dossier de congédiement sans cause juste et suffisante). Une société n'a pas l'obligation de parcourir les classeurs des employés sans aucun lien avec le litige. De même, une société n'aurait pas de raison de parcourir les fichiers électroniques de ces derniers.

Exemple ii. Une partie n'a pas l'obligation de préserver les duplicatas de chaque document papier potentiellement pertinent. Conséquemment, ce serait insensé d'exiger qu'une partie préserve les documents électroniques sur disques optiques ou sur disques durs, ainsi que les copies de ces mêmes documents qui pourraient exister sur des supports de sauvegarde.

Par contre, établir une analogie avec l'administration de la preuve papier peut entraîner des embûches et des coûts importants, parce que les parties ne tiennent pas compte du potentiel et des limites particulières des ISE.

Exemple iii. Lors de l'analyse des documents papier avant la communication, les avocats et les techniciens juridiques parcourent habituellement chacune des pages d'un document papier éventuellement pertinent afin de vérifier si on y mentionne une personne ou un événement qui répond aux critères de recherche. C'est une pratique courante d'imprimer des copies papier de tous les documents électroniques potentiellement pertinents pour les analyser manuellement. Par contre, en utilisant cette méthode, la partie qui communique les documents perd l'occasion de réduire substantiellement les délais et les coûts liés à l'analyse des documents en utilisant des outils de recherche automatisés permettant aux avocats d'utiliser des mots-clés pour effectuer des recherches dans les documents électroniques.

¹⁷ Discovery Task Force, *The Supplemental Discovery Task Force Report* (octobre 2005), en ligne: Association du Barreau de l'Ontario http://www.oba.org/en/pdf_newsletter/DFFFinalReport.pdf. Le *Supplemental Report* comprend les *Guidelines for the Discovery of Electronic Documents in Ontario*, préparées par le sous-comité sur la communication de la preuve électronique.

Exemple iv. Dans un monde de documents papier, une ordonnance de préservation exigeant qu'une entreprise « fige » tous ses documents est encombrante mais ne la forcerait pas habituellement à fermer ses portes. Les documents papier peuvent demeurer dans leurs fichiers ou être copiés s'ils doivent être annotés. Les employés peuvent cesser de jeter les vieux fichiers. Dans un contexte électronique, le respect d'une telle ordonnance et le « gel » de toutes les informations électroniques (y compris les bases de données partagées ou interactives) pourraient entraîner des conséquences désastreuses pour une entreprise. Il peut être difficile de « figer » l'ensemble des ISE d'une entreprise sans arrêter le système informatique au complet, puisque les données sont systématiquement altérées et écrasées sur tous les systèmes informatiques, souvent à l'insu des utilisateurs ou hors de leur contrôle. Par exemple, le simple fait d'ouvrir un document peut en modifier le contenu. Sur n'importe quel système, des milliers de fichiers temporaires sont créés et écrasés à chaque jour, chaque heure ou encore plus fréquemment. L'espace disque qui n'est plus utilisé, mais qui pourrait contenir des données fragmentées potentiellement pertinentes, pourrait être écrasé.

B) Différences: S'abstenir, le cas échéant, de suivre les pratiques en matière d'administration de la preuve papier

Comme il a déjà été indiqué, les recherches automatisées peuvent être plus rapides et moins coûteuses que l'analyse manuelle page par page des documents électroniques et, par conséquent, les parties peuvent décider qu'il serait opportun de s'éloigner des pratiques utilisées dans le cadre de l'administration de la preuve papier. Les parties peuvent prévoir l'utilisation d'outils automatisés qui facilitent la recherche d'informations pertinentes ou privilégiées parmi de grands volumes d'ISE.

Exemple v. Il est plus simple de récupérer des documents électroniques « détruits » que des documents papier « détruits ». Les méthodes d'enquête informatique permettent aux parties de récupérer ou de reconstituer les documents supprimés et même, dans certains cas, les documents qui semblent avoir été supprimés définitivement. Par contre, ceci n'implique pas que les parties qui doivent fournir certains documents ont l'obligation de fournir des données ou des fragments de données supprimées. Habituellement, les coûts et les inconvénients liés à l'utilisation de ces méthodes ne justifient pas une telle communication. Ici, l'analogie entre les documents électroniques et les documents papier serait utile. Une partie qui communique des documents n'a pas l'obligation de communiquer les documents papier qu'elle a jetés un an auparavant. Dans l'arrêt *Rowe Entm't, Inc. c. The William Morris Agency, Inc.*¹⁸, le tribunal conclut que de la même manière qu'une partie n'avait pas l'obligation de fouiller dans les vidanges à la recherche de documents papier qu'elle avait jetés, elle n'avait pas à assumer les frais liés à la récupération de courriels supprimés. Par contre, si on considère sérieusement qu'il y a eu destruction de documents, leur récupération pourrait être justifiée. De nouvelles technologies perfectionnées, toutefois fort coûteuses, permettent de reconstituer même des documents déchiquetés¹⁹.

Exemple vi. Puisque le stockage de documents électroniques (p. ex., disques optiques ou bandes magnétiques) est relativement peu coûteux, certains ont suggéré de conserver des copies de documents électroniques même en l'absence de raisons d'affaires ou d'obligations légales de ce faire. Cela ne tient pas compte du fait que la copie et la conservation de tous les documents électroniques – bien que moins coûteuses que la copie et la conservation de tous les documents papier – entraîneront les mêmes difficultés dans le cadre d'un litige : augmentation des coûts liés à la recherche d'informations pertinentes et privilégiées, grand volume de duplicatas et difficultés liées à la récupération de documents en formats désuets conservés inutilement. À ce jour, en l'absence de raisons d'affaires ou d'obligations légales, une partie n'a pas de raison de conserver des documents simplement parce qu'ils sont en format électronique.

¹⁸ 205 F.R.D. 421 à 431 (S.D.N.Y. 2002).

¹⁹ Voir Douglas Heingartner, *Back Together Again*, New York Times (juillet 2003), G1 (description d'une technologie permettant de reconstruire des documents déchiquetés par la police secrète d'Allemagne de l'Est).

C) Transposition: Application des normes indépendamment du support utilisé

La meilleure approche en matière d'administration de la preuve électronique consiste d'abord à reconnaître l'interaction nécessaire entre la jurisprudence et les nouvelles technologies. Les normes en matière d'administration de la preuve sont énoncées de façon très générale et doivent être appliquées de façon raisonnable. Ces normes s'appliquent à tous les documents indépendamment du support utilisé - électronique ou préhistorique. Par contre, vu leur caractère général, pour bien appliquer ces normes, il est nécessaire de comprendre le contexte précis de leur application. Dans le cas de l'administration de la preuve électronique, les parties et les tribunaux doivent comprendre l'utilisation des documents électroniques, ainsi que les coûts et les avantages des différentes approches.

Il s'agit d'une démarche de transposition. La jurisprudence dans le domaine de l'administration de la preuve papier peut constituer un point de départ. Les principes applicables en matière d'administration de la preuve papier peuvent être transposés au domaine électronique en déterminant si les différences entre les deux contextes sont importantes; si c'est le cas, la jurisprudence n'est probablement pas le modèle à suivre. Sinon, la jurisprudence en matière d'administration de la preuve papier pourrait constituer un point de départ.

Ainsi, dans l'*exemple i*, la norme prédominante qui s'applique indépendamment du support utilisé exige que la communication soit limitée aux documents pertinents. L'application précise dans le contexte des documents papier est que les employés sans aucun lien avec le litige n'ont pas besoin d'effectuer de recherches dans leurs dossiers puisqu'ils ne retrouveront fort probablement pas de documents pertinents. Pour transposer les normes du domaine des documents papier au domaine électronique, il faut déterminer si les documents de ces employés sont plus pertinents puisqu'ils sont en format électronique? Puisque la réponse est négative, la norme provenant du domaine des documents papier s'applique tout à fait au contexte électronique.

D'un autre côté, dans l'*exemple iii*, la norme prédominante qui s'applique indépendamment du support utilisé exige que les parties communiquent les documents pertinents dans le cadre d'une demande de communication. L'application dans cet exemple constitue la façon la plus efficace de déterminer quels documents sont pertinents. Dans le contexte des documents papier, les techniciens juridiques et les avocats effectuent généralement une analyse page par page des documents, à la recherche de certains mots-clés. En transposant cette pratique exemplaire du domaine des documents papier au domaine électronique, il faut se demander si l'existence des documents en format électronique rend l'utilisation d'une autre technique plus efficace? Dans ce cas, la réponse peut être positive si les documents électroniques existent dans un format qui permet d'effectuer des recherches. Évidemment, afin de répondre correctement à cette question («transposition»), il faut comprendre les documents électroniques en cause.

6. Diversité des normes canadiennes en matière d'administration de la preuve

L'approche canadienne en matière d'administration de la preuve diffère de l'approche des États-Unis en ce qui a trait à un sujet particulièrement important en l'espèce. Au Canada, il existe habituellement, en vertu des diverses règles fédérales et provinciales de procédure civile, une obligation de communiquer les documents pertinents. Tel n'est pas le cas au Québec, qui est régi par un cadre législatif entièrement différent; néanmoins, les ISE sont fréquemment communiquées dans le cadre de l'administration de la preuve.

Bien que les normes concrètes diffèrent d'une province à l'autre, l'administration de la preuve documentaire fait partie intégrante de la pratique de la plupart des tribunaux canadiens, comprenant la communication de documents électroniques, que les provinces définissent de façon large afin de regrouper plusieurs catégories, tels que les courriels, les fichiers électroniques, les bases de données informatiques et ainsi de suite. La liste n'est pas exhaustive et semble se prolonger chaque fois que des parties se présentent devant les tribunaux afin de déterminer si les catégories en cause sont incluses dans les diverses définitions provinciales de « document » et de « dossier ».

Les normes qui régissent l'administration de la preuve prévoient également la façon de communiquer les documents. En général, elles exigent un affidavit ou une liste de documents. Le régime de l'Ontario est caractéristique de l'approche utilisée partout ailleurs dans les provinces canadiennes de common law. En Ontario, chacune des parties doit signifier un affidavit dans lequel tous les documents pertinents en ce qui a trait aux procédures sont organisés en trois annexes. Dans l'annexe A, sont dénoncés tous les documents pertinents qui ne sont pas privilégiés qu'une partie a en sa possession, sous son contrôle ou sous sa garde; dans l'annexe B, tous les documents pertinents prétendument privilégiés qu'une partie a en sa possession; et dans l'annexe C, les documents qu'une partie a déjà eus en sa possession. Il convient de signaler que l'obligation de communiquer des documents exige en général que les parties dénoncent les documents qu'elles n'ont plus en leur possession.

La règle de la présomption d'engagement qui se trouve dans les règles de la common law et de procédure civile, prévoit que toutes les parties et leurs avocats s'engagent à ne pas utiliser les éléments de preuve ou les renseignements obtenus dans le cadre du processus d'administration de la preuve à des fins autres que celles de l'instance au cours de laquelle les éléments de preuve ou les renseignements ont été obtenus. L'Alberta et la Colombie-Britannique ont suivi cette pratique conformément à la common law, sans toutefois intégrer cette dernière dans leurs règles. La règle de la présomption d'engagement est codifiée dans les *Règles de procédure civile* de l'Ontario²⁰.

Au Québec, le *Code de procédure civile*²¹ ne prévoit pas spécifiquement la préservation ou la communication de documents autres que les pièces que la partie divulgatrice entend invoquer lors de l'audience. Néanmoins, une partie pourrait se voir imposer l'obligation de divulguer certains documents spécifiques lorsque la partie adverse en fait la demande dans le cadre du processus de communication de la preuve. Dans ce cas, il n'existe aucune obligation claire de préserver des informations électroniques à l'avance en prévision d'un litige autre que l'obligation générale de ne pas agir en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive ou déraisonnable²², allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi prévues dans le *Code civil du Québec*.

Le Groupe de travail de Sedona Canada a étudié en profondeur les questions liées à l'administration de la preuve électronique en se penchant plus particulièrement sur les ressemblances et les différences entre la communication de documents électroniques et celle de documents papier, ainsi que sur les différentes pratiques en matière d'administration de la preuve à travers le Canada. Les Principes suivants représentent le résultat de nos efforts de transposition des règles en matière d'administration de la preuve à la communication des documents électroniques.

20 R.R.O. 1990, Règl. 194, R. 30.1.

21 L.R.Q. c. C-25, art. 331.1.

22 Code de procédure civile, L.R.Q. c. C-25, art. 4.1.

Principe 1

Les informations sur support électronique sont soumises aux règles d'administration de la preuve.

Commentaire 1.a. Définition d'«informations sur support électronique» (ISE)

Bien que les règles de pratique des provinces canadiennes et des cours fédérales, y compris celles de la Cour canadienne de l'impôt, prévoient plusieurs définitions différentes des termes «dossier» et «document», toutes prévoient que les informations sur support électronique (ISE) doivent être communiquées dans le cadre de l'administration de la preuve. Dans la pratique, les documents de suite bureautique habituels qui se trouvent sur les ordinateurs de bureau ou portatifs, les courriels et les messages instantanés, les bases de données financières et les sites Internet constituent des sources caractéristiques d'ISE.

Le Canada, ses provinces et ses territoires ont établi un cadre législatif pour régir les documents électroniques et le commerce électronique. En 1998, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada a adopté la *Loi uniforme sur la preuve électronique*, amendant les règles existantes sur la preuve facilitant ainsi l'admissibilité des documents électroniques dans toute instance devant les tribunaux. En 1999, suite à cette initiative, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada a adopté la *Loi uniforme sur le commerce électronique*, s'inspirant de la *Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur le commerce électronique* (1996), tout en recommandant qu'une telle loi soit adoptée par les gouvernements à travers le Canada.

Au niveau fédéral, la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*²³ définit l'expression « document électronique » comme suit: « ensemble de données enregistrées ou mises en mémoire sur quelque support que ce soit par un système informatique ou un dispositif semblable et qui peuvent être lues ou perçues par une personne ou par un tel système ou dispositif. Sont également visés tout affichage et toute sortie imprimée ou autre de ces données. » La *Loi sur la Preuve au Canada*²⁴ définit l'expression « document électronique » de la façon suivante : « ensemble de données enregistrées ou mises en mémoire sur quelque support que ce soit par un système informatique ou un dispositif semblable. »

Le Québec a adopté la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*²⁵, qui définit le terme « document » de la façon suivante :

Un document est constitué d'information portée par un support. L'information y est délimitée et structurée, de façon tangible ou logique selon le support qui la porte, et elle est intelligible sous forme de mots, de sons ou d'images. L'information peut être rendue au moyen de tout mode d'écriture, y compris d'un système de symboles transcritibles sous l'une de ces formes ou en un autre système de symboles.

Pertinence

Tous les documents, sans égard au format, doivent être pertinents afin d'être communiqués en vertu des règles de pratique des tribunaux. Par exemple, la règle 186.1 des *Alberta Rules of Court*²⁶ prévoit que les documents doivent être pertinents et substantiels. Les *Règles de procédure civile*²⁷ de l'Ontario et les *Supreme Court Rules*²⁸ de la Colombie-Britannique, prévoient qu'un document qui a trait à une question en litige dans une action doit être divulgué.

Les tribunaux canadiens ont maintes fois décrété que les ISE étaient admissibles en preuve et que les parties pouvaient être contraintes de les communiquer.²⁹ Dans certains cas, les tribunaux ont même ordonné la communication de supports informatiques. Par exemple, dans l'arrêt *Reichmann c. Toronto Life Publishing Co.*³⁰, le tribunal ordonna à une partie de communiquer non seulement une copie imprimée d'un manuscrit se retrouvant sur un disque dur et déjà produite, mais également le disque lui-même. Le tribunal décida que le disque était un « document » en vertu de la définition de la common law et devait conséquemment être communiqué.

²³ L.C. 2000, ch. 5, art. 31(1).

²⁴ L.R.C., 1985, ch. C-5, art. 31.8.

²⁵ L.R.Q., ch. C-1.1.

²⁶ *Alta Reg.* 390/1968.

²⁷ R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 30.02(1).

²⁸ B.C. Reg. 221/90, R. 26(1).

²⁹ Voir l'arrêt *Cholakis c. Cholakis*, [2000] M.J. No. 6 (QB): « [TRADUCTION] Le demandeur m'a convaincu que l'information électronique demandée correspond à la définition de document en vertu des règles et contient des informations pertinentes qui devraient être produites. Si les défendeurs Leo Cholakis, Fairmont Real Estate Limited et Kensington Building Limited souhaitent fournir les informations dans un format qui ne révèle aucune information non pertinente, ils sont responsables de l'élaboration du mécanisme permettant de le faire. Dans l'intérêt d'une divulgation générale dans un contexte moderne, je considère que, lorsqu'elle est disponible, l'information en format électronique doit être produite. »

³⁰ (1989), O.R. (2d) 65 (H.C.J.).

Récemment, dans l'arrêt *Northwest Mettech Corp. c. Metcon Service Ltd.*³¹, le tribunal refusa d'ordonner aux défendeurs de communiquer le contenu complet d'un disque dur et ordonna uniquement la communication des données pertinentes qui étaient enregistrées ou mises en mémoire sur le disque. Le tribunal jugea que le disque dur était simplement un support de stockage ou un classeur contenant des documents électroniques, et que les défendeurs n'avaient pas l'obligation de divulguer ou de communiquer tous les documents électroniques contenus dans le classeur, de même que si le classeur contenait des documents papier. Le tribunal ordonna par contre aux défendeurs de signifier un affidavit permettant de vérifier tous les dossiers concernant le litige qui étaient enregistrés ou mis en mémoire sur le disque dur. Dans des circonstances appropriées, après avoir pris les précautions nécessaires afin de protéger les informations privilégiées ou confidentielles,³² un tribunal pourrait être enclin à autoriser l'accès à un disque dur ou un autre support informatique, ou permettre une inspection.³² Ceci signifie que l'accès pourrait être permis dans le cadre d'une enquête dont l'objectif est, par exemple, la récupération d'informations supprimées.

