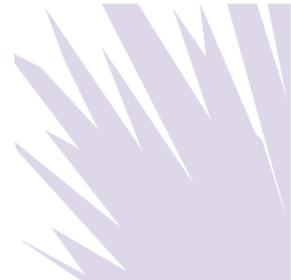


## Les Principes de Sedona Canada concernant l'administration de la preuve électronique, troisième édition

The Sedona Conference



---

Pour citer cette source :

The Sedona Conference, *Les Principes de Sedona Canada concernant l'administration de la preuve électronique, troisième édition*, 23<sup>e</sup> conférence de Sedona J. 981 (2022).

Copyright 2022, The Sedona Conference

Pour cette publication et d'autres, voir : <https://thesedonaconference.org/publications>.

LES PRINCIPES DE SEDONA CANADA  
CONCERNANT L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE  
ÉLECTRONIQUE, TROISIÈME ÉDITION

---

*Projet du Groupe de travail n° 7 de The Sedona Conference (Sedona  
Canada)*

*Auteur :*

The Sedona Conference

*Équipe éditoriale :*

Nicholas Trottier Susan Wortzman  
David Outerbridge Kathryn Manning

*Équipe de rédaction :*

Carolyn Anger Gretel Best  
Rachael Chadwick Lyndsey Delamont  
Pamela Drummond Lauren Fishman  
Maura Grossman Scott Hunter  
Shoshana Israel Rachael Jastrzembski  
Kristen Lai Michael Lalande  
Sarah Millar Suzan Mitchell-Scott  
Chuck Rothman Tiana Van Dyk  
Anatoliy Vlasov Dawn Sullivan Willoughby  
Stephanie Williams

*Traductrice :*

Maïté Bertaud

*Relectrice :*

Marie-Ève Gingras

*Assistant d'édition :*

David Lumia

Copyright 2022, The Sedona Conference.  
Tous droits réservés.

« Sedona Canada » est une marque déposée enregistrée auprès de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada. À moins d'avis contraire, les opinions exprimées dans la présente publication sont le fruit d'un consensus au sein du Groupe de travail n° 7 de The Sedona Conference. Elles ne reflètent pas nécessairement les points de vue individuels des participants ou de leur employeur, de leurs clients ou d'autres organisations auxquelles ils peuvent appartenir, ou la position officielle de The Sedona Conference.

Nous remercions l'ensemble de nos commanditaires annuels et ponctuels, sans l'appui desquels il nous serait impossible de réaliser les publications de la Working Group Series. Pour consulter la liste de nos commanditaires, cliquez sur « Sponsors » sur la page d'accueil de notre site Web.

Cette publication peut être citée comme suit :

The Sedona Conference. *Les Principes de Sedona Canada concernant l'administration de la preuve électronique*. 23<sup>e</sup> conférence de Sedona J. 981 (2022).

## PRÉFACE

Bienvenue à la troisième édition des *Principes de Sedona Canada concernant l'administration de la preuve électronique* (les « *Principes* »), projet de The Sedona Conference Working Group on E-Discovery Issues in Canada (« Sedona Canada » ou « GT7 »). Il s'agit d'une série de commentaires, formulés par des groupes de travail et publiés par The Sedona Conference, organisme de recherche et d'enseignement non partisan et sans but lucratif, dont la mission est de permettre aux juristes, avocats, experts, universitaires et autres œuvrant dans les domaines des questions de droit antitrust, des litiges complexes, des droits de propriété intellectuelle et du droit de la sécurité des données et de la protection des renseignements personnels, d'engager un véritable dialogue, sans débat, dans un effort d'avancement du droit de façon juste et raisonnée, dans le cadre de conférences et de groupes de réflexion appelés des groupes de travail.

Le GT7 a été formé en 2006 avec la mission « [TRADUCTION] de formuler des principes novateurs et des recommandations sur les pratiques exemplaires pour les avocats, les tribunaux, les entreprises et d'autres personnes qui affrontent régulièrement des problèmes relatifs à l'administration de la preuve électronique au Canada ». La première édition des *Principes*, publiée en début d'année 2008 (en anglais et en français), a immédiatement été reconnue par les tribunaux fédéraux et provinciaux en tant que source faisant autorité pour les juristes canadiens. Elle est explicitement mentionnée dans les *Règles de procédure civile de l'Ontario* et les directives pratiques qui sont entrées en vigueur en janvier 2010.

La deuxième édition des *Principes* a été publiée en novembre 2015. Depuis, d'importantes évolutions technologiques et sociétales ont changé la manière dont nous gérons l'administration de la preuve électronique. Nous avons fait de notre

mieux pour refléter ces changements dans la troisième édition. L'approbation des *Principes* par les tribunaux de diverses compétences et leur reconnaissance dans les règles de procédure provinciales ont créé une responsabilité dont l'importance n'échappe pas aux rédacteurs de cette troisième édition. Ainsi, l'équipe de rédaction et l'équipe éditoriale a étudié attentivement tous les changements survenus et leur incidence sur le processus de litige.

Au nom de The Sedona Conference, je remercie l'équipe éditoriale Nicholas Trottier, Susan Wortzman, David Outerbridge et Kathryn Manning, ainsi que tous les membres de l'équipe de rédaction pour le temps et l'attention qu'ils ont consacrés au processus de rédaction et de révision : Carolyn Anger, Gretel Best, Rachael Chadwick, Lyndsey Delamont, Pamela Drummond, Lauren Fishman, Maura Grossman, Scott Hunter, Shoshana Israel, Rachael Jastrzembski, Kristen Lai, Michael Lalande, Sarah Millar, Suzan Mitchell-Scott, Chuck Rothman, Tiana Van Dyk, Anatoliy Vlasov, Dawn Sullivan Willoughby et Stephanie Williams. Je tiens également à remercier Charles Boocock pour sa participation, ainsi que plusieurs autres personnes qui ont apporté une contribution particulière à cette troisième édition. Merci à Molly Reynolds, Nic Wall et Ronak Shah pour les mises à jour et les conseils relatifs au droit de la protection des renseignements personnels. Merci à Chuck Rothman, qui a procédé à un examen complet des commentaires sur les technologies de pointe. Un merci particulier à Jared Toll, qui a passé des heures à mettre à jour et à corriger les notes en bas de page de cette édition.

The Sedona Conference espère et prévoit que les travaux de ses groupes de travail constitueront des sources ayant valeur de précédent et orientant la pratique dans le milieu juridique.

Craig Weinlein  
Directeur exécutif  
The Sedona Conference  
Septembre 2022

## TABLE DES MATIÈRES

I.	PRÉSENTATION .....	989
II.	PRINCIPES ET COMMENTAIRES .....	996
	Principe 1. Les informations sur support électronique sont soumises aux règles d'administration de la preuve. ....	996
	Principe 2. Dans toute instance, les étapes suivies dans le cadre de l'administration de la preuve doivent être proportionnelles, eu égard aux éléments suivants : i) la nature et l'importance du litige; ii) l'importance et la complexité des questions en litige, des intérêts et des montants en jeu; iii) la pertinence des ISE disponibles; iv) l'incidence des ISE sur le processus décisionnel du tribunal dans chaque instance; et v) les coûts, le fardeau et les délais que la communication des ISE pourrait imposer aux parties.....	1003
	Principe 3. Dès qu'on anticipe un litige ou une enquête, les parties doivent envisager leur obligation de prendre de bonne foi des mesures raisonnables pour préserver les informations sur support électronique potentiellement pertinentes. ....	1016
	Principe 4. Les avocats et les parties doivent collaborer à l'élaboration d'un plan conjoint visant le traitement de tous les aspects de l'administration de la preuve; ils doivent maintenir cette collaboration tout au long du processus de l'administration de la preuve, notamment aux fins de l'identification, de la préservation, de la collecte, du traitement, de l'examen et de la communication des informations sur support électronique. ....	1044
	Principe 5. Les parties devraient être prêtes à communiquer toutes les informations sur support électronique pertinentes et raisonnablement accessibles eu égard aux coûts et au fardeau. ....	1065

- Principe 6. Une partie ne devrait pas être contrainte de chercher et de recueillir des informations sur support électronique résiduelles ou supprimées dans le cours normal des affaires ou dans le cadre d'une structure raisonnable de gouvernance de l'information à moins d'une entente entre les parties ou d'une ordonnance du tribunal démontrant le besoin et la pertinence de ces informations.....1078
- Principe 7. Une partie peut utiliser des outils et des processus électroniques pour remplir ses obligations relatives à la communication des documents.....1081
- A. Élimination des documents en double.....1090
- B. Quasi-doublons.....1091
- C. Gestion des conversations dans les courriels .....1092
- D. Identification de la langue et traduction.....1093
- Principe 8. Les parties devraient s'entendre dès que possible dans le cadre d'un litige sur la portée, le format et l'organisation des informations qui seront échangées. ....1104
- Principe 9. Dans le cadre du processus d'administration de la preuve, les parties devraient s'entendre ou obtenir une ordonnance du tribunal si nécessaire, afin que des mesures soient prises pour protéger les informations privilégiées, les renseignements personnels, les secrets commerciaux et les autres informations confidentielles liés à la communication d'informations sur support électronique.....1119
- Principe 10. Dans le cadre du processus d'administration de la preuve, les parties devraient respecter les règles du forum ou de la juridiction dans lequel ou laquelle 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 ou juridictions. ....1145

- Principe 11. Des sanctions peuvent être justifiées lorsqu'une partie subit un préjudice sérieux du fait qu'une autre partie ne respecte pas ses obligations d'administration de la preuve relatives aux informations sur support électronique.....1160
- Principe 12. Les coûts raisonnables liés à toutes les phases d'administration des informations sur support électronique devraient en général être assumés par la partie qui communique les informations. Dans de rares cas, il peut s'avérer approprié que les parties s'entendent sur une répartition différente des coûts à titre provisoire, ou obtiennent une ordonnance du tribunal à cet effet.....1174

## I. PRÉSENTATION

Publiée en 2008, la première édition des *Principes de Sedona Canada* comprenait une longue introduction expliquant ce qu'est l'administration de la preuve électronique, l'importance de ce processus et les raisons pour lesquelles les parties et les tribunaux doivent s'en préoccuper. En 2021, nous croyons qu'il n'est plus nécessaire d'expliquer l'importance de la preuve électronique dans le cadre de litiges, puisqu'il s'agit d'un processus standard dont les parties au litige, leurs avocats et les tribunaux doivent désormais tenir compte dans presque toutes les affaires.

L'introduction de l'édition précédente abordait également les principes fondamentaux qui étaient et sont toujours énoncés dans les *Principes de Sedona Canada*. Cette discussion était axée sur la proportionnalité et la collaboration entre les parties. Rien de tout cela n'a changé et les pratiques exemplaires sont les mêmes : les tribunaux et les parties doivent toujours s'efforcer d'adopter une approche reposant sur la proportionnalité et la collaboration lorsqu'ils traitent des ensembles de données volumineux et complexes sous forme d'informations sur support électronique (ISE). L'esprit de collaboration et le principe de proportionnalité ont été adoptés dans plusieurs provinces, qui ont des protocoles ou des plans d'enquête préalable obligatoires. Pour les affaires complexes, les parties ont désormais l'habitude de convenir de protocoles d'enquête préalable régissant le champ d'application et la communication des ISE. Cette étape est avantageuse pour les parties, tant au chapitre de l'efficacité que des coûts.

En 2021, nous devons aussi relever le défi de la prolifération de nouveaux types de données, qu'il s'agisse de données éphémères ou de celles provenant des outils de clavardage que nous utilisons quotidiennement pour communiquer. Ces nouveaux

outils et le fait que bon nombre d'entre nous travaillent à domicile en ces temps de pandémie mondiale ont exercé une profonde incidence sur la gestion des ISE et l'administration e la preuve électronique. Les avocats qui se rendaient au bureau six jours par semaine travaillent maintenant à domicile et se sont donné de nouveaux modes de communication que nous n'aurions jamais cru possibles auparavant. Les entreprises de nos clients, ainsi que la façon dont ils créent, gèrent et utilisent les données ont aussi subi une transformation radicale. Dans la sphère de l'administration de la preuve électronique, nous devons tenir compte des différentes sources de données et envisager les meilleurs moyens de recueillir les données à distance. En pratiquant le droit dans ce monde en mutation, nous constatons que les processus d'administration de la preuve électronique ont évolué pour s'adapter aux nouvelles méthodes de travail. Les *Principes de Sedona Canada*, tout en restant neutres sur la technologie, tentent d'intégrer les pratiques exemplaires qui tiennent compte de ce monde numérique en pleine évolution.

L'apprentissage automatique a également changé la donne, en élargissant et en faisant évoluer de façon spectaculaire les méthodes de traitement des ISE et en déployant l'intelligence artificielle, ce qui pose de nouveaux défis pour les personnes responsables de l'administration de la preuve électronique. Cela dit, nous sommes heureux que la communauté de l'administration de la preuve électronique ait eu l'occasion de figurer parmi les premiers utilisateurs de l'apprentissage automatique, notamment pour l'examen assisté par la technologie (EAT) et grâce aux outils d'apprentissage actif en continu développés pour soutenir notre communauté. Cette adoption précoce de la technologie a suscité de nombreuses occasions pour les spécialistes de l'administration de la preuve électronique. Nous aborderons aussi ces outils et processus d'apprentissage automatique dans la présente troisième édition.

D'autres transformations récentes concernent aussi la société dans son ensemble. Le comité éditorial a choisi de modifier les

occurrences du qualificatif « *native* » en anglais, qui accompagnait les termes « *records* » et « *information* » (documents ou renseignement au format natif). Nous utilisons désormais le terme « fichier numérique d'origine ». Ce changement a été apporté à la suite des préoccupations soulevées par nos communautés autochtones et pour éviter toute confusion relative à la désignation de certains documents, dans la version anglaise, à titre de « *native records* » (documents au format natif). Nous sommes conscients que « *native records* » faisait partie des termes techniques employés par la communauté de l'administration de la preuve électronique, mais, dans l'esprit de la réconciliation amorcée au Canada, le comité éditorial a jugé important d'apporter ce changement à la terminologie de ce document.

En 2021, nous abordons l'interaction entre l'administration de la preuve électronique et les régimes de protection de la vie privée qui évoluent au Canada, ainsi que le rôle que peut jouer la gouvernance de l'information pour favoriser l'administration de la preuve électronique.

Ce ne sont là que quelques-uns des nombreux changements contenus dans la troisième édition, auxquels s'ajoute un corpus de jurisprudence sans cesse croissant. Dans quelques cas, le libellé des *Principes* a été modifié. Nous avons effectué la mise à jour approfondie du commentaire accompagnant chacun des *Principes* et actualisé la jurisprudence applicable, le cas échéant. Les modifications les plus importantes sont résumées ci-dessous.

**Principe 1 (les ISE sont soumises aux règles d'administration de la preuve).** – Le commentaire au sujet de la pertinence a été enrichi avec de nouveaux exemples illustratifs et de jurisprudence.

**Principe 2 (proportionnalité).** – Le libellé du *Principe* a été légèrement modifié; le commentaire au sujet du fondement de

preuve de la proportionnalité a été enrichi avec de nouveaux exemples illustratifs et de jurisprudence.

**Principe 3 (préservation).** – Le *Principe* a été modifié afin d’inclure les enquêtes anticipées dans l’obligation de préserver les ISE. Nous avons ajouté un commentaire (3.d) qui traite de la préservation dans le cadre des enquêtes et un commentaire (3.g) concernant les obligations en matière de protection des renseignements personnels, en tenant compte des diverses lois nationales et infranationales dans ce domaine qui peuvent s’appliquer aux renseignements permettant d’identifier une personne qui sont préservés.

**Principe 4 (collaboration).** – Nous avons mis à jour le commentaire visant à encourager les parties à discuter de l’utilisation de la technologie tout au long du processus d’administration de la preuve, à envisager une approche progressive ou échelonnée en matière d’administration de la preuve électronique pour consacrer plus de temps aux sources de données qui sont plus difficiles à recueillir ou à traiter, et à favoriser l’esprit de collaboration et de coopération lorsque les parties ont des capacités technologiques inégales.

**Principe 5 (devoir de communiquer la preuve).** – Nous avons mis à jour le commentaire de ce *Principe* pour tenir compte du rôle que jouent la gouvernance de l’information et la gestion documentaire pour faciliter le processus d’administration de la preuve. Nous avons ajouté de nouveaux exemples de jurisprudence illustrant l’utilisation de supports de sauvegarde pour la collecte des ISE lorsque les données requises ne sont pas accessibles à l’aide de moyens de collecte standard. Enfin, nous abordons les questions complexes qui se posent à propos des ISE stockées sur des plateformes infonuagiques ou hébergées chez des fournisseurs tiers.

**Principe 6 (données résiduelles ou supprimées).** – Nous avons ajouté un nouveau paragraphe sur les données éphémères à la fin du commentaire concernant ce *Principe*.

**Principe 7 (utilisation de la technologie).** – Étant donné l'importance de la technologie et de son rôle dans la réduction du temps et des coûts consacrés à l'administration de la preuve électronique, il n'est pas étonnant que des modifications et des ajouts importants aient été apportés au commentaire concernant ce *Principe*. Les parties doivent avoir une certaine compréhension des outils qu'elles utilisent et mettre en application les technologies, les flux de travail et les compétences de façon appropriée pour en arriver à un processus défendable sur le plan juridique. Même si les juristes ont accès à bon nombre d'outils technologiques pour faciliter le processus d'administration de la preuve électronique, les recherches par mots clés demeurent une méthode couramment utilisée. Nous avons ajouté une liste des avantages et inconvénients au commentaire sur les enjeux et les limites d'une démarche s'appuyant sur la recherche par mots clés.

**Principe 8 (planification de l'administration de la preuve).** – Nous avons modifié ce *Principe* pour mettre l'accent sur la portée plutôt que sur la teneur de la production. Nous avons également ajouté dans les commentaires des sections visant à inciter les parties à s'entendre sur la portée de la communication de la preuve (8.c) et pour traiter de l'obligation positive d'aider la partie adverse à mieux gérer et comprendre les communications volumineuses de documents (8.e).

**Principe 9 (secret professionnel et confidentialité).** – Nous avons mis à jour des sections dans les commentaires pour persuader les parties de ne pas se fier uniquement à des recherches par mots clés pour déterminer les informations confidentielles ou protégées par le secret professionnel, et pour encourager des approches technologiques plus novatrices, notamment l'examen assisté par la technologie et l'utilisation de meilleurs outils de caviardage. La section sur la protection des renseignements personnels a été actualisée pour mentionner de nouveaux

exemples de jurisprudence, le *Règlement général sur la protection des données* (RGPD) en vigueur dans l'Union européenne depuis 2018 et des renvois au document *The Sedona Canada Commentary on Privacy and Information Security for Legal Service Providers*. Nous avons ajouté une nouvelle section sur la protection des renseignements personnels et les messages éphémères (9.c.ii). Enfin, la section sur la sécurité des données (9.d) a été mise à jour avec des références au document *The Sedona Canada Commentary on Privacy and Information Security for Legal Service Providers*.

**Principe 10 (administration de la preuve électronique dans plusieurs pays, provinces ou territoires).** – Nous avons mis à jour le commentaire pour mieux nuancer les différences entre les provinces et les diverses juridictions, ainsi que les questions découlant des litiges multijuridictionnels. Les commentaires sur la protection des renseignements personnels et la confidentialité ont été mis à jour pour tenir compte des interdictions portant sur le transfert de données hors de certains territoires, comme l'Union européenne, à la suite de l'adoption du RGPD. Nous précisons les différences touchant certaines catégories de protection du secret professionnel qui varient d'un pays à l'autre ou d'un ressort à l'autre. Pour les affaires transfrontalières, il est rappelé aux parties que la collecte, l'examen et la communication de données dans un forum pourraient avoir une incidence sur la communication des éléments de preuve dans un autre forum. Enfin, nous avons ajouté à la section du commentaire concernant l'arbitrage de nombreuses références utiles aux *Règles d'arbitrage* de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada (IAMC).

**Principe 11 (sanctions).** – Nous avons nuancé la formulation de ce *Principe* en remplaçant « Des sanctions devraient être imposées par les tribunaux » par « Il est possible que des sanctions soient justifiées ». Le commentaire accompagnant ce *Principe* est passé de trois à six sections. Nous avons ajouté de nouvelles sections pour tenir compte de l'existence du délit de destruction de

la preuve au Canada (« *tort of spoliation* ») et pour traiter de la destruction d'éléments de preuve par négligence. Enfin, nous avons ajouté une analyse jurisprudentielle des diverses réparations accordées par les tribunaux.

**Principe 12 (coûts).** – Nous avons mis à jour le commentaire pour tenir compte de la hausse des coûts et des obligations éventuelles associées à la communication des ISE. L'utilisation accrue de la technologie en raison d'événements mondiaux, comme la COVID-19, a engendré une explosion de l'information numérique et les coûts de l'administration de la preuve électronique augmenteront étant donné le volume important de données. Les décisions quant aux processus et flux de travail de l'administration de la preuve électronique auront une incidence importante sur les coûts. Nous avons divisé le commentaire en deux sections pour tenir compte des différentes phases de l'administration de la preuve et des types d'agissements ou d'omissions d'agir qui affectent l'attribution de dépens. Nous avons ajouté des décisions récentes au commentaire accompagnant ce *Principe*.

Kathryn Manning  
David Outerbridge  
Nicholas Trottier  
Susan Wortzman

## II. PRINCIPES ET COMMENTAIRES

### **Principe 1. Les informations sur support électronique sont soumises aux règles d'administration de la preuve.**

#### *Commentaire 1.a. Définition du terme « informations sur support électronique » (ISE)*

Bien que les règles des tribunaux canadiens fournissent plusieurs définitions différentes des termes « enregistrement » et « document » aux fins de la communication des documents pendant le processus d'administration de la preuve, elles prévoient toutes que les informations sur support électronique (ISE) doivent être communiquées dans le cadre de l'administration de la preuve. En pratique, les données de messagerie, les fichiers de traitement de texte, les feuilles de calcul, les pages Web, les enregistrements vidéo et audio, la messagerie instantanée et les messages textes, les photographies numériques, les informations sur les pages Web et les médias sociaux, les données des appareils mobiles, les données structurées, l'Internet des objets,<sup>1</sup> les données de localisation et les données biométriques<sup>2</sup> constituent des sources caractéristiques d'ISE.

---

1. L'Internet des objets est un terme générique pour décrire un large éventail de dispositifs électroniques, tels que des ordinateurs ou des capteurs dans les véhicules, des réfrigérateurs, des dispositifs d'éclairage ou un système de sécurité, qui sont reliés à Internet et peuvent recueillir, stocker ou communiquer de l'information. Consulter le document *The Sedona Conference Glossary: eDiscovery & Digital Information Management, Fifth Edition* (2020), 21 Sedona Conf J 263, p. 325 [le « *Sedona Conference Glossary* »].

2. Les données biométriques sont des données à caractère personnel résultant d'un traitement technique particulier, qui concernent les caractéristiques physiques, physiologiques ou comportementales d'une personne physique, qui permettent ou confirment l'identification unique de cette personne physique, telles que des images faciales ou des données dactyloscopiques (empreintes digitales); voir *ibid.*, p. 274.

La *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*<sup>3</sup> définit le terme « 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*<sup>4</sup> 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,<sup>5</sup> qui définit le terme « document » ainsi :

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.

---

3. *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5.[LPRPDE].

4. *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, a. 31.8.[*Loi sur la preuve au Canada*].

5. [*Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*], RLRQ c C-1.1, article 3.

### *Commentaire 1.b. Pertinence*

Les tribunaux canadiens ont maintes fois jugé que les ISE étaient admissibles en preuve et que les parties pouvaient être contraintes de les communiquer.<sup>6</sup> Toutes les règles de pratique des tribunaux prévoient qu'un document, peu importe son support, doit être communiqué s'il est pertinent. Par exemple, la règle 5.2(1) figurant dans la partie 5 des *Alberta Rules of Court*<sup>7</sup> prévoit que les documents doivent être pertinents et significatifs. Les *Règles de procédure civile*<sup>8</sup> de l'Ontario indiquent que tout document pertinent relativement à une question en litige doit être communiqué. Les *Supreme Court Rules* de la Colombie-Britannique ont été modifiées en 2009 pour intégrer des concepts de proportionnalité et pour restreindre la portée de la communication de documents.<sup>9</sup>

---

6. Par exemple, voir *Cholakis v. Cholakis*, 2000 CanLII 20735 (B.R. Man.), paragr. 30 [*Cholakis*] :

« [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 [...] 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 ».

7. *Alberta Rules of Court*, règle 5.2(1)

8. *Règles de procédure civile de l'Ontario*, règle 30.02 (1) : Un document pertinent à l'égard d'une question en litige dans une action et qui se trouve ou s'est trouvé en la possession d'une personne, sous son contrôle ou sous sa garde est divulgué conformément aux règles 30.03 à 30.10, que l'on invoque ou non un privilège à l'égard de ce document.

9. *Supreme Court Civil Rules de la Colombie-Britannique*, règles 1-3 (2), 7-1 (1)

Dans certains cas, les tribunaux ont même ordonné la communication de supports informatiques. Par exemple, dans l'arrêt *Reichmann v. Toronto Life Publishing Co.*,<sup>10</sup> le tribunal ordonna à une partie de communiquer non seulement une copie imprimée d'un manuscrit, déjà communiquée, se retrouvant sur un disque dur, 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.

Dans l'arrêt *Northwest Mettech Corp. v. Metcon Service Ltd.*,<sup>11</sup> 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. Le tribunal ordonna par contre aux défendeurs de signifier un affidavit attestant qu'ils avaient analysé les fichiers enregistrés sur le disque dur afin de communiquer ceux concernant le litige.

Dans certaines circonstances, après avoir pris les précautions nécessaires pour protéger les informations confidentielles ou protégées par le secret professionnel, un tribunal pourrait autoriser l'accès à un disque dur ou à un autre support informatique, ou en permettre une inspection.<sup>12</sup> Ainsi, l'accès pourrait être

---

10. *Reichmann v. Toronto Life Publishing Co.*, 1988 CanLII 4644 (C.S. Ont.).

11. *Northwest Mettech Corp. v. Metcon Service Ltd.*, 1996 CanLII 1056, paragr. 10 (S.C. B.C.).

12. *Nicolardi v. Daley*, [2002] OJ No 595, paragr. 5 (C.S. Ont.).

permis dans le cadre d'une enquête visant la récupération d'informations supprimées.

Dans l'affaire *JEP v. ECB*,<sup>13</sup> une conclusion défavorable quant à la crédibilité de l'intimé a été tirée, notamment vu l'omission de communiquer des messages instantanés échangés sur Facebook dans le cadre d'un différend conjugal. La Cour a conclu que « [TRADUCTION] Malgré une demande à cet effet, il n'a communiqué aucun message instantané entre lui et R.J. datant d'après juin 2016. Compte tenu de la nature et du ton des échanges avec R.J. et de l'omission de communiquer les documents demandés, je ne crois pas les démentis de l'intimé ».

Dans *Hodgson v. Coast Storage and Containers Ltd.*,<sup>14</sup> le tribunal n'a pas trouvé à redire quand le défendeur a déposé une série de messages instantanés échangés sur la plateforme Teams de Microsoft pour appuyer ses propos. Même si le demandeur avançait que les messages échangés sur Teams ne devraient pas être pris en compte puisqu'ils n'étaient pas « présentés dans un contexte adéquat » ni appuyés d'une déclaration sous serment, le tribunal s'est exprimé ainsi : « [TRADUCTION] Le fait que la preuve ne soit pas présentée dans une déclaration sous serment ne diminue pas sa valeur, à mon avis [...] ».

*Exemple i. – Communication des ISE au lieu des documents papier.* Un propriétaire d'entreprise est visé par une plainte pour rupture de contrat, déposée par un ancien fournisseur. La déclaration allègue que le propriétaire d'entreprise n'a pas payé au fournisseur un montant de plus de 300 000 \$ pour des services rendus et des biens reçus au cours des 24 mois précédents.

---

13. *JEP v. ECB*, 2019 BCSC 786 (CanLII), paragr. 86.

14. *Hodgson v. Coast Storage and Containers Ltd.*, 2020 BCHRT 55, paragr. 57 [Hodgson].

Dans le cadre de l'obligation de production du propriétaire d'entreprise, son avocat lui demande de rassembler toutes les communications par courrier électronique entre lui et le fournisseur, ainsi que toutes les factures et tous les documents financiers, dans leur format électronique original et tels que transmis par le fournisseur. Le propriétaire d'entreprise a des copies imprimées de certains documents reçus du fournisseur seulement, comme quelques courriels et factures et des feuilles de calcul contenant des données sommaires de facturation. Le propriétaire d'entreprise doit veiller à préserver, à recueillir et à communiquer les fichiers électroniques originaux des courriels, des factures et des feuilles de calcul plutôt que de fournir à son avocat un ensemble incomplet de versions imprimées des documents.

*Exemple ii. – Les deux parties doivent communiquer les métadonnées associées aux ISE.* Une société de gestion d'actifs (Gestion d'actifs ABC) poursuit une ancienne directrice pour violation de l'obligation fiduciaire, rupture de contrat et abus de confiance. L'ancienne directrice d'ABC a démissionné et a créé sa propre société de placement à service complet, qui est en concurrence directe avec ABC. ABC découvre que, peu après sa démission, l'ancienne directrice a sollicité des clients existants et potentiels d'ABC par courriel, en plus de faire et conserver des copies de conventions, de dossiers de recherche et d'analyse de titres, et de travaux confidentiels créés par ABC et lui appartenant.

L'ancienne directrice doit veiller à préserver, à recueillir et à communiquer tous les documents électroniques en sa possession avec toutes les métadonnées connexes intactes concernant l'auteur, la création et les dates de modification des conventions, des dossiers de recherche et d'analyse de titres, et des travaux confidentiels prétendument créés par ABC et lui appartenant.

*Commentaire 1.c. 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 et concernant les opérations de commerce électronique.<sup>15</sup> Ces lois prévoient qu'on ne peut nier l'effet juridique ou la force exécutoire d'une information en raison de son format électronique.

Ces lois ne contraignent pas une personne à utiliser ou à accepter l'information sous forme électronique. Par ailleurs, son consentement à une telle utilisation peut être implicite. L'exigence qu'une information soit fournie par écrit est généralement satisfaite dès que celle-ci est accessible et utilisable pour consultation ultérieure.

---

15. Le Yukon, l'Île-du-Prince-Édouard, l'Ontario, Terre-Neuve, la Nouvelle-Écosse et le Nunavut ont adopté respectivement : la *Loi sur le Commerce électronique*, L.R.Y.; R.S.P.E.I.988, c. E-4.1; L.O. 2000, c. 17; SNL 2001, c. E-5.2; SNS 2000, c. 26; L.Nun. 2004, c. 7. L'Alberta, le Nouveau-Brunswick et la Colombie-Britannique ont adopté des lois similaires : la *Electronic Transactions Act*, S.A. 2001; la *Loi sur les opérations électroniques*, LRN-B 2011, c. 145; la *Electronic Transactions Act*, 2001, c. 10, et la *Loi sur les opérations électroniques*, L.T.N.-O. 2011, c. 13. 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. Le Québec a promulgué la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*.

Les lois canadiennes prévoient des mesures facilitant l'admissibilité en preuve des ISE devant les tribunaux, notamment pour l'établissement de présomptions concernant l'intégrité de l'information électronique, de procédures d'introduction de ces éléments de preuve et de contestation de leur admissibilité, exactitude et intégrité. En général, les lois n'ont pas pour effet de modifier l'application des règles législatives ou de common law relatives à l'admissibilité en preuve de documents, à l'exception de celles régissant l'authenticité et la meilleure preuve.<sup>16</sup>

**Principe 2.**      **Dans toute instance, les étapes suivies dans le cadre de l'administration de la preuve doivent être proportionnelles, eu égard aux éléments suivants : i) la nature et l'importance du litige; ii) l'importance et la complexité des questions en litige, des intérêts et des montants en jeu; iii) la pertinence des ISE disponibles; iv) l'incidence des ISE sur le processus décisionnel du tribunal dans chaque instance; et v) les coûts, le fardeau et les délais que la communication des ISE pourrait imposer aux parties.**

### *Commentaire 2.a. Le rôle de la proportionnalité*

La proportionnalité est le principe du « caractère raisonnable » appliqué à la question de savoir combien de temps et d'efforts une partie devrait fournir à l'égard des ISE en tenant compte de tous les facteurs pertinents. Les tribunaux à l'échelle

---

16. À titre d'exemples, voir l'article 34.1 de la *Loi sur la preuve*, L.R.O. 1990 c. E.23, et les articles 5, 6 et 7 de la ; *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, <https://www.ontario.ca/fr/lois/loi/90e23> - BK41, RLRQ c. C-1.1.

du pays, y compris la Cour suprême du Canada, ont confirmé que le principe de proportionnalité est appelé à jouer un rôle important dans la gestion de l'instance.<sup>17</sup> Toutes les provinces et tous les territoires du Canada qui ont mis en œuvre des règles de procédure relatives aux ISE et énonçant des obligations de faire (p. ex. les ISE sont assujetties aux règles d'administration de la preuve; les parties ont des devoirs de préservation, de recherche et de communication des éléments qui satisfont le critère de communication) ont aussi adopté un principe de proportionnalité.

Le principe de proportionnalité vise à s'opposer aux délais et aux coûts entravant l'accès à la justice et, même si sa mise en œuvre exige un changement au sein de la culture juridique, l'objectif est de créer une nouvelle norme. La décision de M. le protonotaire Short dans l'affaire *Siemens Canada Limited v. Sapient Canada Inc.*<sup>18</sup> fournit une analyse importante de la proportionnalité et des attentes à l'égard des avocats concernant le respect de ce nouveau principe.<sup>19</sup> Cette décision fournit des conseils

---

17. *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43 (CanLII); *Total Vision Enterprises Inc. v. 689720 B.C. Ltd.*, 2006 BCSC 639 (CanLII), paragr. 36; *Abrams v. Abrams*, 2010 ONSC 2703 (CanLII).

18. *Siemens Canada Limited v. Sapient Canada Inc.*, 2014 ONSC 2314 (CanLII), paragr. 51 [*Siemens*]. Dans *Siemens*, les parties n'avaient pas établi un plan d'enquête préalable et ont présenté des documents sans communiquer entre eux. Lorsque Siemens a transmis 120 043 documents alors que Sapient a transmis 23 356 documents, Siemens a contesté la divulgation de documents par Sapient, indiquant qu'elle était déficiente. Bien que la requête de Siemens ait été partiellement accueillie, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a refusé d'accorder les dépens et a déclaré que les parties étaient « les auteurs de leur propre malheur » en procédant sans plan d'enquête préalable.