Commentaire 1.b. Lois sur le commerce électronique et amendements aux lois sur la preuve

La plupart des provinces ont adopté des lois prévoyant des lignes directrices sur l'utilisation d'outils électroniques afin de créer et de gérer des documents, ainsi que d'effectuer des transactions de commerce électronique.³³ Ces lois prévoient qu'une information ne peut être privée d'un effet juridique ou de sa force exécutoire pour l'unique raison qu'elle est sous forme électronique.

Les lois n'exigent pas qu'une personne utilise ou accepte l'information sous forme électronique, mais son consentement peut être déduit de ses actes. L'exigence qu'une information soit fournie par écrit est généralement satisfaite si celle-ci est accessible et utilisable pour consultation ultérieure.

Présentement, les lois au Canada prévoient des mesures pour faciliter l'admissibilité en preuve des ISE devant les tribunaux, incluant l'établissement de présomptions concernant l'intégrité de l'information électronique et de procédures d'introduction de ces éléments de preuve et de contestation de l'admissibilité, l'exactitude et l'intégrité de ces derniers. En général, les lois n'ont pas pour effet de modifier l'application des règles de common law ou d'origine législative applicables à l'admissibilité en preuve de documents, à l'exception de celles régissant l'authentification et la meilleure preuve³⁴.

³¹ 1996 CanLII 1056 (B.C.S.C.).

³² Voir *Nicolardi c. Daley*, [2002] O.J. No. 595 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) (QL).

³³ Le Yukon, l'Île-du-Prince-Édouard, l'Ontario, la Nouvelle-Écosse et Terre-Neuve ont adopté respectivement: la *Loi sur le Commerce électronique*, L.R.Y. 2000, c. 66; la *Electronic Commerce Act*, R.S.P.E.I. 1998, c. E-4.1; la *Loi de 2000 sur le Commerce électronique*, L.O. 2000, c. 17; la *Electronic Commerce Act*, S.N.S. 2000, c. 26; et la *Electronic Commerce Act*, S.N.L. 2001, c.E-5.2. L'Alberta, le Nouveau-Brunswick et la Colombie-Britannique ont adopté des lois similaires: la *Electronic Transactions Act*, S.A. 2001, c. E-5.5; la *Loi sur les Opérations électroniques*, L.N.-B. 2001, c. E-5.5; et la *Electronic Transactions Act*, S.B.C. 2001, c. 10. La loi du Manitoba s'intitule la *Loi sur le commerce et l'information électroniques*, C.P.L.M., c. E55. La loi de la Saskatchewan s'intitule la *Electronic Information and Documents Act*, S.S. 2000, c. E-7.22.

³⁴ À titre d'exemples, voir l'article 34.1 de la *Loi sur la Preuve*, L.R.O. 1990, ch. E.23 et les articles 5, 6 et 7 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.R.Q. c. C-1.1.

Principe 2

Dans toute instance, les parties devraient s'assurer que les étapes suivies dans le cadre de l'administration de la preuve sont proportionnelles, eu égard à (i) la nature et l'importance du litige, incluant l'importance et la complexité des questions en litige, des intérêts et des montants en jeu; (ii) la pertinence des informations sur support électronique disponibles; (iii) l'incidence des informations sur support électronique sur le processus décisionnel du tribunal dans chaque instance; et aux (iv) coûts, fardeau et délais que les parties devront assumer afin de gérer les informations sur support électronique.

L'utilisation accrue des ordinateurs et de l'Internet a facilité la création d'une grande quantité d'ISE, augmentant de façon exponentielle les coûts et le fardeau liés à l'administration de la preuve, auparavant limités à l'analyse de documents papier. Même les litiges dont les montants en jeu sont minimes et les questions en litige simples peuvent générer des quantités importantes d'ISE. Les parties devraient adopter une approche pratique et efficace dans le cadre de l'administration de la preuve électronique afin de s'assurer que le fardeau lié à ce processus soit proportionnel à l'importance des questions en litige, des intérêts et des montants en jeu. En l'absence d'une telle approche, les coûts excessifs liés à l'administration de la preuve électronique pourraient faire obstacle à la résolution équitable d'un litige.

Les coûts sont non seulement associés à la récupération et à la communication en format lisible de documents électroniques, mais également à la recherche des éléments pertinents et des informations privilégiées et à la communication des documents à la partie adverse. Il existe des facteurs non pécuniaires, tels que la possibilité d'atteinte à la vie privée des parties et le risque de divulgation d'informations confidentielles ou privilégiées. L'administration de la preuve électronique peut occasionner un surplus travail pour le personnel des technologies de l'information et exiger un volume important de ressources de l'organisme en question.

Les tribunaux tiennent souvent compte des coûts associés à l'administration de la preuve dans le but de s'assurer que les différends sont réglés de façon équitable et rapide par une décision sur le fond³⁵. Les tribunaux ont refusé d'ordonner la communication de documents lorsque les parties ont démontré qu'une telle communication occasionnerait des coûts ou des inconvénients (c.-à-d., divulgation d'informations confidentielles ou atteinte à la vie privée) qui étaient disproportionnés eu égard à la valeur probante de ces documents³⁶.

³⁵ Les règles de pratique, ou leur équivalent dans les autres juridictions canadiennes (incluant les règles des cours fédérales), contiennent une disposition qui souligne l'importance primordiale de respecter la règle de la proportionnalité dans le cadre de toutes les procédures judiciaires. L'annexe « B » prévoit la citation pour les règles de pratique de chacune des juridictions.

³⁶ *Goldman, Sachs & Co. c. Sessions*, 2000 BCSC 67 (IJCAn) (le tribunal refusa d'ordonner la production de documents puisque les délais et les coûts liés à la production de ces documents et le risque de divulgation d'informations confidentielles étaient disproportionnés eu égard à la valeur probante des documents); *Ireland c. Low*, 2006 BCSC 393 (IJCAn) (le tribunal refusa d'ordonner la production d'un disque dur puisque le risque d'atteinte à la vie privée était disproportionné eu égard à la valeur probante); *Baldwin Janzen Insurance Services (2004) Ltd. c. Janzen* (2006), 53 B.C.L.R. (4th) 329 (S.C.), 2006 BCSC 554 (IJCAn) (le tribunal refusa d'ordonner la production d'un disque dur en raison des circonstances particulières de l'affaire); *Desgagne c. Yuen* (2006), 56 B.C.L.R. (4th) 157 (S.C.), 2006 BCSC 955 (IJCAn) (le tribunal refusa d'ordonner la production d'un disque dur, des métadonnées et de l'historique d'un navigateur Web puisque, notamment, la nature envahissante de l'ordonnance demandée était disproportionnée eu égard à la valeur probante limitée de l'information qui serait probablement recueillie).

Commentaire 2.a. La règle de la proportionnalité

Plusieurs provinces canadiennes ont pris des initiatives afin de s'assurer que les procédures liées à la communication de documents respectent la règle de la proportionnalité. En Colombie-Britannique, par exemple, la règle 68 des *Supreme Court Rules*³⁷ vient modifier les règles de procédure ordinaires pour certains litiges dont les montants en jeu sont inférieurs à 100 000 \$, prévoyant que le tribunal doit considérer ce qui est raisonnable eu égard aux montants en jeu. La règle 68 limite les délais pour la présentation des demandes interlocutoires et restreint la portée généralement large du processus de communication de la preuve. Plus particulièrement, une partie doit énumérer seulement les documents énoncés dans ses actes de procédure, les documents auxquels elle entend faire référence lors du procès et tous les documents qui sont sous son contrôle et qui pourraient être utilisés pour prouver ou réfuter un fait important durant le procès. Le tribunal a le pouvoir d'exiger des documents supplémentaires, mais doit tenir compte des difficultés et des coûts liés à la recherche et à la communication de ces documents. La règle 66 des *Supreme Court Rules* concernant la procédure simplifiée, est une autre initiative de la Colombie-Britannique qui vient modifier les règles de procédure ordinaires dans certains cas dans le but de permettre la résolution plus rapide et moins dispendieuse de certains dossiers dont le procès peut prendre moins de deux jours. La règle 76 des *Règles de procédure civile de l'Ontario R.R.O. 1990*, règl. 194, qui prévoit que la procédure simplifiée est obligatoire dans la plupart des dossiers civils dont les montants en jeu sont de moins de 50 000 \$, vient également modifier les règles de procédure ordinaires pour tenir compte des montants en jeu relativement minimes dans certains dossiers.

Récemment, le Juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a promulgué une directive de pratique sur la preuve électronique (en vigueur à compter du 1^{er} juillet 2006)³⁸, dans laquelle on retrouve des normes préétablies qui s'appliquent par défaut concernant l'utilisation des technologies dans la préparation et la gestion des litiges civils, incluant la communication de documents en format électronique (que la version originale de ces documents soit en format électronique ou non). L'article 6.1 de cette directive prévoit la possibilité de modifier la portée du processus de communication de la preuve afin de tenir compte des circonstances particulières d'une affaire. Par exemple, elle recommande que les parties se rencontrent afin de restreindre la portée du processus de communication de la preuve électronique lorsque les règles de procédure ordinaires seraient trop lourdes, oppressives et occasionneraient des coûts trop importants eu égard à l'importance probable des documents électroniques³⁹.

La règle de la proportionnalité a été établie afin d'éviter que les délais et les coûts limitent l'accès à la justice.

³⁷ B.C. Reg. 221/90.

³⁸ *Electronic Evidence Project*, en ligne: Courts of British Columbia <<http://www.courts.gov.bc.ca/sc/ElectronicEvidenceProject/ElectronicEvidenceProject.asp>>.

³⁹ Discovery Task Force, *Guidelines for the Discovery of Electronic Documents in Ontario*, (2005) en ligne: Association du Barreau de l'Ontario <http://www.oba.org/en/pdf_newsletter/E-discoveryGuidelines.pdf>, Principe 2.

L'article 4.2 du Code de procédure civile⁴⁰ prévoit que « dans toute instance, les parties doivent s'assurer que les actes de procédure choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigés, proportionnés à la nature et à la finalité de la demande et à la complexité du litige; le juge doit faire de même à l'égard des actes de procédure qu'il autorise ou ordonne. »

De plus, la règle de la proportionnalité doit être interprétée conjointement avec l'article 4.1 du Code de procédure civile⁴¹ qui énonce que « les parties à une instance sont maîtres de leur dossier dans le respect des règles de procédure et des délais prévus au présent code et elles sont tenues de ne pas agir en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive ou déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi. »

La règle de la proportionnalité a été appliquée afin d'ordonner la communication de documents sur des disques compacts⁴², de permettre l'interrogatoire d'un témoin après défense par vidéoconférence⁴³, mais aussi dans le but de mettre fin à un interrogatoire dans le cadre duquel le nombre de documents requis ainsi que le nombre de questions posées étaient déraisonnables⁴⁴.

Bien que « le tribunal veille au bon déroulement de l'instance et intervient pour en assurer la saine gestion», selon le deuxième paragraphe de l'article 4.1 du Code de procédure civile, le respect de la règle de la proportionnalité doit être assuré de prime abord par les parties elles-mêmes, tel qu'il appert de l'article 4.2 du Code de procédure civile⁴⁵.

40 Code de procédure civile, L.R.Q., c. C-25.

41 9103-3647 Québec Inc. c. Rock Couët, 2003 IJCan 14311 (Cour supérieure du Québec).

42 Citadelle, Cie d'assurance générale c. Montréal (Ville), 2005 IJCan 24709 (Cour supérieure du Québec).

43 Entreprises Robert Mazeroll Ltée c. Expertech - Batisseur de réseaux Inc., 2005 IJCan 131 (Cour du Québec).

44 Ryan Parsons c. Communismed Inc. (14 avril 2005), J.E. 2005-1042 (Cour du Québec).

45 Luc CHAMBERLAND, La Règle de proportionnalité : À la recherche de l'équilibre entre les parties?, La réforme du Code de procédure civile, trois ans plus tard, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006.

Principe 3

Les avocats et les parties devraient se rencontrer dès que possible et régulièrement afin de discuter de l'identification, la préservation, la collecte, l'analyse et la communication des informations sur support électronique.

Commentaire 3.a. Rencontres fréquentes

Le but des rencontres de concertation est d'identifier et de résoudre le plus rapidement possible les problèmes et les questions liés à l'administration de la preuve électronique. Les participants sauront mieux à quoi s'attendre dans ce domaine.

Dans ces Principes, la collaboration entre les parties est encouragée dans le cadre de l'administration de la preuve, reflétant ainsi les nouvelles tendances au Canada⁴⁶. Le concept des rencontres de concertation provient de la règle 26(f) des *Federal Rules of Civil Procedure* des États-Unis⁴⁷.

Une version modifiée de ce concept a été reprise dans le Principe 8 des *Ontario Task Force Guidelines*.

Au Québec, des modifications au Code de procédure civile ont introduit la notion de « rencontre de concertation » en exigeant que les parties s'entendent sur le déroulement de l'instance avant la présentation de la demande introductive. Un chapitre complet concernant la gestion de l'instance a été ajouté au Code de procédure civile afin de s'assurer que les parties soient maîtres de leurs dossiers conformément au nouvel article 4.1 du Code de procédure civile⁴⁸.

Conformément au présent principe, afin de s'assurer de l'efficacité pour toutes les parties de l'administration de la preuve, il est nécessaire de prévoir des rencontres dès que possible. Toute décision prise dès l'anticipation d'un litige quant au processus d'administration de la preuve électronique aura une incidence importante sur le déroulement de l'instance, sans parler des coûts potentiels liés à la communication de la preuve. Le fait d'entamer des discussions sur les ISE dès que possible dans le cadre du processus évite des débats subséquents.

⁴⁶ Voir les paragraphes 8 et 9 de l'arrêt *Wilson c. Servier Canada Inc.*, 2002 IJCan 3615 (Cour supérieure de justice de l'Ontario):

« [TRADUCTION] L'approche générale adoptée par les défendeurs dans le cadre du litige a nuí au demandeur et au bon déroulement du processus de production. En partant du principe que les litiges sont de nature contradictoire, tel que mentionné par l'avocat principal des défendeurs, ces derniers ont été, en général, peu coopératifs et ont forcé le demandeur à procéder par requête à pratiquement chaque étape du litige afin de faire avancer le dossier.

Je ne partage pas cet avis. Contrairement à d'autres caractéristiques propres aux poursuites civiles en Ontario, dans le cadre de la communication des documents, chaque partie a l'obligation unilatérale de divulguer tous les documents pertinents qui ne contiennent pas d'informations privilégiées. L'objectif avoué des avocats des défendeurs est contraire à l'esprit même de cette étape importante du litige. »

Voir également le paragraphe 3 de l'arrêt *CIBC World Markets c. Genuity Capital Markets*, 2005 IJCan 3944 (Cour supérieure de justice de l'Ontario). L'honorable Farley J. exigea que les avocats participent à une rencontre de concertation:

« [TRADUCTION] À mon avis, il serait souhaitable que les parties se rencontrent le plus tôt possible afin d'établir un échéancier des procédures. Je demanderais aux avocats de m'aviser conjointement de la date à laquelle ils prévoient me fournir cet échéancier. ... Le tribunal s'attend à ce que les parties et les avocats règlent leurs problèmes et leurs difficultés de la façon la plus raisonnable, pratique et rapide possible sans porter atteinte aux droits véritables de quiconque. ... Hormis certaines disputes devant le tribunal, les avocats ont travaillé en collaboration et ont agi de façon raisonnable eu égard aux principales préoccupations. »

Voir également l'arrêt *Sycor Technologies c. Kiaer*, 2005 IJCan 46736 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) où il était question de coûts d'environ 50 000 \$ rien que pour l'impression des courriels qui devaient être produits. Le tribunal indiqua qu'il était nécessaire de travailler en collaboration et de façon pragmatique et raisonnable et renvoya les avocats pour qu'ils établissent une méthode efficace à suivre dans le cadre de la production conformément aux *Ontario Guidelines*.

⁴⁷ U.S., H.R.J., Res. 2, *Federal Rules of Civil Procedure*, 109th Cong., 2005, 26 f).

⁴⁸ *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, art. 151.1 à 151.23.

Dans le Principe 3, il est prévu une série de rencontres plutôt qu'une seule. Cette série de rencontres sert à aider les avocats lorsque surgissent des problèmes techniques imprévus. Dans certains cas, la quantité de données à être recueillies et analysées est sous-estimée, et les mots-clés utilisés pour la sélection de données pourraient devoir être modifiés si la recherche n'est pas concluante ou si les résultats ne sont pas suffisamment précis. Les autres parties doivent en être informées, sans quoi toute entente conclue lors de la rencontre de concertation initiale pourrait facilement se volatiliser.

Commentaire 3.b. Participants aux rencontres

Selon le Principe 3, les avocats et les parties devraient participer aux rencontres de concertation puisque bon nombre des questions qui y sont soulevées ne se limitent pas au domaine juridique. Bien que ces rencontres doivent se dérouler conformément aux règles de procédure et de droit substantiel, d'importantes questions techniques et stratégiques surgissent et peuvent souvent dépasser les connaissances et l'expérience des avocats.

Une rencontre de concertation ressemble à plusieurs égards à une réunion de planification dans le domaine des affaires : elle aura de meilleures chances de succès si les bonnes personnes sont présentes, si l'ordre du jour est établi à l'avance, si les participants sont bien préparés et si les décisions prises sont notées et respectées. Dans le cadre des recours collectifs et des dossiers impliquant plusieurs parties, il est important d'obtenir les points de vue de ces dernières.

Selon la nature du dossier et l'importance du litige, la préparation de la rencontre devrait inclure la collecte d'informations auprès des personnes-ressources au sein de la société cliente, telles que :

1. Le responsable des relations commerciales ou des gestionnaires qui connaissent bien les aspects touchant les opérations et les projets objet de la poursuite, ainsi que les acteurs principaux au sein de la société;
2. Une personne qui soit au fait des protocoles de la société en matière de gestion des documents et des informations; et
3. Le responsable des technologies de l'information ou des gestionnaires qui maîtrisent les systèmes de réseau, de courrier électronique, de communication et de sauvegarde de la société.

Dans de nombreux cas, chaque partie à une telle rencontre pourrait tirer profit de la présence d'un spécialiste en administration de la preuve électronique ayant une connaissance approfondie des aspects techniques de cette dernière.