19. Voir aussi des analyses détaillées dans *Warman v. National Post Co* 2010 ONSC 3670 (CanLII); *Kaladjian v. Jose*, 2012 BCSC 357 (CanLII) [*Kaladjian*]; The Sedona Conference, *The Sedona Canada Commentary on Proportionality in Electronic Disclosure & Disclosure* (version publique pour commentaires, oct. 2010) son Annexe 1, en ligne : The Sedona Conference <<https://thesedona>

concernant le plan d'enquête préalable et la transparence dont doivent faire preuve les avocats pour s'acquitter de leurs obligations.<sup>20</sup>

Les ISE sont soumises aux règles d'administration de la preuve et les parties ont des devoirs de préservation, de recherche et de communication des éléments qui satisfont le critère de pertinence aux fins de la communication. Toutefois, aucune partie n'est tenue de préserver, de chercher et de communiquer tous les ISE (ou un ensemble d'ISE particulièrement problématique) lorsque cela imposerait des coûts et un fardeau disproportionnés par rapport à la valeur de l'affaire ou à la valeur probante de la preuve en question, en tenant compte de la disponibilité de la même information provenant d'autres sources et d'autres facteurs. Souvent, le principe de proportionnalité est invoqué par une partie qui cherche à réduire ses obligations de communication, parfois de façon appropriée et parfois de façon inappropriée.

L'utilisation répandue des ordinateurs et d'Internet a favorisé la création d'une grande quantité d'ISE, augmentant de façon exponentielle les coûts et le fardeau liés à l'administration de la preuve par rapport au monde des documents papier. Même les litiges dont les montants en jeu sont minimes et portant sur des questions juridiques simples peuvent concerner de grandes quantités d'ISE. Les parties doivent adopter une approche pratique et efficace en matière d'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,

---

conference.org/publication/The\_Sedona\_Canada\_Commentary\_on\_Proportionality\_in\_Electronic\_Disclosure\_and\_Discovery>.

20. *Siemens*, *supra*, note 18; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7 (CanLII) [*Hryniak*]; voir aussi <<https://canliiconnects.org/en/summaries/27537>> qui présente les éléments clés de la décision *Siemens*.

des intérêts et des montants en jeu. En l'absence d'une telle approche modérée, les coûts excessifs liés à l'administration de la preuve électronique pourraient faire obstacle à la résolution équitable d'un litige. « [TRADUCTION] Les nouvelles règles [Supreme Court Rules de la Colombie-Britannique] reconnaissent que l'application d'un critère du 19<sup>e</sup> siècle à la grande quantité de documents papier et électroniques produits et stockés à l'aide de la technologie du 21<sup>e</sup> siècle transforme l'administration de la preuve en une tâche excessivement lourde et coûteuse dans de nombreux cas. Certaines limites raisonnables sont désormais essentielles [...] ». <sup>21</sup>

Selon la jurisprudence : « [TRADUCTION] la proportionnalité est un principe parcimonieux ». <sup>22</sup> Autrement dit, le principe de proportionnalité doit généralement restreindre, et non élargir, la quantité de documents et de renseignements à communiquer. Cela dit, les parties ne doivent pas alléguer le principe de proportionnalité pour se soustraire à leurs obligations légitimes d'administration de la preuve. Les parties doivent planifier le processus d'administration de la preuve électronique dès le départ, afin d'analyser les coûts potentiels et les moyens de maîtriser ceux-ci, ainsi que de déterminer le processus le plus susceptible de favoriser la proportionnalité. <sup>23</sup> Comme l'a déclaré la Cour dans l'affaire *Siemens* : « [TRADUCTION] maintenant, à

---

21. *Kaladjian, supra*, note 19; *Szeto v. Dwyer*, 2010 NLCA 36 (CanLII) [*Szeto*], citant le juge N. Smith dans *More Marine Ltd. v. Shearwater Marine Ltd.*, 2011 BCSC 166 (CanLII).

22. *Ontario v. Rothmans Inc.*, 2011 ONSC 2504 (CanLII), paragr. 160.

23. *L'Abbé v. Allen-Vanguard*, 2011 ONSC 7575 (CanLII), paragr. 24 [*L'Abbé*] : « [TRADUCTION] L'efficacité et la gestion optimale des coûts dans la communication et l'administration de la preuve devraient constituer des objectifs communs Il est évident que les questions de pertinence et de secret professionnel doivent être respectées, mais il est nécessaire d'appliquer ces filtres de manière pratique [...] De même, sinon plus, la résolution collaborative et créative de problèmes, axée sur les objectifs des parties et de leurs avocats respectifs, est fondamentale. »

l'approche du cinquième anniversaire des modifications apportées aux [Règles de procédure civile de l'Ontario], une affaire comme celle-ci permet de démontrer les conséquences du report de l'élaboration d'un plan d'enquête préalable concret. Il est opportun de souligner l'obligation des parties et des avocats, qui est de définir la base sur laquelle les parties établiront la communication de la preuve dans des cas complexes comme celui-ci ». <sup>24</sup>

Les coûts ne se limitent pas à la récupération et à la communication en format lisible de documents électroniques, à l'analyse des documents pour distinguer les éléments pertinents de ceux qui ne le sont pas et pour déterminer les informations protégées par le secret professionnel ou à la divulgation des documents à la partie adverse. Il faut également tenir compte de coûts et facteurs non pécuniaires, notamment les risques d'atteinte à la vie privée des individus et les risques de divulgation de secrets commerciaux ou de renseignements qui sont protégés par tout type de privilège juridique. L'administration de la preuve électronique peut surcharger le personnel du service des technologies de l'information (TI) et les ressources organisationnelles.

Les tribunaux tentent couramment de maintenir l'équilibre entre les coûts associés à l'administration de la preuve et l'objectif de résolution équitable, rapide et économique des litiges selon leur bien-fondé. <sup>25</sup> Dans le contexte de l'administration de

---

24. *Siemens, supra*, note 18, paragr. 51.

25. Les tribunaux de toutes les provinces et tous les territoires du Canada ont adopté des règles de procédure qui contiennent une disposition soulignant l'importance primordiale de respecter le principe de proportionnalité dans le cadre de toute procédure judiciaire.

la preuve, les tribunaux canadiens soulignent leur responsabilité relative à l'atteinte de cet objectif.<sup>26</sup> Ils ont refusé d'ordonner la communication de documents lorsque les parties ont démontré qu'une telle communication occasionnerait des coûts ou des répercussions négatives, notamment en matière de protection des informations confidentielles ou d'atteinte à la vie privée, qui surpassaient la valeur probante des documents.<sup>27</sup>

On laisse également entendre que tout différend concernant l'administration de la preuve doit être proportionnel et ne doit pas constituer en soi un plaidoyer contradictoire, et qu'il est parfois approprié de miser sur le renvoi à d'autres formes de règlement de différends, telle que la règle 54.03 de l'Ontario.<sup>28</sup> L'un des juges de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a intégré un plan d'enquête préliminaire et d'administration de la preuve électronique proportionnelle dans ses directives sur la gestion de l'instance.<sup>29</sup> La proportionnalité concerne non seulement

---

26. *L'Abbé*, *supra*, note 23, paragr. 41.

27. *Goldman, Sachs & Co. v. Sessions*, 2000 BCSC 67 (CanLII) (refus d'ordonner la communication de documents lorsque les délais et les coûts liés à la communication, ainsi que le risque d'atteinte à la confidentialité excédaient la valeur probante des documents); *Ireland v. Low*, 2006 BCSC 393 (CanLII) [*Ireland*] (refus d'ordonner la communication 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. v. Janzen* (2006), 2006 BCSC 554 (CanLII) [*Janzen*] (refus d'ordonner la communication d'un disque dur en raison des circonstances particulières de l'affaire); *Desgagne v. Yuen* (2006), 2006 BCSC 955 (CanLII) (refus d'ordonner la communication d'un disque dur, des métadonnées et de l'historique d'un navigateur Web puisque, notamment, le caractère intrusif de l'ordonnance demandée était disproportionné eu égard à la valeur probante limitée de l'information qui serait probablement recueillie).

28. *Siemens*, *supra*, note 18, paragr. 40; *Lecompte Electric Inc. v. Doran (Residential) Contractors Ltd.*, 2010 ONSC 6290 (CanLII), paragr. 15.

29. *Yan v. Chen*, 2014 ONSC 3111, « Appendix A » (CanLII).

l'utilisation par les parties de leurs propres ressources, mais aussi du temps dont dispose le tribunal.<sup>30</sup>

*Commentaire 2.b. La règle de proportionnalité selon la juridiction*

La plupart des provinces et des territoires du Canada ont modifié leurs règles respectives afin d'y intégrer la proportionnalité comme principe général pour les procédures d'administration de la preuve.

Le juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a promulgué des instructions sur la pratique concernant la preuve électronique intitulées *Practice Direction Regarding Electronic Evidence* (en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2006).<sup>31</sup> Ces instructions établissent des normes par défaut régissant l'utilisation des technologies dans la préparation et la gestion des litiges civils, notamment la communication de documents sous forme électronique, que la version originale soit en format électronique ou non. L'article 6.1 de ces instructions prévoit la possibilité de modifier la portée de la communication de la preuve pour tenir compte des circonstances particulières d'une affaire. Par exemple, elles exigent des parties qu'elles se consultent en vue de restreindre la portée de la communication de la preuve électronique lorsque les règles ordinaires « [TRADUCTION]

---

30. *Sherman v Gordon*, 2009 CanLII 71722 (ON SC) ([TRADUCTION] « Le concept de proportionnalité doit s'appliquer dans le contexte de l'utilisation du temps du tribunal par les parties et des dépenses de celles-ci. »)

31. Instructions sur la pratique *Practice Direction Regarding Electronic Evidence* (2006) des tribunaux de la Colombie-Britannique, en ligne : The Courts of British Columbia <[https://www.bccourts.ca/supreme\\_court/practice\\_and\\_procedure/practice\\_directions\\_and\\_notices/electronic\\_evidence\\_project/Electronic%20Evidence%20July%201%202006.pdf](https://www.bccourts.ca/supreme_court/practice_and_procedure/practice_directions_and_notices/electronic_evidence_project/Electronic%20Evidence%20July%201%202006.pdf)>.

imposeraient un fardeau excessif ou oppressif et occasionneraient des coûts trop élevés compte tenu de l'importance concrète ou probable » des documents électroniques.<sup>32</sup>

En Nouvelle-Écosse, la partie qui demande la communication a l'obligation d'établir *prima facie* que des éléments de preuve pertinents seront découverts. Le tribunal a le pouvoir de restreindre la communication de la preuve. Par exemple, dans *Nova Scotia (Attorney General) v. Royal & Sun Alliance Insurance Co. of Canada*,<sup>33</sup> le tribunal a souligné : « [TRADUCTION] il existe un pouvoir discrétionnaire permettant de limiter la communication de la preuve lorsqu'il paraît juste de le faire, notamment si le fardeau de la partie visée par la demande de communication outrepassé manifestement l'intérêt de la partie qui effectue la demande ».

Au Québec, l'article 18 du *Code de procédure civile* (CPC) prévoit que « Les parties à une instance doivent respecter le principe de proportionnalité et s'assurer que leurs démarches, les actes de procédure, y compris le choix de contester oralement ou par écrit, et les moyens de preuve choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigé, proportionnés à la nature et à la complexité de l'affaire et à la finalité de la demande. Les juges doivent faire de même dans la gestion de chacune des instances qui leur sont confiées, et ce, quelle que soit l'étape à laquelle ils interviennent. Les mesures et les actes qu'ils ordonnent ou autorisent doivent l'être dans le respect de ce principe, tout en tenant compte de la bonne administration de la justice ».<sup>34</sup>

Les tribunaux québécois ont indiqué que la règle de la proportionnalité doit être interprétée en tenant compte de l'article 19 du CPC,<sup>35</sup> qui énonce que « Les parties à une instance

---

32. *Ibid.*

33. *Nova Scotia (Attorney General) v. Royal & Sun Alliance Insurance Co. of Canada*, 2003 NSSC 227 (CanLII), paragr. 8.

34. *Code de procédure civile du Québec*, article 18.

35. 9103-3647 *Québec Inc. c. Couët*, 2003 IIJCan 14311 (CanLII) (QC CS).

ont, sous réserve du devoir des tribunaux d'assurer la saine gestion des instances et de veiller à leur bon déroulement, la maîtrise de leur dossier dans le respect des principes, des objectifs et des règles de la procédure et des délais établis. Elles doivent veiller à limiter l'affaire à ce qui est nécessaire pour résoudre le litige et elles ne doivent 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 à la communication de documents sur des disques compacts,<sup>36</sup> à l'interrogatoire d'un témoin par vidéoconférence,<sup>37</sup> mais aussi à la gestion d'un interrogatoire dans le cadre duquel le nombre de documents demandés et le nombre de questions posées étaient déraisonnables.<sup>38</sup> Bien que les tribunaux aient le devoir « d'assurer la saine gestion des instances et de veiller à leur bon déroulement » selon le premier paragraphe de l'article 19 du CPC, l'application de la règle de la proportionnalité relève des parties, comme le prévoit l'article 18 du CPC.<sup>39</sup>

Les principes de proportionnalité dans les *Règles de procédure civile de l'Ontario* et les *Principes de Sedona Canada* ont également été adoptés pour interpréter les règles de procédure dans

---

36. *Citadelle, Cie d'assurance générale c. Montréal (Ville)*, 2005 IIJCan 24709 (CanLII) (QC CS).

37. *Entreprises Robert Mazeroll Ltée c. Expertech - Bâtisseur de réseaux Inc.*, 2005 IIJCan 131 (CanLII) (QC CQ).

38. *Parsons c. Communimed Inc.*, 2005 CanLII 11855 (QC CQ).

39. Luc Chamberland, *La Règle de proportionnalité : à la recherche de l'équilibre entre les parties? dans La réforme du Code de procédure civile, trois ans plus tard* (Cowansville, Québec : Yvon Blais, 2006).

d'autres forums, y compris au Tribunal des services financiers de l'Ontario.<sup>40</sup>

### *Commentaire 2.c. Le fondement de preuve de la proportionnalité*

Lorsque la partie qui communique des documents souhaite réduire la portée de ses obligations relatives à la communication en s'appuyant sur le principe de proportionnalité ou lorsqu'une partie requérante cherche à contraindre la partie intimée à élargir la communication de documents, cette partie doit présenter des preuves qui corroborent son point de vue.<sup>41</sup>

Dans l'affaire *Araya v. Nevsun Resources Inc.*<sup>42</sup> en Colombie-Britannique, l'un des demandeurs a déposé des documents caviardés contenant des messages échangés dans l'application Messenger de Facebook ou d'autres applications de messagerie électronique. Le défendeur a alors demandé une ordonnance exigeant que les demandeurs présentent la version non caviardée de trois documents déposés. La demande a été accueillie, car le tribunal estimait que l'approche du demandeur consistant à traiter chaque message comme un document distinct aux fins de la production et du caviardage n'est pas efficace, augmente

---

40. *BCE Inc. v Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2012 ONFST 25 (CanLII) and *Rakosi v State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, 2012 CarswellOnt 7066 (décision d'appel, ONFSC).

41. *Midland Resources Holding Limited v. Shtaif*, 2010 ONSC 3772 (CanLII), paragr. 15 (« au moins certains éléments de preuve »); *Dell Chemists (1975) Ltd. v. Luciani et al*, 2010 ONSC 7118, paragr. 5 (CanLII) (« preuve convaincante »); *Saliba v. Swiss Reinsurance Co.*, 2013 ONSC 6138 (CanLII); *Velsoft Training Materials Inc. v. Global Courseware Inc.*, 2011 NSSC 274 [Velsoft]; *Hodgson, supra*, note 14, paragr. 8; *Siemens, supra*, note 18, paragr. 142 à 144; *Hudson v. ATC Aviation Technical Consultants*, 2014 CanLII 17167 (ON SC) [Hudson], paragr. 13; *Kaladjian, supra*, note 19, paragr. 62 à 64. Mais voir *HMQ (Ontario) v. Rothmans Inc.*, 2011 ONSC 1083 (CanLII).

42. *Araya v. Nevsun Resources Inc.*, 2019 BCSC 1912 (CanLII) [Araya].

les coûts, entraîne des retards et ne représente pas le moyen optimal d'atteindre l'objectif de recherche de la vérité. Le tribunal a conclu que les messages Facebook doivent être considérés comme un seul document aux fins de la production et que le caviardage n'est pas approprié, puisqu'un critère de pertinence ne justifie pas à lui seul le caviardage.

Le groupe de travail Digital Evidence and eDiscovery Working Group, anciennement appelé E-Discovery Implementation Committee (EIC), a préparé un tableau modèle afin d'aider les parties à faire valoir leurs requêtes pour la communication fondées sur la proportionnalité.<sup>43</sup> La jurisprudence soutient l'utilisation du tableau pour structurer les arguments relatifs à la proportionnalité.<sup>44</sup>

*Exemple – proportionnalité.* La partie requérante exige de la partie intimée qu'elle préserve, restaure et produise des ISE concernant une question en litige à partir d'une source de données non structurées. La partie requérante démontre hors de tout doute que des ISE pertinentes et importantes, inaccessibles autrement, existent probablement dans cette source de données. Les ISE sont raisonnablement accessibles, mais leur collecte est un processus relativement exigeant.

La satisfaction de la demande de production et l'importance des informations doivent être soupesées par rapport au coût lié à l'obtention des données. La partie intimée doit préserver, restaurer et produire les

---

43. Association du Barreau de l'Ontario, *Model E-Discovery and E-Trial Precedents* – « Materials for use by the Court-Model Document #10 », en ligne : Association du Barreau de l'Ontario <[http://www.oba.org/en/publicaffairs\\_en/e-discovery/model\\_precedents.aspx](http://www.oba.org/en/publicaffairs_en/e-discovery/model_precedents.aspx)>.

44. *Guestlogix v. Hayter*, 2010 ONSC 4384 (CanLII).

ISE demandées, car la partie requérante a démontré de façon convaincante la pertinence des données et, bien que les données soient quelque peu difficiles à obtenir, elles sont raisonnablement accessibles et sont donc visées par le principe de proportionnalité.

### *Commentaire 2.d. La proportionnalité des procédures*

Bien que ces *Principes* visent à fournir un aperçu des pratiques exemplaires concernant le traitement des ISE, il importe de mentionner le rôle plus général de la proportionnalité dans le litige civil. Dans l'affaire *Hryniak v. Mauldin*,<sup>45</sup> la Cour suprême du Canada a discuté du rôle de la proportionnalité dans le système judiciaire canadien en matière civile et de la nécessité d'un changement dans la culture juridique pour appuyer les objectifs d'un processus juste et équitable qui aboutit au règlement juste des différends.<sup>46</sup>

Dans le contexte d'un appel relatif à une requête en jugement sommaire, le tribunal s'est penché sur le consensus croissant que les processus préliminaires approfondis ne reflètent plus la réalité moderne et qu'un nouvel équilibre approprié dépend de procédures proportionnelles aux fins de décision. Voici des extraits des paragraphes 28 et 29 :

L'objectif principal demeure le même : une procédure équitable qui aboutit au règlement juste des litiges. [...] Or, cette procédure reste illusoire si elle n'est pas également accessible — soit proportionnée, expéditive et abordable. Le principe de la proportionnalité veut que le meilleur forum pour régler un litige ne soit pas toujours celui dont la procédure est la plus laborieuse. [...]

---

45. *Hryniak, supra*, note 20, paragr. 87.

46. *Ibid.*, paragr. 23 à 33.

Si la procédure est disproportionnée par rapport à la nature du litige et aux intérêts en jeu, elle n'aboutira pas à un résultat juste et équitable.

Mentionnant que le principe de proportionnalité trouve son expression dans les règles de procédure de nombreuses provinces, le tribunal a confirmé que la proportionnalité peut constituer la pierre d'assise de l'accès à la justice civile. De plus, s'appuyant sur un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve,<sup>47</sup> le tribunal a déclaré que même si le principe de proportionnalité n'est pas codifié, les règles de pratique qui comportent un pouvoir discrétionnaire comprennent le principe sous-jacent de la proportionnalité, en tenant compte de la pertinence de la procédure, des coûts et de l'incidence sur le litige et le caractère opportun de celui-ci, et ce, en fonction de la nature et de la complexité du dossier.

La plupart des provinces mettent en œuvre des procédures judiciaires sommaires lorsque le montant en cause est inférieur à un seuil défini, qui varie de 15 000 \$ à 200 000 \$. Par exemple, au Manitoba, la règle 20A des *Règles de la Cour du Banc de la Reine*<sup>48</sup> modifie les procédures de litige ordinaires pour certaines actions afin de prescrire au tribunal d'examiner ce qui est raisonnable lorsque le montant en cause est inférieur à 100 000 \$. La règle 20A limite les délais pour fixer les dates d'audience des affaires visées par cette règle et modifie la portée généralement vaste des documents devant être communiqués. En particulier, le terme « document pertinent » englobe uniquement les documents dont font mention les actes de procédure d'une partie, les

---

47. Szeto, *supra*, note 21, cité dans l'affaire *Hryniak*, *supra*, note 20, paragr. 31.

48. *Règlement du Manitoba 553/88*; voir aussi les *Règles de l'Ontario*, règle 76 présentant une procédure simplifiée applicable à la plupart des actions civiles concernant une somme inférieure 100 000 \$.

documents auxquels une partie a l'intention de se référer lors du procès, ainsi que tous les documents sous la garde ou en la possession d'une partie et qui pourraient être utilisés pour prouver ou réfuter un fait important pendant le procès.

**Principe 3.        Dès qu'on anticipe un litige ou une enquête, les parties doivent envisager leur obligation de prendre de bonne foi des mesures raisonnables pour préserver les informations sur support électronique potentiellement pertinentes.**

*Commentaire 3.a. Étendue de l'obligation de préservation*

L'obligation des parties en matière de préservation des éléments de preuve potentiellement pertinents varie en fonction de la juridiction et de la procédure. Les parties doivent comprendre leurs obligations en ce qui concerne la préservation et la non-destruction de la preuve, y compris les ISE.<sup>49</sup>

Dans les champs de compétence où la common law prévaut, l'obligation de préserver les données existe dès qu'un litige est envisagé ou annoncé, mais le moment précis est déterminé en fonction de chaque circonstance particulière. Pour une organisation qui reçoit fréquemment des menaces de poursuite judiciaire, une obligation de préserver toutes les données dès la réception d'une menace signifierait en effet l'impossibilité quotidienne de supprimer des documents. Le moment où naît

---

49. Les obligations de préserver les éléments de preuve pertinents aux fins des litiges sont distinctes de toute obligation réglementaire ou légale de conservation de documents. Par exemple, diverses lois provinciales et fédérales régissant les sociétés commerciales et les lois portant sur la santé et les assurances prescrivent des exigences en matière de tenue des dossiers. La gestion des documents, ainsi que les obligations réglementaires et légales relatives à la tenue des dossiers ne relèvent pas du champ d'application des *Principes de Sedona Canada concernant l'administration de la preuve électronique*.

cette obligation représente une question juridique qui doit être soigneusement examinée dans chaque cas.

Aux premiers stades d'un différend, il est parfois difficile d'évaluer la pertinence éventuelle de certains fichiers électroniques ou d'une collection d'ISE, en raison de leur volume, de leur complexité, de leur emplacement, des formats et d'autres facteurs. Lorsqu'elle est techniquement possible, cette évaluation peut entraîner des coûts et des efforts disproportionnés. Dans de telles circonstances, il est parfois plus raisonnable d'attendre d'une partie qu'elle procède d'abord à une évaluation de bonne foi de l'emplacement (dans quels lieux et sur quel équipement) où sont stockées les ISE pertinentes les plus susceptibles d'être recueillies pour ensuite, avec les résultats de l'évaluation, prendre les mesures appropriées en vue de préserver ces sources avant de déterminer s'il faut procéder à la collecte de données. Les organisations et, en particulier, leurs services informatiques tiennent souvent à jour le mappage des données,<sup>50</sup> ce qui peut constituer un bon point de départ pour cet exercice. Si ce n'est déjà fait, il est possible de réaliser le mappage des données avec l'aide des services informatiques de l'organisation.

En plus d'englober les ISE, l'obligation générale de préservation de la preuve doit être conciliée avec le droit des parties

---

50. Mappage des données. – Un document ou une représentation visuelle indiquant l'emplacement physique ou réseau et le format des données d'une organisation. Les renseignements sur les données peuvent comprendre l'endroit où les données sont stockées physiquement et virtuellement, le format dans lequel elles sont stockées, les procédures de sauvegarde en place, les mouvements et l'utilisation des ISE dans l'ensemble de l'organisation, des renseignements au sujet de l'accessibilité des ISE, les pratiques et les politiques de gestion du cycle de vie et de conservation, ainsi que l'identité des dépositaires des documents. Voir le glossaire en anglais « *Sedona Conference Glossary* », *supra*, note 1, p. 263, *sub verbo* « Data map ».

de continuer à gérer leurs informations électroniques de manière économiquement raisonnable, notamment en écrasant régulièrement de l'information électronique dans les cas appropriés. Il n'est pas raisonnable d'attendre des parties qu'elles prennent chaque mesure concevable pour préserver toutes les données potentiellement pertinentes.

*Commentaire 3.b. La préparation de l'administration de la preuve électronique réduit les coûts et les risques – gouvernance de l'information et état de préparation aux litiges*

Il est possible de maîtriser les coûts liés à l'administration de la preuve électronique en préparant convenablement les systèmes et leurs utilisateurs en prévision d'un litige ou d'une enquête. La gouvernance de l'information<sup>51</sup> revêt une importance accrue, au-delà du cadre de l'administration de la preuve électronique, et touche presque toutes les activités des organisations. Pour traduire l'importance de la gouvernance de l'information et ses effets « en aval » au sein de l'administration de la preuve électronique, le modèle de référence d'administration de la preuve électronique (« Electronic Discovery Reference Model » ou EDRM) intègre la gouvernance de l'information dans

---

51. Gouvernance de l'information. – Le cadre complet et interdisciplinaire des politiques, des procédures et des contrôles mis en œuvre par les organisations matures pour optimiser la valeur de l'information organisationnelle tout en réduisant les risques qui y sont associés en intégrant au processus décisionnel les exigences relatives à l'administration de la preuve électronique, à la gestion des documents et de l'information et à la sécurité/protection des renseignements personnels. Voir *ibid.*, p. 322.

son schéma depuis 2007<sup>52</sup> et a également élaboré un modèle de référence en matière de gouvernance de l'information.<sup>53</sup>

Les pratiques efficaces de gouvernance de l'information sont d'autant plus importantes que les parties devront parfois démontrer qu'elles ont utilisé des méthodes justifiables dans la gestion des ISE et veillé à l'existence de chaînes de possession appropriées. L'intégrité des documents électroniques repose sur l'intégrité des systèmes de gestion documentaire dans lesquels ils ont été créés et tenus à jour.

Pour assurer la préparation aux litiges, les grandes organisations devraient envisager la création d'une équipe d'intervention pour l'administration de la preuve électronique comprenant les principales parties prenantes, notamment les responsables des services juridiques, des unités d'affaires, des TI, de la gouvernance des documents/de l'information, des ressources humaines, de la sécurité interne de l'entreprise et peut-être des consultants/fournisseurs de services spécialisés en administration de la preuve électronique. Les petites organisations

---

52. Voir EDRM, *EDRM Diagram Elements*, en ligne : EDRM <<https://edrm.net/resources/frameworks-and-standards/edrm-model/edrm-diagram-elements/>>.

53. L'IGRM (« Information Governance Reference Model ») va au-delà du simple agrandissement de ce composant de l'EDRM. Voir EDRM, *Information Governance Reference Model (IGRM)*, en ligne : EDRM. « [TRADUCTION] Le projet IGRM ne vise PAS uniquement à constituer le module de gestion de l'information du cadre de l'EDRM. Il sera évolutif à de multiples fins, notamment pour la gestion des documents, la conformité et l'infrastructure informatique ». Divers organismes au Canada, dont le Conseil canadien de la magistrature, l'Office des normes générales du Canada, le Bureau de la concurrence et plusieurs administrations provinciales, ont publié des principes et des protocoles sur les ISE et la preuve. Le Groupe de travail Sedona Canada approuve les efforts continus visant à parvenir à un consensus sur les principes, les protocoles et les pratiques exemplaires en matière de gouvernance de l'information et d'administration de la preuve électronique.

peuvent également se préparer aux litiges en établissant et en maintenant des politiques robustes en matière de gouvernance de l'information.

Les étapes pour assurer le respect des pratiques exemplaires et la maîtrise des coûts comprennent l'établissement de procédures et de politiques méthodiques de préservation et de production des documents électroniques potentiellement pertinents, ainsi que de processus d'identification, de localisation, de préservation, de collecte, de révision, d'examen et de communication des données. Une politique de conservation des documents devrait fournir des lignes directrices pour la conservation et la destruction régulières des documents électroniques et papier, et indiquer les modifications nécessaires aux pratiques usuelles en cas de litige. Il faut également créer et tenir à jour le mappage des données montrant la manière dont les individus interagissent avec les divers systèmes de réseaux.

Les parties qui exploitent un système de gestion documentaire comportant une structure du stockage spécifiant la quantité de données dans chaque emplacement et qui comprennent la difficulté d'accéder, de traiter et de chercher les documents (p. ex. en précisant si les sources contiennent des données structurées ou non<sup>54</sup>) sont en mesure de fournir des précisions au tribunal quant aux coûts et au fardeau justifiant le refus de se soumettre à des demandes supplémentaires de communication de documents ou de demandes visant à faire assumer les coûts par la partie requérante. Ce type de préparation permet également de mitiger les risques de manquements à l'obligation de préservation ou de communication d'éléments de preuve électronique

---

54. Les données structurées sont un format normalisé pour fournir des informations sur une page et classer le contenu de la page, en ligne : Google Developers, *Comprendre le fonctionnement des données structurées* <<https://developers.google.com/search/docs/advanced/structured-data/intro-structured-data>>.

et, ce faisant, de limiter les sanctions et autres conséquences possibles. Par ailleurs, la planification collaborative et rigoureuse contribue aussi à la maîtrise des coûts.

Dans l'affaire *Siemens*, la politique de rétention des documents du défendeur a été jugée insuffisante et a donné lieu à une ordonnance visant d'autres tentatives de récupération des données. Le tribunal a déclaré : « [TRADUCTION] bien entendu, une entreprise a le droit d'établir ses propres politiques de conservation de courrier électronique afin de minimiser l'utilisation des serveurs et les coûts connexes. Cependant, dans un projet comme celui-ci, qui évidemment se poursuit pendant une longue période, il est possible que les politiques en question créent de graves problèmes ». <sup>55</sup>

### *Commentaire 3.c. Mesures à prendre pour préserver des données*

Les parties devraient mettre en place des mesures raisonnables et de bonne foi pour respecter leur obligation de préserver l'information pertinente dans le cadre d'un litige. <sup>56</sup> Comme

---

55. *Siemens, supra*, note 18, paragr. 135 à 138.

56. *Doust v. Schatz*, 2002 SKCA 129 (CanLII) [*Doust*], paragr. 27 :

« [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 destruction de documents pertinents est lourde de conséquences. Notre système de divulgation et de communication de documents dans le cadre des litiges civils prévoit que les documents pertinents seront préservés et communiqués conformément aux exigences prévues dans la loi : voir *Livesey v. Jenkins*, RefLex, [1985] 1 All E.R. 106(H.L.); *Ewing v. Ewing (No. 1)* (1987), 1987 CanLII 4889 (SK CA), 56 Sask. R.R. 260; *Ewing v. Ewing (No. 2)* (1987), 1987 CanLII 4865 (SK CA), 56 Sask.(C.A.); *Vagi v. Peters*, RefLex, [1990] 2 W.W.R.170; *R. v. Foster and Walton-Ball* (1982), 1982 CanLII 2522 (SK CA), 17 Sask. R. 37 (C.A.) et *Rozen v. Rozen*, 2002 BCCA 537 (CanLII), [2002] B.C.J. No. 2192 (Q.L.). Chaque partie a l'obligation de préserver les

nous l'avons mentionné plus haut, dans les juridictions de common law, l'obligation de préservation existe dès qu'un litige est envisagé ou annoncé.<sup>57</sup> En raison de la nature dynamique des ISE, les délais augmentent le danger de perte d'éléments pertinents et pourraient alimenter les allégations que des éléments de preuve pertinents ont été détruits.<sup>58</sup> Un plan proactif en matière de préservation permettra à une partie de répondre efficacement aux requêtes concernant l'administration de la preuve ou aux ordonnances des tribunaux.

En Nouvelle-Écosse, la règle 16 des *Règles de procédure civile* décrit précisément les exigences en matière de préservation et

---

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 ».

57. Voir *Culligan Canada Ltd. v. Fettes*, 2009 SKQB 343 (CanLII) (infirmée pour d'autres motifs) : « [TRADUCTION] Dès qu'un litige est annoncé, comme ce fut le cas ici, toutes les parties sont tenues de prendre des mesures raisonnables et de bonne foi pour préserver et divulguer les documents pertinents stockés électroniquement ». Dans *Johnstone v. Vincor International Inc.*, 2011 ONSC 6005, un défendeur a été informé qu'une poursuite avait été intentée, mais a choisi de s'appuyer sur un détail de procédure concernant la signification. Il a omis de respecter ses propres politiques de gestion de ce type de situations, alors qu'il savait que sa politique de conservation des dossiers pourrait engendrer la perte de documents importants et pertinents. Le tribunal a souligné que, puisque les politiques de conservation et les plans de préservation ont des objectifs distincts, les organisations doivent agir rapidement, dès qu'un litige est envisageable, pour suspendre les politiques de suppression automatique des fichiers électroniques afin de préserver tout élément de preuve.

58. Pour en savoir plus sur la suppression d'éléments de preuve à titre de délit indépendant, voir *North American Road Ltd. v. Hitachi Construction*, 2005 ABQB 847, paragr. 16 et 17 (CanLII); *Spasic Estate v. Imperial Tobacco Ltd., et al*, 2000 CanLII 17170 [*Spasic*]. En ce qui concerne la réparation appropriée en cas de suppression dans un contexte de négligence, voir *McDougall v. Black & Decker Canada Inc.*, 2008 ABCA 353 (CanLII) [*McDougall*].

renvoie aux obligations prévues par la loi pour préserver la preuve avant ou après qu'une instance soit entamée.<sup>59</sup>

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.<sup>60</sup> Les

---

59. *Règles de procédure civile de la Nouvelle-Écosse*, règle 16.01 : (1) La présente règle fixe des obligations visant la conservation des renseignements électroniques pertinents, lesquelles peuvent être accrues ou limitées par voie d'entente ou d'ordonnance.

(2) La présente règle fixe également des obligations visant la divulgation des renseignements électroniques pertinents et prévoit qu'il peut être procédé à leur exécution de l'une des façons suivantes : [...]

16.02 :

(1) La présente règle 16.02 régit la conservation des renseignements électroniques pertinents après qu'une instance est introduite et supplée les obligations établies par le droit de conserver les éléments de preuve avant ou après qu'une instance est entamée.

16.14 :

(1) Un juge peut donner des directives concernant la divulgation de renseignements électroniques, lesquelles l'emportent sur les autres dispositions de la présente règle 16.

(2) Les règles par défaut ne constituent pas un guide à l'égard des directives à donner.

(3) Un juge ne peut limiter la conservation ou la divulgation dans une action que dans la mesure où est réfutée la présomption énoncée à la règle 14.08 (Règle 14 – Divulgation et enquête préalable en général).

60. Contrairement aux États-Unis où il existe plusieurs jugements et commentaires concernant la préservation des documents électroniques, l'état du droit dans ce domaine est encore en développement au Canada. Le fait que plusieurs tribunaux canadiens se soient inspirés des décisions américaines afin de définir l'étendue de l'obligation de préservation ne devrait donc pas surprendre, bien que certains aspects notables des exigences législatives soient plus exigeants aux États-Unis qu'au Canada. Les jugements rendus par la District Court for the Southern District of New York dans *Zubulake v.*

tribunaux ont ordonné une préservation plus ciblée.<sup>61</sup> Cela dit, les parties ayant l'obligation de préserver des documents devraient anticiper les demandes futures de communication de données afin d'éviter la répétition de démarches déjà effectuées.

*Commentaire 3.d. Mesures de préservation relativement  
à une enquête*

Dans le contexte d'une enquête, l'obligation de préserver les documents peut être enclenchée ou non, selon que l'enquête porte sur des événements ou des allégations qui permettent raisonnablement d'anticiper un litige. Il en est ainsi que l'enquête soit interne ou externe. Lorsque l'obligation de préservation est enclenchée, les organisations doivent prendre des mesures raisonnables pour préserver les ISE susceptibles de se révéler pertinentes.

*Exemple i.* Une organisation entreprend une enquête concernant des allégations selon lesquelles un membre de la haute direction a harcelé une adjointe

---

*UBS Warburg LLC*, 220 FRD 212, 217 (S.D.N.Y. 2003) (WL) et *Pension Committee of the University of Montreal Pension Plan v. Banc of America Secs., LLC, et al.*, No 05 Civ 9016 (SAS), 2010 WL 184312 (S.D.N.Y. 2010) prévoient 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] Une entreprise a-t-elle l'obligation de préserver chaque bout de papier, courriel, document électronique ou bande de sauvegarde en cas de menace de poursuite? La réponse à cette question est manifestement négative. Une telle règle paralyserait les grandes entreprises, comme UBS, qui sont pratiquement toujours parties à des litiges. Ainsi, en général, une partie n'a pas l'obligation de préserver toutes les bandes de sauvegarde, même lorsqu'un litige est raisonnablement envisageable ».

61. *Drywall Acoustic, Lathing and Insulation, Local 675 Pension Fund (Trustees) v. SNC Lavalin Group Inc.*, 2014 ONSC 660 [*Drywall Acoustic*], paragr. 111 et 112.

administrative et a menacé cette dernière de la congédier si elle ne se plie pas à ses exigences. Le cadre concerné travaille au sein de l'entreprise depuis huit mois seulement et deux adjointes administratives relèvent directement de lui. La première adjointe a intégré l'organisation à peu près à la même période que le cadre; la deuxième, qui a déposé la plainte, s'est jointe à l'organisation au cours des deux derniers mois.

L'organisation conserve les communications par courriel et les messages instantanés échangés sur Slack pendant une période de six mois avant de les archiver.

L'avocat général et le directeur des Ressources humaines ont formé une équipe d'enquête interne. Ils ont décidé de conserver tous les courriels et les messages instantanés archivés, générés par le cadre et ses adjointes administratives depuis le début de l'emploi du cadre, jusqu'à ce qu'ils aient la possibilité d'interroger les deux adjointes administratives au sujet de la plainte. L'équipe d'enquête interne a également traité les courriels et les messages instantanés échangés sur Slack par le cadre et les adjointes au cours des deux derniers mois.

L'obligation de préservation était enclenchée pour l'adjointe administrative dont l'entrée en fonction était la plus récente, et l'équipe d'enquête interne a pris une décision judicieuse en choisissant d'élargir la préservation aux données générées par les trois personnes concernées jusqu'à ce qu'elle puisse mener son examen initial.

*Commentaire 3.e. Avis concernant la préservation de la  
preuve dans les juridictions de common law*

Dès qu'une obligation de préservation naît,<sup>62</sup> la partie visée doit informer les personnes concernées de la nécessité de préserver les renseignements pertinents en formats papier et électronique. Cet avis est appelé « avis concernant la préservation de la preuve » ou « avis de préservation de la preuve ».<sup>63</sup> Le style, le contenu et les destinataires de cet avis varieront considérablement selon les circonstances propres à chaque affaire et la forme de la communication, par exemple un avis de préservation de la preuve officiel ou un courriel. Peu importe la forme de l'avis de préservation de la preuve, son texte doit être simple, clair et composé d'instructions précises. Il doit décrire de façon détaillée les informations qui doivent être préservées afin que les responsables concernés puissent les isoler et les préserver. Il ne devrait généralement pas exiger la suspension de toutes les politiques et procédures habituelles de gestion documentaire.

---

62. Dans le cadre d'une instance criminelle, le ministère public et la police ont également le devoir de préserver la preuve. Voir *R v. Sharma*, 2014 ABPC 131 (CanLII), paragr. 92.

63. Le terme « préservation de la preuve » désigne le processus mis en œuvre par une organisation pour faire respecter une obligation de préservation, d'abord en émettant une communication qui vise à suspendre le cycle habituel d'élimination de l'information en vertu d'une politique ou par les fonctions automatisées de certains systèmes. Le terme « avis de préservation de la preuve » concerne la communication de cette obligation. On utilise « préservation de la preuve » plutôt que « préservation de la preuve en vue d'un litige » (ou d'autres termes similaires), puisque la préservation de la preuve peut s'appliquer dans des situations non liées à un litige (p. ex. avant un litige ou lors d'une enquête par un organisme gouvernemental ou d'une vérification aux fins de l'impôt). Voir *The Sedona Conference, Commentary on Legal Holds, Second Edition: The Trigger & The Process* (2019) 20 Sedona Conf J 341 [« *Commentary on Legal Holds* »], en ligne : The Sedona Conference <[https://thesedonaconference.org/publication/Commentary\\_on\\_Legal\\_Holds](https://thesedonaconference.org/publication/Commentary_on_Legal_Holds)>.

De plus, l'avis doit indiquer que les documents pertinents peuvent exister à plusieurs endroits (c.-à-d. les réseaux, les postes de travail, les ordinateurs portables, les ordinateurs personnels, les téléphones, les tablettes, la messagerie vocale, les documents papier, etc.).<sup>64</sup>

Comme nous l'avons mentionné, l'avis de préservation de la preuve doit seulement être envoyé aux personnes « concernées », c'est-à-dire celles qui sont raisonnablement susceptibles de détenir des documents pertinents dans le cadre du litige.<sup>65</sup> La consultation des responsables permet souvent d'identifier les personnes qui détiennent des documents pertinents. L'avis de préservation de la preuve devrait également être envoyé à la ou aux personnes responsables de l'entretien et de l'exploitation des systèmes informatiques où sont stockés les documents qui doivent être préservés à titre d'éléments de preuve. Dans la plupart des cas, le service des TI de l'organisation est responsable de ces systèmes. Il faut tenir une réunion avec le personnel des TI afin de s'assurer que tout le monde comprend les informations qui doivent être préservées dans le cadre du processus de préservation de la preuve. Dans certaines circonstances, il convient de transmettre l'avis de préservation de la preuve à des tiers qui ont en leur possession ou sous leur garde des informations pertinentes au litige.

En outre, l'avis doit préciser que, les ISE étant volatiles, des mesures particulières devraient être prises afin d'éviter que ces

---

64. Consultez la section « Key Factors to be Considered » de « *Commentary on Legal Holds* » (*supra*, note 63, p. 391 à 395) qui décrit les facteurs importants pour déterminer le champ d'application de la préservation de la preuve, notamment i) les questions en litige; ii) l'accessibilité; iii) la valeur probante; et iv) le fardeau relatif (coûts).

65. Voir *ibid.*, p. 366 à 369.

informations soient altérées, supprimées ou détruites.<sup>66</sup> L'émission d'un avis de préservation de la preuve ne marque pas la fin de cette démarche. Il convient de renvoyer l'avis aux responsables au moins tous les six mois et de s'assurer qu'il soit communiqué aux nouveaux employés concernés. Il existe aux États-Unis une jurisprudence qui exige que ce type d'avis soit réexpédié de façon régulière.

Dans la mesure du possible, la préservation de la preuve doit être adaptée à la structure de l'organisation visée pour favoriser le respect optimal des directives de l'avis correspondant. Par exemple, si une organisation conserve dans un site FTP<sup>67</sup> commun tous les documents liés à un projet qui sont assujettis à l'obligation de préservation de la preuve, les détails concernant le site FTP doivent figurer à titre de catégorie de documents dans l'avis de préservation de la preuve.

L'avis de préservation de la preuve doit désigner un membre de l'organisation (p. ex. un conseiller juridique interne ou un membre de la haute direction) qui sera la personne-ressource au cas où les destinataires auraient des questions ou des préoccupations. Il est toujours recommandé de demander aux destinataires de l'avis de préservation de la preuve d'en accuser réception.

Par ailleurs, il faut aviser les responsables de la levée de la préservation de la preuve. Lorsque la préservation de la preuve s'applique à des documents et des données s'échelonnant sur une longue période, les organisations doivent établir une façon de procéder lorsque les systèmes, le matériel et les supports, contenant des informations pertinentes et uniques, pourraient

---

66. Association du Barreau de l'Ontario, *Model E-Discovery and E-Trial Precedents* – « Materials for use by the Court-Model Document # 5- 5 », en ligne : Association du Barreau de l'Ontario <[http://www.oba.org/en/publicaffairs\\_en/e-discovery/model\\_precedents.aspx](http://www.oba.org/en/publicaffairs_en/e-discovery/model_precedents.aspx)>.

67. FTP : « File Transfer Protocol » ou protocole de transfert de fichiers. Voir « *Sedona Conference Glossary* », *supra*, note 1, p. 311.

être remplacés lors de mises à niveau technologiques. Il faut également tenir compte de l'information dans toute base de données.

*Exemple i.* Une société reçoit une déclaration alléguant que son site Web contient des informations fausses ou trompeuses à propos de ses produits. Elle utilise les services d'un tiers fournisseur pour la gestion de ses courriels et de son site Web. En vertu du contrat de services, la société exige que le fournisseur effectue chaque semaine une copie de sauvegarde du site Web et conserve celle-ci pendant six mois, après quoi le fournisseur doit garder seulement la dernière copie du mois. La société transmet un avis de préservation de la preuve au fournisseur, afin que celui-ci suspende la suppression des données de sauvegarde pour lui permettre d'identifier la copie de sauvegarde qui contient la version du site Web correspondant à la période pertinente, mentionnée dans la déclaration.

*Exemple ii.* On soupçonne un ancien employé d'avoir dérobé les coordonnées de clients et des copies de schémas de conception lors de sa démission en vue de fonder une entreprise concurrente. Puisque les systèmes de l'entreprise génèrent des rapports électroniques pouvant être transmis par courriel à un destinataire, il faut envoyer au Service des TI un avis de préservation de la preuve visant les registres d'activités de l'ancien employé, ainsi que les courriels envoyés, reçus et supprimés dans son compte. Cet avis doit également interdire au Service des TI de l'entreprise de reformater ou de « nettoyer » l'ordinateur de

l'ancien employé et de l'assigner à un autre membre de l'organisation.

Dans cet exemple, les meilleurs éléments de preuve pourraient être détenus par l'ancien employé. Voir la section sur les ordonnances Anton Piller dans le Commentaire 3.i. (Ordonnances de préservation).

### *Commentaire 3.f. L'obligation de préservation au Québec*

Dans le cadre d'un litige, les obligations des parties en vertu du droit civil québécois sont différentes des obligations en vertu de la common law. Par exemple, l'obligation de communiquer 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.

Avant l'entrée en vigueur du dernier *Code de procédure civile du Québec* en janvier 2016, il n'y avait aucune obligation précise de préserver les documents électroniques à l'avance en prévision d'un litige. Cependant, la Cour supérieure a reconnu l'existence d'une obligation implicite de préserver les éléments de preuve en s'appuyant sur l'obligation générale de s'abstenir d'agir dans le but de porter préjudice à autrui et d'éviter de se comporter de façon excessive ou déraisonnable, ce qui serait contraire aux exigences de bonne foi prescrites par le *Code de procédure civile*.<sup>68</sup>

En 2016, le devoir de préservation a été formellement ajouté comme l'un des « principes directeurs de la procédure » dans le premier paragraphe de l'article 20 du nouveau *Code de procédure civile* :

---

68. *Jacques c. Ultramar ltée*, 2011 QCCS 6020 (CanLII).

« Les parties se doivent de coopérer notamment en s’informant mutuellement, en tout temps, des faits et des éléments susceptibles de favoriser un débat loyal et en s’assurant de préserver les éléments de preuve pertinents ».

### *Commentaire 3.g. Obligations en matière de protection des renseignements personnels*

Il faut tenir compte de toutes les exigences prévues par la loi ou des directives réglementaires applicables en matière de conservation, de traitement ou de collecte de renseignements permettant d’identifier une personne.<sup>69</sup> Le droit de la protection des renseignements personnels au Canada est un domaine juridique particulièrement dynamique et plusieurs propositions récentes visent à réformer la législation canadienne et provinciale en la matière. Les avocats doivent donc toujours consulter la législation applicable avant de mettre en œuvre ces lignes directrices.

Au Canada, la loi fédérale régissant la protection des renseignements personnels dans le secteur privé est la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE). La LPRPDE régit la collecte, l’utilisation et la communication de renseignements personnels dans le cadre d’activités commerciales.<sup>70</sup>

La législation canadienne sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé exige généralement un avis à la personne concernée et l’obtention de son consentement

---

69. The Sedona Conference, « *The Sedona Canada Commentary on Privacy and Information Security for Legal Service Providers: Principles and Guidelines* » (2020) 21 *Sedona Conf J* 577 [« *Sedona Canada Commentary on Privacy and Information Security* »].

70 *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5., article 3 [LPRPDE].

pour qu'une organisation puisse utiliser ou communiquer les renseignements permettant de l'identifier. Cette exigence est assortie de certaines exceptions. En particulier, l'avis et (ou) le consentement ne sont pas nécessaires pour communiquer les renseignements personnels d'une personne lorsque la communication vise à se conformer aux règles de procédure concernant la production de dossiers ou à une ordonnance d'un tribunal.<sup>71</sup>

En ce qui concerne la protection des renseignements personnels dans le cadre de la conservation des documents, les parties doivent généralement s'assurer que les documents ne sont pas conservés inutilement pour réduire le risque que des renseignements personnels soient compromis ou inutilement consultés ou communiqués. De nombreuses lois sur la protection des renseignements personnels confèrent également aux particuliers un droit d'accès et de correction des renseignements personnels recueillis ou détenus par une organisation. Les parties doivent veiller à concilier leur obligation à cet égard avec l'obligation de préserver les documents. Lorsqu'un document initialement préservé est corrigé par une personne, il faut préserver l'ancienne version et la version modifiée.

Il faut prêter attention à la mosaïque de lois nationales et infranationales qui s'appliquent à la protection des renseignements personnels préservés, y compris celles du Canada, des États-Unis et de l'Union européenne.

Par exemple, au Canada, la LPRPDE s'applique à la plupart des activités commerciales, mais elle ne s'applique au contexte de l'emploi que lorsqu'une personne est employée par une entreprise sous réglementation fédérale. Des lois essentiellement similaires s'appliquent aux employés dans certaines provinces (Colombie-Britannique, Alberta et Québec). Les provinces ont aussi adopté des lois sur la protection des renseignements personnels dans le secteur des soins de santé.

---

71. *Ibid.*

Aux États-Unis, les obligations en matière de protection des renseignements personnels varient selon les États et les secteurs.

Au sein de l'Union européenne, le Règlement général sur la protection des données (RGPD) régit la protection des données personnelles.<sup>72</sup> Bien que l'esprit de la LPRPDE et l'esprit du RGPD soient essentiellement similaires, ces lois comportent des nuances dont il faut tenir compte tout au long des étapes de conservation, de traitement et de collecte.<sup>73</sup> Il importe de respecter les réglementations appropriées au moment de déterminer les méthodes de préservation, de traitement et de collecte, ce qui peut s'avérer particulièrement difficile pour les multinationales qui mènent des activités dans plusieurs États.

*Exemple i.* Une société canadienne a reçu une demande introductive d'instance et se prépare à préserver la preuve en vue d'un litige relativement à des données de son organisation. Bien que son emplacement physique soit au Canada, elle possède un site de commerce électronique qui offre des biens et des services à des personnes situées sur le territoire de l'Union européenne. Comme son système traite des données relatives à des particuliers de l'Union européenne, la société doit se conformer au RGPD.

---

72. Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE [2016] JO L119/1 [RGPD], en ligne <EUR-Lex - 32016R0679 - FR - EUR-Lex (europa.eu)>.

73. Selon *The Sedona Conference Commentary on Legal Holds*, « [TRADUCTION] en vertu de ces lois et ces réglementations (RGPD), il est parfois interdit aux entreprises d'effectuer le « traitement » de ces données, y compris de les conserver sur place hors d'un calendrier périodique ou de les copier, les déplacer ou de les cibler autrement [...] ». Voir « *Commentary on Legal Holds* », *supra*, note 63.

Le Principe 9 aborde plus en détail les obligations de protection des renseignements personnels.

*Commentaire 3.h. Aucun besoin de mesures extraordinaires*

La définition de l'étendue de l'obligation de préservation d'informations pertinentes découle des principes de common law.<sup>74</sup> Une enquête effectuée de bonne foi afin d'identifier et de préserver les données actives et archivées devrait être suffisante. Dans les cas où il n'est possible d'obtenir les ISE pertinentes qu'en consultant des données de sauvegarde ou d'autres sources difficilement accessibles et que les efforts requis pour les préserver ne sont pas disproportionnés eu égard aux questions et intérêts en jeu, ces bandes de sauvegarde et autres sources doivent être conservées.<sup>75</sup>

Lorsque la récupération des informations supprimées, fragmentées ou écrasées est assortie d'un coût élevé, une partie ne devrait pas être contrainte de chercher et de recueillir ces informations à moins d'une entente entre les parties ou d'une ordonnance du tribunal démontrant le besoin et la pertinence de ces informations. (Voir le Principe 6.)

Bien que la copie judiciaire de disques durs est parfois nécessaire lors de la phase de préservation, l'obligation de traiter le contenu des disques durs ne doit s'appliquer que lorsque la nature du dossier en justifie les coûts et le fardeau.<sup>76</sup> La création

---

74. Les Lignes directrices pour la communication des documents électroniques de l'Ontario sont une source d'information utile. Groupe d'étude sur les enquêtes préalables (2006); Principe 3 et Principe 4, en ligne : Association du Barreau de l'Ontario <[http://www.oba.org/en/pdf\\_newsletter/E-discoveryguidelines.pdf](http://www.oba.org/en/pdf_newsletter/E-discoveryguidelines.pdf)> [*Lignes directrices du Groupe d'étude sur les enquêtes préalables*].

75. *Mansfield v. Ottawa*, 2012 ONSC 5208, paragr. 43 (CanLII) [*Mansfield*].

76. *Janzen, supra*, note 27, paragr. 1 : « [TRADUCTION] Le but de cette demande est de contraindre le défendeur à produire une liste supplémentaire

de copies judiciaires du contenu des appareils, dont les ordinateurs portables, les téléphones et les tablettes, est rarement requise et devrait être envisagée par les avocats. Ce processus pourrait détourner le litige vers des questions parallèles relatives à l'interprétation d'éléments de preuve ambigus. Essentiellement, les avocats doivent convenir de mesures raisonnables et proportionnées visant à assurer la disponibilité des informations potentiellement pertinentes.

### *Commentaire 3.i. Ordonnances de préservation*

Dans certains cas, il peut être nécessaire d'obtenir une ordonnance du tribunal afin de s'assurer que les ISE sont préservés. Par exemple, les ordonnances *Anton Piller*,<sup>77</sup> qui permettent à une partie de copier ou de saisir les éléments de preuve que détient une autre partie, ont été utilisées dans la majorité des provinces et des territoires du Canada lorsqu'une partie a raison de croire que des ISE pertinents seront détruits par la partie adverse. Une telle ordonnance, qui est un recours extraordinaire, est émise dans des circonstances limitées, par exemple « lorsqu'il est nécessaire que le demandeur puisse examiner les documents électroniques afin que justice soit rendue entre les

---

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 »; paragr. 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 ».

77. L'ordonnance a été nommée d'après l'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Angleterre dans l'affaire *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd & Ors*, [1975] EWCA Civ 12, [1976] 1 All ER 779.

parties [...] (et) [...] qu'il existe un risque sérieux que des éléments de preuve cruciaux soient détruits ». Dans l'arrêt *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, 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.<sup>78</sup>

Pour éviter de demander au tribunal de déterminer si l'argument est suffisamment fondé pour l'octroi d'une ordonnance Anton Piller, les parties peuvent choisir d'agir « de manière collaborative et de bonne foi », comme ce fut le cas dans le cadre de la requête présentée par les demandeurs pour une ordonnance Anton Piller dans l'affaire *CIBC World Markets Inc. v. Genuity Capital Markets*.<sup>79</sup> Les défendeurs se sont engagés à préserver les éléments de preuve électroniques et ont retenu les services d'un conseiller en criminalistique informatique pour ce faire. Le tribunal autorisa ce conseiller à imager et à stocker le contenu des ordinateurs, des terminaux mobiles de poche (« BlackBerry ») et des autres appareils électroniques que les défendeurs avaient directement ou indirectement en leur possession ou sous leur garde, ou dont ils étaient directement ou indirectement propriétaires ou utilisateurs. Le tribunal permit au conseiller d'accéder aux équipements se trouvant dans tous les bureaux et toutes les maisons (sans limiter les recherches à ces emplacements), sans égard à la possibilité que des tiers soient propriétaires ou utilisateurs de ces équipements.

Dans les cas où la destruction intentionnelle de la preuve ne fait pas partie des questions soulevées, il est possible d'éliminer le risque de suppression accidentelle en déposant une demande de préservation de la preuve.<sup>80</sup> Une ordonnance Anton Piller obtenue *ex parte* a été annulée lorsque le demandeur n'a pas établi

---

78. *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, 2006 CSC 36 (CanLII) [*Celanese Canada*].

79. *CIBC World Markets Inc. v. Genuity Capital Markets*, 2005 CanLII 3944.

80. *Nac Air, LP v. Wasaya Airways Limited*, 2007 CanLII 51168 (ON SC), paragr. 26.

une possibilité réelle que des éléments de preuve puissent être détruits.<sup>81</sup>

Dans l'affaire *Portus Alternative Asset Management Inc. (Re)*,<sup>82</sup> la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario a obtenu une ordonnance nommant un séquestre investi du pouvoir de gérer les actifs, les engagements et les biens de Portus Alternative Asset Management inc. Le tribunal accorda au séquestre un accès illimité à tous les documents électroniques dans le but de lui permettre de récupérer et de copier toutes les informations électroniques, et ordonna aux débiteurs de ne pas altérer, effacer ou détruire quelque 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 pertinents, y compris les fichiers se trouvant sur les serveurs, les fichiers archivés, les messages enregistrés et les courriels.

Les avocats doivent accorder une attention particulière aux comptes de médias sociaux en tant que sources d'information pertinentes et se demander si des ordonnances de préservation doivent être mises en place le plus tôt possible pour éviter la suppression d'éléments de preuve. Dans *Sparks v. Dube*,<sup>83</sup> la Cour a indiqué qu'une ordonnance de préservation peut être accordée pour préserver les données des sites de médias sociaux ,

---

81. Dans la décision *Velsoft*, *supra*, note 41, l'ordonnance Anton Piller a été annulée au motif que la découverte qu'un employé avait « effacé » son ordinateur ne démontrait pas un risque sérieux de destruction de la preuve par les accusés.

82. *Portus Alternative Asset Management Inc. (Re)*, 2005 28 OSC Bull 2670.

83. *Sparks v. Dube*, 2011 NBBR 40.

étant donné que la suppression de données dans ces sites ne permet pas de retracer ces éléments de preuve. Dans certaines circonstances, il pourrait être nécessaire et recommandé de demander une telle ordonnance.

*Commentaire 3.j. Aucun besoin de figer toutes les données*

Bien qu'il soit techniquement possible de recueillir un volume important de données au cours des activités de préservation, un tel processus entraîne généralement des coûts élevés et une perturbation importante des activités informatiques. Lorsque l'une des parties a mis en œuvre une politique raisonnable qui engendre la perte ou la suppression de certaines ISE, le maintien de cette politique devrait être permis après le début de l'instance, dans la mesure où ce maintien n'occasionne pas la suppression d'ISE pertinentes en l'espèce et qui ne sont pas préservées ailleurs ou autrement.

Imposer l'obligation de préserver toutes les ISE exigerait vraisemblablement la mise hors service des systèmes informatiques et la copie des données se retrouvant sur les disques durs et autres supports généralement utilisés, nuisant ainsi au cours normal des affaires des parties. Pour cette raison, en vertu de l'obligation de préservation, seuls les ISE potentiellement pertinents en l'espèce devraient être figés.<sup>84</sup> Il faut également tenir

---

84. *Doust, supra*, note 56, paragr. 27 :

« [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 destruction de documents pertinents est lourde de conséquences. Notre système de divulgation et de communication de documents dans le cadre des litiges civils prévoit que les documents pertinents seront préservés et communiqués conformément aux exigences prévues dans la loi : voir *Livesey v. Jenkins*, RefLex, [1985] 1 All E.R. 106(H.L.); *Ewing v. Ewing (No. 1)* (1987), 1987 CanLII 4889 (SK CA), 56 Sask. R. R. 260; *Vagi v. Peters*, RefLex, [1990] 2 W.W.R. 170; *R. v. Foster and Walton-Ball* (1982), 1982 CanLII 2522 (SK CA), 17 Sask. R. 37 (C.A.); *Janzen, supra*, note 27; *Rozen v.*

compte de la proportionnalité au moment de préserver les données.

### *Commentaire 3.k. Supports de sauvegarde antisinistre*

Certaines organisations utilisent des supports de sauvegarde antisinistre à court terme qui sont créés dans le cours normal des affaires. L'utilisation de ces supports a pour but de conserver une sauvegarde de fichiers informatiques actifs en cas de panne du système ou d'une catastrophe, comme un incendie. Leur contenu, par définition, fait double emploi avec le contenu des systèmes informatiques actifs à un moment précis.

Généralement, les parties ne devraient pas être tenues de préserver ces supports de sauvegarde antisinistre à court terme, pourvu que le contenu approprié des systèmes actifs soit préservé. De plus, puisque les supports de sauvegarde ne sont habituellement pas préservés pour de longues périodes, mais sont plutôt écrasés périodiquement lors de la création de nouvelles copies de sauvegarde, leur préservation nécessiterait l'achat de nouveaux supports de sauvegarde ou d'un espace de stockage supplémentaire jusqu'à ce que l'obligation de préservation prenne fin.

Dans certaines sociétés, les concepts de sauvegarde et d'archivage sont confondus et les supports de sauvegarde sont conservés pendant des périodes relativement longues. Ces supports peuvent aussi être conservés pour de longues périodes dans un souci de conformité avec les lois en matière de conservation des

---

*Rozen*, 2002 BCCA 537 (CanLII), [2002] B.C.J. No. 2192 (Q.L.). « [TRADUCTION] 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. »

documents. Les organisations qui utilisent les supports de sauvegarde antisinistre 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.<sup>85</sup> Les organisations qui désirent préserver des données à des fins professionnelles ou en prévision de litiges devraient envisager des méthodes autres que l'utilisation de supports de sauvegarde antisinistre traditionnels, lorsque cela est possible.

Si une partie détient des données archivées dans un service infonuagique ou sur d'autres supports hors ligne<sup>86</sup> inaccessibles aux utilisateurs des systèmes informatiques, elle doit rapidement prendre des mesures pour préserver ces supports de données archivées qui sont susceptibles de contenir des informations pertinentes ne se retrouvant sous forme de données actives pas dans ses systèmes.<sup>87</sup> Ces mesures pourraient comprendre

---

85. Voir *Farris v. Staubach Ontario Inc.*, 2006 CanLII 19456, paragr. 19 (ON SC) :

« [TRADUCTION] Dans son témoignage, 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 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 ».

86. Les sources de données hors ligne sont des 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 et clés USB sont des exemples de sources de données hors ligne.

87. *Mansfield, supra*, note 75, paragr. 43.

l'envoi d'un avis aux personnes responsables de la gestion des systèmes d'archivage, le cas échéant.<sup>88</sup>

*Exemple i.* En vertu d'un plan de gestion des technologies de l'information, une organisation fait quotidiennement des copies de toutes les informations électroniques dans ses systèmes et conserve, pour une période de cinq jours, les données 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 demande la communication veut que soit émise une ordonnance exigeant que la partie qui doit les communiquer préserve et cesse de supprimer les données 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 informations pertinentes.<sup>89</sup> La partie qui communique les documents devrait pouvoir continuer à supprimer ses données de sauvegarde en raison des

---

88. Martin Felsky et Peg Duncan, « *Making and Responding to Electronic Discovery Requests* » (2005) LawPRO Magazine 11, en ligne : <<https://www.practicepro.ca/wp-content/uploads/2017/06/2005-09-electronic-discovery-requests.pdf>>.

89. *Apotex Inc. v. Merck & Co. Inc.*, 2004 FC 1038 (CanLII), paragr. 14 : « [TRADUCTION] Il est évident qu'il incombe 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 ».

coûts, du fardeau et des difficultés liées à la restauration et à la recherche de ces données.

*Exemple ii.* Un employé a été congédié par une compagnie pour motif valable. Trois mois plus tard, 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. Les données de la dernière sauvegarde du mois sont conservées pendant une année avant d'être supprimées. En vertu du plan de préservation, les données de sauvegarde qui ont plus de trois mois doivent être récupérées et sauvegardées. L'avocat du demandeur plaide que les données de sauvegarde récentes ne doivent pas être préservées puisque les éléments de preuve recherchés datent d'au moins 90 jours. Il s'agit d'un argument raisonnable. 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.

Enfin, si l'on ignore si des données pertinentes et uniques sont stockées dans des données de sauvegarde, les parties et les tribunaux peuvent utiliser des techniques d'échantillonnage afin d'en savoir davantage sur les données visées. L'échantillonnage permettra d'établir la probabilité que des informations pertinentes existent dans les données de sauvegarde en question et les coûts probables de la récupération de ces informations. Une telle pratique permettra de conserver seulement certaines données de sauvegarde en connaissance de cause.

*Exemple iii.* Au cours d'une recherche des courriels pertinents d'un individu ayant quitté son emploi quelques années auparavant, une société découvre que le groupe des Technologies de l'information conserve les données de sauvegarde relatives aux courriels pendant dix ans. Les données de sauvegarde portent la date de sauvegarde et le nom du serveur. Par contre, le groupe des Technologies de l'information ne sait pas 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 données de sauvegarde qui portaient des dates correspondant au milieu de cette période sont échantillonnées. Si les données de sauvegarde d'un serveur en particulier ne contiennent pas de courriels de l'ancien employé concerné, les copies de sauvegarde pour ce serveur sont exclues des recherches supplémentaires.

### *Commentaire 3.1. Préservation des données partagées*

Les réseaux et l'intranet des parties peuvent comprendre des répertoires partagés (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 et qui sont organisés en fonction des projets ou des dossiers de travail collaboratif. Il faut identifier rapidement ces répertoires et prendre des mesures pour préserver les données partagées potentiellement pertinentes.<sup>90</sup>

---

90. *Drywall Acoustic, supra*, note 61, paragr. 111 et 112.

*Exemple i.* Pour répondre à un avis de mise en suspens transmis par le conseiller juridique de l'entreprise dans le cadre d'un litige en matière d'ingénierie, l'utilisatrice X identifie les sources de données suivantes, parmi les données en sa possession ou sous sa responsabilité : courriels, fichiers de traitement de texte et feuilles de calcul sur son poste de travail et sur le lecteur partagé du Service de l'ingénierie, ainsi qu'une collection de CD-ROM comportant des données et des plans pertinents. Après analyse, le conseiller juridique constate que l'utilisatrice X consulte également les bases de données de gestion des connaissances du Service de l'ingénierie et qu'elle contribue aux sites wiki et à des groupes de discussion dans le cadre de projets de collaboration en ligne pertinents au litige. Bien que l'utilisatrice ne considère pas que ces sources de données sont en sa possession ou sous sa responsabilité, le conseiller juridique doit solliciter l'assistance du groupe des Technologies de l'information pour inclure ces sources dans le processus de mise en suspens en vue d'un litige.

**Principe 4.** Les avocats et les parties doivent collaborer à l'élaboration d'un plan conjoint visant le traitement de tous les aspects de l'administration de la preuve; ils doivent maintenir cette collaboration tout au long du processus de l'administration de la preuve, notamment aux fins de l'identification, de la préservation, de la collecte, du traitement, de l'examen et de la communication des informations sur support électronique.

*Commentaire 4.a. L'objet de la planification de l'administration de la preuve*

La planification de l'administration de la preuve<sup>91</sup> vise à repérer et à résoudre rapidement les problèmes liés à l'administration de la preuve ; elle vise aussi à s'assurer que l'accès à la justice est plus facile et moins onéreux. Le processus n'a pas pour objet de créer des litiges accessoires.<sup>92</sup> La collaboration englobe notamment l'élaboration et la mise en œuvre d'un plan d'enquête préalable visant les différentes étapes et les divers aspects du processus d'administration de la preuve, comme l'identification, la préservation, la collecte et le traitement des

---

91. On mentionne couramment le processus de « rencontre de concertation » ou que les parties se rencontreront pour discuter ou participeront à une « rencontre de concertation » en particulier. Bien que ces termes soient encore utilisés dans ce commentaire, celui-ci ne vise pas à exiger la tenue d'une ou plusieurs réunions. Il convient ici de mettre l'accent sur la concertation en vue de parvenir à une entente concrète concernant le plan d'enquête préalable.

92. *Drywall Acoustic*, *supra*, note 61, paragr. 81 à 84.

documents,<sup>93</sup> l'examen et la communication de documents,<sup>94</sup> la gestion des documents protégés par le secret professionnel ou d'autres motifs de refus de communication d'éléments de preuve, les coûts, ainsi que le développement de protocoles.

Alors que l'édition originale des *Principes* mettait l'accent sur le processus des « rencontres de concertation », l'évolution de l'expérience de la collaboration au Canada privilégie davantage le principe de la collaboration continue et l'élaboration d'un plan d'administration de la preuve. Le concept de collaboration entre les avocats et les parties s'étend bien au-delà d'une rencontre ou d'une série de réunions; il englobe la mise en commun transparente de l'information pour veiller à ce que l'administration de la preuve engendre des coûts proportionnels et des échéances raisonnables.

En mettant en œuvre un plan d'enquête préalable efficace, on s'assure que les parties émergent avec une compréhension réaliste des étapes du processus d'administration de la preuve. Pour relever les défis que posent les volumes croissants d'ISE et

---

93. Le terme « traitement » désigne un flux de travail informatique automatisé où des données natives sont intégrées dans certains logiciels conçus pour extraire du texte et des métadonnées sélectionnées et pour normaliser les données dans un format en vue de leur chargement éventuel dans une plateforme d'examen. Il faudra peut-être également repérer les doublons / éliminer les documents en double. Le traitement peut également englober des étapes pour traiter les documents nécessitant une attention particulière, comme des fichiers chiffrés ou protégés par un mot de passe. Il faut éviter de prendre des décisions relatives au traitement sans discussion préalable lorsque ces décisions pourraient avoir des répercussions sur l'autre partie. Un plan d'enquête préalable efficace aborde divers aspects, notamment les moyens de créer des empreintes numériques, que ce soit pour séparer les pièces jointes des courriels ou pour déterminer le fuseau horaire à utiliser lors de la normalisation des codes de la date et de l'heure.