Commentaire 3.c. Préparation des rencontres

Les avocats devraient se présenter aux rencontres de concertation prêts à aborder des sujets importants de façon approfondie : provenance des ISE potentiellement pertinentes, étapes à suivre afin de préserver ces dernières, mesures à prendre afin de définir et de restreindre l'étendue des ISE qui devront être analysées et communiquées.

Identification⁴⁹

Afin de se préparer convenablement pour la rencontre de concertation, les avocats devraient consulter le personnel des technologies de l'information, les fournisseurs externes de services, les utilisateurs et d'autres personnes pour bien comprendre les processus de création, d'utilisation et de conservation des ISE par ou pour le client.⁵⁰

Préservation

Lors des rencontres de concertation, les parties devraient établir quelles ISE sont pertinentes dans le cadre du litige et prévoir les mesures nécessaires afin de les préserver. Faute d'une entente, les parties devraient demander d'urgence l'intervention du tribunal afin d'éviter la destruction d'ISE pertinentes.

Collecte et traitement

Les parties devraient également établir les mesures qu'elles prendront pour restreindre la quantité des ISE potentiellement pertinentes afin que cette quantité soit raisonnable et proportionnée eu égard à la nature du litige en question. Les paramètres généralement utilisés afin de restreindre l'étendue des ISE comprennent les noms des principaux acteurs, les échéanciers, les types de données essentielles, les principaux systèmes (p. ex., comptabilité), l'élimination des doubles et les mots-clés.

À cet effet, les parties et leurs avocats devraient s'entendre à l'avance sur 1) l'utilisation de critères de recherche afin d'extraire certaines ISE très pertinentes; 2) les types de critères de recherche qui seront utilisés; 3) le processus général à suivre dans le cadre de l'application desdits critères; et 4) les mots-clés qui seront utilisés. Par contre, faute d'entente, les parties devraient être prêtes à divulguer les paramètres utilisés dans le cadre de leurs recherches, à dévoiler l'étendue des documents qu'elles communiqueront et à préciser les sources d'information ou les documents potentiels qui n'ont pas encore fait l'objet de recherches.

⁴⁹ Les *Ontario Guidelines* font référence au concept plus restreint de la « localisation » plutôt que de l'« identification » des sources potentielles de données pertinentes.

⁵⁰ Voir le paragraphe 27 de l'arrêt *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Air Canada* (1re inst.) (2000), [2001] 1 C.F., 219.

2000 IJCan 17157 (F.C.1re inst.): « L'avocat du commissaire a indiqué que, lorsque le commissaire a demandé l'ordonnance visée à l'article 11, il ne connaissait pas les pratiques d'archivage des documents d'Air Canada. Il a indiqué que, s'il y a des difficultés réelles pour répondre aux demandes qui sont liées à la forme sous laquelle elles sont faites, cela devrait faire l'objet de discussions entre avocats, avant que le tribunal ne soit appelé à trancher par la suite cette question. Cet aspect de la présente requête d'Air Canada a par conséquent été mis de côté pour permettre de telles discussions. »

Analyse

Quant à l'analyse des ISE recueillies, les parties devront s'entendre sur l'étendue de l'analyse et décider si celle-ci sera effectuée manuellement ou à l'aide d'outils technologiques. Les parties devraient également s'entendre sur les méthodes visant à protéger les informations privilégiées.

Communication

Les avocats devraient s'entendre sur le format de transmission des documents qui seront communiqués – par exemple, si les ISE seront communiquées en format natif ou TIFF⁵¹. Les avocats bénéficieront d'une discussion détaillée, tant dans les cas où les documents en cause sont en format papier que dans les cas plus communs où ils existent en format papier et en format numérique.⁵²

Échéancier

Lors des rencontres de concertation, les avocats devraient s'entendre sur un échéancier et sur les délais nécessaires au traitement, à l'analyse et à la communication des ISE et prévoir des rencontres tout au long du litige, ainsi qu'un mode de règlement des conflits favorisant la résolution d'éventuelles difficultés.

Exemple i: Un fabricant, défendeur dans le cadre d'une action en responsabilité du manufacturier, émet un avis de préservation à la division des opérations, capture les disques durs et le serveur de courrier électronique de douze chefs de la production et utilise une longue liste de mots-clés rédigée par les avocats à l'interne afin de procéder à la sélection de données. Des avocats à l'externe analysent pendant six mois les données avant leur communication, pratiquement un an après le début des procédures.

La partie qui a reçu l'information se plaint maintenant que a) toutes les données provenant du service de commercialisation concernant le produit défectueux auraient également dû être préservées; b) les courriels de huit autres gestionnaires, dont quatre ont quitté la société depuis, auraient dû être préservés et analysés; c) la liste des mots-clés est trop limitée selon son expert en administration de la preuve électronique; et d) les bandes de sauvegarde contenant des éléments de preuve d'une très grande valeur probante auraient dû être restaurées puisque les archives des courriels des utilisateurs actifs sont purgées tous les 90 jours conformément à la politique de gestion documentaire de la compagnie.

La préservation, la collecte, le traitement, l'analyse et la communication seront traités de façon plus approfondie dans les Principes 4 à 8.

⁵¹ Pour trouver la définition de certains termes, voir The Sedona Conference Glossary for E-discovery and Digital Information Management, <http://www.thesedonaconference.org/>, sous la rubrique « Publications ».
⁵² Voir le paragraphe 66 de l'arrêt Logan c. Harper, 2003 IJCan 15592 (Cour supérieure de justice de l'Ontario): «[TRADUCTION] Avant l'indexation et la numérisation des documents, les parties devraient s'entendre quant à la méthode d'identification et d'organisation des documents, ainsi que quant à leur format électronique. Une entente quant à l'utilisation d'un système mutuellement acceptable permettrait de réduire les délais et les coûts et d'éviter toute forme de confusion. Peut-être que Santé Canada possède un système d'indexation et d'identification qu'il serait souhaitable d'adopter. »

Principe 4

Dès qu'il est raisonnable d'anticiper une poursuite, les parties devraient immédiatement envisager leur obligation de prendre de bonne foi des mesures raisonnables afin de préserver les ISE potentiellement pertinentes.

Commentaire 4.a. Étendue de l'obligation de préservation

Il doit exister un équilibre entre le respect de l'obligation de préservation de la preuve, qui comprend évidemment la préservation des ISE, et le droit d'une partie de poursuivre les opérations nécessaires à la gestion des ISE d'une manière raisonnable sur le plan économique, incluant dans certains cas l'écrasement régulier de celles-ci. Il serait déraisonnable de s'attendre à ce que les sociétés prennent tous les moyens imaginables afin de préserver toutes les ISE potentiellement pertinentes. Ainsi, dans la mesure où l'écrasement des ISE fait partie des pratiques raisonnables et préétablies d'une partie - plutôt que la destruction intentionnelle et négligente d'éléments de preuve en prévision ou dans le cadre d'une enquête ou d'un litige – une telle pratique devrait être permise après le début des procédures, dans la mesure où celle-ci n'a pas pour effet d'écraser des ISE pertinentes qui ne seraient pas préservées ailleurs.

Commentaire 4.b. La préparation de l'administration de la preuve électronique réduira les coûts et les délais

Les coûts liés à l'administration de la preuve électronique peuvent être maîtrisés en suivant les démarches nécessaires afin de préparer les systèmes et leurs utilisateurs en prévision d'un litige ou d'une enquête.

Ces démarches comprennent l'établissement de procédures et de politiques de préservation et de production des ISE potentiellement pertinentes et de processus d'identification, de localisation, de récupération, d'évaluation, de préservation, d'analyse et de communication des données. Une politique de conservation des documents devrait fournir des lignes directrices concernant la conservation et la destruction régulières des ISE et des documents papier, ainsi que prévoir les modifications nécessaires à ces lignes directrices dans l'éventualité d'un litige.

La préparation permettra aux parties de fournir des précisions au tribunal quant aux coûts et au fardeau en cas de refus de se soumettre à des demandes supplémentaires de communication de documents ou en cas de demandes visant à faire assumer les coûts par la partie qui reçoit les documents dans certains cas. La préparation permet également de mitiger les risques d'omission de préservation ou de communication

d'éléments de preuve provenant de systèmes informatiques (et, ce faisant, de limiter les sanctions et autres conséquences négatives). En somme, une approche bien définie et raisonnable sur le plan économique sera utile dans le cadre de la gestion des coûts liés à l'administration de la preuve en général.

Commentaire 4.c. Mesures à prendre pour préserver des données

Les parties devraient prendre de bonne foi des mesures raisonnables afin de préserver les informations pertinentes dans le cadre d'un litige.⁵³ Dans les juridictions de common law, l'obligation de préservation sera soulevée lorsqu'une procédure a déjà été déposée, mais pourrait également être soulevée lorsqu'il est raisonnable d'envisager que certains éléments de preuve pourraient être pertinents dans le cadre d'un litige éventuel.⁵⁴ En raison de la nature dynamique des ISE, les délais peuvent multiplier les possibilités d'allégations selon lesquelles des éléments de preuve pertinents ont été détruits.⁵⁵ Un plan proactif en matière de préservation permettra à une partie de répondre de façon utile aux requêtes concernant l'administration de la preuve ou aux ordonnances des tribunaux. L'étendue de ce qui doit être préservé et les démarches jugées raisonnables peuvent varier considérablement en fonction de la nature des réclamations et des informations en cause.⁵⁶ Cela dit, les parties qui doivent préserver des documents devraient envisager les demandes futures de communication de données pertinentes afin d'éviter la répétition de certaines démarches à l'avenir.

Commentaire 4.d. Avis concernant l'obligation de préservation dans les juridictions de common law

Dès qu'une poursuite⁵⁷ déclenche une obligation de préservation, la partie visée devrait envoyer un avis signalant aux personnes intéressées l'étendue de cette obligation et la nécessité de préserver des informations pertinentes en formats papier et électronique. La forme, le contenu et la distribution de cet avis pourront varier considérablement selon les circonstances propres à chaque affaire. L'avis peut aussi concerner des tiers qui ont à leur disposition, en leur possession ou sous leur garde des informations pertinentes aux faits en litige.

Exemple i: Une compagnie reçoit une réclamation alléguant que son site Web contient des informations fausses ou trompeuses à propos de ses produits. Cette compagnie utilise les services d'un prestataire de services d'infogérance pour la gestion de ses courriels et de son site Web. En vertu du contrat de service, la compagnie exige que ledit prestataire fasse des copies de sauvegarde chaque semaine du site Web et conserve ces dernières pendant six mois, après quoi le prestataire doit conserver seulement la dernière copie du mois. La compagnie demande au prestataire de suspendre la rotation des bandes de sauvegarde pour lui permettre d'identifier les bandes qui contiennent la version du site Web correspondant à la période pertinente dans le cadre de la réclamation.

⁵³ Voir le paragraphe 27 dans l'affaire *Doust c. Schatz* (2002), 227 Sask. R. 1 (C.A.), [2002] SKCA 129 (IJCAn): «TRADUCTION L'intégrité de l'administration de la justice dans les dossiers civils et criminels dépend en grande partie de l'honnêteté des parties et des témoins. La spoliation de documents pertinents est un sujet important. Notre système de divulgation et de production de documents dans le cadre des litiges civils prévoit que les documents pertinents seront préservés et produits conformément aux exigences prévues dans la loi: voir *Livesey (Jenkins) c. Jenkins* [1985] 1 All E.R. 106, 62 N.R. 23 (H.L.); *Ewing c. Ewing* (No. 1) (1987), 56 Sask. R. 260; *Ewing c. Ewing* (No. 2) (1987), 56 Sask. R. 263 (Sask. C.A.); *Vagi et al. c. Peters* [1990] 2 W.W.R. 170; R. c. *Foster and Walton-Ball* (1982), 17 Sask. R. 37 (Sask. C.A.), et *Rozen c. Rozen* 2002 BCCA 537, 30 R.F.L. (5th) 207, 173 B.C.A.C. 102, 283 W.A.C. 102 (B.C.C.A.). Chaque partie a l'obligation de préserver les documents dont elle connaît, ou devrait raisonnablement connaître, la pertinence dans le cadre d'un litige. Le processus de communication de documents dans le cadre des litiges civils est essentiel au déroulement d'un procès équitable. La destruction de documents pertinents nuira à un tel déroulement ».

⁵⁴ Puisque les politiques de conservation et les plans en matière de préservation servent des fins différentes, les sociétés pourraient devoir agir rapidement dès qu'un litige est envisageable afin de suspendre toute destruction d'information et de préserver des éléments de preuve.

⁵⁵ Pour en savoir davantage sur la spoliation d'éléments de preuve à titre de délit indépendant, voir *North American Road Ltd. c. Hitachi Construction*, [2006] A.W.L.D. 1144 (Alta. Q.B.), 2005 ABQB 847 (IJCAn), paragraphes 16 et 17; *Spasic Estate c. Imperial Tobacco Ltd., et al.* (2000), 49 O.R. (3d) 699 (C.A.), 2000 IJCAn 17170 (Ont. C.A.).

⁵⁶ Contrairement aux États-Unis, où il existe plusieurs jugements et commentaires concernant la préservation des documents électroniques, la législation canadienne dans ce domaine est encore en développement. Le fait que plusieurs tribunaux canadiens se soient inspirés des tribunaux américains afin de définir l'étendue de l'obligation de préservation ne devrait pas surprendre. Le jugement rendu par la *District Court for the Southern District of New York* dans *Zubulake c. UBS Warburg LLC* 220 F.R.D. 212, 217 (S.D.N.Y. 2003) prévoit des lignes directrices concernant l'étendue de l'obligation de préservation de certains documents électroniques et les conséquences liées au défaut de préserver ces documents. Au paragraphe 7, le tribunal décrit l'étendue de cette obligation de la façon suivante: «[TRADUCTION] Est-ce qu'une compagnie a l'obligation de préserver chaque bout de papier, courriel, document électronique ou bande sauvegarde en cas de menace de poursuite? La réponse à cette question est manifestement négative. Une telle règle paralyserait les grosses compagnies, comme UBS, qui sont pratiquement toujours partie à des litiges. Ce faisant, en général, une partie n'a pas l'obligation de préserver toutes les bandes de sauvegarde, même lorsqu'un litige est raisonnablement envisageable ».

⁵⁷ Ceci s'applique également aux enquêtes internes (p. ex., fraude) ou externes (p. ex., par un organisme gouvernemental).

L'avis devrait décrire de façon détaillée les informations qui doivent être préservées afin que les personnes qui les détiennent puissent les identifier, les séparer et les préserver. De plus, dans certains cas, l'avis devra prévoir la préservation de l'information se retrouvant à plusieurs endroits (p. ex., les éléments de preuve électronique peuvent exister à plus d'un endroit à la fois: sur un réseau, un poste de travail, un ordinateur portatif, un terminal mobile de poche (« blackberry »), un assistant numérique personnel (« PDA »), un téléphone cellulaire, un système de messagerie vocale, etc.), selon les circonstances. L'avis devrait également préciser que les ISE sont de nature volatile et que des mesures particulières doivent être prises afin d'éviter que ces informations soient altérées, supprimées ou détruites.

Exemple ii: On soupçonne un ancien employé d'avoir dérobé des renseignements sur les clients et des copies de plans et devis lors de sa démission afin de fonder une entreprise concurrente. Les systèmes peuvent générer des rapports électroniques qui peuvent être envoyés par courriel à un destinataire. Il serait donc nécessaire de demander aux membres du groupe des technologies de l'information de la compagnie de préserver les registres des activités ainsi que les courriels provenant du compte de l'ancien employé. Le groupe des technologies de l'information de la compagnie devrait empêcher que le poste de travail de l'employé soit « nettoyé » et qu'un autre membre de la compagnie ne l'occupe afin de préserver toutes les informations enregistrées localement permettant de vérifier les activités de l'employé en question, ou l'utilisation d'un système de courrier électronique public (p. ex., yahoo, hotmail) pour transmettre l'information.

Par contre, les meilleurs éléments de preuve dans ces cas sont souvent détenus par l'ancien employé. Voir le Commentaire 4.g. sur les ordonnances Anton Piller.

L'avis devrait prévoir la préservation de l'ensemble de l'information qui doit être préservée en vertu de l'obligation de préservation. Par contre, il ne devrait généralement pas exiger la suspension des politiques et procédures habituelles de gestion documentaire.

L'avis ne devrait pas être envoyé à tous les employés, mais seulement à ceux qui sont raisonnablement susceptibles de détenir des documents potentiellement pertinents dans le cadre du litige ou de l'enquête. L'avis devrait également être envoyé aux personnes responsables de l'entretien et de l'opération des systèmes ou fichiers informatiques qui doivent être préservés en vertu de l'obligation de préservation et qui n'ont pas de détenteurs ou titulaires identifiables.

L'avis de préservation doit être communiqué de façon claire aux destinataires et être accompagné d'instructions précises. Il conviendrait de renvoyer l'avis périodiquement et de s'assurer qu'il soit communiqué aux nouveaux employés. Lorsque l'obligation de préservation s'applique à des documents et des données qui s'échelonnent sur une période de temps très longue ou qui se prolonge encore, les sociétés devraient établir une façon de procéder lorsque les systèmes, le matériel et les supports, contenant des informations pertinentes et uniques, pourraient être remplacés suite à des mises à niveau technologiques.

Commentaire 4.e. L'obligation de préservation au Québec

Dans le cadre d'un litige, les obligations des parties en vertu du droit civil québécois sont différentes de celles des juridictions de common law. Par exemple, l'obligation de divulguer les documents à la partie adverse est limitée aux documents auxquels la partie qui communique entend se référer à titre de pièces lors du procès. La partie qui reçoit les documents peut également requérir certains documents précis dans le cadre de l'administration de la preuve.

Il n'existe aucune obligation explicite de préserver les ISE à l'avance en prévision d'un litige, autre que l'obligation générale d'éviter d'agir avec l'intention de causer un préjudice à une autre personne ou d'éviter d'agir de façon excessive ou déraisonnable, ce qui serait contraire aux exigences de bonne foi prescrites par le Code civil du Québec.