94. Les parties peuvent envisager une approche progressive ou échelonnée en matière d'administration de la preuve électronique, le cas échéant, selon le volume d'éléments de preuve. Les parties devraient s'entendre dès que possible sur les spécifications de communication de la preuve.

les coûts élevés des litiges, ces Principes encouragent fortement une approche collaborative en matière d'administration de la preuve électronique, reflétant les opinions et coutumes judiciaires récentes au Canada et dans d'autres pays.<sup>95</sup> « Le bon sens et la proportionnalité » font partie des facteurs déterminants de la planification de l'administration de la preuve.<sup>96</sup>

En Ontario, les *Règles de procédure civile* exige des parties qu'elles « conviennent d'un plan d'enquête préalable conformément à [la règle 29.1] ». <sup>97</sup> L'élaboration d'un plan d'enquête préalable efficace exige une collaboration réelle et le partage de

---

95. *Wilson v. Servier Canada Inc.*, 2002 CanLII 3615 (ON SC) [*Wilson*], paragr. 8 et 9 :

« [TRADUCTION] L'approche générale adoptée par les défendeurs dans le cadre du litige a nui 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 protégées par le secret professionnel. L'objectif avoué des avocats des défendeurs est contraire à l'esprit même de cette étape importante du litige. »

Voir aussi *Sycor Technologies v. Kiaer*, 2005 CanLII 46736 (ON SC) [*Sycor*], 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, de façon pragmatique et raisonnable, et renvoya les avocats pour qu'ils établissent une méthode de communication de la preuve efficace, conformément aux lignes directrices de l'Ontario.

96. *Drywall Acoustic*, *supra*, note 61, paragr. 84.

97. *Règles de procédure civile*, règle 29.1.03(3). Le plan d'enquête préalable est formulé par écrit et comprend ce qui suit :

bonne foi des informations entre les parties, de façon proportionnée et pertinente à la nature de l'action en cause. De plus, les parties sont assujetties à l'obligation permanente de mettre à jour le plan d'enquête préalable au besoin.

Au Québec, les modifications apportées au *Code de procédure civile* intègrent la notion de coopération dans un nouveau chapitre sur la gestion de l'instance, en obligeant les parties à s'entendre sur le protocole de l'instance.<sup>98</sup>

En Alberta, la règle 4.4 des *Rules of Court* prévoit que les parties à une « affaire ordinaire » peuvent convenir d'un protocole de l'instance. La règle 4.5 mentionne que les parties à une « affaire complexe » doivent convenir d'un « protocole de l'instance pour un litige complexe ».<sup>99</sup>

- 
- a) la portée envisagée de la communication des documents prévue à la règle 30.02, en tenant compte de la pertinence, des coûts ainsi que de l'importance et du degré de complexité des questions en litige dans l'action en cause;
  - b) les dates prévues pour la signification de l'affidavit de documents (formule 30A ou 30B) de chaque partie aux termes de la règle 30.03;
  - c) des renseignements concernant le délai, les frais et le mode de production des documents par les parties et d'autres personnes;
  - d) le nom des personnes que les parties ont l'intention de produire aux fins d'un interrogatoire préalable fait oralement aux termes de la Règle 31 et des renseignements concernant les date, heure et durée des interrogatoires;
  - e) tout autre renseignement permettant de mener à terme le processus d'enquête préalable d'une manière expéditive et économique qui tient compte de l'importance et du degré de complexité de l'action.

98. RLRQ c. C-25.01, articles 148 à 160.

99. Les facteurs qui permettent de déterminer qu'une affaire est « complexe » en Alberta sont diversifiés : le montant de la réclamation, le nombre et la nature des réclamations, ainsi que le degré de complexité de l'action; le nombre de parties; le nombre de documents; le nombre, le degré de complexité et l'importance des questions; la période estimée requise pour les interrogatoires; la nécessité d'obtenir des rapports d'expertise; la nécessité

Les *Règles de procédure civile de la Nouvelle-Écosse* mentionnent les plans de communication préalable volontaire dont peuvent convenir les parties.<sup>100</sup>

Pour être efficace, le plan d'enquête préalable doit être fondé sur la « convergence des volontés » à l'égard du processus d'administration de la preuve. Il devrait en résulter un plan d'enquête préalable écrit convenu par les parties. Il s'agit d'une pratique exemplaire, que ce plan soit prescrit ou non par les règles de la compétence judiciaire concernée.<sup>101</sup>

Le processus de planification varie de façon importante selon la portée et la nature de l'action. Par exemple, une action directe et à portée restreinte nécessite un plan d'enquête préalable de quelques paragraphes composés lors d'un appel téléphonique ou à la suite d'un échange de courriels entre les avocats. Un dossier complexe peut nécessiter une série de réunions

---

d'obtenir des examens et rapports médicaux. Le protocole de l'instance pour un litige complexe peut englober la détermination d'un calendrier, une ou plusieurs conférences de gestion d'instance, une entente sur le protocole d'organisation et de production de documents et l'affectation d'un juge pour la gestion de l'instance. *Alberta Rules of Court*, règles 4.2, 4.4, 4.5, 4.6, 4.10(2), 4.14(1), 4.23(5), 4.33(2); *Ursa Ventures Ltd v. Edmonton (City)*, 2016 ABCA 135 (CanLII); *Jacobs v. McElhanney Land Surveys Ltd.*, 2019 ABCA 220 (CanLII).

100. *Règles de procédure civile de la Nouvelle-Écosse*, règle 16.05(1) : « Les parties peuvent conclure une entente de divulgation des renseignements électroniques pertinents et une clause stipulée dans l'entente l'emporte sur une disposition incompatible de la règle 15 – Divulgation des documents ou de la présente règle 16. » Voir *Annapolis Group Inc. v. Halifax Regional Municipality*, 2019 NSSC 264 (CanLII).

101. Pour consulter un exemple d'entente sur la communication préalable et d'autres documents modèles, consulter OBA, Model Precedents; « *Commentary on Legal Holds* », *supra*, note 63.

en personne et un plan plus complet.<sup>102</sup> Les avocats doivent décider les types de plans d'enquête préalable et de réunion(s) appropriés pour chacun des dossiers traités. Il faut tenir compte de divers facteurs, notamment le montant en cause, le volume et la complexité de la preuve électronique à communiquer, l'emplacement géographique des avocats, ainsi que d'autres questions pertinentes au processus d'administration de la preuve.

Un tribunal de l'Ontario a conclu que « [TRADUCTION] il existe une forte influence réciproque entre les Règles de procédure civile, le code de déontologie, les principes de civilité et de professionnalisme et l'exigence relativement nouvelle de planification officielle de l'administration de la preuve ». <sup>103</sup> Les tribunaux ont reproché à certains avocats de ne pas avoir créé un plan d'enquête préalable et, dans certains cas, sanctionné la conduite de ceux-ci en invoquant les règles en matière de dépens.<sup>104</sup>

Les parties peuvent aborder la manière dont chacune compte utiliser les technologies. Elles peuvent éviter les malentendus courants en s'entendant dès le début sur l'utilisation des technologies, par exemple les termes ou mots clés de recherche, les champs de métadonnées sélectionnés, l'élimination des documents en double, les fils de discussion, l'examen assisté ou les techniques d'apprentissage actif. Elles doivent s'entendre sur le format de production, les noms des fichiers, le traitement des familles et les champs des informations qui seront échangées.

---

102. *Enbridge Pipelines Inc. v. BP Canada Energy Company*, 2010 ONSC 3796, paragr. 3 et 4. Le tribunal a approuvé un plan d'enquête préalable dans un litige complexe, mais a souligné que le niveau de détail requis dans ce dossier ne s'applique pas à toutes les instances.

103. *Kariouk v. Pombo*, 2012 ONSC 939 (CanLII), paragr. 3 [*Kariouk*]; voir aussi paragr. 55 et 56.

104. *Corbett v. Corbett*, 2011 ONSC 7161 (CanLII) [*Corbett*]; *Petrasovic Estate v. 1496348 Ontario Ltd.*, 2012 ONSC 4897 (CanLII) [*Petrasovic*]; *Siemens, supra*, note 18; *Hryniak, supra*, note 20; *1414614 Ontario Inc. v. International Clothiers Inc.*, 2013 ONSC 4821 (CanLII) [*International Clothiers*].

On invite les parties à mettre à profit toutes les technologies disponibles afin de garantir le résultat le plus efficace possible. Voir le Principe 7 concernant l'utilisation des technologies et le Principe 8 concernant les spécifications relatives à la production.

#### *Commentaire 4.b. Rencontres fréquentes*

Les parties devraient s'entendre dès le début d'un litige et tout au long du processus, le cas échéant. Le premier contact devrait avoir lieu dès que possible après la naissance d'un litige et, en tout état de cause, avant la phase de collecte. À tout le moins, les parties devraient se concerter dès que la procédure écrite est terminée pour confirmer la portée de la collecte requise.

Même si les parties ont pris la plupart ou l'ensemble des mesures nécessaires pour préserver les informations potentiellement pertinentes au moment où elles se concertent, il est possible qu'elles doivent aborder d'autres enjeux relatifs à la préservation de renseignements. Par exemple, lorsque des détenteurs d'informations sont ajoutés à la liste ou que les échéanciers convenus se prolongent au-delà de la prévision initiale, certaines mesures de préservation supplémentaires seront nécessaires.

L'efficacité de l'administration de la preuve repose sur la tenue de rencontres dès le commencement du processus. Toute décision prise au début d'un litige quant au processus d'administration de la preuve électronique aura une incidence importante sur l'ensemble de l'instance et sur les coûts potentiels liés à l'administration de la preuve. Le fait d'entamer des discussions sur les documents électroniques dès que possible évite des débats subséquents, qui peuvent être longs et coûteux.

*Exemple i.* Défenderesse dans une action en responsabilité du fabricant, une entreprise de fabrication émet un avis de mise en suspens à sa division des opérations, enregistre les données des disques durs et du serveur de courriels de douze gestionnaires de production et trie ces données à l'aide d'une longue liste de termes de recherche préparée par le conseiller juridique interne. Les avocats externes révisent les données pendant six mois avant que celles-ci ne soient communiquées à la partie demanderesse, près d'un an après le début de l'instance.

La partie ayant reçu communication des documents plaide maintenant que a) les données émanant du service du marketing qui concernent les produits défectueux auraient dû être préservées; b) il y a huit autres gestionnaires, dont quatre qui ont depuis quitté l'organisation et dont les courriels auraient dû être préservés et examinés; c) la liste des termes de recherche était clairement trop étroite selon son expert en administration de la preuve électronique; et d) les supports de sauvegarde contenant les preuves les plus probantes auraient dû être restaurés, puisque les fichiers des utilisateurs de courriels sont purgés tous les 90 jours, conformément à la politique de gestion documentaire de l'entreprise. Si les parties s'étaient rencontrées au début du processus, beaucoup de ces problèmes auraient pu être abordés et traités dans le plan d'enquête préalable.

Dans certaines situations, il est impossible d'élaborer un plan d'enquête préalable adéquat en une seule réunion. Le Principe 4 prévoit une série de rencontres, plutôt qu'une seule,<sup>105</sup>

---

105. Par exemple, voir *L'Abbé, supra*, note 23, paragr. 19, citant la position du conseiller maître :

afin d'aider les avocats lorsque surgissent des problèmes techniques imprévus. La quantité de données à recueillir et analyser est parfois sous-estimée. Il faut parfois modifier les critères de recherche pour la sélection de données lorsque les résultats ne sont pas concluants ou suffisamment précis. Dans de telles circonstances, les autres parties doivent en être informées, sans quoi toute entente conclue lors de la rencontre de concertation initiale pourrait facilement se volatiliser.

Comme l'a déclaré l'un des tribunaux, « l'obligation de prendre part à la planification de l'administration de la preuve comprend l'obligation de se concerter d'entrée de jeu et de poursuivre la collaboration pour veiller à l'adaptation du plan, au besoin ».<sup>106</sup> Cette obligation ne disparaît pas lorsqu'un tribunal émet une ordonnance concernant l'administration de la preuve.<sup>107</sup>

---

« [TRADUCTION] En premier lieu, lorsqu'il est question d'un très grand nombre de documents, en particulier d'informations sur support électronique, les parties doivent concevoir des méthodes permettant, de façon économique et efficace, d'isoler les principaux documents pertinents et de trancher toute revendication relative au secret professionnel. Lorsqu'il y a désaccord sur la portée de la pertinence ou du secret professionnel, il est parfois nécessaire de demander au tribunal de se prononcer, mais il incombe aux avocats d'élaborer conjointement un plan d'enquête préalable réaliste et d'entretenir un dialogue permanent ».

Voir aussi *l'affaire Kaymar v. Champlain CCAC*, 2013 ONSC 1754 (Can-LII) [*Kaymar*], paragr. 37 – le conseiller maître a affirmé que les plans d'enquête préalable doivent être souples : « [TRADUCTION] Dans un monde idéal, le plan d'enquête préalable est un processus vivant et dynamique; il est modifié, adapté et mis à jour au besoin ».

106. *Kariouk*, *supra*, note 103, paragr. 42.

107. *International Clothiers*, *supra*, note 104, paragr. 20.

### *Commentaire 4.c. Préparation en vue de la planification*

Les avocats devraient participer de bonne foi au processus de planification et se préparer à tenir des discussions approfondies au sujet de plusieurs questions clés, notamment la détermination de sources d'ISE potentiellement pertinentes, les mesures à prendre pour préserver ces dernières, ainsi que la méthodologie employée pour définir et restreindre la portée de l'examen et de la communication des données.

Selon la nature du projet d'administration de la preuve et la portée du litige, la préparation devrait également comprendre la collecte d'informations auprès des personnes-ressources au sein de l'organisation cliente, telles que le responsable des relations commerciales ou les gestionnaires qui connaissent bien les aspects touchant les opérations et les projets liés à la poursuite, les acteurs principaux au sein de l'organisation, les personnes qui sont au fait des protocoles de la société en matière de gestion des documents et des informations, ainsi que le responsable des technologies de l'information ou les gestionnaires qui maîtrisent les systèmes du réseau, de courrier électronique, de communication et de sauvegarde de l'organisation. Il pourrait s'avérer utile que ces personnes participent à toute rencontre concernant le plan d'enquête préalable au besoin. (Voir le Commentaire 4.d. ci-dessous.) Les parties pourraient tirer profit des conseils et des compétences de conseillers juridiques internes et externes et d'autres ressources, dont des spécialistes de l'administration de la preuve électronique, des greffiers et des techniciens juridiques.

Idéalement, il faut préparer un ordre du jour écrit, qui présente les principaux enjeux de discussion concernant l'élaboration du plan d'enquête préalable. Voici des sujets qui figurent généralement dans cet ordre du jour.

### *Commentaire 4.c.i. Identification*

Pour se préparer convenablement en vue de la rencontre sur le plan d'enquête préalable, les avocats devraient consulter le personnel du service des TI, les tiers fournisseurs de services, les utilisateurs et autres personnes qui peuvent favoriser la compréhension approfondie des processus de création, d'utilisation et de mise à jour des ISE par ou pour le client, ainsi que la détermination des sources probables d'ISE potentiellement pertinentes.<sup>108</sup>

Chaque partie devrait envisager le mappage des données pour saisir les informations sur ses propres sources de données et pour suivre la façon dont chacune a été traitée (si la source de données a été préservée, recueillie ou traitée; le nombre et la taille des fichiers; etc.). Aux premiers stades de la planification de l'administration de la preuve, les parties peuvent décider de communiquer le mappage de leurs données (ou une vue d'ensemble du mappage) afin de pouvoir parler intelligemment de ce qui doit être recueilli, traité et examiné, de ce qui peut être considéré comme étant secondaire (par exemple, dans un plan par étapes), des types de fichiers nécessitant un traitement spécial, de la nécessité de faire appel à des experts en criminalistiques, etc. Le mappage des données, qu'il soit communiqué ou

---

108. Voir *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Air Canada*, [2001] 1 CF 219, 2000 CanLII 17157 (CF), paragr. 27 :

« 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 ».

non, éclaire et oriente les décisions, de sorte que les enjeux liés aux volumes de données, à leur complexité, aux coûts et aux délais puissent être cernés et résolus dès le début du processus.

Peu importe si elles créent et communiquent ce mappage, les parties doivent documenter toutes les étapes importantes du traitement de leurs données numériques à l'aide de registres de collecte, de formulaires de chaîne de possession, d'un inventaire des actifs de données, etc.

Lorsque de saines pratiques de gouvernance de l'information sont respectées, il ne devrait pas être nécessaire de se tourner vers les supports de sauvegarde pour la collecte des données, sauf s'il est démontré que des documents sont uniquement préservés sur les supports de sauvegarde. Consulter le Principe 5 concernant l'accessibilité.

#### *Commentaire 4.c.ii. Préservation*

Lors de l'élaboration du plan d'enquête préalable, les parties doivent déterminer quelles sont les ISE pertinentes quant à la portée du litige, ainsi que les mesures de préservation appropriées. Faute de consensus, les parties devraient se demander s'il est nécessaire de demander (d'urgence ou non) l'intervention du tribunal afin d'éviter la destruction de renseignements pertinents.

#### *Commentaire 4.c.iii. Collecte et traitement*

Les parties devraient discuter les mesures qu'elles prendront pour restreindre la quantité des documents électroniques potentiellement pertinents afin que cette quantité soit raisonnable et proportionnée eu égard à la nature du litige. Les paramètres pouvant être utilisés pour déterminer l'étendue des documents électroniques comprennent les noms des principaux acteurs, les périodes visées, les types de données importants, les principaux systèmes (p. ex., comptabilité), l'élimination des documents en double et les termes de recherche. Tous les efforts devraient être

mis de l'avant par les parties pour discuter et s'entendre sur ces questions.

À cet effet, les parties et leurs avocats devraient s'entendre sur 1) l'utilisation de critères de sélection pour extraire les données ciblées qui sont très pertinentes; 2) les types et modèles de critères de sélection qui seront utilisés; 3) le processus général pour l'application de critères convenus; 4) les termes de recherche précis qui seront utilisés; et 5) un protocole pour le partage et l'adaptation éventuelle des critères. 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 qui n'ont pas encore fait l'objet de recherches.

Selon la nature du différend et des facteurs tels que la difficulté de recueillir certaines sources de données (comme dans les litiges transfrontaliers ou lorsque certaines informations sont stockées dans d'anciens systèmes), une approche échelonnée en matière d'administration de la preuve électronique pourrait s'avérer judicieuse. Tout comme certaines procédures relatives à un différend se déroulent en volets distincts (d'abord la responsabilité, puis les dommages-intérêts), certains litiges se prêtent à l'administration de la preuve par étapes ou échelonnée. Les parties peuvent convenir d'accorder la priorité à certaines plages de dates, aux fichiers de certains dépositaires et à des types de fichiers particuliers, par exemple en se concentrant d'abord sur les communications, puis sur les dossiers de ressources humaines et de comptabilité. Les parties peuvent choisir une approche progressive pour toutes les étapes d'administration de la preuve après la phase de préservation (collecte, traitement, examen/analyse et production) ou ne s'entendre que sur une ou deux étapes.

Les parties doivent être conscientes qu'elles n'ont pas nécessairement les mêmes capacités et ressources techniques. Étant donné que les tribunaux ont établi clairement que l'administration de la preuve doit être abordée dans un esprit de collaboration et de coopération, les parties doivent faire des efforts de bonne foi pour adopter des approches et des spécifications qui soient acceptables pour toutes. Par exemple, les grandes organisations qui communiquent régulièrement des dossiers de litige dans un format technique complexe ne doivent pas présumer que ce mode de communication sera acceptable pour toutes les parties. Les principes de proportionnalité et de collaboration doivent guider les discussions des parties sur ces questions.

#### *Commentaire 4.c.iv. Processus d'examen*

À cette étape, les parties devront s'entendre sur l'étendue de l'examen et décider si celui-ci sera effectué manuellement ou à l'aide d'outils électroniques, par exemple des technologies de regroupement de concepts ou d'indexation prédictive. Les parties devraient également s'entendre sur les méthodes visant à protéger les renseignements protégés et confidentiels, ainsi que les secrets commerciaux. Pour plus de plus amples informations, veuillez consulter le document publié par The Sedona Conference sur les méthodes et technologies de recherche et de récupération de données.<sup>109</sup>

Les parties devraient examiner s'il serait avantageux d'adopter une approche par étapes pour l'examen. L'utilisation de technologies et de techniques telles que les termes de recherche, le regroupement de concepts, l'examen assisté et l'apprentissage actif en continu sont particulièrement bien adaptés à une telle approche et utiles pour la structurer. Les documents relatifs à différentes questions peuvent être traités dans l'ordre souhaité. De plus, les réviseurs peuvent travailler sur des lots

---

109. The Sedona Conference, « *Best Practices Commentary on the Use of Search and Retrieval Methods in E-Discovery* » (2013) 15 Sedona Conf J 217.

de documents similaires sur le plan conceptuel, ce qui réduit l'effort mental nécessaire pour passer d'un type de document à un autre, comme c'est le cas dans un examen chronologique linéaire traditionnel.

Même une partie qui n'a pas accès à des techniques et des outils évolués peut trouver bénéfique la mise en œuvre d'une approche par étapes. Il est possible de classer par ordre de priorité des sous-ensembles de documents, quel que soit leur format, en vue de l'examen et de la production, et ce classement peut s'effectuer de façon continue.

Une approche par étapes peut également augmenter les chances d'une résolution rapide du litige.

#### *Commentaire 4.c.v. Production*

Les parties devraient s'entendre sur le format de transmission des documents communiqués, notamment à savoir si certains documents électroniques seront communiqués en format numérique d'origine ou en format image.<sup>110</sup> Les parties ont tout à gagner d'une discussion détaillée, tant dans les cas où les documents en cause sont imprimés que dans les cas, plus communs, où ils existent en format papier et numérique.<sup>111</sup> Une entente préalable concernant les spécifications de communication

---

110. Voir le Principe 8, *infra*, concernant les formats de production. Comme nous l'avons mentionné, les parties devraient communiquer les documents en format numérique d'origine, dans la mesure du possible.

111. *Logan v Harper*, 2003 CanLII 15592 (ON SC) [*Logan*], paragr. 66 :

« [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 qu'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-

permet d'économiser beaucoup de temps et de frais lors des étapes ultérieures du processus. Pour éviter les retards, les erreurs et la reprise de travaux, invitez les fournisseurs de services à participer à ces discussions dès le début du processus.

Les parties devraient déterminer s'il faut inclure le texte intégral dans les documents numériques d'origine communiqués. Lorsque la communication comprend des images ou que la partie destinataire n'a pas accès à une plateforme d'examen, les parties doivent se demander s'il faut fournir les images au format PDF interrogeable.<sup>112</sup> Toutes ces décisions concernant le format doivent être discutées et faire l'objet d'une entente.

Étant donné que les parties disposent souvent de ressources inégales, ces questions relatives à la technologie et au format des fichiers doivent être envisagées lors de la planification de la communication préalable afin de favoriser un processus d'administration de la preuve équitable et efficace.

#### *Commentaire 4.c.vi. Échéancier*

Les avocats devraient s'entendre sur le calendrier et l'échéancier du traitement, de l'examen et de la communication des ISE. Ils devraient également déterminer s'il est nécessaire de

---

être que Santé Canada possède un système d'indexation et d'identification qu'il serait souhaitable d'adopter ».

112. PDF signifie « Portable Document Format ». Voir *Sedona Conference Glossary*, "supra", note 1, p. 353.

tenir d'autres rencontres tout au long du litige et de définir un processus de règlement des différends.<sup>113,114</sup>

La préservation, la collecte, le traitement, l'examen et la production sont traités de façon plus approfondie aux Principes 3, 5, 6, 7 et 8.

#### *Commentaire 4.d. Participants*

Dans le contexte de l'administration de la preuve électronique, l'élaboration du plan d'enquête préalable se déroule comme toute réunion de planification organisationnelle : elle aura de meilleures chances de réussite 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 et les engagements pris sont consignés et respectés. Cette approche est particulièrement indiquée pour les actions collectives et les dossiers concernant plusieurs parties. En outre, dans les dossiers où au-

---

113. *Kaymar, supra*, note 105, paragr. 37 et 38, dans lequel le conseiller maître indique que les plans d'enquête préalable devraient comprendre « une procédure de résolution non adversative des différends ». Tout en reconnaissant le rôle central des tribunaux qui se prononcent sur les différends et supervisent l'administration de la preuve dans un litige, le conseiller maître affirme : « Un plan bien conçu devrait minimiser la nécessité de l'intervention du tribunal et utiliser un processus de nature contradictoire en dernier recours seulement. Une requête contestée avec l'examen par le tribunal des documents en litige représente un mode de règlement lourd et coûteux pour résoudre les conflits en matière d'administration de la preuve ».

114. In *2038724 Ontario Ltd. v. Quiznos Canada Restaurant Corp.*, 2012 ONSC 6549 (CanLII) [*Quiznos*], paragr. 129 et 130, le tribunal a ordonné à une partie de communiquer des documents en format Excel malgré que le plan d'enquête préalable indiquait la communication des fichiers en format TIFF. Le tribunal a conclu que la communication des documents en format numérique d'origine ne posait aucune difficulté et qu'il convient parfois de modifier le plan d'enquête préalable, sans nier son importance.

cune rencontre en personne n'a lieu, les mêmes principes s'appliquent : les parties devraient avoir des objectifs clairs, une bonne tenue des dossiers, une communication ouverte et un suivi approprié.

Bien souvent, les parties qui contribuent à l'administration de la preuve tireront avantage de la participation d'un spécialiste en administration de la preuve électronique qui en maîtrise les aspects techniques, en particulier lorsque sont concernés des technologies complexes, d'anciens systèmes ou des renseignements relatifs aux bases de données.

Selon le Principe 4, la participation des avocats et des parties est essentielle, puisque les questions soulevées ne se limitent pas au domaine juridique. Bien que la planification de l'administration de la preuve doive se dérouler conformément aux règles de procédure et de droit substantiel, d'importantes questions peuvent surgir et dépasser les connaissances et l'expérience des avocats. Cette tâche ne devrait pas être déléguée à un avocat junior. Compte tenu de la nature et des effets du plan d'enquête préalable, il est important de solliciter la participation d'avocats expérimentés dans le cadre de ces discussions.

Dans de nombreux cas, la participation des clients s'avère précieuse. Ils peuvent dire d'emblée quelles informations sont disponibles et dans quel format celles-ci existent. En outre, la contribution des clients favorise une plus grande transparence au sein du processus. La personne qui est la mieux informée des sources et des systèmes de données pertinents devrait être présente ou au moins consultée avant que les parties conviennent du plan d'enquête préalable.

Dans les dossiers où il y a une perte ou des éléments de preuve de nature financière, les tribunaux recommandent que des comptables participent au processus de planification afin

d'axer la divulgation sur les données réellement nécessaires pour établir la preuve des parties.<sup>115</sup>

*Commentaire 4.e. Partage de bonne foi pour favoriser l'entente*

Comme nous l'avons mentionné, l'efficacité du processus de planification d'administration de la preuve repose sur la « convergence des volontés ». L'objectif est de favoriser la proportionnalité de l'administration de la preuve, et non de créer des obstacles. Le partage ouvert et de bonne foi des informations pertinentes est essentiel à l'atteinte de cet objectif.

Les discussions sur la planification de l'administration de la preuve se déroulent généralement « sous toutes réserves » pour encourager le degré d'ouverture requis. Une fois signé, le plan d'enquête préalable constitue une entente « sans réserve ».

Les types d'informations qu'il convient de partager lors de la planification de l'administration de la preuve ne sont pas protégées par le secret professionnel. Il s'agit notamment des termes de recherche,<sup>116</sup> des noms des détenteurs d'informations, des systèmes à partir desquels les informations seront récupérées et des détails du processus d'administration de la preuve électronique préparé par les parties. En outre, la planification de l'administration de la preuve ne divulgue pas la stratégie de procès ni n'empêche les avocats de bien défendre les intérêts de leurs clients. Elle garantit plutôt un cadre justifiable pour le déroulement de l'affaire. Une fois le plan d'enquête préalable convenu, les avocats peuvent se concentrer sur les aspects de fond et les stratégies de leur dossier.

---

115. *International Clothiers*, supra, note 104.

116. Seuls les termes de recherche visés par le secret commercial seraient exclus, et ce, pour des raisons de confidentialité.

Ainsi, les parties devraient décrire la méthodologie d'administration de la preuve qu'elles utilisent, notamment les mesures prises pour valider leurs résultats. Il faut régler sans tarder toute objection concernant la validité ou le bien-fondé du processus proposé. En misant sur une telle transparence, on s'assure que le plan d'enquête préalable est valable, pertinent et susceptible d'aider les clients à éviter le désagrément de devoir recommencer plus tard les processus d'administration de la preuve, avec les pertes de temps et les dépenses que cela suppose.

Dans les cas où les parties (ou l'une d'entre elles) s'opposent au partage d'informations pertinentes ou refusent de participer au processus de planification de l'administration de la preuve, les avocats peuvent envisager d'envoyer un projet de plan d'enquête préalable aux avocats adverses, en indiquant une date butoir pour la conclusion d'une entente. En l'absence de réponse, le projet de plan d'enquête préalable peut faire l'objet d'une requête soumise à l'approbation du tribunal.<sup>117</sup>

#### *Commentaire 4.f. Conséquences du défaut de collaboration*

Des tribunaux ont reproché à certains avocats de ne pas respecter leurs obligations en matière de planification de l'administration de la preuve, en mentionnant « [TRADUCTION] qu'il existe une forte influence réciproque entre les *Règles de procédure civile*, le code de déontologie, les principes de civilité et de professionnalisme et l'exigence relativement nouvelle de planification officielle de l'administration de la preuve ». <sup>118</sup>

Les tribunaux ont confirmé que, lorsqu'elles n'arrivent pas à s'entendre, les parties peuvent demander au tribunal d'établir

---

117. Des tribunaux ont exercé leur pouvoir d'imposer un plan d'enquête préalable. *Ravenda v. 1372708 Ontario Inc.*, 2010 ONSC 4559 (CanLII); *TELUS Communications Company v. Sharp*, 2010 ONSC 2878 (CanLII) [TELUS].

118. *Kariouk*, *supra*, note 103, paragr. 3.

le plan d'enquête préalable; cependant, les avocats ne doivent pas se soustraire à leur obligation de collaborer et de rédiger un plan en misant sur cette possibilité.<sup>119</sup> En confiant ce processus à un tribunal qui, par ailleurs, n'est peut-être pas en position idéale pour déterminer le plan d'enquête préalable le plus adéquat, les parties risquent de perdre tout pouvoir décisionnel.<sup>120</sup>

Les parties sont tenues à une obligation permanente de se concerter et d'effectuer toute modification ou divulgation requise.<sup>121</sup> Les requêtes concernant l'administration de la preuve pourraient avoir des conséquences onéreuses pour les parties qui n'agissent pas de manière raisonnable ou qui ne respectent pas leurs obligations.<sup>122</sup> En Nouvelle-Écosse, l'absence d'une entente sur la divulgation des renseignements électroniques entraîne l'application des dispositions par défaut de la règle 16 des *Règles de procédure civile*, qui prévoit l'obligation d'effectuer toutes les recherches raisonnables, y compris les recherches par mots clés, pour trouver des informations électroniques pertinentes.<sup>123</sup>

**Principe 5. Les parties devraient être prêtes à communiquer toutes les informations sur support électronique pertinentes et raisonnablement accessibles eu égard aux coûts et au fardeau.**

---

119. *Siemens, supra*, note 18, paragr. 79 à 84.

120. *Ibid.*

121. *International Clothiers, supra*, note 104; *Siemens, supra*, note 18.

122. *Corbett, supra*, note 104; *Petrasovic, supra*, note 104; *Siemens, supra*, note 18.

123. *Velfsoft, supra*, note 41.

*Commentaire 5.a Étendue de la recherche des informations sur support électronique raisonnablement accessibles*

Dans le cadre de l'administration de la preuve, les principales sources d'ISE devraient être celles qui sont raisonnablement accessibles. En règle générale, ces sources englobent les courriels et les fichiers électroniques (tels que les documents Word, PowerPoint et Excel) auxquels on peut accéder dans le cours normal des affaires. Outre les sources traditionnelles, il existe de nombreuses autres sources de données qui présentent des défis uniques en ce qui concerne la préservation, la collecte, le traitement, l'examen et la production. Ces sources comprennent, entre autres, les plateformes de médias sociaux, les sites Web, les messageries instantanées et les outils de collaboration. Les parties devraient être prêtes à communiquer les ISE pertinentes qui sont « raisonnablement accessibles » eu égard aux coûts et au fardeau.

Pour déterminer si les ISE sont « raisonnablement accessibles », il faut évaluer si la quantité, le caractère spécifique ou la qualité des données d'un type ou d'une source particulière de documents électroniques justifie le coût d'obtention de ces données. Essentiellement, il s'agit d'une analyse coûts-avantages. Certaines formes d'ISE, telles que les anciens supports de sauvegarde, les données pour lesquelles une application de consultation n'existe plus, les informations disponibles sur les anciennes pages Web et dans des bases de données, sont souvent considérées comme n'étant « pas raisonnablement accessibles », simplement parce qu'elles présentent plus de difficultés que d'autres types de données. Ce n'est pas toujours le cas.

Des politiques adéquates de gouvernance de l'information et de gestion documentaire facilitent l'administration de la preuve en garantissant que les organisations savent où se trouvent leurs données, quelles sont ces données et comment y accéder. En outre, la mise en œuvre optimale des politiques de

gouvernance de l'information et de gestion des documents garantit que les organisations procèdent à une élimination des données qui est défendable sur le plan juridique, en s'assurant que les données sont éliminées en temps voulu et lorsqu'elles ne sont plus requises (soit en vertu de la loi, soit dans le cadre de l'usage commercial). Cette gestion accrue des données permet de veiller à ce que les documents nécessaires à l'administration de la preuve sont « raisonnablement accessibles » et que les documents non pertinents sont éliminés conformément au plan d'élimination défendable sur le plan juridique.

Les données de sauvegarde, dans une plateforme infonuagique ou sur support physique, présentent un défi unique, car elles sont généralement créées pour la reprise après sinistre (et non pour la gestion des documents ou aux fins d'un litige) et ne sont souvent pas raisonnablement accessibles. Les données de sauvegarde sont toujours une copie de l'ensemble des données d'origine et ne devraient être accessibles que dans de rares circonstances, lorsque les données requises ne sont pas disponibles en effectuant une collecte de données standard.<sup>124,125</sup>

---

124. *Ontario Public Service Employees Union (Pacheco) v. Ontario (Solicitor General)*, 2019 CanLII 118416 (ON GSB). Le tribunal a déterminé que le coût et le fardeau du retard sont disproportionnés par rapport à la valeur probante de l'information susceptible d'être découverte lors d'une analyse criminalistique des ISE de l'employeur. Autrement dit, les avantages qui pourraient découler de l'analyse des ISE de l'employeur sont annulés par les coûts et les délais qui résulteraient d'une analyse criminalistique.

125. Dans *Verge Insurance Brokers v. Richard Sherk et al.*, 2016 ONSC 4007 [Verge], la Cour supérieure de l'Ontario a invoqué le principe de proportionnalité pour ordonner à l'un des demandeurs (un courtier d'assurance) dans une affaire de complot de fournir une preuve documentaire de 66 bandes de sauvegarde contenant de volumineux enregistrements de communications par courriel. Le défendeur, un ancien employé du courtier d'assurance, a présenté une requête pour la production de ces bandes de sauvegarde. Pour justifier le rejet de cette requête, les demandeurs ont invoqué le caractère

Afin de permettre au tribunal de réaliser cette analyse coûts-avantages, les avocats doivent fournir des informations claires sur les types de supports visés par la recherche (p. ex. supports de sauvegarde, microfiches, etc.), l'état et la condition du support (p. ex. les supports qui sont endommagés, stockés dans des boîtes, etc.) et la probabilité de récupérer des données sous une forme utilisable. Le tribunal peut exiger des preuves d'experts concernant ces éléments, ainsi que les coûts et les délais associés à la récupération des données. Une partie qui souhaite se soustraire à la communication de la preuve ne peut se contenter de soutenir que ce processus est coûteux.

La jurisprudence récente montre que les tribunaux canadiens sont conscients de la nécessité de cette analyse coûts-avantages. Par exemple, dans l'arrêt *Murphy et autres c. Banque de Nouvelle-Écosse et autre*,<sup>126</sup> le tribunal a examiné la requête du demandeur qui souhaitait que la défenderesse communique des données supplémentaires relatives aux courriels, contenues dans les bandes de sauvegarde, pour une période de près de trois ans. La défenderesse soutenait que ce processus coûterait entre 1,2 M\$ (pour 13 employés) et 3 M\$ (pour 33 employés). Le tribunal s'est exprimé ainsi : « [TRADUCTION] [...] le fardeau, le coût et le délai occasionnés par la divulgation doivent être équilibrés par rapport à la probabilité de produire des informations uniques et utiles à la résolution de la question. L'avocat des demandeurs fait référence à une éventuelle "preuve" qui pourrait exister dans l'un des nombreux courriels rédigés par les employés [de la banque]. Cet argument est trop spéculatif ».

---

onéreux, ainsi que le coût de l'examen et de la production de ces enregistrements sauvegardés. Ils ont déposé une preuve par affidavit selon laquelle le coût de la mise en œuvre d'une telle ordonnance de production pourrait atteindre 300 000 \$. Monsieur le juge Turnbull a finalement conclu que, si le coût de cette ordonnance était exceptionnel, il n'était pas disproportionné compte tenu de l'envergure importante du litige et du montant des dommages-intérêts réclamés par les demandeurs.

126. *Murphy et al v. Bank of Nova Scotia et al*, 2013 NBQB 316 (CanLII).

En fin de compte, le tribunal a ordonné que les courriels de seulement quatre employés soient récupérés pour une période d'un peu plus d'un mois.

Dans *Hudson v. ATC Aviation Technical Consultants*,<sup>127</sup> le juge a ordonné aux appelants, les fabricants d'un moteur d'aéronef identifié comme l'une des causes d'un accident, de communiquer la documentation concernant 15 pièces et plus de 50 modèles, dont certains ne sont même pas visés dans le procès, et ce, pour une période de 39 ans. Les appelants ont interjeté appel au motif que la demande était disproportionnée et excessive. Le tribunal a jugé que les documents étaient pertinents, non seulement pour démontrer que les défendeurs avaient une propension à utiliser de mauvaises méthodes de fabrication, mais également qu'ils étaient au courant de problèmes touchant des systèmes similaires et établissant les connaissances, les actions et les paroles des fabricants à l'égard du moteur et de l'accident en l'espèce. Les appelants n'ont déposé aucune preuve quant à l'accessibilité des données. Le tribunal a jugé que l'absence de preuve démontrant les difficultés qu'entraînerait pour les appelants la communication des documents suffisait à contrebalancer les facteurs de la pertinence et du pouvoir discrétionnaire et qu'en conséquence, l'ordonnance de communication serait maintenue.

Lorsque le tribunal détermine que les efforts pour obtenir les documents ne justifient pas le fardeau, il exercera son pouvoir discrétionnaire et s'abstiendra d'ordonner la divulgation de documents pertinents. Par exemple, dans l'affaire *Park v. Mullin*,<sup>128</sup> le tribunal énonçait qu'il avait « [TRADUCTION] utilisé son

---

127. *Hudson*, *supra*, note 41.

128. *Park v. Mullin*, 2005 BCSC 1813 (CanLII).

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; [...] 2) lorsque les documents concernés n'avaient pas une forte valeur probante et que l'incidence de certains facteurs concurrents, tels que la confidentialité, ainsi que les délais et les coûts liés à la divulgation par une partie, l'emportaient sur l'importance de la communication ».

En raison du volume et des défis techniques associés à l'administration de la preuve électronique, les parties devraient réaliser cette analyse coûts-avantages dans tous les cas, en soupirant le coût de l'identification et de la collecte de l'information de chaque source potentielle par rapport à la probabilité que des données uniques, nécessaires et pertinentes y soient stockées. Plus l'accès aux ISE d'une source particulière exige des coûts et des efforts importants, plus les parties doivent être certaines que cette source contient des informations pertinentes. Cependant, le fait qu'une partie ne gère pas de manière proactive ses informations ou qu'elle adopte de mauvaises pratiques de gouvernance de l'information ne permet pas de se soustraire à l'obligation de communiquer des documents en invoquant un fardeau ou un coût excessif dans le contexte de l'administration de la preuve.<sup>129</sup>

La demande de communication d'une source qui « n'est pas raisonnablement accessible » doit être justifiée en démontrant que la nécessité d'obtenir des documents électroniques provenant précisément de cette source l'emporte sur les coûts liés à

---

129. Voir par exemple l'affaire *Siemens*, *supra*, note 18, paragr. 136 à 138 et 156, où M. le protonotaire Short déclare que la politique de rétention des courriels de Sapient, qui supprime les courriels après 30 jours, peut causer de graves problèmes et a ordonné à l'entreprise de restaurer et de rechercher des bandes de sauvegarde malgré l'argument de l'avocat selon lequel une telle ordonnance serait disproportionnée.

une telle utilisation.<sup>130</sup> Des documents électroniques 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 proportionnelles eu égard à la valeur probante potentielle de ceux-ci.<sup>131</sup>

Les parties et les tribunaux devraient agir avec discernement et réaliser une enquête raisonnable et menée de bonne foi concernant la localisation des informations et les coûts liés à leur récupération et à leur préservation. Dans les cas où sont demandés des documents ayant un faible potentiel de pertinence et provenant de sources difficilement accessibles, eu égard aux coûts et au temps nécessaire, il convient d'envisager de faire assumer les frais liés à l'administration de ces documents par la partie requérante.

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 permettra généralement d'éviter des litiges ultérieurs dans le cadre desquels la partie qui doit communiquer des documents aurait le fardeau de prouver les raisons pour lesquelles elle n'a pas communiqué certaines informations.

*Exemple i.* Dans une cause de droit du travail, le demandeur allègue avoir reçu un courriel de nature abusive de son superviseur qu'il accuse de harcèlement. Le courriel aurait été transmis il y a 18 mois. Il n'y a pas eu de sauvegarde des courriels pour cette

---

130. *Descartes v. Trademerit*, 2012 ONSC 5283 (CanLII); *GasTOPS Ltd. V. Forsyth*, 2009 CanLII 66153 (ON SC).

131. *R. v. Mohan*, [1994] 2 SCR 9, cité dans l'affaire *Gould Estate v. Edmonds Landscape & Construction Services Ltd.*, 1998 CanLII 5136 (NSSC).

période et le demandeur n'a pas conservé de copie. L'employeur a effectué une image du poste de travail du superviseur et a analysé le contenu de tous les dossiers de courriels, y compris ceux contenant des courriels envoyés et effacés, mais cette analyse n'a permis de trouver aucun élément de preuve. Le demandeur requiert que le tribunal ordonne un examen du poste du superviseur à l'aide de méthodes de criminalistique informatique afin d'y retrouver le courriel qui aurait été supprimé. En l'absence de toute preuve de l'existence du courriel abusif, le tribunal retient la position du défendeur selon laquelle la probabilité de trouver des éléments démontrant l'existence d'un courriel supprimé il y a 18 mois, d'un poste de travail qui est activement et quotidiennement utilisé, est négligeable puisque l'espace sur le disque aura fait l'objet d'une réécriture dans le cours normal des affaires.

*Exemple ii.* Une partie, dont la soumission a été rejetée dans le cadre d'un appel d'offres publié par une municipalité pour un contrat de construction de plusieurs millions de dollars, allègue l'irrégularité et l'iniquité du processus. La version finale du rapport du comité d'évaluation était en format papier, mais le demandeur allègue que les critères de comparaison des soumissions ont été modifiés pendant la phase d'évaluation. Le demandeur réclame la divulgation de la version électronique des critères de sélection, lesquels, en vertu d'une politique, devaient être déterminés avant la publication de l'appel d'offres. Le demandeur explique que ce document est important et nécessaire à sa cause. Trois ans se sont écoulés depuis le processus d'appel d'offres et, en raison de la mobilité du personnel, les documents électroniques originaux ont été perdus. Toutefois, une bande de sauvegarde du serveur utilisé par l'ancien employé

responsable des contrats est disponible et peut être récupérée. Puisqu'il s'agirait là de la seule source d'un élément d'information essentiel à la poursuite, le tribunal ordonne la récupération des données du serveur et la recherche du document.

C'est dans des circonstances extraordinaires, déterminées au cas par cas par un tribunal en l'absence de précédent bien établi que la recherche et la production à partir de systèmes de sauvegarde seraient ordonnées.

*Commentaire 5.b. Médias sociaux, données de téléphones intelligents et autres types d'enregistrements non traditionnels*

Les parties seront de plus en plus appelées à recueillir, à examiner et à produire des données qui ne se trouvent pas dans les sources de preuve traditionnelles, comme les courriels ou les réseaux partagés d'une organisation. Aujourd'hui, les éléments de preuve relatifs aux litiges se trouvent dans pratiquement n'importe quel espace électronique, y compris sur les téléphones intelligents, les plateformes de médias sociaux, les sites Web, les moniteurs d'activité physique, les systèmes de surveillance de sécurité, l'Internet des objets, les systèmes informatiques des véhicules, etc. La collecte, l'examen et la production de ces types de données présentent divers enjeux et défis.

Par exemple, l'identification du contenu d'un site Web au fil du temps peut nécessiter des saisies avec horodatage des données du site Web pour valider l'existence d'une version donnée. La saisie d'une version n'aura inévitablement pas toutes les fonctionnalités du site Web en ligne, ce qui peut s'avérer problématique selon les questions à trancher. Les plateformes d'archivage publiques, telles que Wayback Machine, permettent l'accès à des saisies ponctuelles de pages Web, mais ces saisies

ne représentent pas toujours l'intégralité du site Web et, pour de nombreux sites Web, les archives sont limitées.

Les comptes de médias sociaux se composent souvent de nombreux éléments, notamment des publications et des réactions à ces publications sous forme de texte ou d'émojis. Les publications peuvent comprendre du texte, une vidéo ou des photos. Certaines plateformes de médias sociaux sont configurées de manière à permettre uniquement le téléchargement de certains aspects du contenu d'un compte, comme une publication, et ce, avec l'autorisation du titulaire du compte et en excluant divers éléments, par exemple les réponses ou les réactions. Cependant, il est possible que les réactions à une publication soient aussi pertinentes que le message d'origine. Il est parfois difficile de recueillir les messages privés dans certaines applications. Par exemple, la saisie d'un compte YouTube pourrait comprendre le téléchargement de centaines de gigaoctets de vidéos et de tout message concernant ces vidéos. La question se pose alors de savoir comment stocker et examiner ces données à moindre coût et comment associer les messages aux vidéos pendant le processus d'examen ou lors de la présentation de la preuve.

Il existe autant de sources différentes d'éléments de preuve potentiels que d'appareils électroniques, de plateformes de médias sociaux et de sites Web. Les parties doivent comprendre où se trouvent les éléments de preuve éventuels et accepter l'idée que certains éléments peuvent être difficiles à localiser et à recueillir. Elles doivent aussi connaître les exigences propres à la collecte de ces éléments de manière aussi complète et raisonnable que possible sans augmenter inutilement les coûts. La proportionnalité est fondamentale dans cette démarche. Si possible, il est prudent de discuter de ces questions avec la partie adverse et d'essayer de formuler un plan de collecte et de production dans le cadre du processus d'administration de la preuve. Les parties doivent se demander s'il faut faire appel à un fournisseur tiers expert dans la collecte de ces formes non traditionnelles de données.

Pour de plus amples renseignements sur ces questions, consultez le document « The Sedona Canada Commentary on Discovery of Social Media » (en anglais).<sup>132</sup>

### *Commentaire 5.c. Tiers détenant des documents électroniques*

Bon nombre d'organisations confient l'ensemble ou une partie de leurs systèmes technologiques à des entreprises externes ou partagent les ISE avec des tiers pour leur traitement et leur transmission, ou pour d'autres motifs d'affaires. Alors que les sources de données sont de plus en plus complexes, notamment les référentiels infonuagiques ou les plateformes de collaboration de fournisseurs tiers, il est possible que les besoins des organisations en matière de soutien pour l'administration de la preuve excèdent leurs capacités internes. Lors des négociations de ces contrats de service, les organisations 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 pourraient 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 fournisseurs de services.

Les référentiels infonuagiques et les solutions hébergées soulèvent des questions supplémentaires et présentent des défis uniques pour l'administration de la preuve, en particulier lorsque les données sont hébergées dans plusieurs pays. Ces défis

---

132. The Sedona Conference, « *The Sedona Canada Commentary on Discovery of Social Media* » (2022) 23 Sedona Conf J 73, en ligne : The Sedona Conference <[https://thesedonaconference.org/publication/Sedona\\_Canada\\_Commentary\\_on\\_Discovery\\_of\\_Social\\_Media](https://thesedonaconference.org/publication/Sedona_Canada_Commentary_on_Discovery_of_Social_Media)>.

concernent notamment l'évaluation des lois pertinentes sur la protection des renseignements personnels, ainsi que les politiques de gouvernance de l'information et de gestion des dossiers des fournisseurs tiers, y compris les pratiques d'élimination des données, pour s'assurer que ces pratiques sont conformes aux politiques et directives de l'organisation concernée, ou que des contrats appropriés sont en place pour protéger ses données.

*Commentaire 5.d. Politique de gouvernance de l'information*

Les coûts liés au repérage d'ISE potentiellement pertinentes sont souvent moindres lorsque l'entreprise met en œuvre une politique de gouvernance de l'information et de gestion documentaire bien conçue (« politique de gouvernance de l'information »). Une telle politique peut servir de guide aux fins de la détermination du type, de la nature et de l'emplacement de l'information (y compris les ISE) qui est pertinente à l'égard de l'instance, ainsi que les sources de données potentielles. Une politique de gouvernance de l'information pourrait également comprendre les éléments suivants :

- des renseignements sur la structure de gouvernance de l'information d'une organisation telle qu'elle est représentée dans le mappage des données;
- des lignes directrices concernant la rétention et la destruction systématiques d'ISE et de documents papier, ainsi que les modifications qu'il faut apporter à ces lignes directrices en cas de litige;
- les processus de mise en œuvre d'un avis de préservation, notamment les mesures de vérification de la conformité;

- les processus d’audit des pratiques informatiques pour prévenir la prolifération des données (sauvegardes redondantes, utilisation de liens vers des documents plutôt que des pièces jointes, etc.) et pour institutionnaliser d’autres saines pratiques de conservation des documents;
- des lignes directrices sur l’utilisation, dans un contexte professionnel, des médias sociaux, des téléphones intelligents, de la messagerie texte, ainsi que d’autres données et sources de données.

Par ailleurs, dans les cas d’allégations de fraude, de complot, de détournement de fonds ou de divulgation illicite de renseignements confidentiels, il importe de noter qu’il est possible que les ISE pertinentes (qui comprennent probablement les méta-données) englobent des documents autres que ceux appartenant à la catégorie standard des documents commerciaux énumérés dans la politique de gouvernance de l’information. Ainsi, il faut consulter la politique de gouvernance de l’information dès les étapes d’identification et de préservation de l’administration de la preuve électronique, tout en gardant à l’esprit que l’examen et l’analyse de cette politique ne doivent pas avoir pour effet de restreindre l’enquête visant la preuve aux seuls types de documents qui y sont énumérés.

Des politiques efficaces en matière de gouvernance de l’information et de gestion documentaire permettront de dresser pour le tribunal un portrait plus précis du coût et du fardeau lorsque les parties souhaitent refuser de nouvelles demandes de divulgation ou demander le transfert des coûts à la partie destinataire, le cas échéant. Un examen détaillé des politiques de

gouvernance de l'information et de conservation des documents dépasse la portée de ce document. Nous invitons les lecteurs à consulter le document *Commentary on Information Governance* (The Sedona Conference).<sup>133</sup>

**Principe 6. Une partie ne devrait pas être contrainte de chercher et de recueillir des informations sur support électronique résiduelles ou supprimées dans le cours normal des affaires ou dans le cadre d'une structure raisonnable de gouvernance de l'information à moins d'une entente entre les parties ou d'une ordonnance du tribunal démontrant le besoin et la pertinence de ces informations.**

Lorsque des ISE, qui ont été supprimées dans le cours normal des affaires ou dans le cadre d'une structure de gouvernance de l'information raisonnable et légitime, ne sont plus facilement accessibles, une partie ne devrait pas être contrainte de chercher et de recueillir ces ISE résiduelles ou supprimées à moins d'une entente ou d'une ordonnance du tribunal démontrant le besoin et la pertinence de ces informations. L'identification, la préservation et la collecte de ce type de données sont rarement nécessaires. Peu importe le type de dossier, il existe une possibilité que les ISE résiduelles ou supprimées soient exigées, mais elles sont plus susceptibles d'être pertinentes dans les affaires pénales ou de fraude.

Il importe de souligner qu'on ne peut présumer que les données supprimées sont automatiquement difficiles à obtenir. Il y a lieu d'effectuer une vérification approfondie pour confirmer

---

133. The Sedona Conference, « *Commentary on Information Governance, Second Edition* » (2019) 20 Sedona Conf. J 95, en ligne : The Sedona Conference <[https://thesedonaconference.org/publication/Commentary\\_on\\_Information\\_Governance](https://thesedonaconference.org/publication/Commentary_on_Information_Governance)>.

le niveau de difficulté. Par exemple, dans certains cas, il est parfois possible de récupérer facilement, à partir du système informatique d'une partie et sans aptitude technique particulière, des fichiers qui ont été supprimés. Les tribunaux sont alors plus susceptibles d'ordonner la production de ces éléments.<sup>134</sup>

Chaque demande d'ordonnance judiciaire concernant la communication d'ISE résiduelles ou supprimées qui ne sont pas facilement accessibles est examinée « au cas par cas ». Les tribunaux analysent un certain nombre de facteurs, notamment le principe de proportionnalité, la preuve de la destruction intentionnelle des données et la portée de la recherche.

Dans l'arrêt *Holland v. Marshall*,<sup>135</sup> le dossier d'hospitalisation de l'appelant avait été détruit. Cependant, au moment de la destruction du dossier, l'hôpital mettait en œuvre une politique de destruction des dossiers de patients adultes après une période de 11 ans. Le tribunal a conclu que l'hôpital et les autres défendeurs ne pouvaient anticiper ou raisonnablement prévoir un litige à l'époque où les dossiers ont été détruits.

Dans l'affaire *Patzer v. Hastings Entertainment Inc.*,<sup>136</sup> l'appelant avait déposé un certain nombre de fiches de pari dans un appareil de jeu automatisé à l'hippodrome du parc Hastings à

---

134. *Ireland, supra*, note 27; *Doust, supra*, note 56. En raison des coûts importants et de la valeur probante restreinte des fichiers demandés, le tribunal a refusé d'ordonner un examen à l'aide de méthodes de criminalistique informatique afin de trouver dans le disque dur du demandeur des fichiers qui auraient pu être supprimés. Cependant, le tribunal a ordonné au demandeur de chercher les fichiers pertinents qui avaient été supprimés, mais qui étaient encore facilement récupérables à l'aide du système d'exploitation de l'ordinateur.

135. *Holland v. Marshall*, 2008 BCCA 468.

136. *Patzer v. Hastings Entertainment Inc.*, 2011 BCCA 60.

Vancouver. L'appelant a reçu de l'appareil un bon de caisse gagnant d'un montant de 6,5 M\$. Le défendeur a refusé d'honorer le bon de caisse au motif que celui-ci avait été émis par erreur. L'appelant réclamait la divulgation de plusieurs documents, notamment les fiches de pari. À l'établissement du parc Hastings, la pratique courante consistait à vider tous les appareils automatiquement chaque semaine ou toutes les deux semaines afin de recycler les fiches de pari. Au moment de la destruction des documents, rien n'indiquait que le demandeur envisageait un litige. La Cour d'appel a statué que les documents ont été détruits dans le cours normal des affaires et qu'il n'y avait aucun fondement pour appliquer la doctrine de la destruction de la preuve (« *spoliation* »).<sup>137</sup>

Les renseignements provenant des médias sociaux qui comportent une durée de vie définie (et qui sont supprimées après une période déterminée) peuvent s'avérer pertinents dans certains cas. Le terme « publication éphémère » désigne ce type de contenu. Les données de ces plateformes sont parfois utiles dans le cadre de procédures judiciaires et peuvent être demandées. Dans *Araya v. Newsun Resources Ltd*,<sup>138</sup> une demande de production de documents visait notamment des communications personnelles dans diverses plateformes, notamment Instagram et

---

137. *Strata Plan LMS 3259 v. Sze Hang Holding Inc*, 2016 BCSC 32. Le défendeur a invoqué le concept de la destruction d'éléments de preuve pour inviter le tribunal à déduire que la preuve (les procurations utilisées pour les votes d'actionnaire) détruite par le demandeur aurait discrédité sa position à l'égard des questions en litige. Le tribunal a rejeté cet argument au motif qu'on ne pouvait pas prouver que, en omettant de préserver la preuve, le demandeur avait commis un acte intentionnel et de mauvaise foi visant à occulter la vérité, qui est un critère de la doctrine de la destruction d'éléments de preuve. La non-préservation des documents s'inscrivait dans la politique du demandeur en matière de conservation des procurations, qui exigeait de conserver les bulletins pendant 90 jours seulement. Ainsi, le demandeur n'avait commis aucune faute quant aux exigences relatives à la preuve et la communication de documents.

138. *Araya*, *supra*, note 42.

Snapchat, utilisées pour l'envoi de messages éphémères. La production de ces documents est toutefois difficile. Les documents devant être communiqués se limitent à ceux qui sont « en la possession, sous l'autorité ou sous la garde » des parties. La question de savoir si les parties doivent divulguer le contenu éphémère dépend de la question de savoir si ces communications sont en la possession, sous l'autorité ou sous la garde de la partie concernée. Pour répondre à cette question, il est nécessaire de consulter les politiques des entreprises qui publient des messages éphémères, notamment sur Instagram, Snapchat et Facebook.

**Principe 7. Une partie peut utiliser des outils et des processus électroniques pour remplir ses obligations relatives à la communication des documents.**

*Commentaire 7.a. L'utilisation de la technologie accroît l'efficacité et permet de réduire les délais et les coûts*

La plupart des personnes et des organisations conservent en mémoire de grandes quantités de renseignements numériques sous différentes formes et en de multiples endroits. Malgré le volume, il est probable qu'une grande partie de ces renseignements s'avère non pertinente dans une affaire donnée. Que le litige porte sur des millions de documents ou sur quelques courriels, trouver les renseignements pertinents dans une immense quantité de données revient à chercher la proverbiale aiguille dans la botte de foin.

Pour gérer au mieux ce volume de renseignements, les parties au litige doivent discuter et s'entendre sur la mise en œuvre de critères de sélection bien ciblés afin de limiter la préservation et la collecte de données inutiles. Cependant, les systèmes de

mise en mémoire de l'information ne sont généralement pas conçus pour faciliter la recherche efficace des renseignements ciblés à des fins d'administration de la preuve électronique. La recherche de documents pertinents dans bon nombre de ces systèmes est souvent peu pratique ou assortie d'un coût prohibitif. Pour remédier à cette situation, il convient d'envisager l'utilisation de diverses méthodologies et technologies d'administration de la preuve électronique. En ciblant l'identification, la préservation et la collecte des renseignements, on obtiendra un ensemble de données beaucoup plus petit contenant un pourcentage plus élevé de renseignements pertinents prêts à être analysés, extraits et examinés.

Lorsqu'il faut composer avec de multiples sources de données, le processus de recherche et de collecte doit cerner les sources les plus probables de données pertinentes de manière à optimiser le temps et le rapport coût-efficacité. Des critères de sélection ciblés peuvent être élaborés, mis à l'essai par échantillonnage, puis utilisés pour extraire des données de grande valeur parmi de vastes ensembles de renseignements.

Bien que les avantages des outils et des processus électroniques pour l'échantillonnage, la recherche et l'examen des données soient évidents, surtout pour d'importants volumes de renseignements électroniques, ces outils doivent être intégrés dans un processus de travail qui garantit leur utilisation efficace et cohérente afin que le résultat soit fiable et défendable sur le plan juridique. Autrement dit, il faut élaborer et mettre en œuvre un processus légitime. La technologie peut également s'avérer utile lors de la collecte de plus petites quantités de données. Lorsque le processus mis en œuvre est efficace et proportionné, l'utilisation de la technologie peut être nettement plus avantageuse qu'un examen manuel exhaustif.

Les outils d'administration de la preuve sont une technologie éprouvée qui peut améliorer pratiquement toutes les phases de l'administration de la preuve, notamment quant à la précision (la qualité des résultats), la légitimité (les processus mis en

œuvre), l'efficacité (concernant les ressources), la rapidité et même le rapport-efficacité.

Les parties qui mettent en œuvre la technologie appropriée aux bons stades du cycle de l'administration de la preuve, dans le cadre de processus bien planifiés et bien gérés, obtiendront dans bien des cas de meilleurs résultats en matière de rapidité, d'efficacité et d'économie de coûts. Dans de nombreux cas, elles peuvent s'attendre à consacrer moins de temps et d'argent pour rassembler des ensembles d'éléments qui contiennent une proportion plus élevée de documents pertinents que le lot initial (« taux de rappel » supérieur), tout en générant moins de documents non pertinents (plus grande « précision ») que dans la production de pièces traditionnelle.<sup>139</sup> Autre avantage déterminant, ces outils permettent de mettre en évidence les documents les plus importants beaucoup plus tôt. Les sections suivantes traitent des principales utilisations de la technologie pour optimiser la précision et l'efficacité et pour réaliser plus d'économies.

*Commentaire 7.b. La technologie appropriée dans le cadre d'un processus défendable sur le plan juridique*

La fiabilité et le caractère légitime de l'ensemble du processus d'administration de la preuve électronique dépendent à la fois de l'utilisation intelligente des outils appropriés et du processus élaboré et mis en place. La technologie, les flux de travail

---

139. Pour plus de détails sur les notions de « taux de rappel » et de « précision », voir le Commentaire 7.d, *infra*. Pour un glossaire complet des termes liés à la technologie, voir « *The Grossman-Cormack Glossary of Technology-Assisted Review* », de Maura R. Grossman et Gordon V. Cormack (2013), *Federal Courts Law Review*, volume 7, numéro 1, en ligne <<https://www.fclr.org/fclr/articles/html/2010/grossman.pdf>>.

et les compétences doivent être réunis pour élaborer et mettre en œuvre un processus défendable sur le plan juridique. Tout conseiller juridique qui mise sur la technologie pour la détermination de la pertinence, de l'application du secret professionnel ou de la confidentialité doit s'assurer que la technologie peut réaliser ce qu'elle prétend accomplir. Pour ce faire, la partie utilisant la technologie doit avoir au moins une compréhension élémentaire du fonctionnement de celle-ci et de ce qu'elle peut accomplir en toute fiabilité. Il sera peut-être nécessaire de vérifier l'efficacité de la technologie et du flux de travail en les soumettant à un processus de validation ou de vérification. Il est possible que les parties aient besoin de solliciter l'avis d'un expert pour comprendre et gérer l'utilisation de la technologie.

Dans la mesure du possible, les parties devraient s'entendre à l'avance concernant : 1) la portée des données visées par la recherche; 2) l'utilisation d'un logiciel d'élimination des documents en double pour supprimer la duplication exacte; 3) les paramètres de recherche employés (par exemple, la date et d'autres processus de filtrage, les termes de recherche et la recherche conceptuelle), ainsi que l'utilisation et l'application des outils d'examen assisté par la technologie; 4) la méthode de validation des résultats. Faute d'entente, les parties doivent documenter le processus et la méthodologie utilisés, y compris les décisions relatives à l'inclusion et à l'exclusion de certains types ou certaines sources de documents, pour justifier le processus en cas de contestation de la démarche adoptée.

### *Commentaire 7.c. Autocollecte des données par les parties*

Certaines parties souhaitent procéder elles-mêmes à la collecte des données plutôt que de sous-traiter le travail, à la fois pour réduire les coûts et pour maîtriser le processus pour divers motifs, dont la protection de la vie privée des employés ou la confidentialité des données de l'organisation. Les parties peuvent alors utiliser les outils techniques à leur disposition dans

leur travail quotidien pour favoriser le processus d'administration de la preuve.

Par exemple, les fonctionnalités d'Office 365 de Microsoft permettent la conservation, la recherche et la collecte dans diverses applications telles qu'Outlook, SharePoint et OneDrive. Office 365 permet la recherche à l'aide de mots clés et en sélectionnant des périodes dans les courriels d'Outlook, puis d'éliminer les doublons dans les résultats lors de l'exportation. Bien que ces fonctionnalités ne produisent pas uniquement des données interrogeables, ce risque que cela comporte est parfois acceptable, surtout si l'on tient compte des économies probables résultant de l'utilisation de ces outils à la source de la collecte pour éliminer certaines données.

Les produits Office de Microsoft permettent la préservation de la preuve dans des comptes de courrier électronique, qui peut s'accompagner d'un avis de préservation de la preuve en préparation d'un litige pour optimiser la préservation des données.

Les parties peuvent également effectuer l'exportation en masse de leurs propres données à partir des plateformes de courrier électronique. De même, les applications de messagerie comme WhatsApp offrent cette possibilité. Dans de nombreux cas, ce type de collecte sera suffisant, en plus d'être économique.

#### *Commentaire 7.d. Techniques pour réduire la quantité de données*

Bien que la technologie et les processus doivent être utilisés pour cibler la détermination, la préservation et la collecte des données pertinentes, l'effort à fournir doit généralement être proportionnel aux gains d'efficacité à réaliser. En d'autres termes, on ne doit pas viser la perfection dans le cadre du processus de détermination, de préservation et de collecte en ne

captant que les renseignements pertinents, même si des facteurs tels que la sécurité des données ou la protection des renseignements personnels peuvent exiger un niveau élevé de précision au stade de la collecte. Le processus doit être conçu de manière à éliminer les renseignements manifestement non pertinents, qui sont plus faciles à identifier, et à reporter l'élimination plus précise à des étapes ultérieures du processus d'administration de la preuve électronique. Cette approche permet également de s'assurer que les renseignements pertinents qui sont difficiles à identifier au départ sont tout de même préservés pour une recherche ultérieure et, finalement, pour la production.

Il est probable qu'une partie importante des ISE recueillies seront peu ou pas du tout pertinentes. L'examen manuel de toutes les données recueillies peut s'avérer difficile ou trop coûteux. Les parties doivent donc envisager, discuter et décider ensemble l'utilisation de la technologie et des procédés appropriés pour éliminer davantage de données afin que le processus d'examen soit aussi efficace et économique que possible.

Les parties doivent évaluer les nouvelles technologies au fil de leur apparition, puis continuer d'adopter celles-ci pour les mettre en œuvre (avec l'avis d'un expert, le cas échéant). Cela dit, le moyen le plus efficace de réduire les volumes de données autant que possible est de mettre en place des processus de gouvernance de l'information efficaces et défendables sur le plan juridique.<sup>140</sup>

Les outils et processus électroniques, notamment la recherche de mots au sens similaire (c.-à-d. la recherche conceptuelle), ainsi que la possibilité de regrouper ou d'identifier et d'étiqueter des ensembles de doublons ou de quasi-doublons en vrac peuvent augmenter sensiblement la précision et l'efficacité, en plus de réduire le coût du processus d'examen. Ils contri-

---

140. Pour de plus amples informations sur la gouvernance de l'information, voir le Commentaire 3.b et le Commentaire 5.d, *supra*.

buent également à éviter la communication accidentelle d'informations confidentielles ou assujetties au secret professionnel. Aussi utiles que soient ces outils, les avocats doivent veiller à l'exercice de l'analyse juridique, à l'adoption d'une méthodologie soigneusement sélectionnée et à la validation des résultats de la mise en œuvre de tout processus.

Au Canada, la pratique exemplaire demeure l'examen manuel assisté par la technologie au cours de la phase d'examen documentaire. Dans certains cas, il peut s'avérer plus efficace d'utiliser un éventail de types de technologie. Les parties doivent rester à l'affût des nouvelles méthodes de recherche et de récupération de l'information au gré de leur apparition.

En évaluant l'utilisation de la technologie, les parties doivent tenir compte des éléments suivants :

- a) Dans de nombreux contextes concernant des ISE, il est possible que le processus de recherche manuelle pour trouver des données admissibles en preuve ne soit pas faisable, proportionné ou justifié eu égard aux délais et au fardeau. Dans de tels cas, l'utilisation de méthodes de recherche automatisée doit être considérée comme raisonnable et légitime, voire nécessaire.
- b) L'utilisation réussie d'une méthode ou d'une technologie de recherche automatisée sera renforcée par un processus bien conçu, avec un apport humain important et un plan clair pour valider les résultats.
- c) Le choix d'une méthode de recherche et de récupération particulière dépendra du contexte précis dans lequel elle sera utilisée.
- d) Les efforts de bonne foi pour collaborer à l'utilisation de méthodes, d'outils et de protocoles de

recherche et de récupération de renseignements particuliers, notamment les mots clés, la recherche conceptuelle, l'examen assisté par la technologie et d'autres paramètres de recherche, permettent souvent de réaliser des économies et de rationaliser le processus.

- e) Les parties doivent s'attendre à ce que leur choix d'outils et de méthodes de recherche doive être justifié, de manière formelle ou informelle, une fois le processus terminé.

### *Commentaire 7.d.i. Rapport d'analyse des paramètres de données*

Les paramètres de données permettent de décrire de façon quantitative un ensemble de documents. Un rapport sur les paramètres de données comprendra généralement le volume global d'information, le nombre et la quantité de documents pour chaque type de données en mémoire, les documents par dépositaire, les catégories de documents et une ventilation des documents dans certaines plages de dates. Un rapport efficace sur les paramètres de données présente ces informations sous forme de tableaux et de graphiques, de manière à favoriser l'évaluation rapide et globale de la nature des données.