Par ailleurs, selon l'article 438 du Code de procédure civile, celui qui, prévoyant être partie à un litige, a raison de craindre qu'une preuve dont il aurait besoin se perde ou ne devienne plus difficile à présenter, peut demander par requête présentée au tribunal que soit examinée par une personne de son choix toute chose dont l'état peut influencer sur le sort du litige prévu.

Commentaire 4.f. Aucun besoin de mesures extraordinaires

La définition de l'étendue de l'obligation de préservation d'informations pertinentes découle des principes de la common law⁵⁸. Une enquête raisonnable effectuée de bonne foi afin d'identifier et de préserver les données actives et archivées devrait être suffisante.

Une partie ne devrait pas avoir l'obligation de chercher et de préserver des informations supprimées, fragmentées ou écrasées à moins qu'elle ait connaissance d'informations pertinentes qui ne peuvent être⁵⁹ obtenues qu'à partir de ces sources ou qu'une entente ou une ordonnance du tribunal existe à cet effet.

Commentaire 4.g. Ordonnances de préservation

Dans certains cas, il peut être nécessaire d'obtenir une ordonnance du tribunal afin de s'assurer que les ISE soient préservées. Par exemple, les ordonnances Anton Piller, qui permettent à une partie de copier ou de détenir les éléments de preuve que détient une autre partie, ont été utilisées fréquemment dans la majorité des provinces canadiennes lorsqu'une partie a raison de croire que des ISE pertinentes seront détruites par la partie adverse. Une telle ordonnance, qui est un recours extraordinaire, est émise dans des circonstances limitées (p. ex., lorsqu'il est nécessaire que le demandeur puisse examiner les ISE afin que justice soit rendue entre les parties et qu'il existe un risque sérieux que des éléments de preuve cruciaux soient détruits). Récemment dans l'arrêt *Celanese Canada Inc.c. Murray Demolition Corp.*⁶⁰, la Cour suprême du Canada a établi des lignes directrices à suivre lors de l'émission et de l'exécution d'une ordonnance Anton Piller.

⁵⁸ Les *Ontario e-discovery guidelines* sont une source d'information utile : Discovery Task Force, "Guidelines for the discovery of Electronic Documents" (2005), en ligne: Association du Barreau de l'Ontario, http://www.oba.org/en/pdf_newsletter/E-DiscoveryGuidelines.pdf Principes 3 et 4.

⁵⁹ Ceci est conforme aux Principes de Sedona, selon lesquels il n'est pas nécessaire que toutes les informations électroniques soient figées en vertu de l'obligation de préservation et que l'avis de préservation devrait être limité aux informations pertinentes dans le cadre du litige.

⁶⁰ (2006), 269 D.L.R. (4th) 193 (C.S.C.), 2006 CSC 36 (LexUM).

Bien que les ordonnances Anton Piller soient émises en général sans avis aux intimées, les ordonnances de préservation peuvent aussi être émises à la suite de requêtes contestées ou de requêtes auxquelles un défendeur ne consent pas. Par exemple, la demanderesse dans l'affaire *CIBC World Markets Inc. c. Genuity Capital Markets*⁶¹ avait déposé une requête afin que les éléments de preuve électroniques enregistrés dans les systèmes informatiques des défendeurs soient préservés. Les défendeurs s'étaient engagés volontairement à préserver les éléments de preuve électroniques et avaient retenu les services d'un enquêteur pour ce faire. Le tribunal permit l'accès à l'enquêteur afin que ce dernier puisse imager et stocker le contenu des ordinateurs, des terminaux mobiles de poche (« blackberries ») et autres outils électroniques que les défendeurs avaient directement ou indirectement en leur possession, sous leur garde ou sous leur contrôle, ou dont ils étaient directement ou indirectement propriétaires ou utilisateurs. Le tribunal permit à l'enquêteur d'avoir accès aux outils qui se trouvaient dans tous les bureaux et maisons (sans limiter les recherches à ces emplacements), sans égard à la possibilité que des tiers soient propriétaires ou utilisateurs de ces outils.

Dans l'affaire *Portus Alternative Asset Management Inc. (Re)*⁶², la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario avait réussi à obtenir une ordonnance nommant un séquestre investi du pouvoir de gérer les éléments d'actif, les engagements et les biens de Portus Alternative Asset Management Inc. Le tribunal émit l'ordonnance en accordant au séquestre un accès illimité à tous les dossiers électroniques dans le but de lui permettre de récupérer et de copier toutes les informations électroniques, et en ordonnant aux débiteurs de ne pas altérer, effacer ou détruire aucun dossier sans le consentement du séquestre. En vertu de cette ordonnance, les débiteurs devaient aider le séquestre à accéder le plus rapidement possible aux dossiers, lui fournir des explications quant à l'utilisation des systèmes informatiques et tous les codes d'accès, ainsi que tous les noms et numéros de comptes. De plus, tous les fournisseurs de services Internet devaient remettre au séquestre tous les documents, y compris les fichiers se retrouvant sur les serveurs, les fichiers archivés, les messages enregistrés et les courriels.

Commentaire 4.h. Sélection des données qui doivent être « figées »

Bien qu'il soit techniquement possible de capturer un volume important de données au cours du processus de préservation, ceci entraînerait une perturbation importante des opérations liées aux technologies de l'information. Imposer l'obligation de préserver toutes les ISE pourrait exiger la fermeture des systèmes informatiques et la copie des données se retrouvant sur tous les disques durs, ainsi que sur d'autres supports généralement utilisés par le système, ce qui pourrait nuire au cours normal des affaires des parties. Pour cette raison, seules les ISE potentiellement pertinentes dans le cadre du litige en cause devraient être figées en vertu de l'obligation de préservation.⁶³

Exemple i. Dans un dossier de concurrence déloyale de la part d'un ancien employé, une ordonnance Anton Piller ordinaire pourrait prévoir la mise de côté des ISE concernant certains clients, contrats, ordonnances, etc. Avec suffisamment de précision, ces informations peuvent être séparées des autres informations qui ne sont pas pertinentes.

61 2005 IIJCan 3944 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).

62 (2005), 28 O.S.C.Bull. 2760.

63 Voir l'arrêt *Doust c. Schatz* (2002), 227 Sask. R. 1 (C.A.), [2002] SKCA 129 (IIJCan); et *Baldwin Janzen Insurance Services (2004) Ltd. c. Janzen*, *Baldwin Janzen Insurance Services (2004) Ltd. c. Janzen* (2006), 53 B.C.L.R. (4th) 329 (S.C.), 2006 BCSC 554 (IIJCan).

Commentaire 4.i. Supports de sauvegarde antisinistre

Généralement, les parties ne devraient pas avoir l'obligation de préserver les supports de sauvegarde antisinistre créés à court terme dans le cours normal des affaires d'une société. Lorsque de tels supports existent et permettent la restauration de fichiers électroniques qui ont été perdus à la suite d'une défaillance du système ou d'un sinistre (p. ex., un incendie), leur contenu est, par définition, un double du contenu des systèmes informatiques actifs à un moment précis. Dans la mesure où le contenu approprié de ces systèmes est préservé, il est inutile de préserver les supports de sauvegarde sur une base régulière. De plus, puisque les supports de sauvegarde ne sont généralement pas préservés pour de longues périodes, mais sont plutôt écrasés périodiquement lorsque de nouvelles copies de sauvegarde sont créées, leur préservation nécessiterait l'intervention du personnel des technologies de l'information ainsi que l'achat et la gestion de nouveaux supports de sauvegarde antisinistre.

Pour certaines sociétés, les concepts de sauvegarde et d'archivage sont confondus et les supports de sauvegarde sont conservés pour des périodes de temps relativement longues. Ces supports peuvent aussi être conservés pour de longues périodes dans le but de s'assurer d'agir conformément aux lois concernant la conservation des dossiers. Les sociétés qui utilisent les supports de sauvegarde à des fins d'archivage devraient être conscientes du fait que cette pratique risque d'augmenter substantiellement les coûts liés à la préservation d'éléments de preuve et à la communication de ces derniers dans le cadre d'un litige.⁶⁴ Les sociétés qui désirent préserver des données pour des raisons d'affaires ou en prévision de litiges, devraient envisager, si possible, des méthodes autres que l'utilisation de supports de sauvegarde antisinistre traditionnels.

Si une partie détient des données archivées sur bandes ou sur d'autres supports hors ligne⁶⁵ inaccessibles aux utilisateurs des systèmes informatiques, des mesures devraient être prises rapidement afin de préserver ces supports de données archivées qui sont susceptibles de contenir des informations pertinentes ne se retrouvant pas sur les systèmes de la partie en tant que données actives. Ces mesures peuvent comprendre l'envoi d'un avis aux personnes responsables de la gestion des systèmes d'archivage exigeant la conservation de ces bandes ou autres supports, selon le cas.⁶⁶

Exemple i. En vertu d'un plan de gestion des technologies de l'information, la partie qui doit communiquer des documents fait des copies chaque jour de toutes les informations électroniques sur ses systèmes et conserve, pour une période de cinq jours, les bandes de sauvegarde créées dans le but de récupérer ces informations en cas d'effacement accidentel, de sinistre ou de défaillance du système. La partie qui doit recevoir les documents veut que soit émise une ordonnance exigeant que la partie qui doit les communiquer préserve et cesse de réutiliser toutes les bandes de sauvegarde existantes en attendant la communication de la preuve dans le dossier. Une telle ordonnance entraînerait, pour la partie qui communique des documents, des coûts et un fardeau très importants sans preuve sérieuse qu'en l'absence d'une telle ordonnance cette partie ne communiquera probablement pas toutes les

64 2006 IJCan 19456 (Cour supérieure de justice de l'Ontario), paragraphe 19 : «[TRADUCTION] Dans son témoignage devant moi, M. Straw a corrigé une affirmation contenue dans une lettre du 28 juin 2005 envoyée aux avocats du demandeur. Dans cette lettre, les avocats de TSC avaient déclaré que cette dernière n'avait pas de copie archivée distincte de ses bases de données électroniques pour les mois de novembre et décembre 2003. Cela n'est pas tout à fait exact. À un certain moment en 2004, probablement après le 28 juin 2004, M. Straw avait une série de bandes de sauvegarde contenant toutes les informations sur le serveur de TSC. Ces bandes ont été préservées. Bien qu'elles ne soient pas des copies archivées de la base de données de TSC pour les mois de novembre et décembre 2003, certaines des informations sur ces bandes datent de cette période. M. Straw ne savait pas combien de documents se trouvaient sur ces bandes de sauvegarde préservées. Par contre, il a spécifié qu'elles contenaient plus d'un téraoctet d'information ».

65 Les sources de données hors ligne sont les sources de données qui ne sont plus actives; un utilisateur ne peut plus y avoir accès facilement à partir d'un système informatique actif. Les bandes de sauvegarde, disquettes, CD, DVD, minidisques durs, lecteurs de mémoire morte sont des exemples de sources de données hors ligne.

66 Martin Felsky & Peg Duncan, « Making and responding to electronic discovery requests » LawPRO magazine (Septembre 2005), en ligne: LawPRO <http://www.lawpro.ca/LawPRO/ElectronicDiscoveryRequests.pdf>.

informations pertinentes⁶⁷. La partie qui communique les documents devrait pouvoir continuer à recycler ses bandes de sauvegarde en raison des coûts, du fardeau et des difficultés liés à la restauration et à la recherche de ces bandes.

Exemple ii. Un employé a été congédié par une compagnie pour motif valable. Trois mois après son départ, cet ancien employé intente une poursuite pour congédiement injustifié. En cherchant des informations qui seraient pertinentes dans le cadre du dossier, l'avocat apprend que le groupe des technologies de l'information efface régulièrement les courriels datant de plus de 30 jours des boîtes de réception des utilisateurs afin de réduire la quantité de courriels sur leurs serveurs de courrier électronique. La bande créée à la suite de la dernière sauvegarde du mois est conservée pendant une année avant d'être envoyée dans la corbeille de recyclage des bandes de sauvegarde. En vertu du plan en matière de préservation, les bandes de sauvegarde qui ont plus de trois mois doivent être récupérées et sauvegardées; l'avocat du demandeur plaide que les bandes récentes ne doivent pas être préservées puisque les éléments de preuve recherchés datent d'au moins 90 jours. Les copies de sauvegarde créées juste après le départ de l'employé sont restaurées et des courriels favorables à l'employeur et défavorables au demandeur sont retrouvés.

Finalement, s'il n'est pas probable que des ISE pertinentes et uniques se retrouvent sur des supports de sauvegarde, les parties et les tribunaux devraient utiliser des techniques d'échantillonnage afin d'en savoir davantage sur les ISE en cause. L'échantillonnage permettra d'établir la probabilité que des informations pertinentes existent sur les bandes en question et les coûts potentiels liés à la récupération de ces informations. Une telle pratique permettra de conserver seulement certains supports de sauvegarde en connaissance de cause.

Exemple iii. Au cours d'une recherche de courriels pertinents appartenant à un détenteur ayant quitté son emploi quelques années auparavant, une partie découvre que le groupe des technologies de l'information conserve depuis dix ans la dernière bande de sauvegarde des courriels de la semaine. Les bandes de sauvegarde ont des étiquettes avec la date de la sauvegarde et le nom du serveur; par contre, le groupe des technologies de l'information n'a pas l'information permettant de savoir quels comptes ont été sauvegardés sur quels serveurs. La partie décide que s'il existe des courriels, ces derniers seraient datés du milieu de la période de six mois durant laquelle les événements se sont produits. Conséquemment, les bandes de sauvegarde qui avaient des étiquettes avec des dates correspondant au milieu de cette période sont échantillonnées. Si la copie de sauvegarde d'un serveur en particulier ne contient pas de courriels du détenteur, les copies de sauvegarde pour ce serveur sont exclues des recherches.

⁶⁷ Voir le paragraphe 14 de l'affaire *Apotex Inc. c. Merck & Co. Inc.* (2004), 33 C.P.R. (4th) 387, 2004 FC 1038 (IJC): «[TRADUCTION] » C'est à Apotex de prouver son allégation selon laquelle la série de documents produits par Merck n'était pas complète. Apotex doit prouver que les documents existent, que Merck les a en sa possession ou sous son contrôle et qu'ils sont pertinents ».

Commentaire 4.j. Préservation des données partagées

Les réseaux et l'intranet des parties peuvent comprendre des zones partagées (p. ex., les dossiers publics, les bases de données de discussion, les fichiers partagés en réseau, etc.) qui n'appartiennent pas à un employé en particulier. De telles zones devraient être identifiées rapidement et des mesures devraient être prises afin de préserver les données partagées potentiellement pertinentes.

PRINCIPE 5

Les parties devraient être prêtes à divulguer toutes les ISE pertinentes et raisonnablement accessibles eu égard aux coûts et au fardeau.

Commentaire 5.a. Étendue de la recherche des ISE pertinentes et raisonnablement accessibles

Lors de la récupération des ISE, il faut tenir compte des coûts et du fardeau pour chacune des parties et il faut que l'étendue des recherches des ISE pertinentes soit raisonnable. Dans l'affaire *Gould Estate c. Edmonds Landscape and Construction Services Ltd*⁶⁸, le tribunal indiquait que «[TRADUCTION] Il n'est pas possible d'examiner le concept de la pertinence de façon abstraite. Le concept comprend un aspect pratique et pragmatique. La question exige que le tribunal réalise une analyse coûts-avantages.» Dans l'affaire *Park c. Mullin*⁶⁹, le tribunal énonçait «[TRADUCTION]...qu'il avait utilisé son pouvoir discrétionnaire afin de refuser une demande de communication de documents dans les cas suivants: 1) lorsqu'il était question de milliers de documents qui n'étaient que possiblement pertinents: *Peter Kiewit Sons Co. c. B.C. Hydro*⁷⁰; *B.C. Milk Marketing Board c. Aquilini*⁷¹; et 2) lorsque les documents que l'on recherchait n'avaient pas une forte valeur probante et que l'importance de certains facteurs concurrents, tels que la confidentialité, ainsi que les délais et les coûts liés à la communication des documents par une partie, l'emportait sur l'importance de la communication: *Goldman, Sachs & Co. c. Sessions*⁷² ».

Lorsqu'une partie refuse de se soumettre à des demandes supplémentaires de communication de documents, elle doit prouver que les coûts, le fardeau et la perturbation liés à la récupération et au traitement des ISE provenant de sources qui ne sont pas accessibles dans le cours normal des affaires ne sont pas justifiés puisqu'elles ne contiennent pas d'informations pertinentes ou qu'il est plus facile d'avoir accès aux informations pertinentes à partir d'autres sources ou que ces sources ne contiennent que des informations de faible pertinence.

Exemple i: Une partie présente une requête afin d'obtenir toutes les bandes de sauvegarde de la partie qui communique les documents. Par contre, seules les bandes de sauvegarde de serveurs utilisés par les détenteurs et créées durant les périodes au cours desquelles se sont produits les événements allégués contiennent potentiellement des informations pertinentes. Conséquemment, aucune recherche d'informations pertinentes ne devrait être effectuée dans les autres bandes de sauvegarde.

Exemple ii: Une partie veut obtenir les bandes de sauvegarde provenant des serveurs de courrier électronique. La partie qui communique des documents a déjà remis les courriels pertinents. La partie requérante ne peut identifier aucun des documents qui n'ont pas encore été communiqué ou prouver que les documents communiqués ne sont pas complets. Ce faisant, il n'y a pas de raison d'effectuer des recherches dans les bandes de sauvegarde.

⁶⁸ (1997), 166 N.S.R. (2d) 334 (S.C.), 1998 IIJCan 5136 (N.S.S.C.).

⁶⁹ 2005 BCSC 1813 (IIJCan).

⁷⁰ (1982), 36 B.C.L.R. 58 (S.C.).

⁷¹ 1996 IIJCan 1980 (B.C.S.C.).

⁷² 2000 BCSC 67 (IIJCan).

Exemple iii: Une partie requérante doit établir une preuve *prima facie* de la découverte éventuelle d'éléments de preuve pertinents. Le tribunal a le pouvoir de limiter l'étendue du processus de communication de la preuve – voir l'affaire *Nova Scotia (Attorney General) c. Royal & Sun Alliance Insurance Co. of Canada*⁷³, dans laquelle le tribunal indiquait qu'« [TRADUCTION] il avait le pouvoir de limiter l'étendue du processus de communication de la preuve lorsqu'une telle limite était justifiée (p. ex., lorsque le fardeau de la personne qui répond aux questions est manifestement trop important par rapport aux intérêts de la partie qui interroge) ».