*Exemple.* Avant la collecte, un client demande un budget et certains renseignements sur les données à recueillir. Pour répondre à cette demande, on produit un rapport sur les paramètres de données de concert avec le service des TI du client. Ce rapport est ensuite utilisé pour déterminer rapidement les types de renseignements et l'emplacement des documents pertinents. Comme les photos ne sont pas pertinentes dans le contexte de l'affaire, il est possible de déterminer immédiatement la quantité d'images numériques que contient un ensemble de documents. Ensuite, les par-

ties peuvent décider de repérer et d'éliminer automatiquement ces documents avant d'en entreprendre le traitement ou l'examen. Une fois les données recueillies et traitées, il est possible d'utiliser un rapport plus détaillé pour éliminer davantage de renseignements non pertinents avant que l'examen des données. Grâce à cette information, les avocats peuvent peaufiner le budget initialement préparé pour répondre aux questions du client.

Selon les pratiques exemplaires, il faut recueillir des renseignements sur les données et comprendre la nature de celles-ci le plus tôt possible. Il existe plusieurs nouveaux outils pour créer des rapports très évolués qui permettront aux avocats et à leurs conseillers techniques de comprendre et d'évaluer rapidement un ensemble de documents.

*Commentaire 7.d.ii. Déterminer les rapports entre les documents*

De nombreux documents sont liés d'une manière ou d'une autre à d'autres documents. Par exemple, les sources de données comprennent souvent plusieurs copies identiques ou très similaires du même document et les courriels sont liés à d'autres courriels dans la même chaîne de conversation. Il existe des outils électroniques permettant de déterminer ces rapports entre les documents, afin d'établir la quantité de documents et de mettre de côté les renseignements redondants pour les éliminer en vue de l'examen.

### A. *Élimination des documents en double*

L'élimination des documents en double (la « déduplication ») désigne le processus visant à repérer les copies identiques.<sup>141</sup> Une fois les doublons repérés, on peut les mettre de côté pour s'assurer qu'un seul document est compris dans l'examen. Il est possible d'indiquer (généralement, dans un champ de métadonnée) les autres dépositaires et les sources qui comprennent des doublons. En certaines circonstances, leur élimination permet d'économiser beaucoup de temps et d'argent.

*Exemple.* Une organisation employant plusieurs centaines de personnes aura probablement des centaines de copies d'une politique interne pertinente, envoyée par courriel à tous les membres du personnel. Il n'est pas nécessaire d'examiner toutes les copies de cette politique, lorsqu'il en résulterait une augmentation substantielle des coûts liés à leur examen. Il en va de même si une copie d'un contrat est sauvegardée sur le disque dur de chacun des employés d'un service : il suffit d'examiner une seule copie de ce document.

Il est possible d'éliminer les doublons dans les données individuelles de chacun des dépositaires (« déduplication verticale »), et la plupart des outils d'élimination des doublons permettent maintenant le suivi des dépositaires qui possédaient

---

141. Le processus d'élimination des documents en double devrait se limiter aux documents qui sont identiques. Il est possible de comparer différents éléments distincts de documents, comme le contenu textuel, la taille du fichier en octets ou une combinaison d'éléments ou de propriétés d'un document, tels que le contenu textuel, l'auteur, la date et l'heure de création, la taille et le nombre de pièces jointes. On peut également combiner ces éléments pour élaborer des stratégies d'élimination des doublons ciblées, adaptées à une affaire particulière. La plupart des processus d'élimination des doublons permettront à la partie qui communique des documents de conserver un registre des dépositaires ou des sources de données où les enregistrements en double ont été éliminés. La pratique exemplaire consiste à conserver ce registre.

des documents en double (dans l'éventualité où il est important de savoir si un document particulier figurait parmi les fichiers d'un individu), ce qui permet l'élimination des données en double à l'échelle des fichiers (« déduplication horizontale »).

Les courriels avec pièces jointes présentent un défi unique lors de l'élimination des documents en double. Alors qu'on peut éliminer individuellement les doublons de documents autonomes (tels que les fichiers de traitement de texte), les courriels avec pièces jointes doivent être traités comme un seul document aux fins de ce processus pour éviter l'élimination de documents par inadvertance.

Dans certains cas, il faut adapter l'utilisation des outils d'élimination des documents en double en fonction des besoins d'une affaire, et les parties doivent parfois tirer parti d'outils spécialisés qui ne sont pas couramment utilisés dans le processus d'administration de la preuve électronique. Par exemple, dans l'affaire *LTS Infrastructure v. Rohl et al.*,<sup>142</sup> il a fallu utiliser un outil de géocartographie et des compétences connexes pour l'élimination de photographies en double, car il était impossible d'éliminer les doublons à l'aide de la technologie traditionnellement employée aux fins de l'administration de la preuve électronique.

Il est essentiel de bien comprendre les répercussions de l'utilisation des technologies et des décisions relatives à la déduplication dans le cadre de la planification et des autres étapes de l'administration de la preuve électronique.

### B. Quasi-doublons

Le processus de détection des quasi-doublons permet de regrouper les documents qui sont essentiellement similaires, mais

---

142. *LTS Infrastructure v. Rohl et al.*, 2019 NWTSC 10 [*LTS Infrastructure*].

qui comportent de légères différences. Prenons l'exemple d'une société qui produit un rapport hebdomadaire concernant ses activités : les divers enregistrements de ce rapport seront similaires, mais pas tout à fait identiques. La détection des quasi-doublons permet de recenser ces derniers en vue de leur examen conjoint.

Grâce à la technologie de détection des quasi-doublons pour regrouper des documents similaires et pour mettre en évidence les différences entre les documents, il est possible d'accélérer le processus d'examen et d'améliorer la cohérence de l'indexation. Ce gain d'efficacité permet d'économiser beaucoup de temps et d'argent, en plus d'augmenter la qualité et la précision de l'examen.

*Exemple.* Dans un litige contractuel, l'examen portait sur douze versions différentes d'un contrat. Chaque version comptait plus de 100 pages et les différences entre les versions étaient mineures, non pertinentes dans le cadre du litige, et ne concernaient que quelques pages dans les diverses parties du contrat. La technologie de détection des quasi-doublons a permis de repérer les douze contrats dans un seul ensemble de documents. À l'aide d'outils d'analyse appropriés, le premier contrat a été examiné dans son intégralité, puis l'examen des onze autres contrats n'a porté que sur les différences, éliminant ainsi la nécessité d'examiner près de 1 100 pages de contenu en double.

La technologie de détection des quasi-doublons présente de nombreuses configurations distinctes et peut donc être utilisée à plusieurs fins.

### *C. Gestion des conversations dans les courriels*

La technologie de gestion des conversations repère tous les courriels individuels qui composent la chaîne de conversation. Elle repère aussi dans une chaîne de conversation les courriels

dont le contenu intégral se trouve dans des messages ultérieurs. Ce processus permet d'examiner une conversation par courrier électronique en une seule analyse et de restreindre l'examen à seulement a) le courriel qui est envoyé en dernier ou qui comprend le contenu le plus complet et b) tout autre courriel qui s'éloigne du sujet ou ajoute quelque chose de nouveau qui ne se trouve dans aucun autre courriel ou une autre conversation.

Cette technologie permet d'économiser du temps, améliore la cohérence de l'indexation, permet un meilleur repérage des informations couvertes par le secret professionnel et accélère le processus de révision. Les réviseurs sont ainsi en mesure de regrouper et d'indexer « en vrac » des ensembles de documents, le cas échéant.

#### *D. Identification de la langue et traduction*

Un ensemble de documents peut comprendre des enregistrements dans des langues différentes. Il arrive que le contenu de certains courriels et documents soit multilingue. La technologie d'identification de la langue permet de repérer les langues différentes dans un ensemble de documents et indique le pourcentage de documents dans chaque langue.

Une fois la langue principale ou unique de chaque document repérée, il est possible de traduire automatiquement les documents ou de les transmettre à des réviseurs qui maîtrisent la langue concernée pour obtenir une analyse plus précise du contenu.

Dans les cas où un réviseur maîtrisant une langue particulière n'est pas disponible ou si une compréhension approximative du contenu du document est suffisante, la technologie de traduction automatique peut traduire les documents en quelques secondes ou minutes, selon la longueur du texte. Ces

traductions automatiques ne sont généralement pas assez précises pour fournir une traduction exacte ou pour discerner les nuances, mais elles sont souvent assez bonnes pour permettre au lecteur de saisir la teneur générale d'un document.

Les services de traduction automatique, combinés à l'apprentissage automatique, produisent généralement des traductions beaucoup plus précises. En général, ce type de technologie est utilisé par les fournisseurs de services pour traduire rapidement un grand nombre de documents, mais on constate également son intégration aux plateformes d'examen de la preuve électronique pour fournir des traductions plus précises « en temps réel ». Il est recommandé de toujours s'assurer que les services de traduction automatique font partie de la plateforme sécurisée d'administration de la preuve électronique ou sont fournis par un fournisseur de services de traduction de confiance afin d'éviter les risques de transmission de données confidentielles ou privées dans des services de traduction en ligne.

### *Commentaire 7.d.iii. La recherche par mots clés*

La recherche par mots clés consiste à repérer les documents contenant des expressions ou des mots particuliers, comme un nom de produit ou des éléments dans une affaire de responsabilité du fait des produits.

La recherche par mots clés pour repérer des documents pertinents dans le cadre d'un litige présente des avantages et des inconvénients. Il importe d'être conscient des enjeux et des limites de cette démarche. Les avocats doivent évaluer la meilleure approche, soit la recherche par mots clés ou l'apprentissage automatique, selon la nature et la quantité des documents.

Avantages de la recherche par mots clés :

1. La recherche par mots clés peut s'avérer un outil puissant lorsqu'elle est utilisée conjointement avec d'autres outils d'administration de la preuve électronique pour organiser et examiner

- un ensemble de documents, puis pour effectuer un contrôle de qualité.
2. La recherche par mots clés exacts ou précis peut contribuer à cibler des renseignements particuliers en utilisant un terme déterminé ou en mettant une expression entre guillemets.
  3. L'utilisation d'opérateurs booléens<sup>143</sup> et de proximité peut accroître la précision des recherches par mots clés.
  4. Les recherches par mots clés peuvent être effectuées à n'importe quel stade de l'examen. Au fur et à mesure qu'on obtient plus d'information sur une affaire, il est possible de préciser les mots clés.
  5. L'analyse des mots clés peut être utile dans le cadre du contrôle de qualité d'un examen ou de l'échantillonnage et de la validation.

Inconvénients de la recherche par mots clés :

1. La recherche par mots clés peut exclure des renseignements pertinents ou inclure des données non pertinentes.
2. Lors d'une recherche par mots clés, une formulation ambiguë, des mots codés et des coquilles peuvent exclure des documents pertinents.
3. La syntaxe, la ponctuation, la segmentation en unités lexicales, la sensibilité à la casse et les

---

143. La recherche booléenne est effectuée à l'aide de mots clés et d'opérateurs logiques comme ET, OU et NON pour inclure ou exclure des termes de la recherche afin d'obtenir un éventail de résultats plus étroit ou plus vaste. Voir « *Sedona Conference Glossary* », *supra*, note 1, p. 276.

langues autres que l'anglais peuvent nuire à la précision de la recherche par mots clés.

4. Pour certaines langues particulières, telles que le chinois, le japonais, l'arabe et le russe, il faut utiliser un moteur de recherche différent de celui des langues romanes comme l'anglais.
5. Lorsqu'un ensemble de données comporte plus d'une langue, il peut être nécessaire de traduire les mots clés en plusieurs langues. La traduction littérale n'est pas toujours efficace, car les langues ont une phraséologie distinctive.
6. Si un document comporte plusieurs champs contenant du texte interrogeable, comme le titre, le sujet et le corps du texte, il est important de s'assurer que les recherches visent le champ approprié ou plusieurs champs, au besoin.

*Exemple.* Il est important de comprendre comment un moteur de recherche particulier traite divers caractères comme le trait d'union. Tous les moteurs de recherche ne fonctionnent pas de la même manière. Certains moteurs traitent les traits d'union comme une espace ou un trait d'union et d'autres systèmes les ignorent. Lors d'une recherche, le terme « *non-committal* » peut apparaître sous la forme « *non committal* », « *non-committal* » ou « *noncommittal* » dans l'index texte. Si les traits d'union sont traités comme des espaces par le moteur de recherche, le mot « *non-committal* » n'apparaîtra pas dans les résultats de la recherche. Lorsque le mot clé est « *committal* » et que l'index contient « *committal* », « *non committal* », « *non-committal* » et « *noncommittal* », le moteur de recherche risque de ne pas trouver « *non-committal* » et « *noncommittal* ». Il est donc important de valider les

termes de recherche et de comprendre le fonctionnement du moteur de recherche pour éviter les erreurs.

Il importe de noter que, en raison de la nature informelle des courriels, les messages potentiellement pertinents ne contiennent peut-être pas les expressions ou les mots précis sélectionnés, car les correspondants connaissent bien le contexte et ces échanges ont lieu dans le cadre d'un dialogue plus vaste. Il faut bien sélectionner les mots clés et valider les résultats des recherches par mots clés en échantillonnant à la fois les ensembles qui donnent des correspondances et ceux qui n'en donnent pas.

#### *Commentaire 7.d.iv. Systèmes d'apprentissage automatique*

Même après avoir réduit la quantité des ISE d'une partie à l'aide de divers processus de filtrage ou d'élimination électroniques, il reste souvent une quantité énorme d'ISE qui doivent être examinées pour en vérifier la pertinence, la protection du secret professionnel et la confidentialité et pour déterminer la présence de renseignements personnels avant leur production. Des études dans le domaine de la récupération de l'information ont démontré que, pour traiter de vastes ensembles de données, un examen assisté par la technologie repère plus précisément les ISE pertinentes<sup>144</sup> qu'un examen manuel réalisé par des personnes. Il est généralement reconnu qu'un examen assisté par la

---

144. Gordon V. Cormack et Maura R. Grossman, « *Navigating Imprecision in Relevance Assessments on the Road to Total Recall: Roger and Me* » (2017), Actes de la 40<sup>e</sup> édition de la conférence internationale ACM SIGIR sur la recherche et le développement en matière de recherche d'information, en ligne : <<https://dl.acm.org/doi/10.1145/3077136.3080812>>; Maura R. Grossman et Gordon V. Cormack, « *Technology-Assisted Review in E-Discovery Can Be More Effective and More Efficient Than Exhaustive Manual Review* » (2011) *Richmond Journal of Law & Technology*, volume 13, numéro 3.

technologie sera généralement moins coûteux qu'un examen manuel.

La technologie de l'apprentissage automatique, également appelée « examen assisté par la technologie » (« *technology-assisted review* », en anglais) ou « indexation prédictive », est une combinaison de technologie et de flux de travail qui permet à l'ordinateur d'identifier avec précision, dans un ensemble de données, les documents les plus susceptibles d'être pertinents ou de contenir des renseignements pertinents.

Le principe fondamental est qu'un réviseur, soit une personne qui connaît bien les questions clés d'un dossier, « formera » le système d'apprentissage automatique pour que celui-ci soit en mesure de distinguer les propriétés pertinentes d'un document en examinant et en codant un échantillon de documents. Au fur et à mesure que le réviseur code des documents, le système d'apprentissage automatique étudie les propriétés des fichiers et élabore un modèle (essentiellement, un ensemble de règles) qu'il utilise pour analyser les documents non examinés afin de déterminer s'ils doivent être codés comme pertinents. Au fil de l'examen par une personne, le modèle est peaufiné au point que le système d'apprentissage automatique peut évaluer très précisément la pertinence d'un document.

Les flux de travail et la technologie peuvent varier dans la mesure où il est possible de sélectionner par échantillonnage aléatoire les documents initiaux sélectionnés pour l'entraînement du système d'apprentissage automatique (le « jeu de données d'entraînement » ou « *seed set* ») ou d'alimenter le système avec des documents pertinents choisis par une personne (l'« échantillonnage discrétionnaire »). Certains types d'exams assistés par la technologie regroupent simplement les enregistrements en trois catégories, soit probablement pertinent, probablement non pertinent et indéterminé, lorsque le système a suffisamment appris ce qu'est un fichier pertinent. D'autres types d'exams reposent encore sur l'analyse du codage réalisé par le réviseur et actualisent le modèle en continu, en suggérant

les documents suivants les plus susceptibles d'être pertinents jusqu'à ce qu'aucun autre fichier pertinent ne soit repéré.

La technologie de l'apprentissage automatique est couramment utilisée dans de multiples plateformes d'examen, y compris certaines conçues pour des litiges d'envergure moyenne ou de grande envergure. Ces outils, lorsqu'ils sont utilisés par des spécialistes dans le cadre d'un processus dirigé par des experts, ont donné à maintes reprises des résultats plus précis qu'un examen linéaire traditionnel réalisé par des personnes, et ce, plus rapidement et à moindre coût. Les tribunaux de nombreux pays, dont ceux des États-Unis, du Royaume-Uni, de l'Irlande et de l'Australie, acceptent l'utilisation de ces plateformes aux fins de l'administration de la preuve électronique.<sup>145</sup>

Il faut souligner que le flux des travaux et les procédures de validation revêtent une importance fondamentale lors de l'examen assisté par la technologie pour assurer la légitimité du processus, car les algorithmes sont fondés sur la probabilité et l'analyse statistique. La technologie d'apprentissage automatique ne se substitue pas au jugement et à l'examen des avocats. Ce n'est qu'un outil qui s'avère utile dans des cas où l'utilisation de mots clés et d'autres technologies n'est pas possible ou aussi efficace.

Tous les outils mentionnés favorisent des gains d'efficacité importants et l'amélioration de la précision lors des projets de révision documentaire, tout en réduisant les coûts globaux. Ils contribuent également à éviter la communication accidentelle d'informations confidentielles ou assujetties au secret professionnel. Aussi utiles que soient ces outils, les avocats doivent

---

145. *Rio Tinto PLC v Vale S.A.*, 306 F.R.D. 125 (2015) (recouvrement); voir aussi The Sedona Conference, « *TAR Case Law Primer* » (2016) 18 Sedona Conf J 1.

veiller à l'exercice de l'analyse juridique, à l'adoption d'une méthodologie soigneusement sélectionnée et à la validation des résultats de l'utilisation de toute technologie.<sup>146</sup>

*Commentaire 7.e. Échantillonnage et validation des résultats*

Tous les processus d'administration de la preuve doivent être assujettis aux méthodes de validation acceptées, en fonction des circonstances.<sup>147</sup>

L'échantillonnage est l'une des approches couramment utilisées pour valider les résultats. Ce processus consiste à examiner un sous-ensemble d'un lot de documents et à prendre une décision pour le lot entier en fonction de cet examen. L'échantillonnage peut être effectué de manière ciblée (échantillonnage « raisonné » ou « discrétionnaire ») ou systématiquement (échantillonnage « statistique »). Le choix de la méthode la plus appropriée dépendra des circonstances et des besoins particuliers de l'affaire concernée.

L'échantillonnage, discrétionnaire ou statistique, est un outil approprié pour limiter la portée et le coût initial d'un projet d'administration de la preuve et pour valider les résultats d'un processus d'examen assisté par la technologie. Comme pour tout outil utilisé dans le cadre de l'administration de la preuve électronique, il est essentiel d'en comprendre le fonctionnement et de savoir comment les résultats sont obtenus.

*Exemple.* Lorsqu'une partie possède une grande quantité de données de sauvegarde, l'analyse du contenu d'un échantillon de données peut s'avérer appropriée pour déterminer si l'analyse du lot entier est nécessaire. Dans ce cas, la détermination de l'échantillon

---

146. *Air Canada v. West Jet*, 2006 CanLII 14966 (ON SC) [*Air Canada*].

147. *Verge*, *supra*, note 125, à titre de mise en garde concernant l'importance de la validation des processus.

pourrait être aléatoire ou dictée par le bon sens, en tenant compte de la compréhension du client concernant les répertoires les plus susceptibles de contenir des ISE pertinentes. Une telle approche repose sur un échantillonnage raisonné ou discrétionnaire.

L'exemple ci-haut s'applique également à une pièce remplie de boîtes de documents. L'examen ou l'échantillonnage d'un nombre déterminé de documents provenant de chaque boîte peut s'avérer utile pour déterminer les boîtes qui doivent faire l'objet d'une analyse approfondie.

En effectuant une recherche avec des termes précis parmi les fichiers dans un réseau partagé et l'échantillonnage des résultats, on détermine parfois qu'un très faible pourcentage des dossiers dans ce réseau contiennent des éléments de preuve pertinents. Ce faible rendement associé à des coûts élevés (qui représente un faible « ratio d'utilité marginale ») fait contre-poids à la nécessité de poursuivre l'examen de cette source<sup>148</sup> et peut représenter un facteur dans l'analyse de transfert des coûts si une partie insiste pour réaliser des recherches longues et coûteuses. Consultez l'arrêt *Consortio Minero Horizonte S.A. et al v. Klohn-Crippen Consultants Limited et al*<sup>149</sup> pour une application du transfert des coûts dans une affaire similaire.

*Exemple.* Lors du processus d'examen, l'équipe juridique dresse le profil de documents qui semblent invariablement non pertinents. En effectuant une recherche par mot clé, l'équipe repère un vaste sous-ensemble de documents qui ne sont probablement pas pertinents. Elle examine un échantillon statistique

---

148. *McPeck v. Ashcroft*, 212 F.R.D. 33, 37 (D.D.C. 2003).

149. *Consortio Minero Horizonte S.A. et al v. Klohn-Crippen Consultants Limited et al*, 2005 BCSC 500 (CanLII).

de ce sous-ensemble et n'y trouve aucun document pertinent. À la suite de ce processus, l'équipe détermine que le sous-ensemble peut être considéré comme étant non pertinent sans autre examen manuel.

Il existe deux évaluations statistiques qui sont généralement utilisées pour mesurer les résultats d'une recherche d'information.

1. **Rappel** : le pourcentage de documents pertinents recensés dans l'ensemble des documents pertinents. Si un ensemble de documents contient 100 fichiers pertinents et qu'une recherche permet d'en repérer 50, le taux de rappel correspond à 0,5, soit 50 %. Le taux de rappel mesure la capacité d'un processus à repérer tous les éléments ciblés. Un taux de rappel élevé signifie qu'il y avait très peu de documents pertinents qui n'ont pas été trouvés (faible taux de « faux négatifs »); à l'inverse, un faible taux de rappel indique une proportion plus élevée de faux négatifs.
  - Un taux de rappel élevé indique généralement qu'une partie a respecté ses obligations en matière de communication, dans un contexte où d'autres activités d'assurance de la qualité sont réalisées.
2. **Précision** : le pourcentage de documents récupérés qui sont effectivement pertinents.
  - Si on récupère 50 documents identifiés comme étant pertinents, dont 5 fichiers qui sont en fait non pertinents, le taux de précision est de 0,9 ou 90 %.

- Le taux de précision mesure la capacité d'un processus à distinguer les documents non pertinents ou « inutiles » pour ne pas inclure ceux-ci dans les résultats. Un taux de précision élevé signifie qu'il y a très peu de documents qui ne sont pas pertinents dans l'ensemble de résultats (faible taux de « faux positifs »); un faible taux de précision indique une proportion plus élevée de faux positifs et donc que le lot de documents communiqués contient une quantité importante d'« éléments inutiles ».
- Un taux de précision élevé permet d'éviter l'examen d'un trop grand nombre de documents non pertinents et favorise ainsi la réduction des coûts.

Par conséquent, l'objectif de tout projet de recherche et d'examen est d'obtenir des taux de rappel et de précision élevés. Peu importe la technologie utilisée, que les documents soient au format papier ou électronique, il faut mettre au point une méthode raisonnable pour valider le processus de recherche et d'examen, y compris la sélection d'un échantillon approprié, l'analyse de cet échantillon et la prise de mesures correctives requises à la suite du processus d'échantillonnage. Le processus d'échantillonnage ou de validation qui est justifié varie en fonction de l'affaire : il est possible que la méthode appropriée pour une affaire ne s'applique pas à une autre affaire. Il faut parfois consulter un expert pour concevoir le processus d'échantillonnage ou de validation le plus approprié selon les circonstances particulières.

**Principe 8. Les parties devraient s’entendre dès que possible dans le cadre d’un litige sur la portée, le format et l’organisation des informations qui seront échangées.**

*Commentaire 8.a. Les informations sur support électronique doivent être communiquées en format électronique (et non papier)*

Dans la mesure du possible, les ISE doivent être communiquées en format électronique interrogeable,<sup>150</sup> à moins que le destinataire ne puisse pas utiliser efficacement un ordinateur.<sup>151</sup> Les formats électroniques interrogeables comprennent notamment les formats de fichier d’origine (par exemple Word, Excel et Outlook de Microsoft) et des représentations imagées des fichiers d’origine (tels que les fichiers TIFF<sup>152</sup> ou PDF) converties en format interrogeable.

---

150. Discovery Task Force, *Guidelines for the Discovery of Electronic Documents* (2005), principe 11 : « [TRADUCTION] La production de grandes quantités de documents dans un format qui ne permet pas d’avoir véritablement accès à leur contenu doit être évitée »; *Cholakis, supra*, note 6, paragr. 30 : « [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 communiquée ».

151. Dans une affaire pénale, dans laquelle l’accusé était en prison où il n’avait qu’un accès limité aux ordinateurs, le tribunal ordonna à la Couronne de produire les documents en format papier. *R v. Cheung*, 2000 ABPC 86 (CanLII), paragr. 99 : « [TRADUCTION] [...] bien que la communication de documents au format électronique soit devenue pratique commune au 21<sup>e</sup> siècle, les circonstances de ce dossier ne permettent pas à l’accusé d’avoir accès aux documents au format électronique ».

152. TIFF signifie « Tagged Image File Format ». Il s’agit d’un format de fichier informatique pour échanger des images graphiques matricielles (bitmap) entre les programmes d’application. Le nom d’un fichier TIFF comporte le suffixe .tiff ou .tif.

La communication d'ISE en format statique sans les métadonnées correspondantes, par exemple au format papier, doit être évitée dans la plupart des cas pour plusieurs raisons :

- Selon la nature d'un fichier électronique, le document papier ne constitue pas une copie conforme du contenu et des propriétés de la version originale.
- Le papier ne permet pas de conserver les métadonnées potentiellement essentielles (telles que l'auteur, la date de création du document ou la date de la plus récente modification), qui pourraient, lorsqu'elles sont pertinentes, être admissibles en preuve.
- Pour les documents papier, il est parfois nécessaire d'effectuer une indexation objective pour fournir des informations d'identification de base pour chaque document, par exemple le titre du document, la date, l'auteur, le destinataire, le type de document, etc. Ce processus augmente le coût et le temps nécessaires à la préparation des documents communiqués.
- Il est plus difficile d'effectuer des recherches dans les documents papier et d'organiser ceux-ci de manière logique à l'aide de logiciels de soutien au litige. Ainsi, leur communication est généralement moins utile que la communication d'une série de documents dans un format électronique interrogeable.<sup>153</sup>

---

153. *Wilson, supra*, note 95, paragr. 10 :

- L'examen d'un grand ensemble de documents papier prend plus de temps et coûte plus cher que l'examen du même ensemble de documents dans un format électronique interrogeable.<sup>154</sup> En effet, lors de l'analyse de documents papier, les parties ne pourront tirer parti des technologies susceptibles d'améliorer considérablement l'efficacité de l'examen et l'exactitude de la recherche.
- Chaque série de documents imprimés augmente les coûts liés à la reproduction, à l'expédition et à l'entreposage, tandis que plusieurs copies électroniques peuvent être créées à peu de frais. La communication en format électronique favorise le partage des coûts, particulièrement dans les dossiers concernant plusieurs parties, dans lesquels les économies peuvent être importantes.

---

« [TRADUCTION] Suivant une 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. Subséquentement, 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. v. Philip Enterprises Inc.*, 1991 CanLII 7369 (OC GD).

154. *Sycor*, *supra*, note 9. Dans ce dossier, on évaluait à 50 000 \$ les coûts d'impression et de photocopie des courriels à communiquer. « [TRADUCTION] À tout le moins, on devrait envisager la production électronique des documents requis et peut-être les services d'informaticiens afin de déterminer ce qui existe et ce qui est réellement pertinent eu égard aux questions en litige. »

- En outre, la communication de documents en format électronique est plus écologique.

### *Commentaire 8.b. Entente quant à la forme*

Les parties doivent s'entendre sur la production des documents dès les premières étapes du litige et de l'élaboration du plan d'enquête préalable. Il est préférable que chaque partie indique sa préférence en matière de format de communication des ISE et les champs de métadonnées dont elle a besoin. Lorsque des documents papier numérisés sont communiqués, les parties doivent également convenir des champs qui doivent faire l'objet d'une indexation objective. Comme il existe un vaste éventail de logiciels de soutien au litige, les exigences en matière de communication varient d'une partie à l'autre. Bien qu'il soit acceptable d'utiliser des formats distincts (même au sein d'un lot de documents communiqués), il est fortement recommandé aux parties d'établir un cadre pour la résolution des différends concernant la communication de la preuve.<sup>155</sup>

Pour plusieurs raisons, il faut communiquer les ISE au format numérique d'origine, dans la mesure du possible. Premièrement, la version numérique d'origine est la version la plus exacte et la plus précise du document. Deuxièmement, il est plus facile, plus rapide et moins coûteux de transférer, de télécharger et de retrouver les fichiers numériques d'origine que les documents de tout autre format. Troisièmement, la conversion en d'autres formats entraîne la perte d'informations. Quatrièmement, les versions numériques d'origine contiennent toutes les métadonnées relatives à l'application informatique et créées par

---

155. *Kaymar, supra*, note 105 : le conseiller maître a indiqué qu'un plan d'enquête préalable bien conçu et qui contient des mécanismes de règlement des différends permet d'éviter le dépôt de requêtes, notamment sur des questions de format de la communication.

les utilisateurs, parfois essentielles pour comprendre le contexte et la signification des fichiers. Les métadonnées générées par l'utilisateur sont des renseignements saisis par l'utilisateur au niveau du fichier, par exemple, les champs remplis dans l'onglet « Propriétés » d'un document Office de Microsoft. En outre, de nombreux types de fichiers électroniques contiennent des informations qui sont perdues lors de la conversion en image. Voici quelques exemples : a) certains renseignements dans les feuilles de calcul, notamment les formules, les règles de mise en forme conditionnelle et les colonnes / lignes / feuilles de travail masquées; b) dans les présentations, les notes de présentateur; c) dans les documents de traitement de texte, les marques de révision (le « suivi de modifications »); d) dans pratiquement tous les types de fichiers, les commentaires, les notes et les éléments en surbrillance. Ces informations font partie du document autant que le texte visible et, dans certains litiges ou certaines enquêtes, peuvent s'avérer très pertinentes. Les parties doivent donc être prêtes à communiquer les fichiers en format numérique d'origine ou à expliquer pourquoi ils préfèrent ne pas le faire. Elles doivent également être conscientes que la plupart des outils modernes de traitement de fichiers peuvent extraire des métadonnées qui indiquent si un fichier contient ce type d'informations normalement masquées et que le contenu de ces champs de métadonnées (par exemple, lorsqu'apparaît la mention « contient du texte masqué ») est parfois inclus dans la communication.

Lorsque les parties préfèrent recevoir des fichiers convertis du format numérique d'origine à un format d'image, tel que PDF ou TIFF, elles doivent le préciser. Cependant, le fait qu'une partie préfère recevoir des documents au format PDF ou TIFF n'empêche pas une autre partie de demander la communication des documents au format numérique d'origine.<sup>156</sup>

---

156. *Quiznos, supra*, note 114, paragr. 128–31. Le tribunal n'a pas accepté le refus de la défenderesse de reproduire des copies de documents Excel en

Il est habituellement acceptable de convertir des documents à caviarder en format d'image, mais les parties qui communiquent des images caviardées doivent veiller à ce que le reste du document soit interrogeable, en traitant les images caviardées à l'aide de la reconnaissance optique de caractères et en incluant le texte dans les éléments communiqués. Si le texte qui a été extrait directement au cours du traitement doit être communiqué, la partie qui communique les documents doit confirmer que le texte caviardé a été enlevé de la version extraite et du fichier en format d'image.

Lorsqu'aucun format n'est précisé ou lorsque la partie qui communique des documents s'oppose à un format demandé, celle-ci devrait informer l'autre partie du format qu'elle a choisi. La communication devrait généralement être effectuée soit dans le format généralement utilisé pour la conservation des informations ou dans un format raisonnablement utilisable. Il est rarement approprié de réduire la facilité d'utilisation ou de recherche des informations communiquées sans une ordonnance judiciaire et sans le consentement de la partie qui reçoit les documents.

Lors de la compilation de documents électroniques en vue de leur communication, il convient d'envisager des processus

---

format Excel. Les documents avaient été initialement produits en format TIFF conformément au plan de communication préalable. Il n'y aurait aucune difficulté pour la défenderesse à produire les fichiers Excel. Le tribunal a conclu que « [TRADUCTION] de manière générale, un tribunal ne devrait pas réduire les efforts considérables déployés pour établir un plan à une perte de temps et d'énergie en n'obligeant pas les parties à respecter leur accord. Les plans de communication préalable ne sont que cela, un plan, et une vieille maxime dit qu'un plan qui n'admet aucune modification est un mauvais plan » (paragraphe 130). Le tribunal a ordonné que des copies des documents déjà produits, s'ils sont facilement disponibles, soient à nouveau produits en format Excel.

qui favorisent le repérage et la recherche efficaces des renseignements requis pour la communication préalable, la préparation des témoins et le procès. Pour produire des documents de manière à respecter les obligations en matière de communication préalable, les parties doivent collaborer.<sup>157</sup> Dans l'affaire *Bard v. Canadian Natural Resources*,<sup>158</sup> la juge a indiqué que les parties doivent être en mesure de traiter les données électroniques, et que la Cour doit donc adopter une approche pragmatique quant à ce qui constitue une communication cohérente.

Si le contenu de certains documents pertinents est dans une langue étrangère, les parties doivent se demander si une traduction est nécessaire, puis convenir de la méthode de traduction appropriée et de la répartition des coûts correspondants.

En outre, on s'attend à ce que les procès soient de plus en plus menés par voie électronique (ce qui suppose la communication des documents en format électronique). Dans *Bank of Montreal v. Faibish*,<sup>159</sup> le tribunal a rejeté la proposition selon laquelle le procès se déroulerait à la fois avec des éléments de preuve papier et numériques : « [TRADUCTION] Le papier doit disparaître de cette Cour et, honnêtement, la magistrature ne saurait tolérer que des membres de la profession juridique ou nos fournisseurs de services aux tribunaux nous empêchent d'avancer ». <sup>160</sup>

---

157. *City of Ottawa v. Suncor Energy Inc.*, 2019 ONSC 1340 [*Suncor*], paragr. 36 à 41.

158. *Bard v. Canadian Natural Resources*, 2016 ABQB 267.

159. *Bank of Montreal v. Faibish*, 2014 ONSC 2178 (CanLII).