En raison du volume de documents et des défis technologiques liés à l'administration de la preuve électronique, les parties devraient réaliser une analyse coûts-avantages, en tenant compte des coûts requis afin d'identifier et de récupérer les ISE provenant de toutes les sources potentielles eu égard à la probabilité que des informations pertinentes, nécessaires et uniques proviennent de ces sources. Cette analyse devrait également tenir compte de la quantité d'ISE. Plus l'accès aux ISE provenant d'une source en particulier exige des coûts et des efforts importants, plus les parties doivent être certaines que cette source contient des informations pertinentes.

En ce qui concerne l'analyse des coûts, différentes sources d'ISE entraîneront différents coûts liés à la récupération et à l'analyse des informations. Dans la plupart des cas, la recherche d'informations pertinentes devrait être limitée aux sources qui sont raisonnablement accessibles. Une source est « raisonnablement accessible » s'il est possible d'avoir accès aux informations pertinentes qu'elle contient en utilisant des fonctions que des détenteurs utiliseraient dans le cours normal des affaires. Les courriels, les documents de traitement de texte et autres fichiers créés et conservés dans le cours normal des affaires, sont des exemples de sources raisonnablement accessibles. Certaines sources contenant des ISE potentiellement pertinentes ne sont pas facilement accessibles. Pour ces sources, la partie qui communique des documents doit avoir recours à des outils et des techniques de récupération de pointe qui ne sont pas disponibles dans le cours normal des affaires et qui augmentent les coûts et le fardeau. Les fichiers endommagés ou supprimés, les données résiduelles ou les sources désuètes pour lesquelles la disponibilité du matériel et des logiciels nécessaires est restreinte, sont des exemples de ces sources.

En ce qui concerne l'analyse des avantages, certaines sources d'ISE peuvent contenir peu de documents pertinents, et possiblement aucun, parmi d'énormes quantités d'informations qui ne sont pas pertinentes ou peu pertinentes dans le cadre du litige en question. Par exemple, les supports de sauvegarde antisinistre sont des sources d'ISE qui contiennent d'énormes quantités d'informations mais très peu d'ISE utiles dans le cadre d'un litige. L'utilisation d'une source qui n'est « pas raisonnablement accessible » doit être justifiée en démontrant que la nécessité d'obtenir des ISE provenant précisément de cette source l'emporte sur les coûts liés à une telle utilisation. Des éléments de preuve qui seraient normalement pertinents pourraient être exclus puisque leur récupération exige une quantité démesurée de temps et l'utilisation de ressources qui ne sont pas proportionnels eu égard à la valeur probante de ces éléments.⁷⁴ La jurisprudence prévoit que le fardeau de prouver qu'il existe des lacunes dans le processus de communication revient à la partie alléguant ces lacunes.⁷⁵

73 (2003), 218 N.S.R. (2d) 288 (S.C.), 2003 NSSC 227 (IJCAn).

74 R. c. Mohan, [1994] 2 S.C.R. 9 (LexUM), tel que cité dans *Gould Estate c. Edmonds Landscape & Construction Services Ltd.* (1997), 166 N.S.R. (2d) 334 (S.C.), 1998 IJCAn 5136 (N.S.S.C.).

75 *Rhodia UK Ltd. c. Jarvis Imports* (2000) Ltd. (2005), 45 C.P.R. (4th) 161, 2005 FC 1628 (IJCAn).

Si une partie a connaissance, ou devrait raisonnablement avoir connaissance, que des ISE ne peuvent être obtenues qu'à partir d'une source autre que les sources d'informations électroniques actives ou archivées, la préservation de cette source et son inclusion dans la liste de documents de la partie devrait au moins être envisagée.

Les parties et les tribunaux devraient agir avec discernement et réaliser de bonne foi une enquête raisonnable concernant la localisation des informations et les coûts liés à leur récupération et préservation. Si des documents potentiellement pertinents proviennent de sources qui ne sont pas en format d'accès facile, il conviendrait d'envisager le partage des coûts.⁷⁶

Dans certaines juridictions, particulièrement là où existe la gestion de l'instance, une partie peut demander au tribunal de lui fournir des précisions quant à ses obligations dans le cadre de l'administration de la preuve. Le fait d'obtenir ces précisions à l'avance permettrait d'éviter des litiges ultérieurs dans le cadre desquels la partie qui doit communiquer des documents aurait le fardeau de prouver pourquoi elle n'a pas communiqué certaines informations.

⁷⁶ Voir *Zubulake c. UBS Warburg LLC*, 217 F.R.D. 309, 319-20 (S.D.N.Y. 2003); se reporter infra, Principe 10.

Commentaire 5.b. Collecte juridique de données

La collecte juridique de données, telle que la création d'images de disques durs au niveau des bits, ne devrait pas être exigée sauf dans les cas où la nature d'une affaire en justifie les coûts et le fardeau.⁷⁷ La création de copies de sauvegarde juridiques d'images d'ordinateurs n'est que la première étape d'un processus d'analyse de données potentiellement coûteux, complexe et difficile qui risque de soulever des questions parallèles sur l'interprétation de preuves juridiques ambiguës.

Commentaire 5.c. Tiers détenant des ISE

Bon nombre de sociétés confient l'ensemble ou une partie de leurs systèmes technologiques à des entreprises extérieures ou partagent les ISE avec des tiers pour leur traitement et leur transmission, ou pour d'autres objectifs d'affaires. Lors des négociations de ces contrats de service, les sociétés devraient prévoir les démarches à suivre afin d'agir conformément à leurs obligations en matière de préservation et de collecte d'ISE dans le cadre d'un litige. Autrement, les coûts risquent d'augmenter substantiellement et les services requis risquent de ne pas être fournis en temps opportun. Les parties à un litige en cours ou envisagé devraient également déterminer la pertinence d'envoyer un avis de préservation à des tiers, tels que des entrepreneurs ou des vendeurs.

Principe 6

Une partie ne devrait pas être contrainte de chercher et de recueillir les ISE supprimées ou résiduelles, à moins d'une entente entre les parties ou d'une ordonnance du tribunal démontrant le besoin et la pertinence de ces informations.

Commentaire 6.a. Étendue de la recherche

On ne devrait pas présumer que des données supprimées ou résiduelles, auxquelles il est impossible d'avoir accès sans utiliser des méthodes d'enquête, doivent être communiquées dans tous les cas. Afin d'inclure de telles données dans le processus de communication de la preuve, une analyse démontrant le besoin et la pertinence de ces dernières doit être réalisée dans chaque cas.

Généralement, les recherches d'ISE seront limitées aux données actives et à certaines sources hors ligne qui sont raisonnablement accessibles. S'il n'est pas possible de démontrer la nécessité de recueillir des fichiers cachés⁷⁸, des fichiers journaux du système, des fichiers supprimés⁷⁹, des données fragmentées et des fichiers partiellement écrasés, la collecte de données devrait se limiter aux ISE pertinentes qui auraient été utilisées dans le cours normal des affaires. Lorsque des données supprimées ou résiduelles pourraient être pertinentes dans le cadre d'un litige, les parties devraient se transmettre cette information dès que possible dans le cadre du processus afin «[TRADUCTION] d'éviter à la fois la préservation dispendieuse et inutile de données supprimées ou résiduelles et les allégations de spoliation»⁸⁰.

Les documents supprimés ou résiduels, tels que les documents papier jetés dans la poubelle, peuvent être exigibles dans le cadre du processus de communication de la preuve.⁸¹ Par contre, ce n'est que dans certains cas exceptionnels que les informations supprimées ou mises au rebut seront exigées (qu'elles soient en format papier ou électronique).

Exemple i: Une partie qui cherche des courriels pertinents présente une demande afin que des recherches soient effectuées dans un compte actif, dans des bandes de sauvegarde et dans des lecteurs de disques durs afin de trouver des documents supprimés. Cette partie n'ayant pas justifié le recours à cette mesure extraordinaire ou démontré un besoin particulier, la requête devrait être rejetée. En général, les parties n'ont pas l'obligation de fouiller dans une poubelle à l'extérieur de leur bureau après le début des procédures dans le cadre d'un litige; elles ne devraient pas non plus avoir l'obligation de préserver et de communiquer des informations électroniques supprimées.

⁷⁷ Voir le paragraphe 1 du jugement dans l'affaire *Baldwin Janzen Insurance Services (2004) Ltd. c. Janzen*, 53 B.C.L.R. (4th) 329 (S.C.), 2006 BCSC 554 (IJC): «[TRADUCTION] Le but de cette demande est de contraindre le défendeur à produire une liste supplémentaire de documents, énumérant ses lecteurs de disques durs (« LDD ») et les duplicatas de ces derniers à titre de documents en sa possession. Le demandeur veut que les duplicatas des LDD soient transférés à son propre informaticien afin de permettre une enquête judiciaire ». Voir également le paragraphe 36: «[TRADUCTION] Sans preuve du fait que l'utilisation de la technologie en question pourrait entraîner la découverte de documents pertinents dont l'existence était inconnue auparavant, le simple fait de pouvoir utiliser cette technologie ne justifie pas en soi une telle recherche qui pourrait porter atteinte au droit à la vie privée des tiers et occasionner des dépenses importantes et inutiles ».

⁷⁸ Voir *Reichman c. Toronto Life Publishing Company* (1988), 66 O.R. (2d) 65 (High Ct. J.), dans lequel le tribunal ordonna la production de disquettes permettant à la partie qui devait recevoir les documents de trouver des informations provenant des brouillons d'un manuscrit qui ne se retrouvaient pas dans la version définitive de ce dernier.

⁷⁹ Voir Nicolardi c. Daley, [2002] O.J. No. 595 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) (QL), dans lequel une requête a été présentée afin d'avoir accès à des documents supprimés. Le jugement dans cette affaire prévoit que dans des circonstances particulières, la production d'informations supprimées pourrait être ordonnée particulièrement lorsqu'une partie établit que des documents réellement pertinents, inconnus auparavant, existent ou ont déjà existé. Voir également *Prism Hospital Software Inc. c. Hospital Medical Records Institute* (1991), 62 B.C.L.R. (2d) 393 (S.C.). Récemment, au paragraphe 36 du jugement dans l'affaire *Baldwin Janzen Insurance Services c. Janzen* (2006) BCSC 554 (IJC), le tribunal précisait qu'une recherche de données supprimées ne sera pas permise automatiquement «[TRADUCTION] sans preuve du fait que l'utilisation de la technologie en question pourrait entraîner la découverte de documents pertinents dont l'existence était inconnue auparavant, puisque le simple fait de pouvoir utiliser cette technologie ne justifie pas en soi une telle recherche, qui pourrait porter atteinte au droit à la vie privée des tiers et occasionner des dépenses importantes et inutiles ».

⁸⁰ *The Sedona Principles: Best Practices Recommendations & Principles for addressing Electronic Production: 2005 version*, p. 88, <http://www.thesedonaconference.org>, sous la rubrique « Publications ».

⁸¹ Il est reconnu que les fichiers informatiques supprimés sont soumis aux règles d'administration de la preuve : Voir *Rowe Entertainment, Inc. c. The William Morris Agency Inc.*, 205 F.R.D. 421, 428 (S.D.N.Y. 2002). Même si la production de données supprimées ou résiduelles est injustifiée, les parties devraient s'entendre dès que possible sur la pertinence de ces données afin d'éviter leur préservation inutile et dispendieuse, ainsi que les allégations de spoliation.

Exemple ii: Après qu'une personne clé quitte la compagnie X (« Co. X ») afin d'aller travailler pour une entreprise concurrente, un produit concurrentiel dont la ressemblance est suspecte est mis sur le marché par cette nouvelle entreprise. La Co. X produit un témoignage fiable à l'effet que l'ancien employé s'était vanté d'avoir transmis des plans confidentiels sur son nouvel ordinateur de bureau, copié les données sur un CD et supprimé les données afin qu'on ne retrouve jamais la preuve. Le tribunal énonce qu'en raison des circonstances particulières dans le dossier, la partie qui devait recevoir les documents avait démontré la nécessité de communiquer un duplicata du lecteur de disque dur. Si le défendeur n'accepte pas d'engager à ses frais un expert réputé en matière de récupération de données afin de communiquer toutes les données pertinentes disponibles, une enquête concernant le contenu de l'ordinateur par l'expert de la Co. X pourrait être justifiée, à condition de donner des instructions précises afin de préserver la confidentialité, de protéger les données et d'éviter la divulgation d'informations non pertinentes ou privilégiées. Si une nécessité spéciale est établie, accompagnée d'instructions précises de non-divulgation, des mesures extraordinaires pourraient également être ordonnées afin de récupérer des informations électroniques.

Principe 7

Une partie peut remplir son obligation de communiquer des ISE en agissant de bonne foi en utilisant des outils et des processus électroniques, tels que l'échantillonnage de données et l'utilisation de critères de recherche afin de recueillir des ISE potentiellement pertinentes.

Commentaire 7.a. Utilisation de critères de recherche

Les grands systèmes de traitement de données électroniques contiennent des volumes importants d'information, dont une proportion élevée pourrait ne pas être pertinente. Dans certains cas, l'analyse de toute l'information manuellement afin d'en évaluer la pertinence serait peu pratique et d'un coût prohibitif. Dans certaines circonstances, les parties à un litige devraient s'entendre sur l'utilisation de critères de recherche, y compris l'utilisation de mots-clés dans le cadre des recherches d'ISE qui seront communiquées. La recherche devrait permettre de trouver le plus de données pertinentes possible d'une façon qui permette en même temps de réduire les coûts et les délais. Les critères de recherche peuvent être établis, vérifiés et utilisés afin d'extraire les données à forte valeur probante à partir de vastes volumes de données.

Lorsque c'est possible, les parties et leurs avocats devraient s'entendre à l'avance sur 1) l'utilisation de critères de recherche afin d'extraire les données à forte valeur probante; 2) les types et les modalités des critères de recherche qui seront utilisés; 3) la méthodologie générale d'application desdits critères; et 4) les mots-clés qui seront utilisés. Par contre, faute d'entente, les parties devraient être prêtes à divulguer les paramètres utilisés dans le cadre de leurs recherches, à dévoiler l'étendue des documents qu'elles communiqueront et à préciser les motifs justifiant l'exclusion de certaines sources d'ISE, en cas de contestation de la part de la partie adverse quant aux démarches suivies.

Dans certains cas, les parties ne savent pas si une source d'informations électroniques contient des données potentiellement pertinentes ou si les mots-clés choisis permettent de récupérer des informations pertinentes. Les tribunaux devraient permettre l'utilisation de méthodes d'échantillonnage afin de déterminer s'il existe des données pertinentes et si les recherches sont précises, dans le but d'assurer la résolution équitable de chaque instance de la façon la plus expéditive et économique possible, pour reprendre les dispositions de la règle 1(5) des *Supreme Court Rules* de la Colombie-Britannique. Par exemple, l'échantillonnage pourrait révéler que seulement un faible pourcentage de fichiers dans un ensemble de données en particulier contient des éléments de preuve pertinents. L'efficacité limitée malgré les coûts élevés peut militer contre la nécessité d'effectuer davantage de recherches dans cette source ou pourrait déclencher le partage des coûts si une partie exige que des recherches fastidieuses et coûteuses soient effectuées. Voir l'affaire *Consortio Minero Horizonte S.A. et al. c. Klohn-Crippen Consultants Limited et al.*⁸² dans laquelle il était question de partage des coûts dans des circonstances similaires.

⁸² (2005), 25 C.C.L.I. (4th) 219 (B.C.S.C.), 2005 BCSC 500 (IJCAn).

Commentaire 7.b. Réduction de la quantité de données

Diverses méthodes existent afin de simplifier la recherche des ISE potentiellement pertinentes. Parmi celles-ci on retrouve:

Filtrage

Le filtrage permet de réduire la quantité de données électroniques en utilisant des critères de recherche afin de déterminer et d'extraire les données potentiellement pertinentes. Cette méthode est nécessaire puisque les ISE ne sont pas sauvegardées ou organisées de la même manière que les documents papier. Par exemple, les courriels concernant une vaste gamme de sujets, de clients et de domaines seront sauvegardés dans la boîte de réception du détenteur et triés en fonction de leur date de réception. Le filtrage permet de déterminer les courriels potentiellement pertinents dans le cadre d'un litige.

Voici quelques exemples de protocoles de recherche de données qu'on pourrait envisager:

- a) Les dates et les heures qui limiteraient la recherche aux informations créées, modifiées, envoyées ou reçues durant la période pertinente dans le cadre d'un litige;
- b) L'auteur, le destinataire et les autres personnes-ressources au sein d'une société, limitant ainsi la recherche aux individus qui sont les plus susceptibles d'avoir créé, corrigé, envoyé ou reçu des données qui contiennent des informations potentiellement pertinentes;
- c) Les types de fichiers les plus susceptibles de contenir des informations potentiellement pertinentes, tels que le traitement de texte, les graphiques de présentation, les tableurs, le courrier électronique et la conception assistée par ordinateur;
- d) Les principaux serveurs de courriels et de fichiers, utilisés par un groupe de détenteurs, ou les principaux serveurs de bases de données qui ont traité les informations recherchées, telles que les données de planification financière;
- e) Les mots-clés: liste de mots ou de phrases qui sont répétés fréquemment dans le cadre de la demande ou la défense, tels que les noms et les éléments des produits dans le cadre d'une action fondée sur la responsabilité du manufacturier. (Certains courriels ne contiendront pas nécessairement les mots et les phrases en question puisque les correspondants connaissent le contexte et que l'échange fait partie d'une conversation plus générale.)

Élimination des documents en double

Les sources d'ISE contiennent souvent plusieurs copies d'un même document ou courriel (p. ex., un courriel avec un fichier joint de traitement de texte envoyé à plusieurs destinataires ou des copies d'un document de traitement de texte sauvegardées par des destinataires sur leur disque dur). Cette élimination permet de déterminer les courriels et autres fichiers informatiques en double et de réduire substantiellement les coûts et les délais dans presque tous les cas.