160. Bien que ce type de décision soit rare au moment de la rédaction et de la publication des éditions antérieures des *Principes de Sedona Canada concernant l'administration de la preuve électronique*, il est prévu que ces types de décisions et d'ordonnances seront de plus en plus courantes.

### *Commentaire 8.c. Entente quant à la portée de la communication*

À la lumière des Principes 2 et 4 de Sedona Canada qui traitent de la proportionnalité, les avocats des parties doivent tenir compte de la nature de l'affaire et déterminer les sources les plus probables de renseignements pertinents. Ces sources peuvent comprendre des ordinateurs et d'autres dispositifs électroniques, dont des appareils mobiles, des supports externes (comme des disques durs ou autres et des dispositifs USB<sup>161</sup>), des documents imprimés, des photographies, des vidéos, des messages vocaux, des messages textes et des plateformes de médias sociaux.

Il est important que les avocats s'entendent sur la portée de la communication des renseignements, particulièrement en ce qui concerne les ISE qui sont volatiles ou éphémères, comme les messages textes, les pages Web ou les comptes de médias sociaux : il faut envisager dès le départ la façon dont ces données sont gérées. Dans l'affaire *Saskatoon Co-operative Association Limited v. UFCW, Local 1400*,<sup>162</sup> le tribunal a contesté la description des documents à produire et a jugé que la demande de communication ne peut être si vaste qu'elle s'apparente à une « pêche à l'aveuglette ». Le tribunal a déclaré que la demande de documents à communiquer doit être préparée de manière à assurer une production efficace. En ce qui concerne les médias sociaux, le tribunal a déclaré qu'il faut tenir compte des types de médias sociaux susceptibles d'être pertinents.

---

161. Les dispositifs USB, tels que les clés USB, peuvent être branchés sur le port bus série universel d'un ordinateur pour transférer ou extraire des données. Voir « *Sedona Conference Glossary* », *supra*, note 1, p. 385.

162. *Saskatoon Co-operative Association Limited v. UFCW, Local 1400*, 2019 CarswellSask 346.

*Commentaire 8.d. Affidavits, format et organisation des listes de documents*

Dans la plupart des provinces, les règles de procédure exigent la préparation d'une liste qui décrit tous les documents pertinents et qui fournit des informations permettant de distinguer chacun de ceux-ci. Le titre de cette liste varie selon les provinces : on l'appelle affidavit de documents, affidavit des documents, affidavits de divulgation des documents ou liste de documents.<sup>163</sup> Certaines règles de procédure exigent également la production d'une liste des documents que l'on refuse de communiquer parce qu'ils sont protégés par le secret professionnel, ainsi que des documents qui pourraient être pertinents, mais que la partie concernée n'a pas en sa possession ou sous sa responsabilité.

Ces exigences remontent à une époque où les parties ne communiquaient que des documents papier. La liste des documents était la seule méthode pour organiser le lot de documents imprimés. Cette pratique est toujours en vigueur aujourd'hui, bien qu'elle évolue, comme nous le verrons plus loin.

Lorsque les parties échangent des éléments de preuve sur papier ou des copies numérisées de documents imprimés, les listes de documents sont habituellement codées manuellement à l'aide d'informations obtenues à partir du contenu (« directement visible ») des fichiers. Les champs standard qui font l'objet d'une communication comprennent généralement les renseignements suivants : le numéro de la pièce, le type d'enregistrement, l'auteur, le(s) destinataire(s), la date, le titre ou l'objet du document et, parfois, le nombre de pages.

---

163. On appelle cette liste « affidavit de documents » en Alberta et « affidavit de divulgation des documents » (personne physique/personne morale) en Nouvelle-Écosse. Dans toutes les autres provinces qui mettent en œuvre cette exigence, on appelle cette liste « affidavit de documents » ou « liste de documents ».

Lors de la création de ces listes (pour les documents en format numérique d'origine ou électroniques), les parties devraient envisager d'utiliser les métadonnées à même les documents électroniques pour remplir les champs standard, au lieu de les coder manuellement, même si les fichiers numériques d'origine sont convertis en format d'image avant la communication. Cette pratique se prête particulièrement à la communication de courriels, dont les métadonnées indiquent clairement le type d'enregistrement, l'auteur, le(s) destinataire(s), la date et le titre (objet) du document. Pour les documents qui ne sont pas des courriels, les métadonnées, le type ou le suffixe de fichier peuvent désigner le type de document, le nom de fichier ou le nom d'accès (« chemin ») correspond parfois au titre du document et la plus récente référence temporelle (estampille temporelle ou « timestamp ») peut représenter la date du document. Il est pertinent de communiquer des métadonnées au lieu d'informations codées manuellement lorsque ces métadonnées sont réputées être raisonnablement précises et fournissent des informations suffisantes pour identifier de manière unique chaque document communiqué.<sup>164</sup>

Comme nous l'avons mentionné, la nécessité de fournir ces « listes de documents » évolue, compte tenu de la nature des documents électroniques et des façons dont ils peuvent être interrogés et triés.

Les listes de documents sont souvent intégrées à un affidavit de documents, fait sous serment en vérifiant que tous les documents pertinents ont été communiqués. Étant donné le volume d'ISE dans les litiges modernes et puisqu'il est impossible de vérifier que *tous* les documents pertinents ont été communiqués,

---

164. *Canadian Imperial Bank of Commerce v. R.*, 2015 TCC 280, paragr. 232 à 243.

les tribunaux et les comités responsables des règles de pratique devraient réévaluer l'utilité des règles imposant des affidavits confirmant une communication complète des documents. Dans tous les cas, les affidavits doivent faire l'objet d'un examen minutieux afin de s'assurer que le client peut prêter serment ou faire une déclaration officielle concernant le contenu, en particulier lorsqu'il est possible que le déposant n'ait pas une connaissance personnelle des efforts consacrés à l'identification, à la collecte, au traitement et à l'examen des documents compris dans la communication.

*Commentaire 8.e. Listes de documents – communication  
d'informations codées*

Dans certains cas, les tribunaux ont exigé de la partie qui communique des documents qu'elle fournisse aussi les informations provenant du processus d'indexation objective lors du traitement de ses documents.<sup>165</sup> Il ne faut pas confondre la communication de certains extraits d'une base de données de soutien au litige et la communication du logiciel utilisé pour créer et gérer la base de données, que les tribunaux n'exigent généralement pas.

Certains jugements permettent d'illustrer l'approche canadienne à cet égard.

- Dans *Gottfriedson c. Canada*,<sup>166</sup> la Cour a ordonné à une partie ayant une obligation positive d'aider la partie adverse à mieux gérer et comprendre une production volumineuse de documents. Elle a analysé les questions de savoir si le gouvernement était obligé de communiquer les noms de champs ou les règles appliquées pour

---

165. Indexation : un processus automatisé ou réalisé par une personne concernant la saisie de renseignements précis contenus dans des documents; voir « *Sedona Conference Glossary* », *supra*, note 1, p. 325.

166. *Gottfriedson c. Canada*, 2020 CF 399 (CanLII).

remplir ces champs avec du contenu consultable et si cette communication compromettrait la protection du secret professionnel de l'avocat. La Cour a ordonné au Canada de divulguer les noms de champs qu'il a utilisés dans l'organisation et la gestion de ses documents et, dans la mesure où elles sont connues, les règles utilisées pour remplir ces champs avec du contenu.

- Dans l'affaire *Seifert v. Finkle Electric Ltd.*,<sup>167</sup> on a fait valoir que l'affidavit de documents n'avait pas énuméré et identifié individuellement chaque document. Chaque document devait avoir un numéro unique pour permettre son identification distincte. Le fait de numéroter les pages d'une liste de documents ou d'un dossier ne permet pas d'identifier suffisamment les documents individuels du lot communiqué.
- Dans l'arrêt *Cameco Corporation c. La Reine*,<sup>168</sup> l'intimée soutenait que le recours aux métadonnées pour la description de tous les documents n'était pas satisfaisant et « a abouti en une mauvaise description » des documents. La Cour a considéré que, pourvu que l'appelante offre une description suffisante des documents en ayant recours à un identifiant numérique pour chaque document, le mode d'identification du document employé par l'appelante était satisfaisant et les identifiants fondés sur les métadonnées étaient permis.

---

167. *Seifert v. Finkle Electric Ltd.*, 2020 ONSC 394 (CanLII).

168. *Cameco Corporation c. La Reine*, 2014 CCI 45 (CanLII).

- Dans *LTS Infrastructure v. Rohl et al.*,<sup>169</sup> les parties ont convenu que des métadonnées seraient utilisées au lieu de données indexées objectivement pour tous les documents et que les documents imprimés seraient numérisés et communiqués par voie électronique au format PDF interrogeable avec une indexation objective.
- Dans l'affaire *H.R.D. Kitchen v. Prime Food Equipment Service*,<sup>170</sup> le tribunal a ordonné aux avocats de concevoir un système de production des documents qui respecte l'esprit et l'intention de la règle et qui contribue au règlement efficace du litige. Bien que le fardeau de se conformer à l'obligation de production de documents incombe à la partie responsable de cette communication, on s'attend à ce que les parties collaborent.
- Dans l'affaire *Wilson v. Servier Canada*,<sup>171</sup> 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 v. Harper*,<sup>172</sup> les défendeurs avaient communiqué les documents avec un index de consultation en format électronique. L'index ne permettait pas la recherche plein texte

---

169. *LTS Infrastructure*, supra, note 142.

170. *H.R.D. Kitchen v. Prime Food Equipment Service*, 2017 ONSC 559 (Can-LII).

171. *Wilson*, supra, note 95.

172. *Logan*, supra, note 111.

des documents, bien que la version du logiciel utilisée par les avocats des défendeurs le permette. 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 v. San Jose Mines et al.*,<sup>173</sup> les défendeurs voulaient qu'on leur remette la base de données électronique utilisée par les demandeurs pour préparer la liste de documents. Le tribunal a ordonné aux demandeurs de fournir une copie de la base de données en format électronique et a ordonné aux défendeurs de verser 4 000 \$ au cabinet représentant les demandeurs pour couvrir une partie raisonnable des coûts de la préparation de la base de données.
- Dans l'affaire *Gamble v. MGI Securities Inc.*,<sup>174</sup> la Cour supérieure de justice de l'Ontario a ordonné que tous les fichiers de chargement pertinents du logiciel Summation soient communiqués au demandeur en format DVD, à la demande de celui-ci, sans frais de copie excédant le coût d'un DVD vierge. La Cour a ainsi rejeté l'argument du défendeur qui réclamait que le demandeur assume une partie des coûts

---

173. *Jorgensen v. San Jose Mines et al.*, 2004 BCSC 1653 (CanLII).

174. *Gamble v. MGI Securities Inc.*, 2011 ONSC 2705 [*Gamble*].

de la préparation, de l'indexation et de la numérisation des documents dans la base de données de soutien au litige. La Cour a noté que le partage des coûts est justifié en certaines situations, mais que, pour divers motifs, ce n'était pas le cas en l'espèce, notamment parce que le défendeur avait numérisé beaucoup plus de documents que ce qui était finalement considéré comme pertinent et qu'il existait un écart très important entre les capacités financières des deux parties, le demandeur étant un ancien employé de l'entreprise. Il convient de souligner que la Cour a accepté l'argument du demandeur selon lequel le partage des coûts en l'espèce serait contraire au Principe 12 de Sedona Canada, qui prévoit que les coûts raisonnables liés à la communication, à la collecte et à la consultation des documents divulgués sont normalement assumés par la partie qui communique ceux-ci.

Compte tenu des progrès technologiques et de l'évolution des fonctionnalités de recherche, les parties conviennent souvent de ne pas communiquer les champs d'indexation objective pour éviter des coûts inutiles. Dans certains cas, il est toutefois encore être approprié de communiquer ces champs.

**Principe 9.**        **Dans le cadre du processus d’administration de la preuve, les parties devraient s’entendre ou obtenir une ordonnance du tribunal si nécessaire, afin que des mesures soient prises pour protéger les informations privilégiées, les renseignements personnels, les secrets commerciaux et les autres informations confidentielles liés à la communication d’informations sur support électronique.**

*Commentaire 9.a. Privilège du secret professionnel*

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. Le privilège relatif au litige a pour but de garantir au plaideur une zone de confidentialité pour la préparation de ses arguments contre les parties adverses. Une partie peut renoncer au privilège du secret professionnel et/ou au privilège relatif au litige si elle divulgue volontairement une portion importante de l’affaire ou des communications (ou y consent volontairement) ou omet de prendre les précautions raisonnables pour éviter toute divulgation accidentelle. En raison de la quantité sans cesse croissante des ISE susceptibles d’être pertinentes, la communication comporte un risque accru de divulgation accidentelle de renseignements protégés. En outre, l’examen de l’application des privilèges peut représenter la phase la plus coûteuse de l’administration de la preuve.

*Commentaire 9.a.i. Divulgation accidentelle*

De façon générale, les tribunaux canadiens jugent que la divulgation accidentelle ne constitue pas une renonciation au pri-

vilège du secret professionnel de l'avocat.<sup>175</sup> Néanmoins, un tribunal a déjà décidé qu'une partie avait perdu le bénéfice du privilège à la suite d'une divulgation accidentelle de renseignements protégés, jugeant qu'il était possible de déposer ces dernières en 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 effet.<sup>176</sup> En revanche, dans *L'Abbé v. Allen-Vanguard Corp.*,<sup>177</sup> la Cour supérieure de justice de l'Ontario a conclu que la divulgation accidentelle ne devrait pas être considérée comme une renonciation au secret professionnel de l'avocat, à moins que la partie divulgatrice ait fait preuve d'insouciance ou négligé de revendiquer son droit au privilège, et pourvu que certaines autres conditions soient remplies.<sup>178</sup> La divulgation accidentelle peut mener à la perte du droit au secret professionnel en fonction de certains facteurs, notamment les circonstances (manière

---

175. Voir *Elliot v. Toronto (City)* (2001), 54 O.R. (3d) 472 (SC), paragr. 10; John Sopinka, Sidney N. Lederman et Alan W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto : Butterworths, 1999), p. 766 et 767; *Dublin v. Montessori Jewish Day School of Toronto*, 2007 CarswellOnt 1663 (SCJ); *Sommerville Belkin Industries Ltd. v. Brocklesh Transport and Others*, 1985 CanLII 563 (BC SC); *National Bank Financial Ltd. v. Daniel Potter et al*, 2005 NSSC 113 (CanLII); *National Bank Financial Ltd. v. Daniel Potter*, 2004 NSSC 100 (CanLII); *Autosurvey Inc. v. Prevost*, 2005 CanLII 36255 (ON SC), *O'Dea v. O'Dea*, 2019 NLSC 206.

176. Voir *Metcalfe v. Metcalfe*, 2001 MBCA 35 (CanLII), paragr. 28.

177. *L'Abbé*, *supra*, note 23; *Canada (Revenu national) c. Thornton*, 2012 CF 1313 (CanLII); *McDermott v. McDermott*, 2013 BCSC 534 (CanLII).

178. Voir l'affaire *Banque canadienne impériale de commerce c. La Reine*, 2015 CCI 280, dans laquelle la Cour a rejeté la requête de la CIBC de réévaluer certains documents précédemment classés par un tiers fournisseur comme étant protégés par le privilège relatif au litige afin de déterminer si ces documents étaient également protégés par le secret professionnel de l'avocat, après que la fin du litige et du privilège relatif au litige. La Cour a jugé que, dans ce cas, où il y avait déjà des reports importants, il serait injuste pour la partie adverse de permettre une évaluation supplémentaire.

et moment de la divulgation accidentelle), le moment de la revendication du secret professionnel, l'identité des personnes qui ont vu les documents, le préjudice à l'une ou l'autre des parties ou les exigences d'équité, de justice et de recherche de la vérité.<sup>179</sup>

La question du volume a été abordée dans *L'Abbé v. Allen-Vanguard Corp.*, où le protonotaire a conclu que l'examen de 6 000 documents divulgués accidentellement et pour lesquels on revendiquait le secret professionnel ne constituait pas une option viable. Au lieu de cet examen documentaire par le tribunal, le protonotaire a statué que les parties devaient s'entendre pour restreindre les questions documentaires en litige. Il a ordonné aux parties de s'entendre d'abord sur la valeur probante et la pertinence des documents, puis de tenter de convenir des catégories de documents devant être disponibles au procès. Enfin, une fois le nombre de documents réduit, les parties devaient déterminer le processus qui serait mis en œuvre pour filtrer les documents en fonction de leur pertinence et de l'application du secret professionnel, et envisager les solutions technologiques appropriées. Le protonotaire a conclu que « [TRADUCTION] le rapport coût-efficacité, les considérations pratiques et le secret

---

179. La règle 7.2-10 du Code type de déontologie professionnelle (octobre 2014) de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada indique ce qui suit : « Un juriste qui reçoit un document concernant la représentation du client d'un autre juriste et sait ou devrait savoir que le document a été envoyé par inadvertance doit aviser l'expéditeur dans les plus brefs délais. ». (<https://flsc.ca/wp-content/uploads/2014/12/conduct1FR.pdf>) Les ordres professionnels de juristes du Canada ont adopté ce principe. Voir *Aviaco International Leasing Inc. v. Boeing Canada Inc.*, 2000 CanLII 22777 (ON SC), paragr. 10 à 13.

professionnel devraient constituer les fondements de cet exercice, qui doit être régi par les principes de la collaboration, de la communication et du bon sens ». <sup>180</sup>

### *Commentaire 9.a.ii. Mesures de prévention*

En raison des énormes volumes de documents électroniques qui doivent généralement être traités dans le cadre d'un litige, l'examen de l'ensemble des documents pertinents afin de déterminer le caractère privilégié ou confidentiel des renseignements risque d'entraîner des délais et des coûts très importants. Les parties devraient donc prendre des mesures raisonnables et de bonne foi <sup>181</sup> afin d'éviter la communication de documents protégés par le secret professionnel de l'avocat. Ces mesures de bonne foi varieront d'un dossier à l'autre, allant de l'examen manuel page par page, dans le cas d'un petit ensemble de données, à la recherche électronique de mots ou de termes pour trouver des documents protégés, lorsque l'ensemble de données est plus important. Cependant, il importe de garder à l'esprit que la recherche de mots ou de termes pour trouver des documents protégés ratisse large et produit à la fois trop et trop peu de résultats. À moins d'avoir une connaissance approfondie des données, il n'est pas possible de dresser des listes de mots clés permettant de repérer tous les documents protégés par le secret professionnel et ceux-ci seulement.

Pour repousser les limites de la recherche par mots clés et de l'examen manuel, des outils d'apprentissage automatique tels que le regroupement conceptuel et l'examen assisté par la technologie qui construisent des modèles favorisant le repérage et la ségrégation des documents susceptibles d'être protégés par le

---

180. *L'Abbé, supra*, note 23, paragr. 98.

181. Voir l'affaire *Air Canada, supra*, note 146, paragr. 20, dans laquelle le tribunal refusa d'émettre une ordonnance visant à prévenir toute renonciation au privilège dans le cadre d'un examen superficiel des documents dans le cadre de la production. Voir aussi *L'Abbé, supra*, note 23.

secret professionnel. Ces types d'analyse peuvent combiner des techniques d'apprentissage supervisé et non supervisé pour prédire la probabilité qu'un document contienne des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat.

Dans de nombreux cas, une combinaison de plusieurs des méthodologies décrites ci-dessus s'avère utile. Dans le domaine de la recherche d'information, il existe un nombre croissant de données qui indiquent que la recherche à l'aide d'outils technologiques est plus efficace et précise que l'examen manuel.<sup>182</sup> On recommande donc de tenir compte de ces données au moment d'évaluer si des mesures raisonnables ont été prises dans le cadre d'un examen de l'application du secret professionnel.

### *Commentaire 9.a.iii. Sanctions*

Les tribunaux ont imposé diverses sanctions lorsque des avocats ont eu accès aux communications protégées de la partie adverse sans le consentement de celle-ci. 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 notamment 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

---

182. Voir, par exemple, Feng C. Zhao, Douglas W. Oard et Jason Baron, « *Improving Search Effectiveness in Legal E-Discovery Process Using Relevance Feedback* » (document présenté à la 12<sup>e</sup> Conférence internationale sur l'intelligence artificielle et le droit [ICAIL09 DESI Workshop] [2009]); Maura R. Grossman et Gordon V. Cormack, « *Technology-Assisted Review in E-Discovery Can Be More Effective and More Efficient Than Exhaustive Manual Review* » (2011), 17:3 Rich JL & Tech 1; Peter Gronvall et al, « *An Empirical Study of the Application of Machine Learning and Keyword Terms Methodologies to Privilege-Document Review in Legal Matters* » (2018) IEEE International Conference on Big Data.

ou d'arrêter le processus d'analyse afin d'aviser les personnes concernées par la protection du secret professionnel.<sup>183</sup>

*Commentaire 9.a.iv. Nomination d'experts par le tribunal*

Dans certains cas, le tribunal peut désigner une partie neutre (par exemple un protonotaire spécial, un juge, un expert, un contrôleur ou un inspecteur nommé par le tribunal) dont le rôle est de faciliter la médiation ou la gestion des enjeux en matière d'administration de la preuve électronique.<sup>184</sup> L'un des avantages de recourir aux services d'une personne neutre nommée par le tribunal réside dans l'élimination probable de toute inquiétude liée à la renonciation au secret professionnel lors de l'examen de renseignements par cet expert objectif. L'expert objectif peut en outre accélérer la résolution des différends en élaborant des plans équitables et raisonnables en matière d'administration de la preuve, en s'appuyant sur sa connaissance spécialisée de l'administration de la preuve électronique ou des aspects techniques, tout en ayant accès aux faits de l'affaire. Lorsque cela est nécessaire et pratique dans les circonstances d'une affaire particulière, les parties doivent collaborer afin de s'entendre sur la nomination d'un expert objectif.

La Cour suprême du Canada a autorisé l'examen de documents saisis en vertu d'une ordonnance Anton Piller par un avocat qui devait par la suite déposer un rapport détaillé de ses conclusions.<sup>185</sup>

---

183. *National Bank Financial Ltd. v. Daniel Potter*, 2004 NSSC 100 (CanLII); *Autosurvey Inc. v. Prevost*, 2005 CanLII 36255 (ON SC); *Celanese Canada*, *supra*, note 78; *Nielsen v. Nielsen*, 2017 BCSC 269 (CanLII); *Tiger Calcium Services Inc. v. Sazwan*, 2019 ABQB 500 (CanLII); *888 Fort Street Holdings Ltd. v. Ross*, 2017 BCSC 579 (CanLII).

184. *Catalyst Fund General Partner 1 Inc. v. Hollinger Inc.*, 2005 CanLII 30317 (ON SC).

185. *Celanese Canada*, *supra*, note 78; *Solicitor-Client Privilege of Things Seized (Re)*, 2019 BCSC 91 (CanLII).

*Commentaire 9.a.v. Protection des renseignements protégés*

En raison des coûts et des délais requis pour examiner les documents afin de déterminer s'ils contiennent des renseignements protégés ou confidentiels, les parties devraient envisager de conclure une entente en vue de se protéger contre la divulgation accidentelle, tout en reconnaissant les limites de la compétence d'un tel accord vis-à-vis des tribunaux et de tiers. Ce type d'accord est souvent appelé « entente avec droit de reprise ».<sup>186</sup> Les parties devraient envisager de faire entériner l'entente par le tribunal. L'entente ou l'ordonnance prévoit généralement que la divulgation accidentelle d'un document protégé ne constitue pas une renonciation au secret professionnel de l'avocat. La communication ou le document protégé doit être retourné ou il faut déposer un affidavit précisant que la communication ou le document a été supprimé ou autrement détruit. L'entente avec droit de reprise doit prévoir que les notes ou les copies seront détruites ou supprimées et que tout différend sera soumis au tribunal. Il est préférable de conclure une telle entente ou d'obtenir une ordonnance avant de commencer la production de documents. L'entente doit bien préciser le processus et les étapes dans l'éventualité où une partie ou son avocat déterminent qu'une communication protégée par le secret professionnel a été divulguée accidentellement.

Les parties devraient faire preuve de prudence lorsqu'elles s'appuient sur une entente prévoyant un droit de reprise, car celle-ci n'écarte pas l'obligation de l'avocat de prendre des mesures raisonnables et de bonne foi pour exclure les documents protégés avant la communication initiale. Dans l'affaire *Nova*

---

186. *Air Canada*, supra, note 146; *Suncor*, supra, note 157; *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 216 FRD 280, 290 (SDNY 2003) (WL).

*Chemicals (Canada) Ltd. v. Ceda-Reactor Ltd.*, une partie a invoqué une entente avec droit de reprise pour exclure des documents communiqués par inadvertance, mais le tribunal a rejeté cet argument et a énoncé les principes dont il faut tenir compte dans de telles circonstances.<sup>187</sup> Par ailleurs, une entente avec droit de reprise n'est pas opposable aux parties qui ne sont pas signataires.<sup>188</sup>

Les parties continuent de trouver des moyens nouveaux et novateurs pour repérer les documents protégés de manière plus efficace que par le seul examen manuel. Les tribunaux ont pris en compte l'utilisation d'outils technologiques, à la fois pour évaluer les méthodes de recherche avant production et pour déterminer si des documents protégés ont été communiqués par négligence ou si des efforts raisonnables ont été faits de bonne foi pour exclure les documents protégés.<sup>189</sup>

### *Commentaire 9.b. Enjeux relatifs aux renseignements confidentiels*

Des préoccupations relatives à la confidentialité peuvent surgir lorsqu'il est question de renseignements commerciaux sensibles ou confidentiels susceptibles d'être dévoilés dans le cadre du processus d'administration de la preuve. Il est possible de demander une ordonnance pour protéger les renseignements confidentiels communiqués dans le cadre de l'administration de la preuve. Les ordonnances de protection permettent d'assurer l'équilibre entre les questions concurrentes de procédures judiciaires transparentes et accessibles et de l'intérêt du public dans un processus judiciaire équitable, et les risques graves de porter

---

187. *Nova Chemicals (Canada) Ltd. v. Ceda-Reactor Ltd.*, 2014 ONSC 3995 (CanLII); *Township of Neshannock v. Kirila Contractors, Inc.*, 181 A.3d 467.

188. *Hopson v. Mayor of Baltimore*, 232 FRD 228 (D Md. 2005).

189. *Le commissaire de la concurrence c. Live Nation Entertainment, Inc et autres*, (2018) CACT 17 (CanLII) [*Live Nation*]; *L'Abbé, supra*, note 23, paragr. 98.

atteinte aux intérêts commerciaux d'un ou de plusieurs plaignants.

L'arrêt de principe à cet égard est celui de l'affaire *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*,<sup>190</sup> concernant un contrôle judiciaire demandé par un organisme environnemental, Sierra Club, contre une société de la Couronne, Énergie atomique du Canada ltée (« EACL »), d'une décision pour la construction et la vente à la Chine de réacteurs nucléaires. Sierra Club sollicitait l'annulation de la décision du gouvernement fédéral de fournir une aide financière à EACL. Au cœur de cette décision se trouvaient des rapports confidentiels relatifs à l'évaluation environnementale par les autorités chinoises qu'EACL cherchait à protéger par une ordonnance de confidentialité. La demande d'EACL a été rejetée par la Section de première instance<sup>191</sup> de la Cour fédérale et le pourvoi a été rejeté par tous les juges, sauf un, de la Cour d'appel fédérale.<sup>192</sup> En appel devant la Cour suprême du Canada, EACL a finalement réussi à obtenir gain de cause. La Cour suprême a émis des conclusions unanimes :

On ne doit [accorder une demande d'ordonnance de confidentialité] que (1) lorsqu'elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour un intérêt important, y compris un intérêt commercial, dans le contexte d'un litige, en l'absence d'autres options raisonnables pour écarter ce risque, et (2) lorsque ses effets bénéfiques,

---

190. *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41 (CanLII) [*Sierra Club*].

191. *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 1999 CarswellNat 2187 (FCTD).

192. *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2000 CarswellNat 3271 (FCA).

y compris ses effets sur le droit des justiciables civils à un procès équitable, l'emportent sur ses effets préjudiciaires, y compris ses effets sur la liberté d'expression qui, dans ce contexte, comprend l'intérêt du public dans la publicité des débats judiciaires. Trois éléments importants sont subsumés sous le premier volet de l'analyse. Premièrement, le risque en cause doit être réel et important, être bien étayé par la preuve et menacer gravement l'intérêt commercial en question. Deuxièmement, l'intérêt doit pouvoir se définir en termes d'intérêt public à la confidentialité, mettant en jeu un principe général. Enfin, le juge doit non seulement déterminer s'il existe d'autres options raisonnables, il doit aussi restreindre l'ordonnance autant qu'il est raisonnablement possible de le faire tout en préservant l'intérêt commercial en question.<sup>193</sup>

L'ordonnance de type Norwich est un recours qui vise à contraindre des tiers à divulguer des renseignements qui ne peuvent être obtenus autrement et dont un demandeur peut avoir besoin avant d'engager une poursuite. Il s'agit d'un recours en *equity* exceptionnel et controversé pour contraindre un tiers à divulguer des renseignements qui peuvent être de nature privée ou confidentielle. Les tribunaux évitent d'accorder une ordonnance Norwich à moins que le demandeur démontre pourquoi une telle divulgation est nécessaire et juste dans les circonstances. Dans *Carleton Condominium Corporation No. 282 v. Yahoo! Inc.*,<sup>194</sup> le tribunal a examiné la prépondérance de l'avantage pour le demandeur de la divulgation des renseignements demandés par rapport au préjudice pour le prévenu relatif à la

---

193. *Sierra Club, supra*, note 190.

194. *Carleton Condominium Corporation No. 282 v. Yahoo! Inc.*, 2017 ONSC 4385 (CanLII).

communication des renseignements, et a conclu que la communication était nécessaire pour identifier l'auteur initial des courriels visés.

Outre les ententes avec droit de reprise, les parties peuvent mettre en œuvre d'autres moyens de protéger les renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat, confidentiels ou sensibles tout en préservant l'équilibre entre l'équité et l'obligation de fournir les renseignements. Par exemple, dans l'affaire *Guest Tek Interactive Entertainment Ltd. v. Nomadix Inc.*,<sup>195</sup> le tribunal a permis que certains documents sensibles sur le plan commercial portent la mention « Réservé exclusivement aux avocats ». Ces documents ne devaient être divulgués à aucun dirigeant, administrateur ou employé de Guest Tek, mais pouvaient être communiqués aux experts et aux consultants externes de Guest Tek engagés aux fins du litige.

En outre, la pratique de longue date consistant à caviarder les documents pour empêcher la divulgation de communications non pertinentes, confidentielles ou protégées reste en vigueur dans le contexte de la production d'ISE. Le caviardage des renseignements confidentiels ou protégés par le secret professionnel de l'avocat est un outil qui devrait être utilisé pour éviter la divulgation, pourvu que le motif du caviardage soit indiqué clairement et adéquatement. Au besoin, les parties peuvent obtenir une ordonnance judiciaire appropriée ou intégrer des modalités dans un plan d'enquête préalable pour caviarder les renseignements confidentiels ou personnels. Il convient d'envisager l'utilisation d'outils électroniques, car ceux-ci con-

---

195. *Guest Tek Interactive Entertainment Ltd. v. Nomadix Inc.*, 2018 FC 818 (CanLII).

tribuent à réduire considérablement les délais et les frais associés au caviardage manuel. Ces outils électroniques peuvent accomplir diverses fonctions :

- Caviardage automatique. – Il s’agit généralement d’un module complémentaire à une plateforme d’examen qui repère et recherche certains éléments qui sont marqués pour le caviardage. Ces éléments peuvent comprendre des données sensibles, comme des numéros d’assurance sociale ou de carte de crédit et des renseignements personnels (adresse, numéro de téléphone, etc.).
- Extraction d’entités. – Utilisation de techniques d’apprentissage automatique pour repérer les renseignements personnels, protégés ou sensibles qu’il faut peut-être caviarder.
- Caviardage de documents numériques d’origine. – Le caviardage d’une copie du document numérique d’origine est parfois requis s’il est impossible de traiter le document original sous forme d’image.
- Anonymisation et pseudonymisation. – L’anonymisation consiste à supprimer tous les identifiants personnels dans un document, généralement en les caviardant. La pseudonymisation consiste plutôt à enlever des données d’identification de manière à ce qu’il soit éventuellement possible, avec des renseignements supplémentaires, de déterminer l’identité de l’individu concerné. Ces outils peuvent conserver les liens entre plusieurs documents relatifs à une même personne.

Peu importe la méthodologie ou les outils utilisés pour le caviardage, il faut généralement prévoir des étapes supplémentaires de contrôle de la qualité pour garantir la protection des

renseignements personnels, confidentiels ou protégés par le secret professionnel de l'avocat.

### *Commentaire 9.c. Protection des renseignements personnels*

Le Canada et ses provinces ont mis en œuvre, à divers degrés, un cadre législatif complet sur la protection de la vie privée<sup>196</sup> régissant la collecte, l'utilisation et la divulgation de renseignements personnels,<sup>197</sup> dans les secteurs public et privé. Ces lois auront inévitablement une incidence sur le processus d'administration de la preuve. Les questions relatives à la protection de la vie privée peuvent survenir dans un vaste éventail de contextes et peuvent concerner des tiers.

---

196. Lois régissant 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*, RSBC 1996, c 165; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, RSA 2000, c F-25; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, SS 1990-91, c F-22.01; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, CCSM c F-175; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, RSO 1990, c F-31; *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, RLRQ, c. A-2.1; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, SNS 1993, c 5; *Personal Health Information Privacy and Access Act*, SNB 2009, c P-7.05; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, RSPEI 1988, c F-15.01; *Access to Information and Protection of Privacy Act*, 2015, SNL 2015, c A-1.2. La législation régissant le secteur privé comprend aussi la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5. [LPRPDE]; *Personal Information Protection Act*, SBC 2003, c 63; *Personal Information Protection Act*, SA 2003, c P-6.5; ainsi que la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, RLRQ c. P-39.1.

197. Les renseignements personnels ou privés désignent généralement des renseignements concernant une personne physique identifiée ou identifiable.

Bien que la législation canadienne sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé exige généralement le consentement de la personne concernée et un préavis avant que ses renseignements personnels ne soient communiqués, toute communication prescrite par les règles d'un tribunal ou par une ordonnance judiciaire est généralement exemptée. En outre, il est largement admis que la législation canadienne sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé ne s'applique pas aux renseignements personnels recueillis dans la cadre d'un litige.<sup>198</sup>

Cela ne signifie pas pour autant que les parties doivent ignorer les préoccupations en matière de confidentialité. Les parties et leurs avocats doivent s'assurer que des mesures de protection adéquates sont mises en œuvre dans le cadre de l'examen et de la communication des ISE contenant des renseignements personnels. Le fait de ne pas appliquer les mesures de protection appropriées peut entraîner des plaintes concernant la protection de la vie privée si des renseignements personnels sont recueillis, examinés ou communiqués alors que ce n'est pas expressément requis par les règles ou une ordonnance d'un tribunal. En outre, les lois internationales sur la protection de la vie privée peuvent s'appliquer aux ISE pertinentes pour les procédures canadiennes, mais ne pas comporter les mêmes exemptions dans le cadre d'un litige.