Dans certains cas, il pourrait être souhaitable d'éliminer les duplicatas afin de simplifier la gestion des données.

Exemples i: Une compagnie ayant des centaines d'employés aura des centaines d'exemplaires d'une politique interne pertinente envoyée par courriel à tous ses employés. Il n'est pas nécessaire d'inclure toutes les copies en format électronique de cette politique lorsqu'il en résulterait une augmentation substantielle du volume des données et des coûts liés à leur collecte et analyse.

Dans de rares cas, les copies concernant un détenteur en particulier ou une période de temps précise pourraient être pertinentes.

Exemple ii: Une compagnie ayant des centaines d'employés aura des centaines d'exemplaires d'une politique interne pertinente envoyée à tous ses employés. La réception de la politique par une personne en particulier est un élément très important dans le cadre de la poursuite. Dans ce cas, il faudra s'assurer de ne pas éliminer la copie de la politique qui se retrouve dans l'ensemble des données de la personne en question durant le processus d'élimination des doubles.

L'élimination des documents en double peut se faire en parcourant les données de chaque détenteur successivement ou de plusieurs détenteurs à la fois. Par exemple, dans ce dernier cas, lorsque plusieurs détenteurs possèdent le même document, tous les exemplaires⁸³ seront considérés comme des duplicatas, sans égard au détenteur. Par contre, lors de l'élimination des doubles d'un seul détenteur, seuls les duplicatas de ce dernier seront considérés.

D'autres techniques assimilables à l'élimination des doubles permettent de déterminer les documents qui sont essentiellement similaires et de les regrouper, afin de les analyser.

Échantillonnage des données informatiques

Aux États-Unis, dans *McPeck c. Ashcroft*⁸⁴, le tribunal ordonna au défendeur, le *U.S. Department of Justice*, de restaurer les courriels d'un détenteur pour une année complète à partir de bandes de sauvegarde antisinistre afin de déterminer si suffisamment d'informations pertinentes se trouvaient sur ces bandes pour justifier l'ordonnance de restauration et de traitement des autres bandes de sauvegarde.

Validation de données

Le processus de recherche devrait également inclure des procédures de validation de données⁸⁵ afin de vérifier l'intégrité des données recueillies et de déterminer si le processus de collecte est justifiable.

⁸³ Le processus d'élimination des documents en double devrait être limité aux documents ou aux données qui sont identiques (habituellement en utilisant une empreinte numérique «hash»). Les informations précises provenant d'un document ou de données - telles que l'auteur, la date et l'heure de sa création, la dimension, le texte intégral, etc. - peuvent être utilisées seules ou ensemble afin de développer des algorithmes d'élimination des doubles. La valeur « hash » est un algorithme mathématique composé d'une valeur unique pour un ensemble de données, c.-à-d. l'empreinte numérique du document (p. ex., MD5 et SHA). Voir *The Sedona Conference® Glossary*, mai 2005, www.thesedonaconference.org, sous la rubrique « Publications ».

⁸⁴ 202 F.R.D. 31, 34 (D.D.C. 2001).

⁸⁵ La validation de données est un processus d'examen systématique qui permet de confirmer la qualité des résultats et de s'assurer que les erreurs et les exceptions sont traitées.

Principe 8

Les parties devraient s'entendre dès que possible dans le cadre d'un litige sur le format de communication des ISE, ainsi que sur le format, le contenu et l'organisation des informations qui seront échangées dans toute liste de documents requise dans le cadre du processus de communication de la preuve.

Commentaire 8.a. Les documents et les données électroniques devraient être communiqués en format électronique

Les documents et les données électroniques devraient être communiqués uniquement⁸⁶ en format électronique⁸⁷, à moins que le destinataire en soit désavantagé d'une quelconque manière et qu'il ne puisse utiliser efficacement un ordinateur⁸⁸, ou que la quantité de documents à communiquer soit minimale et que les parties établissent de concert que les métadonnées ne sont pas pertinentes.

La communication d'ISE en format statique (p. ex., format papier) devrait être évitée dans la plupart des cas pour plusieurs raisons. Par exemple, le papier ne constitue pas une copie conforme du contenu et des propriétés de la version originale d'un fichier électronique. Les documents papier ne permettent pas de conserver des métadonnées importantes qui pourraient être admissibles en preuve en raison de leur pertinence. De plus, il est impossible d'effectuer des recherches électroniques dans les documents papier⁸⁹, ce qui signifie que la communication d'une série de documents papier est moins significative que la communication d'une série de documents dans un format permettant d'effectuer des recherches électroniques. L'analyse de quantités importantes de documents papier est plus longue puisque les parties ne peuvent pas utiliser d'outils automatisés de soutien au litige⁹⁰. Finalement, chaque série de documents imprimés augmente les coûts liés à la reproduction, l'expédition et l'entreposage, alors que plusieurs copies électroniques peuvent être créées à un coût minime. Cela constituerait une occasion pour partager les coûts, particulièrement dans les dossiers avec plusieurs parties, dans lequel cas l'économie peut être importante.

Commentaire 8.b. Entente quant au format

Les parties doivent s'efforcer de s'entendre sur les démarches à suivre lors de la communication afin de a) préserver et de communiquer les métadonnées pertinentes; b) communiquer de façon exacte le contenu des ISE; c) protéger l'intégrité des ISE; d) permettre la création d'une version qui peut être élaguée; e) attribuer un numéro unique de communication à chaque document; et f) importer facilement dans un logiciel standard de soutien au litige.

⁸⁶ Voir le paragraphe 22 du jugement dans *Logan c. Harper*, 2003 IJCan 15592 (Cour supérieure de justice de l'Ontario): «[TRADUCTION] Il est inutile d'exiger que le défendeur produise des copies papier des documents si les copies sur CD sont lisibles, complètes et imprimables. J'ai analysé les documents sur CD. Il pourrait y avoir des copies illisibles mais ce même problème pourrait se produire avec des photocopies. Si certaines copies sur CD ne sont pas lisibles ou qu'elles ont été mal copiées, une meilleure copie papier ou sur CD pourra être exigée et devra être fournie... Santé Canada n'a pas l'obligation de produire tous ses documents papier et sur CD ».

⁸⁷ *Ontario Task Force, Principle 11, Commentary*: «[TRADUCTION] La production de grandes quantités de documents dans un format qui ne permet pas d'avoir un accès raisonnable aux informations que ces derniers contiennent devrait être évitée. » Voir également le paragraphe 30 du jugement dans *Cholakis c. Cholakis* (2005), 198 Man. R. (2d) 128 (Man. Q.B.), 2005 MBQB 105 (IJCan): «[TRADUCTION] Dans l'intérêt d'une divulgation générale dans un contexte moderne, je considère que, lorsqu'elle est disponible, l'information en format électronique doit être produite ».

⁸⁸ Dans un dossier criminel, dans lequel les accusés étaient en prison et avaient un accès insuffisant aux ordinateurs, le tribunal ordonna à la couronne de produire les documents en format papier. Voir *R. c. Cheung* (2000), 267 A.R. 179 (Alta.P.C.), 2000 ABPC 86 (IJCan) au paragraphe 99: «[TRADUCTION]...bien que la divulgation de documents en format électronique soit devenue pratique commune au 21^{ème} siècle, les circonstances de ce dossier ne permettent pas à l'accusé d'avoir accès aux documents en format électronique ».

⁸⁹ Voir le paragraphe 10 du jugement dans *Wilson c. Servier Canada Inc.*, 2002 IJCan 3615 (Cour supérieure de justice de l'Ontario): «[TRADUCTION] Suivant cette approche contraire, les défendeurs soutenaient en première instance que les CD-ROM et la base de données électroniques (utilisés avec le système de traitement de données juridiques Summation) que leurs procureurs avaient préparés à leurs frais concernant leurs propres documents (afin de bien organiser les documents divulgués dans leurs affidavits), ne devaient pas être partagés avec le demandeur. Subséquemment, lors d'une conférence préparatoire, les défendeurs fournissaient un index en format Word mais les procureurs du demandeur affirmaient qu'il était impossible d'effectuer des recherches dans la documentation volumineuse. La production de quantités importantes de documents dans un format qui ne permet pas d'avoir libre accès aux informations que ces derniers contiennent est inacceptable. *Solid Waste Reclamation Inc. c. Philip Enterprises Inc.* (1991), 2 O.R. (3d) 481 (Gen. Div.) ».

⁹⁰ Au paragraphe 2 du jugement dans *Sycor Technology Inc. c. Kiaer*, 2005 IJCan 46736 (Cour supérieure de justice de l'Ontario), un dossier dans lequel on évaluait les coûts d'impression et de photocopie des courriels à être produits à 50 000 \$, le greffier spécial énonçait ce qui suit: «[TRADUCTION] À tout le moins, on devrait envisager la production électronique des documents requis et peut-être même l'embauche d'informaticiens afin de déterminer ce qui existe et ce qui est réellement pertinent eu égard aux questions en litige ».

Commentaire 8.c. Listes de documents – Format et Organisation

Les règles de procédures exigent pour la plupart la préparation d'une liste des pièces communiquées, des documents qu'on refuse de communiquer parce qu'ils contiennent des informations privilégiées, ainsi que des documents qui pourraient être pertinents mais que la partie qui communique n'a pas en sa possession ou sous son contrôle. Habituellement, ces listes sont créées à partir d'informations recueillies à même le document, telles que le type de document, l'auteur, le destinataire, la date, le titre et le sujet, ainsi qu'un numéro de pièce.

Les parties devraient s'entendre quant au format et à l'organisation de ces listes afin d'assurer la précision des informations échangées. Par exemple, les courriels devraient être conservés avec leurs pièces jointes afin de faciliter le processus de communication. De même, les parties devraient s'entendre quant à l'organisation et la communication des fichiers compressés, tels que les fichiers ZIP (voir le Principe 3, «Rencontres de concertation»). La liste devrait être transmise en format électronique afin de faciliter la recherche, le tri et la présentation.⁹¹ Il n'est pas nécessaire que les parties utilisent le même logiciel de soutien au litige afin d'échanger d'une manière efficace la liste électronique de documents. En Colombie-Britannique, les avocats devraient consulter la Directive de Pratique « *Re: Guidelines for the Use of Technology in any Civil Litigation Matter* » de la *Supreme Court of British Columbia* (juillet 2006), afin d'obtenir des précisions quant à l'échange des documents électroniques et aux listes de documents.

⁹¹ Voir le paragraphe 12 du jugement dans *Wilson c. Servier Canada Inc.*, 2002 IIJCan 3615 (Cour supérieure de justice de l'Ontario): «[TRADUCTION] À mon avis, dans un affidavit concernant des documents, il est entendu que le défendeur doit donner un accès raisonnable à ses documents à partir de la base de données électronique qu'il a lui-même préparée. La base de données sert alors d'index permettant un accès raisonnable aux documents. De l'avis de cette cour, la production de documents doit comprendre un accès raisonnable à ceux-ci à partir d'une base de données électronique, à tout le moins lorsque cette base de données a déjà été préparée par le défendeur pour ses propres besoins... Cette approche est particulièrement appropriée lorsqu'il est question de quelque 500 000 pages de documents ». Voir également le paragraphe 23 du jugement dans *Logan c. Harper*, 2003 IIJCan 15592 (Cour supérieure de justice de l'Ontario): «[TRADUCTION] La règle 30 peut difficilement s'appliquer aux dossiers dans lesquels il est question de grandes quantités de documents. Afin d'être certaines, les parties devront classer leurs documents et produire une liste décrivant ces derniers, mais la liste elle-même ne servira pas à grand chose. Il serait souhaitable dans de tels cas d'utiliser un système de détermination et de récupération des documents fait sur mesure sur lequel s'entendent tous les avocats ou qui soit imposé par le tribunal ».

Principe 9

Dans le cadre de l'administration de la preuve électronique, les parties devraient s'entendre ou, s'il est nécessaire, obtenir une ordonnance de la Cour, afin que des mesures soient prises pour protéger les informations privilégiées, les renseignements personnels, les secrets commerciaux et autres informations confidentielles.

Le privilège du secret professionnel vise à faciliter et à encourager un échange franc et complet entre un avocat et son client dans le cadre de la demande et de l'octroi de services juridiques. Une partie peut renoncer au privilège du secret professionnel ou au privilège lié à la préparation du dossier si elle-même, ou même une tierce partie, divulgue volontairement, ou consent à la divulgation, d'une portion importante des informations ou communications, ou omet de prendre les précautions nécessaires afin d'éviter toute divulgation accidentelle. En raison des quantités importantes de documents dans le cadre de la communication de la preuve électronique, les informations privilégiées ou confidentielles risquent d'être divulguées accidentellement.

Commentaire 9.a. Divulgation accidentelle

De façon générale, les tribunaux canadiens jugent que la divulgation accidentelle ne constitue pas une renonciation au privilège du secret professionnel.⁹² Néanmoins, un tribunal décida qu'une partie perdait son privilège à la suite d'une divulgation accidentelle d'informations privilégiées, jugeant qu'il était possible d'introduire ces dernières dans la preuve si elles étaient susceptibles d'avoir une incidence importante sur le déroulement de l'instance et qu'il n'existait aucune autre preuve permettant de produire un tel effet⁹³. Voir également l'affaire *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*⁹⁴, dans laquelle la Cour suprême du Canada autorisa l'utilisation d'un avocat-superviseur.

Mesures de protection

En raison des volumes importants de documents électroniques qui doivent être traités dans le cadre d'un litige, la révision de l'ensemble des documents pertinents afin de déterminer le caractère privilégié ou confidentiel des informations risque d'entraîner des coûts et des délais importants. Ainsi, les parties devraient prendre de bonne foi des mesures raisonnables⁹⁵ afin d'éviter la communication d'informations privilégiées ou potentiellement privilégiées. Ces mesures varieront d'un dossier à l'autre, allant de la révision manuelle page par page, dans le cas d'un petit ensemble de données, à la recherche électronique de « termes privilégiés », lorsque le volume des données est plus important.

⁹² Voir le paragraphe 10 du jugement dans *Elliot c. Toronto (City)* (2001), 54 O.R. (3d) 472 (Cour supérieure de justice de l'Ontario); John Sopinka, Sidney N. Lederman et Alan W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1999) aux pages 766-7; *Dublin c. Montessori Jewish Day School of Toronto*, 2006 IJCan 7510 (Cour supérieure de justice de l'Ontario); *Sommerville Belkin Industries Ltd. c. Brocklesh Transport and Others* (1985), 65 B.C.L.R. 260 (S.C.); *National Bank Financial Ltd. c. Daniel Potter et al.* (2005), 233 N.S.R. (2d) 123 (S.C.), 2005 NSSC 113 (IJCan); *National Bank Financial Ltd. c. Daniel Potter et al.* (2004), 224 N.S.R. (2d) 231 (S.C.), 2004 NSSC 100 (IJCan); *Autosurvey Inc. c. Prevost*, 2005 IJCan 36255 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).

⁹³ Voir le paragraphe 28 du jugement dans *Metcalfe c. Metcalfe* (2001), 198 D.L.R. (4th) 318 (Man. C.A.).

⁹⁴ (2006), 269 D.L.R. (4th) 193 (S.C.C.), 2006 SCC 36 (LexUM).

⁹⁵ Voir l'affaire *Air Canada c. Westjet Airlines Ltd* (2006), 267 D.L.R. (4th) 483 (Cour supérieure de justice de l'Ontario), 2006 IJCan 14966 (Cour supérieure de justice de l'Ontario), dans laquelle le tribunal refusa d'émettre une ordonnance visant à prévenir toute renonciation au privilège lors d'un examen superficiel des documents dans le cadre de la production.

⁹⁶ Voir *National Bank Financial Ltd. c. Daniel Potter* (2005), 233 N.S.R. (2d) 123 (S.C.), 2005 NSSC 113 (IJCan); *Auto Survey Inc. c. Prevost*, 2005 O.J. IJCan 36255 (Cour supérieure de justice de l'Ontario); et *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.* (2006), 269 D.L.R. (4th) 193 (S.C.C.), 2006 SCC 36 (LexUM).

Les parties devraient s'entendre sur la protection des informations privilégiées et la prévention de toute divulgation accidentelle, en étant conscientes des limites imposées à ce genre d'entente par le droit local ou celui des autres juridictions, auprès des tribunaux et des tiers. Cette entente devrait être approuvée par les tribunaux. L'entente ou l'ordonnance devrait normalement prévoir que la divulgation accidentelle d'informations privilégiées ne constitue pas une renonciation à ce privilège. Les documents ou les communications privilégiés devraient être renvoyés, ou un affidavit devrait être signé confirmant que les documents ont été supprimés ou détruits autrement. L'entente devrait également prévoir que toutes les notes et les copies seront détruites ou supprimées et que tout litige sera soumis aux tribunaux. Il serait préférable qu'une telle entente ou ordonnance soit obtenue avant toute communication.

Commentaire 9.b. Sanctions

Les tribunaux ont imposé diverses sanctions lorsque des avocats ont eu accès aux communications privilégiées de la partie adverse. Ils ont notamment radié des actes de procédure, déclaré un avocat inhabile à occuper et condamné une partie au paiement des frais. Un avocat a été déclaré inhabile à occuper dans un cas où la preuve démontrait qu'il, ou la partie qu'il représentait, savait ou aurait dû savoir qu'il avait eu accès à des communications entre la partie adverse et son avocat, et avait omis de consulter le tribunal ou d'arrêter le processus d'analyse afin d'aviser les titulaires du privilège.⁹⁶

Commentaire 9.c. Désignation d'experts par le tribunal afin de protéger les informations privilégiées

Dans certains cas, le tribunal pourrait nommer une personne neutre (p. ex., un greffier spécial, un juge ou un expert ou un inspecteur désigné par le tribunal) qui agirait comme médiateur ou gestionnaire eu égard aux problèmes liés à l'administration de la preuve électronique.⁹⁷ En utilisant les services d'une personne neutre nommée par le tribunal, il est probable que toute inquiétude liée à la renonciation au privilège soit éliminée lors de l'analyse des informations par cette personne. En outre, cette personne peut accélérer la résolution des litiges en préparant des plans équitables et raisonnables en matière d'administration de la preuve en s'appuyant sur ses connaissances spécialisées dans le domaine ou sur les aspects techniques, tout en ayant accès aux faits concrets du litige.⁹⁸

Dans un jugement récent⁹⁹, la Cour suprême du Canada autorisa l'analyse de documents, un privilège obtenu en vertu d'une ordonnance Anton Piller, par un avocat qui devait déposer un rapport détaillé de ses conclusions.

⁹⁷ *Catalyst Fund General Partner I Inc. c. Hollinger Inc.*, 2005 IJCan 30317 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).

⁹⁸ The Sedona Principles: Best Practices Recommendations & Principles for Addressing Electronic Production (juillet 2005), en ligne: <http://www.thesedonaconference.org/>, sous la rubrique «Publications», Comment 10c.

⁹⁹ *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.* (2006), 269 D.L.R. (4th) 193 (S.C.C.), 2006 SCC 36 (LexUM).

¹⁰⁰ *Air Canada c. Westjet Airlines Ltd.* (2006), 267 D.L.R. (4th) 483, 2006 IJCan 14966 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).

Commentaire 9.d. Protection d'informations privilégiées dans le contexte d'une communication modifiée soumise à un droit de reprise

En raison des coûts et des délais requis pour analyser les documents afin de déterminer s'il existe des informations privilégiées ou confidentielles, les parties s'intéressent de plus en plus¹⁰⁰ à différentes méthodes qui permettent de réduire les délais et les coûts, comme la communication soumise à un droit de reprise¹⁰¹. Une entente portant sur ce droit permettrait aux parties d'éviter une révision manuelle initiale de l'information et de conclure une entente exigeant que toute information divulguée accidentellement soit remise à l'autre partie¹⁰². Pour que cette entente soit exécutoire, le tribunal devra probablement exiger une entente préalable entre les parties selon laquelle les méthodes de recherche devront prévoir le retrait des documents qui pourraient contenir des informations privilégiées. Si les méthodes de recherche sont raisonnablement complètes, le retrait permettra au tribunal de déclarer que la communication d'informations privilégiées est accidentelle et, ce faisant, l'information sera remise sans qu'il y ait renonciation au privilège. Les parties devraient agir prudemment en s'appuyant sur des ententes portant sur un droit de reprise parce que ces ententes n'élimineront pas nécessairement l'obligation de l'avocat de prendre des mesures raisonnables de bonne foi afin d'exclure les documents privilégiés avant la divulgation initiale. Une entente avec droit de reprise négociée dans une juridiction n'est peut-être pas exécutoire dans une autre.

Il devient de plus en plus évident dans le domaine des technologies de l'information que la recherche à l'aide d'outils technologiques est plus efficace et précise que la recherche manuelle. Les tribunaux devraient être encouragés à tenir compte de ce fait afin de déterminer si des mesures raisonnables ont été prises. La recherche peut être effectuée en utilisant des mots-clés ou des critères de recherche (p. ex., « privilégié », les noms des avocats à l'interne et à l'externe, des termes tels que « litige », etc.).

Commentaire 9.e. Listes de documents – Privilège relatif au litige

Les parties ne devraient pas être contraintes de fournir les données couvertes par le privilège relatif au litige de leur avocat simplement parce que ce dernier a utilisé un logiciel de gestion de base de données dans le cadre du litige. La communication de certaines portions d'une base de données liées au litige ne devrait pas être confondue avec la communication du logiciel utilisé pour créer ou gérer la base de données.

Il existe certains jugements se fondant sur les faits qui devraient aider les avocats à mieux comprendre l'approche canadienne. Dans l'affaire *Wilson c. Servier Canada*¹⁰³, le tribunal accorda la requête du demandeur et ordonna au défendeur, en raison du grand nombre de documents, de fournir les informations provenant du processus d'indexation objective contenues dans leur base de données de soutien au litige, afin de permettre la communication utile de la preuve. Dans l'affaire *Logan c. Harper*¹⁰⁴, les défendeurs avaient communiqué les documents avec un index de consultation en format électronique. L'index ne permettait pas la recherche plein

¹⁰¹ *Zubulake c. UBS Warburg LLC*, 216 F.R.D. 280, 290 (S.D. N.Y. 2003) (« *Zubulake III* »).

¹⁰² The Sedona Principles: Best Practices Recommendations & Principles for Addressing Electronic Production (juillet 2005), en ligne: <http://www.thosedonaconference.org/>, sous la rubrique « Publications », Comment 10d.

¹⁰³ 2002 IJCan 3615 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).

¹⁰⁴ 2003 CanLII 15592 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).

texte des documents, bien que la version du logiciel utilisée par les avocats des défendeurs permettait d'effectuer ce type de recherche. Le greffier spécial, jugeant que les logiciels de soutien au litige et de gestion documentaire ne devaient généralement pas être divulgués, considéra qu'il était raisonnable que les avocats du demandeur achètent leur propre licence d'utilisation du logiciel afin de pouvoir utiliser la fonction de recherche plein texte. Dans l'affaire *Jorgensen c. San Jose Mines et al.*¹⁰⁵, les défendeurs voulaient qu'on leur remette la base de données électronique utilisée par les demandeurs pour préparer la liste de documents. Le tribunal jugea que le programme informatique que le cabinet avait choisi d'utiliser pour préparer la liste était couvert par le privilège relatif au litige, mais ordonna au défendeur d'offrir 4000 \$ au cabinet représentant le demandeur afin d'obtenir une copie de la base de données en format électronique. Cette somme représentait une partie des frais de préparation de la base de données.

Commentaire 9.f. Protection des informations confidentielles

Des préoccupations quant à la confidentialité peuvent surgir lorsqu'il est question d'informations commerciales sensibles ou confidentielles qui pourraient être divulguées dans le cadre du processus de communication de la preuve électronique. Ces préoccupations peuvent être encore plus importantes lorsque la partie adverse veut avoir accès aux systèmes informatiques de l'autre partie afin d'effectuer des recherches ou des analyses. Cet accès ne devrait pas être permis lorsque les ordinateurs contiennent des informations privilégiées, assujetties à une immunité d'intérêt public, confidentielles ou commercialement sensibles, ou manifestement non pertinentes dans le cadre du litige. Les parties devraient s'efforcer de trouver une solution leur permettant d'avoir accès à l'information sans porter atteinte à la confidentialité de celle-ci (p. ex., la désignation d'une tierce partie ou d'un inspecteur qui procéderait à l'analyse des documents contenant des informations confidentielles).

Commentaire 9.g. Protection des renseignements personnels

Le Canada et ses provinces possèdent, à divers degrés, un cadre législatif complet sur la protection de la vie privée¹⁰⁶ régissant la collecte, l'utilisation et le contrôle des renseignements personnels¹⁰⁷ dans les secteurs privé et public. Ces lois auront inévitablement une incidence sur le processus de communication de la preuve. Les tribunaux n'ont pas été enclins à maintenir des objections liées à la communication de fichiers ou à répondre aux questions concernant les lois sur la protection de la vie privée.

Les ordonnances de confidentialité et les règles de procédure provenant du droit civil ou de la common law peuvent limiter la divulgation d'informations commercialement sensibles et de renseignements personnels et offrir des solutions pour leur protection.

¹⁰⁵ 2004 BCSC 1653 (IJCAn).

¹⁰⁶ Lois réglementant le secteur public: Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, c. P-21; Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 165; Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, c. F-25; Freedom of Information and Protection of Privacy Act, S.S.S. 1990-91, c. F-22.01; Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, C.P.L.M. c. F-175; Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, c. F-31; Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q. c. A-2.1; Freedom of Information and Protection of Privacy Act, S.N.S. 1993, c. 5; Loi sur la protection des renseignements personnels, L.N.-B. 1998, ch. P-19.1; Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.P.E.I. 1988, c. F-15.01; Access to Information and Protection of Privacy Act, S.N.L. 2002, c. A-1.1. Lois réglementant le secteur privé: Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, c. 5; Personal Information Protection Act, S.B.C. 2003, c. 63; Personal Information Protection Act, S.A. 2003, c. P-6.5; Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, L.R.Q., c. P-39.1.

¹⁰⁷ Un «renseignement personnel» désigne habituellement tout renseignement à propos d'une personne dont l'identité est connue ou pourrait être déterminée.

Principe 10

Dans le cadre du processus d'administration de la preuve, les parties devraient respecter les règles du forum dans lequel se déroule le litige, en tenant compte de l'incidence que toute décision pourrait avoir sur des dossiers connexes se déroulant dans d'autres forums.

Dans toute instance, les avocats doivent respecter les règles d'administration de la preuve applicables dans le forum dans lequel se déroule le litige. Par ailleurs, lorsque des dossiers connexes se déroulent dans d'autres forums ou juridictions, les avocats devraient envisager la possibilité qu'il existe des conflits entre les règles applicables dans ces différents forums et les règles locales. Ces règles varient d'une province de common law à une autre. Au Québec, ces règles sont très différentes des règles de la common law.

Lorsqu'il existe des dossiers connexes, les avocats devraient agir de bonne foi pour éviter d'enfreindre les règles de toutes les juridictions et expliquer de façon détaillée aux clients étrangers les règles locales d'administration de la preuve afin que ces derniers puissent prendre des décisions éclairées quant à la façon de procéder. Les rencontres de concertation offrent l'occasion idéale de définir et de résoudre tout conflit lié au respect des règles d'une juridiction le plus tôt possible dans le cadre d'une instance. Lors de ces rencontres, les avocats devraient également établir les démarches à suivre afin d'éviter le double emploi et de réduire le plus possible les coûts liés à la préservation, la collecte, l'analyse et la communication des ISE dans le cadre de tous les dossiers connexes.

Principe 11

Des sanctions devraient être imposées par les tribunaux lorsqu'une partie ne respecte pas ses obligations de préserver, de conserver, de recueillir, d'analyser ou de communiquer des ISE et cause un préjudice sérieux à l'autre partie. La partie défaillante pourrait éviter lesdites sanctions en démontrant que son manquement n'était ni intentionnel ni téméraire.

Commentaire 11.a. Sanctions nécessaires

Le non-respect par une partie de ses obligations en matière de communication de la preuve serait susceptible de miner la saine administration de la justice. Ainsi, faute de sanctions appropriées dans les cas de destruction intentionnelle ou téméraire ou de non-communication d'éléments de preuve, les avantages qu'une partie pourrait tirer d'une telle conduite (c.-à-d., le rejet des actions déposées contre elle en raison de l'absence de preuve ou la possibilité d'éviter des jugements pécuniaires éventuels) pourraient être plus importants que les risques de se faire imposer une pénalité sévère.

Toute non-communication n'est pas nécessairement intentionnelle ni le résultat de mauvaise foi ou de témérité. En raison de l'évolution des technologies de l'information et des fardeaux et complications liés au volume croissant d'ISE, les parties peuvent accidentellement omettre de préserver ou de divulguer tous les éléments de preuve pertinents. Le rôle des tribunaux est de déterminer l'ampleur et l'incidence de la non-divulgaration et d'imposer des sanctions appropriées, proportionnelles à la culpabilité de la partie défaillante, au préjudice subi par la partie adverse et à l'incidence de la perte d'éléments de preuve sur la capacité du tribunal de rendre une décision équitable.

Commentaire 11.b. Jurisprudence canadienne

La jurisprudence canadienne concernant les sanctions appropriées en cas de non-respect des obligations en matière de communication de la preuve est limitée. Les tribunaux canadiens se sont montrés disposés à ordonner la communication de documents, y compris des documents électroniques, et à imposer des sanctions en cas de non-respect des ordonnances par une partie.

De façon générale, en cas de lacunes dans le cadre de la divulgation de la preuve, les tribunaux ont attribué les dépens (soit le remboursement des frais de la partie adverse ou des frais non justifiés)¹⁰⁸ ou tiré des conclusions défavorables¹⁰⁹. Les tribunaux ont également condamné à des dommages punitifs, émis des directives importantes au jury, rejeté des actions, exclu des témoins ou des pièces ou tiré des conclusions de

¹⁰⁸ *Farro c. Nutone Electrical Ltd.* (1990), 72 O.R. (2d) 637 (C.A.); *Endean c. Canadian Red Cross Society* (1998), 157 D.L.R. (4th) 465 (B.C.C.A.), 1998 IJCan 6489 (B.C.C.A.).

¹⁰⁹ *Logan c. Harper*, 2003 IJCan 15592 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).

responsabilité. Au Canada, dans les provinces de common law, la législation qui régit les cas de destruction d'éléments de preuve ou de spoliation est en développement. Il existe un débat quant à l'existence de la spoliation en tant que délit indépendant. Dans l'arrêt *Spasic (Estate) c. Imperial Tobacco Ltd*¹¹⁰, la Cour d'appel de l'Ontario a considéré qu'il pouvait s'agir d'un délit indépendant. La Cour suprême du Canada a refusé la permission d'appeler. Pour sa part, dans l'affaire *Endean c. Canadian Red Cross Society*¹¹¹, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé le contraire.

Les tribunaux semblent plus enclins à utiliser des recours extraordinaires afin de contraindre les parties à respecter leurs obligations en matière de communication de la preuve. Dans l'arrêt *Brandon Heating and Plumbing (1972) Ltd. et al. c. Max Systems Inc.*¹¹², le demandeur s'était engagé à préserver du matériel informatique, des disques et d'autres documents puisqu'ils étaient importants dans le cadre de la défense du défendeur. Le matériel informatique et les logiciels ont été remplacés lors du cycle de remplacement normal rendant inaccessibles ces éléments de preuve. Le tribunal conclut que la destruction était intentionnelle et que le préjudice subi par le défendeur justifiait le rejet de l'action du demandeur.

Les tribunaux ont jusqu'ici accordé une attention particulière à la délivrance d'ordonnances préventives, telles que les ordonnances Anton Piller, ou autres ordonnances de préservation de documents plus traditionnelles, assurant d'abord et avant tout la préservation des documents¹¹³.

Commentaire 11.c. Jurisprudence américaine

Aux États-Unis, il existe un volume important de jugements concernant les sanctions en cas de non-respect des obligations en matière de communication de la preuve électronique. De façon générale, avant d'imposer des sanctions, les tribunaux des États-Unis exigent la preuve qu'une partie a omis de préserver et de communiquer des documents électroniques pertinents intentionnellement ou témérairement, à l'encontre d'une obligation claire en matière de préservation et a causé un préjudice à la partie adverse. Voir, par exemple, l'affaire *Zubulake c. UBS Warburg LLC*¹¹⁴.

Diverses sanctions ont été imposées par les tribunaux américains. Dans certains cas, ces derniers ont invité les jurés à tirer des conclusions défavorables à la partie défaillante¹¹⁵, imposé des sanctions monétaires ou adjugé les dépens¹¹⁶, tiré des conclusions de responsabilité¹¹⁷ et même rendu des jugements par défaut¹¹⁸.

Commentaire 11.d. Sanctions en cas de non-divulgaration

Bien que la jurisprudence canadienne sur le sujet soit encore en développement, les tribunaux jouissent d'un vaste pouvoir discrétionnaire pour imposer les sanctions appropriées et proportionnelles eu égard à la nature de chaque cas de non-divulgaration. Les sanctions seront imposées en tenant compte de tous les facteurs pertinents, incluant notamment l'importance du préjudice subi ou potentiellement subi par la partie adverse, l'incidence potentielle de la non-communication sur les coûts et les délais dans le cadre du litige, l'ampleur de la non-communication, les délais liés à la production, la preuve que la non-communication était volontaire ou la preuve d'une insouciance téméraire à l'égard de la destruction d'ISE pertinentes ou potentiellement pertinentes.

110 (2000), 49 O.R. (3d) 699 (C.A.) 2000 IJCan 17170 (Cour d'appel de l'Ontario).

111 (1998), 157 D.L.R. (4th) 465 (B.C.C.A.), 1998 IJCan 6489 (B.C.C.A.).

112 (2006), 202 Man.R. (2d) 278 (Q.B.), 2006 MBQB 90 (IJCan).

113 *CIBC World Markets Inc. c. Genuity Capital Markets*, 2005 IJCan 3944 (Cour supérieure de justice de l'Ontario); *Canadian Derivatives Clearing Corp. c. EFA Software Services Ltd.* (2001), 294 A.R. 182 (Q.B.), 2001 ABQB 425 (IJCan); *Portus Alternative Asset Management Inc. (Re)* (2005), 28 O.S.C.Bull. 2760.

114 212 F.R.D. 212 (S.D.N.Y. 2003).

115 *Stevenson c. Union Pac. R.R. Co.*, 354 F.3d 739 (8th Cir. 2004); *Wiginton c. CB Richard Ellis, Inc.* 2003 WL 22439865 (N.D.Ill. 2003).

116 *Coleman (Parent) Holdings, Inc. c. Morgan Stanley & Co., Inc.*, 2005 WL 679071 (Fla. Cir. Ct. Mar. 1, 2005).

117 *Metro. Opera Ass'n. c. Local 100, Hotel Employees & Rest. Employees Int'l Union*, 212 F.R.D. 178 (S.D.N.Y. 2003).

118 *Carlucci c. Piper Aircraft Corp.*, 102 F.R.D. 472 (S.D.Fla. 1984).

Ces sanctions peuvent également comprendre des procédures pour outrage au tribunal, des condamnations aux dépens, l'interdiction d'utiliser les éléments de preuve pendant le procès, la perte du droit d'interroger des témoins au préalable ou pendant le procès et le rejet de la demande ou de la défense.

Les tribunaux peuvent émettre toute autre ordonnance nécessaire afin de sanctionner la conduite des parties en cas de non-divulgaration ou d'insouciance téméraire à l'égard de la destruction d'ISE.

Les facteurs dont il faut tenir compte lors de la détermination de la sanction appropriée en cas de défaut d'agir conformément aux obligations en matière de divulgation de documents (ou autres défauts similaires) ont été analysés dans l'affaire *Zelenski c. Jamz*¹¹⁹, citée dans *Brandon Heating*¹²⁰. Le tribunal a statué qu'il était approprié de tenir compte notamment des facteurs suivants: 1) l'importance et la nature des actes abusifs; 2) la preuve que les actes abusifs ont été commis intentionnellement ou par négligence; 3) généralement, le préjudice subi, et précisément, l'incidence de l'abus sur la capacité de la partie adverse de présenter sa demande ou sa défense; 4) le fondement de la réclamation ou de la défense de la partie défaillante; 5) la disponibilité d'une sanction, autre que le rejet de la demande, qui tiendra compte du préjudice subi par la partie adverse; et 6) la probabilité qu'une sanction, autre que le rejet de la demande, mettra un terme au comportement fautif.

Commentaire 11.e. Politiques de gestion documentaire raisonnables

Généralement, le respect de politiques de gestion documentaire raisonnables et la destruction ou la non-communication accidentelle de documents pertinents qui est justifiable ne devraient pas faire l'objet de sanctions.

Il faut tenir compte de plusieurs facteurs afin de déterminer si la destruction était intentionnelle ou téméraire. L'adhésion à une politique de gestion documentaire en cours de litige, ou lorsqu'un litige est raisonnablement prévisible, serait inappropriée¹²¹. Dans un tel cas, la destruction devrait être sanctionnée, bien qu'au Québec il existe des différences importantes en ce qui a trait aux obligations de préservation qui incombent aux parties¹²².

Dans l'affaire *Ontario c. Johnson Controls Ltd.*¹²³, le tribunal critiquait Johnson Controls, la partie contre laquelle avait été intentée une action récursoire après le règlement de la réclamation initiale pour atteinte à la personne. En 1995, Johnson avait fait entreposer des documents, dont certains auraient pu être pertinents. Entre 1997 et 1999, une boîte contenant des documents pertinents disparut, mais il n'y avait aucune preuve que les documents avaient été traités conformément à une politique de rétention. Johnson ne reçut aucun avis de la réclamation initiale avant 1999. Le tribunal décida que:

[50] [TRADUCTION] Johnson est responsable en grande partie pour la perte de ses documents. Il n'y a pas de preuve qu'il existait une politique de rétention ou de destruction de documents. Une politique avec une période de rétention courte justifierait peut-être qu'on se soit débarrassé d'éléments de preuve indéniables et préjudiciables. Toute politique qui permet la destruction de documents bien avant les dix ans qui suivent la date d'un événement omet probablement de tenir compte de façon raisonnable de la période normale de prescription de six ans prévue dans la Loi sur la prescription des actions pour les actions délictuelles ou contractuelles et d'une période permettant de prendre connaissance des faits et de découvrir les dommages et les personnes responsables avant le point de départ du délai de prescription. Une période de rétention courte omettrait également de tenir compte du délai prolongé prévu à l'article 8 de cette loi.

119 *Zelenski c. Jamz et al.*; *Zelenski c. Houston* (2004), 189 Man. R. (2d) 151 (Q.B.), 2004 MBQB 256 (IJCAn).

120 *Brandon Heating and Plumbing (1972) Ltd. et al. c. Max Systems Inc.* (2006), 202 Man. R. (2d) 278 (Q.B.), aux paragraphes 23 et 24.

121 *Silvestri c. General Motors Corp.*, 271 F.3d 583, 591 (4th Cir. 2001).

122 Voir le Commentaire 4.e du Principe 4.

123 (2002) IJCAn 14053 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).

[51] L'absence d'une politique de rétention de documents constitue également une omission de reconnaître le pouvoir des tribunaux de tirer des conclusions défavorables dans certaines circonstances à la suite du défaut de communiquer un document ou du défaut de reconnaître l'utilité pratique de conserver des documents à la suite de la réception d'une procédure.

Dans l'affaire *Johnson*, il était question d'une situation où il existait un danger et il était raisonnable d'envisager un litige, ce qui justifiait une longue période de rétention. Dans d'autres circonstances, lorsqu'il n'y a aucune raison d'envisager un litige, une période de rétention plus courte serait justifiée.

Des jugements canadiens récents, y compris l'affaire *Brandon Heating*, ont tenu compte de l'incidence de la destruction d'ISE pertinentes. Dans l'affaire *Fareed c. Wood*¹²⁴, un dossier de succession contre l'avocat du défunt qui avait également agi comme avocat en vertu d'une procuration générale, les fonds de la succession étaient insuffisants pour payer les legs. Le défendeur n'avait fourni que des explications superficielles pour justifier sa conduite et avait omis de divulguer des fichiers qui auraient pu étoffer ses explications. Le tribunal tira des conclusions défavorables en raison de son défaut de divulguer ces fichiers.

¹²⁴ 2005 IJCan 22134 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).

Principe 12

Les coûts raisonnables liés à la préservation, la collecte et l'analyse des ISE devraient être assumés par la partie ayant l'obligation de les communiquer. Dans de rares cas, les parties devraient s'entendre sur une répartition différente des coûts à titre provisoire, ou obtenir une ordonnance de la cour à cet effet.

Dans la plupart des provinces et des territoires canadiens, les coûts liés à la communication d'éléments de preuve sont généralement assumés par la partie qui doit les communiquer.¹²⁵ Il existe encore un débat au Canada en ce qui a trait à la répartition des coûts liés à la communication des ISE¹²⁶. Par contre, lorsque les documents sont communiqués, la partie adverse est responsable des coûts directement liés à cette communication, tels que les frais de photocopie, de reliure et de livraison. Tout autre partage des coûts n'a généralement lieu qu'à la fin du litige, lorsque la partie déboutée peut être condamnée au paiement total ou partiel des dépens (honoraires et débours) de la partie gagnante¹²⁷.

Bien qu'on exige que les parties soient responsables des coûts liés à la communication des ISE dans le cours normal des affaires, à tout le moins à titre provisoire, la situation peut être différente lorsque des efforts ou des ressources extraordinaires sont nécessaires afin de restaurer des informations et de les rendre accessibles pour leur communication. Ainsi, par exemple, la restauration de données supprimées, de bandes de sauvegarde antisinistre, de données résiduelles ou d'un système patrimonial (*legacy system*) pourrait exiger des efforts ou des ressources extraordinaires. Dans de tels cas, obliger la partie qui communique ces données à assumer les coûts élevés qu'exige la restauration pourrait être injuste et même empêcher cette partie de poursuivre jusqu'à l'audition sur le fond. Pour ces raisons, en général, il serait raisonnable que ce soit à la partie qui exige de tels efforts d'en payer, à tout le moins à titre provisoire, la totalité ou une partie des coûts.

À la suite de l'examen de plusieurs dossiers, le *Advisory Committee on the Rules of Civil Procedure* des États-Unis, a établi qu'il fallait tenir compte des sept critères suivants:

1. la nature de la demande de communication de la preuve;
2. le volume des informations provenant d'autres sources plus facilement accessibles;
3. le défaut de communiquer des informations pertinentes qui ont probablement existé mais auxquelles il est maintenant impossible d'avoir accès à partir de sources plus facilement accessibles;
4. la probabilité de découvrir des informations pertinentes qui répondent aux critères de recherche qui ne peuvent pas être obtenues à partir de sources plus facilement accessibles;
5. des prévisions quant à l'importance et l'utilité de ces autres informations;
6. l'importance des questions en litige; et
7. les ressources des parties.

Au Canada, on pourrait également soutenir que la répartition des coûts liés à la communication d'ISE accessibles pourrait être différente dans certains cas.

¹²⁵ De même, aux États-Unis les coûts liés à la communication de la preuve sont généralement assumés par la partie qui produit les documents. Par contre, la règle 26(b) des Federal Court Rules of Civil Procedure accorde le pouvoir aux tribunaux de modifier le partage des coûts lorsque la demande impose une contrainte excessive en raison de la nature de l'effort à fournir. Si un tribunal exige la récupération d'informations qui ne sont pas facilement accessibles, il devrait également juger qu'il est nécessaire de modifier la répartition des coûts. Voir les paragraphes 430 et 431 du jugement dans *Rowe Entm't, Inc. c. The William Morris Agency, Inc.*, 205 F.R.D. 421 (S.D.N.Y. 2002): «_TRADUCTION] Une partie qui conserve des données résiduelles sans que ce soit à des fins commerciales, mais seulement en cas d'urgence ou simplement parce qu'elle a oublié de s'en débarrasser, ne devrait pas en assumer les frais de production ».

¹²⁶ *Bank of Montreal c. 3D Properties (Bank of Montreal c. 3D Properties Inc. et al)*, (No. 1) (1993), 111 Sask. R. 53 (Q.B.): «[TRADUCTION] Tous les coûts raisonnables encourus par le demandeur, y compris les coûts liés à la recherche, la localisation, la préparation et la production desdits documents (dossiers informatisés, disques ou bandes) pour le requérant devront être assumés par ce dernier ».

¹²⁷ Par exemple, l'article 3.1 de la *Practice Direction Regarding Electronic Evidence* de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, qui est entrée en vigueur le 1er juillet 2006, prévoit que les frais raisonnables encourus afin d'agir conformément à cette dernière, « y compris les dépenses liées à l'embauche et aux services de spécialistes internes ou externes » peuvent être réclamés en vertu des *Rules of Court*.

L'administration de la preuve électronique peut entraîner des coûts internes importants pour les clients, ainsi que des honoraires pour les avocats et des dépenses pour les services confiés à des entreprises externes, tant pour la localisation et l'analyse des documents électroniques que pour la communication. Ainsi, il serait souhaitable de clarifier les règles en matière d'attribution des dépens afin que les coûts internes liés à l'administration de la preuve constituent des débours recouvrables dans certains cas.

Puisque les coûts liés à la communication d'éléments de preuve qui sont initialement assumés par les parties qui communiquent ces derniers peuvent être substantiels, ces parties pourraient décider d'appliquer certaines mesures afin de les limiter. Par exemple, une partie qui communique des documents pourrait décider de limiter l'étendue de ses obligations en matière de communication de la preuve électronique par négociation, aveux judiciaires ou requêtes. Elles pourraient également envisager la possibilité que les coûts soient assumés en totalité ou en partie par la partie qui reçoit les documents. Dans les juridictions de common law, la partie qui communique les documents pourrait souhaiter signifier une offre de règlement à l'autre partie, ou déposer une demande de cautionnement pour frais, afin d'améliorer ses chances de recouvrement des coûts si elle obtient finalement gain de cause.

En raison de la possibilité d'un paiement d'une provision pour frais dans le cadre de la communication de la preuve électronique, les parties souhaitant la communication de documents électroniques devraient également tenir compte, le plus tôt possible, des coûts que cela représente.

Annexe A**Participants et Observateurs du GT7**

Steven Accette
Ministère de la Justice
Ottawa, Ontario
Observateur

David J. Bilinsky
The Law Society of British Columbia
Vancouver, Colombie-Britannique

Gordon Bourgard
Ministère de la Justice
Ottawa, Ontario
Observateur

Richard G. Braman
The Sedona Conference
Sedona, Arizona, États-Unis
Membre d'office

Todd J. Burke
Gowling Lafleur Henderson, s.r.l.
Ottawa, Ontario

L'honorable Colin L. Campbell
Cour supérieure de justice
Toronto, Ontario
Observateur, Membre du Comité directeur

Robert Castonguay
KPMG, s.r.l.
Montréal, Québec

L'honorable Carol Cohen, J.C.S.
Cour supérieure du Québec
Montréal, Québec
Observatrice

Wendy Cole
LexisNexis Canada Inc.
Markham, Ontario

Conor R. Crowley
DOAR Litigation Consulting
New York, États-Unis
Observateur

Orlando Da Silva
Ministère du Procureur général
Toronto, Ontario
Observateur

Robert J. C. Deane
Borden Ladner Gervais, s.r.l.
Vancouver, Colombie-Britannique
Membre du Comité directeur et
Comité de rédaction

Tom Donovan
Cox Hanson O'Reilly Matheson
Halifax, Nouvelle-Écosse

Peg Duncan
Ministère de la Justice
Ottawa, Ontario
Observatrice, Membre du Comité directeur et du
Comité de rédaction

L'honorable Jonathan W. Feldman
United States District Court
Rochester, New York, États-Unis
Observateur

Martin Felsky
Commonwealth Legal Inc.
Toronto, Ontario

Pamela Fontaine
Toronto, Ontario

Dave Fraleigh
Ministère de la Justice
Ottawa, Ontario
Observateur

Robert M. Gerbrandt
Groupe Financier Banque TD
Toronto, Ontario

David Gray
McCarthy Tétrault, s.r.l.
Montréal, Québec
Comité de rédaction

Karen B. Groulx
Pallett Valo, LLP
Mississauga, Ontario

Caroline Guillemette
Ministère de la Justice
Ottawa, Ontario
Observatrice

Annexe A

Participants et Observateurs du GT7

L'honorable Ronald J. Hedges
U.S. Magistrate Judge
Newark, New Jersey, États-Unis
Observateur

Dominic Jaar
Bell Canada
Montréal, Québec

John H. Jessen
Electronic Evidence Discovery Inc.
Kirkland, WA, États-Unis
Conseiller technique

Kimberly Kuntz
Bull Houser & Tupper, LLP
Vancouver, Colombie-Britannique

Master Calum MacLeod
Cour supérieure de justice
Toronto, Ontario
Observateur

Charles M. Nadeau
Cour canadienne de l'impôt
Ottawa, Ontario
Observateur

Susan E. Nickle
Lerners, LLP
London, Ontario

Josephine Palumbo
Ministère de la Justice
Secteur du droit de la concurrence
Gatineau, Québec
Observatrice

Dan Pinnington
Lawyers' Professional Indemnity Co.
Toronto, Ontario

William J. Platt
Groupe Juridique PLG Inc.
Toronto, Ontario

E. Dianne Rathwell
Bureau de la concurrence Canada
Observatrice

Jonathan M. Redgrave
Redgrave Daley Ragan & Wagner, LLP
Washington, DC, États-Unis
Observateur

L'honorable J.C. Marc Richard
Cour d'appel du Nouveau-Brunswick
Fredericton, Nouveau-Brunswick
Observateur

L'honorable J. E. Scanlan
Cour suprême de la Nouvelle-Écosse
Truro, Nouvelle-Écosse
Observateur, Comité de rédaction

Glenn Smith
Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, LLP
Toronto, Ontario
Membre du Comité directeur

Carla Swansburg
Banque Royale du Canada
Toronto, Ontario

James T. Swanson
Burnett Duckworth & Palmer, LLP
Calgary, Alberta

Peter Vakof
PricewaterhouseCoopers
Toronto, Ontario

David Wilson
Alcatel Canada Inc.
Ottawa, Ontario

Kenneth J. Withers
The Sedona Conference
Phoenix, Arizona, États-Unis
Membre d'office

Susan B. Wortzman
Lerners, LLP
Toronto, Ontario
Présidente, Membre du Comité directeur et du
du Comité de rédaction

David Wotherspoon
Fasken Martineau DuMoulin, s.r.l.
Vancouver, Colombie-Britannique

Annexe B**Programme d'adhésion de The Sedona Conference
Working Group Series & WGSSM**

Les *Sedona Conference Working Group Series* («WGSSM») sont le fruit de l'évolution de *The Sedona Conference*® d'un forum de discussion à un groupe de réflexion ouvert, prêt à relever certains des plus grands défis actuels de notre système juridique.

Les WGSSM réunissent des participants aussi réputés que lors des conférences habituelles. Par contre, le groupe actif comprend de 30 à 35 membres plutôt que 60. De plus, au lieu d'afficher des versions définitives de documents sur le site Web avant les conférences, des réflexions et des idées sont échangées à l'avance et la réunion du Groupe de travail devient l'occasion d'élaborer une série de recommandations, de lignes directrices ou d'autres textes d'analyse conçus afin de produire des retombées immédiates pour les juges et les membres du barreau. Ces réunions deviennent également l'occasion d'entamer des discussions visant le développement équitable et raisonnable du droit. Une fois achevés, les travaux du Groupe, feront l'objet d'une évaluation par les pairs, y compris une critique possible lors de nos conférences habituelles. Nous espérons que cette démarche permettra de publier et de diffuser des versions définitives érudites, profondes et équilibrées.

Le premier Groupe de travail, qui s'est réuni au mois d'octobre 2002, visait l'élaboration de lignes directrices sur la conservation et la production des documents électroniques. La première version de la publication - *The Sedona Principles; Best Practices Recommendations and Principles Addressing Electronic Document Production* (mars 2003) - a connu un succès immédiat. Ces principes ont été cités dans le *Report on Electronic Discovery* du *Discovery Subcommittee of the Advisory Committee on Civil Rules* du *Judicial Conference of the United States* moins d'un mois après la publication de la version publique pour commentaires et ont été cités dans un jugement important sur la communication de la preuve électronique de la *Federal District Court* de New York moins d'un mois plus tard. Comme l'indiquait l'édition de juin 2003 du *Pike & Fischer's Digital Discovery and E-Evidence*, les Principes s'imposent déjà.

Le Programme d'adhésion des WGSSM a été établi afin d'offrir la possibilité aux juristes, avocats, universitaires et conseillers intéressés de participer aux activités du Groupe de travail. Il donne accès aux versions préliminaires des travaux du Groupe de travail, permettant de contribuer aux premières étapes, et à un tableau virtuel où sont affichés des textes de référence, permettant des échanges sur l'actualité et sur des sujets d'intérêt. Les membres peuvent également indiquer leur souhait de participer à titre volontaire à d'éventuelles tâches au sein de l'équipe; les publications du Groupe de travail comprennent également la liste des membres.

Actuellement, il existe des Groupes de travail dans les domaines suivants : 1) conservation et production des documents électroniques; 2) ordonnances de protection, confidentialité et accès à l'information ; 3) sciences économiques et lois antitrust; 4) lien entre les lois sur les brevets et les lois antitrust; 5) procès *Markman* et interprétation des revendications; 6) divulgation et gestion des informations électroniques au niveau international; et 7) communication de la preuve électronique dans le cadre des litiges civils au Canada. Veuillez consulter la section «Working Group Series» sur Internet à l'adresse www.thesedonaconference.com pour en savoir davantage sur les *Working Group Series* et le programme d'adhésion.

“
DISCUSSIONS
VISANT LE
DÉVELOPPEMENT
ÉQUITABLE ET
RAISONNABLE
DU DROIT.”



Tous droits réservés © 2007,
The Sedona Conference®

Consulter www.thesedonaconference.org