Les parties doivent s'assurer qu'elles respectent les régimes de lois sur la protection de la vie privée applicables au Canada et à l'étranger.

Les parties et leurs avocats doivent éviter de rechercher ou de divulguer inutilement des renseignements personnels non

---

198. *Ferenczy v MCI Medical Clinics*, 2004 CanLII 12555 (ON SC); *State Farm Mutual Automobile Insurance Company c. Commissaire à la protection de la vie privée du Canada*, 2010 CF 736, paragr. 98 à 100, 106 et 107 (CanLII); *Hatfield v. Intact Insurance*, 2014 NSSC 232, paragr. 27 (CanLII). Par opposition, voir le *Résumé de conclusions d'enquête de LPRPDE n° 2011-003* (25 mars 2011).

pertinents, en particulier les renseignements personnels de tiers non concernés par le litige.

Les préoccupations relatives à la protection de la vie privée sont plus vives lorsque des renseignements personnels particulièrement sensibles sont en jeu. La sensibilité des renseignements personnels atteint divers degrés en fonction du contexte, certains types de renseignements étant généralement considérés comme étant très sensibles (par exemple, certains renseignements financiers, le numéro d'assurance sociale, les antécédents sexuels) ou moins sensibles. S'il existe une obligation générale d'éviter la communication de renseignements personnels non pertinents dans le cadre d'un litige, les mesures raisonnables à prendre pour s'assurer que ces renseignements ne sont pas communiqués peuvent varier en fonction des circonstances, en tenant compte des facteurs de proportionnalité. D'une manière générale, il faut mettre en œuvre des précautions plus rigoureuses pour protéger les renseignements personnels très sensibles, tandis que des précautions moins strictes sont parfois acceptables pour protéger des renseignements personnels qui ne sont pas particulièrement sensibles. Lors de l'analyse des options pour protéger des renseignements personnels par le caviardage ou d'autres mesures, les avocats doivent connaître et prendre en compte les plus récentes technologies, notamment les fonctions de caviardage automatique dans les logiciels de soutien au litige qui trouvent et caviardent le texte ou les chiffres qui semblent être des données personnelles permettant d'identifier une personne (comme le numéro d'assurance sociale).

Comme nous l'avons mentionné dans le Commentaire 9.b, les parties peuvent obtenir une ordonnance judiciaire appropriée ou intégrer des modalités dans un plan d'enquête préalable pour caviarder les renseignements confidentiels ou personnels.

Les tribunaux ne se sont pas montrés favorables aux objections de communiquer des renseignements pertinents qui sont fondées sur des préoccupations en matière de protection de la vie privée.<sup>199</sup> Cependant, les tribunaux tiennent compte des questions de confidentialité lorsqu'ils évaluent si la portée des demandes d'administration de la preuve est trop vaste ou s'il convient de protéger des renseignements personnels non pertinents.<sup>200</sup>

Il est important de noter que la règle de présomption d'engagement<sup>201</sup> et la règle de l'engagement tacite s'appliquent uniquement au processus d'administration de la preuve; elle ne fournit pas de protection de la vie privée en soi dans le cadre du processus de litige ou hors de celui-ci. Par exemple, en Ontario, la règle de présomption d'engagement ne s'applique qu'aux éléments de preuve obtenus dans le processus d'administration de la preuve, et ne s'applique pas spécifiquement aux éléments de preuve déposés auprès du tribunal ou mentionnés lors d'une audience. Par ailleurs, il est possible d'obtenir une ordonnance judiciaire pour dégager une partie de ses impératifs de conformité avec la règle de présomption d'engagement.<sup>202</sup>

La violation de ces engagements peut donner naissance à une cause d'action fondée sur la protection de la vie privée pour

---

199. Voir l'affaire *M(A) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157 (CanLII), dans laquelle le tribunal a déterminé que la communication de documents privés est parfois nécessaire pour la bonne administration de la justice. Voir également l'affaire *Toth v. City of Niagara Falls*, 2017 ONSC 5670 (CanLII) [*Toth*], dans laquelle le tribunal a estimé que des documents pertinents en l'espèce figurant sur la page Facebook publique d'un tiers auraient dû être communiqués par le demandeur.

200. Voir *Dosanjh v. Leblanc* 2011 BCSC 1660 (CanLII) [*Dosanjh*].

201. En général, la règle de présomption d'engagement interdit aux parties de communiquer des éléments de preuve et des renseignements obtenus au cours du processus d'administration de la preuve, mais hors du cadre du litige.

202. *Règles de procédure civile de l'Ontario*, règle 30.1.01.

la personne dont les renseignements personnels ont été compromis à la suite de la violation. Les parties doivent donc s'assurer que des contrôles appropriés sont en place pour l'accès et la conservation des renseignements obtenus lors du processus d'administration de la preuve.

Sedona Canada a publié des lignes directrices concernant la protection des renseignements personnels et la sécurité de l'information pour les fournisseurs de services juridiques. Ces lignes directrices sont axées sur les exigences réglementaires et pratiques de la profession juridique au Canada. La publication « *The Sedona Canada Commentary on Privacy and Information Security for Legal Service Providers*<sup>203</sup> » énonce six principes directeurs concernant les règles éthiques et les obligations réglementaires applicables et fournit des conseils concrets sur la protection des renseignements personnels et la sécurité de l'information pour les fournisseurs de services juridiques.

En 2018, l'Union européenne (UE) a adopté le Règlement général sur la protection des données (RGPD),<sup>204</sup> qui s'applique aux particuliers de l'UE. Ce règlement vise à harmoniser les lois sur la protection des données en imposant des exigences de protection de la vie privée pour les renseignements personnels, tant au sein de l'UE que hors de son territoire. Le RGPD prévoit des protections liées à la conservation, la collecte, l'utilisation et le transfert des données des citoyens de l'UE, y compris les données transférées en dehors de l'UE. Le RGPD n'est qu'un exemple de régime international de protection de la vie privée qui pourrait avoir une incidence sur la communication de documents dans le cadre de litiges au Canada. Les avocats doivent

---

203. « *Sedona Canada Commentary on Privacy and Information Security* », *supra*, note 69.

204. RGPD, *supra*, note 72.

s'assurer de bien connaître les régimes de protection des renseignements personnels nationaux et internationaux susceptibles de s'appliquer dans la cadre de leur affaire. Il faut consulter les lois étrangères en matière de protection de la vie privée pour les affaires concernant des multinationales ou des questions transfrontalières concernant des données hors du Canada.

### *Commentaire 9.c.i. Médias sociaux*

Les parties doivent déterminer si le contenu et les fichiers dans les médias sociaux sont pertinents, puis s'il convient de les préserver et de les répertorier dans un affidavit ou une liste de documents.<sup>205</sup> Un tribunal peut ordonner la communication de données privées des profils et des pages des médias sociaux d'une partie lorsque ces renseignements sont pertinents et que la valeur probante de l'information justifie l'atteinte à la vie privée et le fardeau de la communication.<sup>206</sup> Le seul fait qu'une partie ait une présence sur les médias sociaux ne signifie pas que les aspects privés d'un compte soient présumés pertinents.<sup>207</sup> Il faut plutôt démontrer la pertinence. Par exemple, dans l'affaire *Bishop v. Minichiello*, les défendeurs ont demandé le disque dur du demandeur pour déterminer le temps que celui-ci consacrait

---

205. *Toth, supra*, note 199 : le tribunal a estimé que l'avocat du demandeur aurait dû tenir compte de l'existence de contenus relatifs à des médias sociaux dans un forum public (c.-à-d. Facebook).

206. Voir *Leduc v. Roman*, 2009 CanLII 6838 (ON SC); *Frangione v. Vandongen*, 2010 ONSC 2823 (CanLII); *Murphy v. Perger*, [2007] OJ No 5511 (WL Can); *McDonnell v. Levie*, 2011 ONSC 7151 (CanLII); *Casco v. Greenhalgh*, 2014 CarswellOnt 2543 (Master); *Papamichalopoulos v. Greenwood*, 2018 ONSC 2743 (CanLII) et *Wilder v. Munro*, 2015 BCSC 183 (CanLII).

207. *Schuster v. Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada*, 2009 CanLII 58971 (ON SC); *Stewart v. Kemptster*, 2012 ONSC 7236 (CanLII); *Garacci v. Ross*, 2013 ONSC 5627 (CanLII) et *Conrod v. Caverley*, 2014 NSSC 35 (CanLII).

à la consultation de Facebook.<sup>208</sup> L'ordinateur du demandeur était utilisé par tous les membres de sa famille. Pour protéger le droit à la vie privée des membres de la famille, le tribunal a ordonné aux parties de désigner ensemble un expert indépendant pour l'examen du disque dur. Dans l'arrêt *Fric v. Gershman*,<sup>209</sup> la Cour suprême de la Colombie-Britannique a également cherché à protéger la vie privée de tiers lorsqu'elle a ordonné la communication de certaines photos publiées sur la page du profil Facebook du demandeur. Le tribunal a autorisé le demandeur à modifier les photos avant la communication afin de protéger la vie privée des autres personnes qui y figuraient. Toujours dans *Fric*, le tribunal a refusé d'ordonner la communication de commentaires provenant de Facebook, mais a déterminé que si ces commentaires existaient, la valeur probante de ces renseignements l'emportait sur l'intérêt opposé de protéger les réflexions personnelles du demandeur et de tiers.<sup>210</sup> Bien que des renseignements pertinents dans la section publique de la page d'une partie dans une plateforme de médias sociaux permettent de déduire que le profil privé contient également des données pertinentes, les tribunaux ont estimé que, dans certaines circonstances, les utilisateurs ont droit à la protection de la vie privée pour le contenu qu'ils ont choisi de ne pas partager publiquement.<sup>211</sup>

Même lorsque des personnes souhaitent s'exprimer sous le couvert de l'anonymat que peut procurer un profil dans une

---

208. *Bishop v. Minichiello*, 2009 BCSC 358 (CanLII), autorisation d'interjeter appel pour la production d'éléments supplémentaires rejetée; *Bishop v. Minichiello*, 2009 BCCA 555 (CanLII).

209. *Fric v. Gershman*, 2012 BCSC 614 (CanLII).

210. *Ibid.*, paragr. 75, citant *Dosanjh*, *supra*, note 200.

211. *Jones v. IF Propco*, 2018 ONSC 23 [Jones].

plateforme de médias sociaux, les tribunaux déterminent parfois que l'intérêt public et l'équité l'emportent sur les attentes d'une personne en matière d'anonymat et de vie privée. Dans *Olsen v. Facebook*,<sup>212</sup> le tribunal a estimé que les personnes qui publient des messages anonymes ne peuvent diffamer autrui sans subir des conséquences. Toutefois, les personnes qui commentent des questions d'intérêt public ne devraient pas perdre leur anonymat lorsqu'elles critiquent des personnalités publiques. En fin de compte, le tribunal a conclu que la nature et le nombre de publications par les titulaires de comptes Facebook l'emportaient sur l'attente raisonnable des titulaires en matière d'anonymat, puis a ordonné à Facebook de communiquer aux demandeurs les données Facebook préservées.

Dans la mesure du possible, le contenu des médias sociaux doit être recueilli et communiqué de manière légitime; les captures d'écran et les versions imprimées sont parfois peu fiables<sup>213</sup> et donc inadmissibles en preuve.

En général, un avocat n'est pas autorisé à avoir de contact avec une partie adverse représentée sans la présence de son avocat. Tout avocat qui consulte les médias sociaux d'une partie adverse doit garder cette règle à l'esprit. Le site des médias sociaux peut informer la partie adverse que l'avocat a consulté le contenu. En outre, toute consultation au-delà des pages accessibles au public et toute interaction avec la partie adverse, par exemple par courrier électronique ou par « demande d'amitié » (statut « ami » dans un site), pourrait contrevenir à la règle interdisant les contacts.

---

212. *Olsen v. Facebook*, 2016 NSSC 155.

213. *International Union of Elevator Constructors, Local 50 v. Otis Canada Inc*, 2013 CanLII 3574 (ON LRB) [*Elevator Constructors Union*].

***Commentaire 9.c.ii. Protection des renseignements personnels et messages éphémères***

La messagerie éphémère est une technologie qui permet aux utilisateurs d'envoyer des messages textuels, des images ou d'autres communications électroniques *temporaires*, qui sont supprimés automatiquement après un certain laps de temps ou après la consultation du message par le destinataire (voir la discussion plus haut au Principe 6). La communication est parfois chiffrée, mais ce n'est pas toujours le cas. Comme pour le contenu provenant de médias sociaux, une partie est légalement tenue de préserver et de communiquer des messages éphémères étant ou susceptibles d'être pertinents dans le cadre d'un litige. Dans l'affaire *Uber v. Waymo*,<sup>214</sup> le tribunal a autorisé Waymo à présenter des éléments prouvant qu'Uber utilisait une application de messagerie éphémère pour dissimuler délibérément des preuves relatives au vol de secrets commerciaux appartenant à Waymo. L'affaire a été réglée peu après le début du procès, ce qui a mis fin à toute autre communication de renseignements concernant l'utilisation par Uber d'une messagerie éphémère.

À l'heure actuelle, il y a peu de jurisprudence concernant la messagerie éphémère. On n'a pas encore examiné la question de savoir s'il existe une distinction entre le droit à la vie privée relativement aux messages éphémères et aux autres contenus de médias sociaux. Cependant, la nature même des applications de messagerie éphémère suggère que la barre est peut-être encore plus haute pour passer outre les attentes d'une personne en matière de vie privée en ce qui concerne ce type de messages. Ces applications ont été conçues spécialement pour assurer la confidentialité : les messages s'autodétruisent rapidement, comme

---

214. *Waymo LLC v. Uber Technologies, Inc.*, No. C 17-00939 WHA (N.D. Cal. Jun. 8, 2017).

lors d'une conversation en direct que l'on ne pourrait enregistrer de façon permanente. De même, l'utilisation d'applications de messagerie privée chiffrée susciterait davantage une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

À cet égard, il est utile de consulter l'arrêt *R. c. Marakah*,<sup>215</sup> dans lequel la Cour suprême du Canada a conclu que les messages textes envoyés et reçus peuvent bénéficier de la protection qu'offre l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la « Charte »).<sup>216</sup> Le caractère raisonnable des attentes d'une personne au respect de sa vie privée dépend toutefois des faits particuliers de l'affaire.

### *Commentaire 9.c.iii. Protection de la vie privée des employés et appareils fournis par l'employeur*

Le droit à la vie privée d'un employé qui utilise du matériel informatique appartenant à son employeur (par exemple, un ordinateur de bureau, un ordinateur portable, une tablette ou un téléphone) continue de faire l'objet d'une détermination en fonction de faits particuliers. Dans *R. c. Cole*, la Cour suprême du Canada a confirmé que les employés ont des droits limités en matière de protection de la vie privée lorsqu'ils utilisent des appareils informatiques fournis par l'employeur.<sup>217</sup> La Cour a jugé que les employés peuvent avoir des attentes raisonnables à l'égard de la protection de leur vie privée lorsque l'utilisation du matériel à des fins personnelles est permise ou raisonnablement prévue. La propriété d'un appareil et les politiques de l'employeur sont des considérations pertinentes, mais elles ne sont pas déterminantes quant à la protection de la vie privée dans certaines circonstances. Dans *International Union of Elevator*

---

215. *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59 [*Marakah*].

216. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Article 8, *Charte canadienne des droits et libertés*. *R. c. Cole*, 2012 CSC 53 (CanLII) [*Cole*].

217. *Ibid.*

*Constructors, Local 50 v. Otis Canada Inc.*,<sup>218</sup> la Commission des relations de travail de l'Ontario a conclu que, si un employé choisit d'utiliser un véhicule d'entreprise pour ses déplacements entre son domicile et son lieu de travail, il n'est pas interdit à l'entreprise d'utiliser des dispositifs technologiques pour le suivi du véhicule en tout temps.

Dans *Greenhalgh v. Verwey*,<sup>219</sup> le tribunal a estimé que l'attente en matière de respect de la vie privée est moindre lorsque la personne utilise un ordinateur appartenant à une entreprise. Il a conclu que la preuve résultant de la fouille par le demandeur du disque dur d'un ordinateur d'entreprise abandonné devait être admise. Dans la récente sentence arbitrale en matière de travail *Canadian Broadcasting Corporation v. Canadian Media Guild*, l'arbitre a jugé qu'un employé temporaire avait une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée pour les messages WhatsApp envoyés à partir d'un ordinateur de travail partagé.<sup>220</sup>

Par contre, il faut aussi tenir compte des droits de l'employeur concernant ses renseignements exclusifs et confidentiels lorsque des employés qui utilisent leur appareil personnel pour le travail (utilisation communément appelée « prenez vos appareils personnels » ou PAP). De nombreuses organisations reconnaissent et acceptent que les membres de leur personnel utilisent des appareils numériques personnels pour accéder aux réseaux d'entreprise. Si les employés utilisent leurs propres ap-

---

218. *Elevator Constructors Union, supra*, note 213.

219. *Greenhalgh v. Verwey*, 2018 ONSC 3535 (CanLII).

220. *Canadian Broadcasting Corporation v. Canadian Media Guild*, 2021 CanLII 761 (CA LA).

pareils, l'employeur ne pourra avoir accès à un appareil personnel aux fins de l'administration de la preuve que s'il a mis en œuvre une politique PAP.

En général, une politique ou entente PAP prévoit que l'employé demeure propriétaire de son appareil, tandis que l'employeur conserve la propriété et le contrôle des communications professionnelles et du produit du travail créé ou conservé sur l'appareil. L'employeur doit s'assurer que sa politique PAP définit clairement la relation entre l'employé, l'employeur et l'appareil. La politique ou l'entente doit traiter particulièrement des scénarios dans lesquels l'employeur peut demander et obtenir l'accès à l'appareil à des fins professionnelles légitimes, y compris dans le cadre de l'administration de la preuve.

#### *Commentaire 9.c.iv. Enquêtes et casiers judiciaires*

Les dossiers nécessitant des enquêtes ou des procédures relevant du domaine pénal ou réglementaire soulèvent un certain nombre de questions liées aux droits à la vie privée. La saisie d'éléments de preuve électroniques dans ces dossiers concerne le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives en vertu de l'article 8 de la *Charte*.

Comme nous l'avons mentionné, la Cour suprême du Canada a conclu dans l'arrêt *R. c. Marakah*<sup>221</sup> que les messages textes envoyés et reçus peuvent être protégés en vertu de l'article 8 de la *Charte*. Dans cette affaire, l'accusé dans une procédure en matière criminelle avait une attente raisonnable de protection de la vie privée à l'égard des messages textes récupérés du téléphone de son complice.

Lorsque la preuve électronique requise pour une instance fait partie d'une enquête criminelle parallèle, il faut mettre en œuvre les principes et le processus d'examen préalable énoncés

---

221. *Marakah, supra*, note 215; *Jones, supra*, note 211.

dans *D.P. v. Wagg*<sup>222</sup> pour obtenir les ordonnances et les protections judiciaires appropriées, le cas échéant. Avant de divulguer des documents d'enquête criminelle, y compris le contenu des disques durs saisis par les autorités, il faut informer la Couronne et lui donner la possibilité de déterminer si des questions de protection de la vie privée de tiers et d'intérêt public se posent.

### *Commentaire 9.d. Sécurité des données*

Les sociétés, les organismes publics, les cabinets d'avocats, les fournisseurs de services et les particuliers sont autant de cibles éventuelles pour l'atteinte à la sécurité des données, ainsi que pour le vol ou la perte de renseignements importants. En vue d'assurer la protection relative au secret professionnel, de la vie privée, des secrets commerciaux et d'autres renseignements confidentiels, les parties, les avocats et les fournisseurs de services doivent prendre des mesures raisonnables pour sauvegarder leurs documents et données, ainsi que les documents et données communiqués par d'autres parties.

Il faut mettre en œuvre des mesures de protection pour assurer le respect de la vie privée, la cybersécurité et les services informatiques qui gèrent les données de l'organisation. Le document *The Sedona Canada Commentary on Privacy and Information Security for Legal Service Providers: Principles and Guidelines*<sup>223</sup> énonce des politiques et des observations relatives à la pratique pour intégrer les obligations en matière de protection de la vie privée et de sécurité, y compris concernant les renseignements personnels, confidentiels et protégés par le secret professionnel

---

222. *D. P. v. Wagg*, 2004 CanLII 39048 (ON CA) [*Wagg*].

223. « *Sedona Canada Commentary on Privacy and Information Security* », *supra*, note 69.

de l'avocat. Ce Commentaire définit six principes directeurs dont les fournisseurs de services juridiques doivent tenir compte pour protéger les renseignements personnels et confidentiels :

- Principe 1 – Connaître la loi
- Principe 2 – Comprendre les renseignements personnels et confidentiels sous votre garde
- Principe 3 – Évaluer les risques
- Principe 4 – Élaborer des politiques et des pratiques
- Principe 5 – Assurer une surveillance périodique
- Principe 6 – Réévaluer la situation

Dans le contexte de l'administration de la preuve, la protection des données des clients et des autres parties doit comprendre des processus de chaîne de possession appropriés, un accès sécurisé et restreint aux données, le chiffrement et l'utilisation de mots de passe. Les parties doivent également mettre en place des procédures adéquates pour protéger les données lors de leur communication et de leur réception, ainsi que pour leur élimination appropriée à la fin d'une affaire ou d'un mandat.

Il faut veiller à la mise en place de registres et de procédures appropriés en matière de chaîne de possession afin de préserver l'intégrité des données, de la collecte à leur utilisation devant les tribunaux. Il convient de documenter plusieurs éléments de la chaîne de possession : la copie, le transport et le stockage adéquats des données; la confirmation que les données n'ont pas été modifiées de quelque façon que ce soit; la conservation de tous les supports dans un lieu sûr tout au long du processus. Le registre de la chaîne de possession doit prévoir le retour des données au client ou à l'avocat adverse à la fin du projet.

À tout le moins, les données doivent être protégées par un mot de passe et, de préférence, au moyen de l'authentification à

deux facteurs.<sup>224</sup> Les pirates informatiques ont souvent ciblé des cabinets d'avocats, qu'ils considèrent parfois comme des cibles vulnérables. En plus de mettre en place des mesures de sécurité technologiques, il faut restreindre l'accès des données à ceux qui ont besoin de les connaître et protéger les installations de stockage ainsi que les serveurs informatiques contre tout accès non autorisé.

Les cabinets d'avocats ou les services juridiques qui participent à l'évaluation et à la sélection des technologies de soutien au litige ou des fournisseurs de services tiers doivent examiner de manière adéquate les risques et les vulnérabilités en matière de cybersécurité, notamment en les vérifiant et en les réévaluant périodiquement.

**Principe 10. Dans le cadre du processus d'administration de la preuve, les parties devraient respecter les règles du forum ou de la juridiction dans lequel ou laquelle 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 ou juridictions.**

Un différend peut donner lieu à des procédures dans des forums relevant de la même compétence (par exemple, tribunal civil, tribunal pénal, arbitrage, audience administrative ou réglementaire) ou de différentes compétences (des gouvernements locaux, provinciaux, fédéraux ou étrangers, par exemple aux États-Unis, en Europe, etc.). Que ce soit dans un seul ou

---

224. L'identification à deux facteurs exige que l'utilisateur fournisse deux éléments d'identification différents pour accéder aux renseignements, comme un mot de passe et une clé USB avec un jeton secret, ou une carte et un numéro d'identification personnel.

dans plusieurs pays, des procédures connexes se déroulent parfois dans des forums auxquels s'appliquent des règles d'administration de la preuve distinctes. Ces procédures peuvent se dérouler simultanément ou à des moments différents.

Dans toute instance, les avocats doivent respecter les règles d'administration de la preuve applicables concernant le forum ou le ressort concerné. Les avocats doivent envisager la possibilité qu'il existe des conflits entre les règles applicables dans ces forums ou ressorts. Au Canada, ces règles varient d'une province ou d'un territoire de common law à l'autre, alors que, au Québec,<sup>225</sup> ces règles sont très différentes des règles de common law. À titre d'exemple, en Ontario,<sup>226</sup> il faut communiquer les documents « pertinents » et, en Alberta,<sup>227</sup> il faut communiquer les documents « pertinents et importants ». En Colombie-Britannique,<sup>228</sup> les règles de procédure exigent la communication de documents pouvant être utilisés lors d'un procès pour prouver un fait important, ainsi que tous les autres documents que les parties ont l'intention de présenter au cours d'un procès.

Dans de nombreuses provinces, les règles de procédure ne traitent pas explicitement de la production d'éléments de preuve électroniques. Cependant, les règles en matière d'enquête préalable de la Nouvelle-Écosse fournissent des indications importantes sur la preuve électronique, y compris sur la conservation, sur les cas où les ISE sont considérés comme étant sous la garde d'une partie, et une règle par défaut concernant ce qui constitue une recherche suffisante des ISE en l'absence d'une entente entre les parties pour l'enquête préalable.<sup>229</sup> Les

---

225. Voir le *Code de procédure civile* du Québec.

226. *Règles de procédure civile de l'Ontario*, règle 30.02.

227. *Alberta Rules of Court*, règle 5.6.

228. *Supreme Court Civil Rules* de la Colombie-Britannique, règle 7-1.

229. *Règles de procédure civile de la Nouvelle-Écosse*, règle 16.

règles de procédure de la Saskatchewan<sup>230</sup> et du Manitoba<sup>231</sup> mentionnent une directive de pratique énonçant des lignes directrices pour l'administration de la preuve électronique qui, à bien des égards, reflètent les présents *Principes*. Les *Règles de procédure civile de l'Ontario* renvoient expressément aux *Principes de Sedona Canada* et enjoignent aux parties de les consulter.

Les avocats doivent connaître les différences quant à la procédure et au fond dans le processus d'administration de la preuve, ainsi qu'au sein des règles régissant la preuve, le secret professionnel et le respect de la vie privée au Canada et aux États-Unis, ainsi que dans les divers ressorts en Amérique du Nord et en Europe.

Ainsi, lorsqu'il existe des procédures connexes dans plusieurs juridictions ou forums, les avocats doivent déployer des efforts de bonne foi pour s'assurer qu'il n'y a aucune violation des règles applicables. Pour permettre à leurs clients de prendre des décisions éclairées quant à la façon de procéder, les avocats doivent expliquer à ceux-ci tous les détails du processus d'administration de la preuve au sein du forum ou de la juridiction. Ils doivent faire preuve de vigilance pour s'assurer que les clients ne se retrouvent pas dans une situation difficile en raison de gestes posés dans un autre forum ou territoire. Il sera peut-être nécessaire de retenir les services d'un avocat dans une autre région.

Il faut déterminer rapidement et atténuer dans la mesure nécessaire tout conflit éventuel entre les règles de différents forums.

---

230. Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, Directive de pratique n° 1 (Lignes directrices sur l'investigation informatique).

231. Cour du Banc de la Reine du Manitoba, directive de pratique concernant la communication préalable de documents électroniques.

Lors d'un litige multijuridictionnel, les parties doivent tenter d'harmoniser leurs processus d'administration de la preuve en tenant compte des règles locales et des obligations en matière de production. Par exemple, il est parfois plus économique pour un client de produire de nouveau les documents qu'il a déposés dans le cadre d'une action collective aux États-Unis lorsqu'une procédure similaire ou parallèle est intentée au Canada.

*Commentaire 10.a. Compétences territoriales et litiges transfrontaliers*

Lorsque des litiges connexes relèvent d'autres compétences territoriales, les avocats doivent déterminer et envisager les répercussions des divergences touchant les règles de procédure et de fond. Bien que cette liste ne soit pas complète, elle présente quelques questions dont il faut tenir compte dans tout litige transfrontalier :

1. **Procédure.** Les procédures concernant l'échéancier de communication, la nécessité des plans d'enquête préalable, ainsi que le processus de gestion des engagements et des refus dans le cadre de l'administration de la preuve comportent souvent des différences importantes.
2. **Portée de la communication de la preuve.** La portée du processus de communication de la preuve et les obligations en matière de divulgation sont très différentes d'une juridiction à l'autre : certains tribunaux imposent l'obligation positive de communiquer des preuves pertinentes, alors que d'autres exigent la communication de documents sur demande écrite.
3. **Sous la garde, en la possession, sous l'autorité ou sous la responsabilité.** Les obligations en matière de communication englobent parfois les documents qui ne sont pas sous la garde ou en

la possession d'une partie, mais qui sont sous l'autorité ou la responsabilité de celle-ci. Il peut s'agir de documents détenus par un tiers fournisseur de services infonuagiques, peut-être dans un pays différent. Par exemple, si une partie située au Canada possède des documents pertinents stockés sur un serveur en Europe et peut les récupérer à tout moment en se connectant ou sur demande, ces documents seront probablement assujettis à l'obligation en matière de communication de la preuve.

4. **Affidavit ou attestation.** La responsabilité relative à l'affirmation solennelle ou à l'attestation quant à l'intégralité d'un ensemble de documents communiqués dans le cadre d'une instance, ainsi que la formulation de l'affirmation solennelle ou de l'attestation, est susceptible de varier selon le pays, la province ou le territoire et d'avoir une incidence sur les décisions concernant un plan d'enquête préalable respectant le principe de la proportionnalité. Il est possible que les analyses des risques relatifs aux étapes de préservation et de communication des documents de l'avocat soient différentes de celles de son client.
5. **La présomption d'engagement et l'utilisation ultérieure.** La règle de la présomption d'engagement en vigueur dans de nombreuses provinces canadiennes n'existe pas aux États-Unis. Pour toute utilisation ultérieure des informations divulguées au cours du processus d'administration de la preuve, les avocats doivent tenir

compte de la nécessité d'obtenir un consentement ou des ordonnances de protection ou de mise sous scellés. Il est parfois nécessaire de demander des ordonnances dans le pays étranger pour protéger la présomption d'engagement dans le cadre d'un litige transfrontalier.

6. **Tiers.** Le processus d'obtention des éléments de preuve et des documents pertinents provenant de tiers varie énormément selon la province ou le territoire. Dans les provinces de common law, il est interdit d'interroger les tiers sans autorisation judiciaire préalable et, bien que le tribunal puisse contraindre les tiers à communiquer des documents avant l'instance, le processus pour obtenir une telle ordonnance est très différent de celui de la demande visant les documents d'une partie.
7. **Protection de la vie privée, confidentialité et interdictions frappant le transfert de données**  
On constate des différences importantes dans les lois sur la protection de la vie privée adoptées par divers pays. L'Europe, en particulier, a promulgué des lois sévères et de grande envergure sur la protection de la vie privée qui réglementent rigoureusement la collecte, l'utilisation et le transfert des renseignements personnels. Dans bien des circonstances, le RGPD restreint le transfert de données hors de l'Union européenne, y compris dans le cadre d'une procédure judiciaire étrangère. Il a également fait du consentement du propriétaire des données à l'utilisation et à la transmission de ses données personnelles une exception moins fiable aux interdictions du RGPD. Comme le RGPD est entré en vigueur récemment, l'interprétation de ces

dispositions est limitée. Dans les situations où ils s'attendent à devoir communiquer des données stockées en Europe ou créées ou conservées par un citoyen européen, les juristes qui travaillent avec des clients dont les employés ou les activités sont en Europe seraient bien avisés de consulter un conseiller juridique européen qui connaît bien le droit européen en matière de protection de la vie privée.

Certains États interdisent le transfert hors de leurs frontières de certains types de renseignements, parfois en adoptant des « lois sur la localisation des données ». En outre, de nombreux pays restreignent le transfert des informations qu'ils jugent vitales pour leur défense ou sécurité nationale.

8. **Secret professionnel.** Bien que la plupart des juridictions offrent une certaine protection aux communications entre client et avocat, la reconnaissance et l'étendue d'autres privilèges (par exemple, le privilège relatif au litige ou au « produit du travail », ainsi que la protection des communications avec les avocats internes et des négociations en vue d'un règlement ou fondée sur l'intérêt commun) varient selon les pays. Par exemple, certains ressorts aux États-Unis ne reconnaissent pas le privilège d'intérêt commun pour les communications entre l'avocat et son client dans le cadre d'une opération commerciale. Bien que la protection de ce privilège soit

reconnue au Canada,<sup>232</sup> il est possible que son application soit restreinte à New York,<sup>233</sup> par exemple. Dans la mesure où des avocats des deux côtés de la frontière examinent des documents, il faudra coordonner l'approche des revendications du privilège en tenant compte des différences au chapitre des lois.

La renonciation au secret et l'obligation de l'avocat concernant la divulgation accidentelle de documents couverts par le secret professionnel varient également d'un pays à l'autre. Les avocats doivent être conscients des distinctions entre les règles en matière de secret professionnel afin de ne pas renoncer par inadvertance à celui-ci dans une autre juridiction.

9. **Coûts.** Les règles concernant les coûts liés à l'administration de la preuve et à la communication, ainsi que les dépens relatifs à une instance différent selon les pays. Il en va de même pour la reconnaissance du « transfert de coûts ».
10. **Dispositions particulières en matière d'administration de la preuve électronique.** Plusieurs pays ont adopté différents protocoles et diverses normes de préservation, et entretiennent des attentes variables en matière d'administration de la preuve électronique. La proportionnalité et les obligations concernant les plans d'enquête préalable ne sont pas des principes communs dans

---

232. *Iggillis Holdings Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2018 CAF 51 (CanLII) (autorisation d'interjeter appel devant la CSC rejetée).

233. *Ambac Assurance Corp. v Countrywide Home Loans*, Op. No. 80, 57 N.E. 3d 30 (NY 2016).

tous les pays. Les sanctions peuvent varier en sévérité et on constate des différences touchant les activités ou les inconduites qui peuvent faire l'objet de sanctions. Certaines instances imposent des exigences particulières en matière de communication de la preuve concernant le format ou la possibilité d'interroger les documents électroniques communiqués. Il importe également de garder à l'esprit que les principes de The Sedona Conference concernant l'administration de la preuve électronique sont différents au Canada et aux États-Unis, car ils reflètent les régimes et les règles juridiques en vigueur dans ces pays.

En outre, dans le cadre d'un litige transfrontalier, il est parfois nécessaire d'obtenir des documents ou des renseignements à l'extérieur du territoire compétent. La procédure et les critères juridiques pour obtenir ces éléments de preuve peuvent varier. Pour de plus amples renseignements, les avocats doivent consulter le document *The Sedona Canada Commentary on Enforcing Letters Rogatory*, qui présente un résumé des principales différences dans les règles régissant la preuve dans un contexte transfrontalier au Canada et aux États-Unis.<sup>234</sup>

Le document *The Sedona Conference International Overview of Discovery, Data Privacy and Disclosure Requirements* fournit également un aperçu des lois en matière d'administration de la

---

234. The Sedona Conference, *The Sedona Canada Commentary on Enforcing Letters Rogatory Issued by an American Court in Canada: Best Practices & Key Points to Consider* (version publique pour commentaires, juin 2011), en ligne : The Sedona Conference <[https://thesedonaconference.org/publication/The\\_Sedona\\_Canada\\_Commentary\\_on\\_Enforcing\\_Letters\\_Rogatory\\_Issued\\_By\\_an\\_American\\_Court\\_in\\_Canada](https://thesedonaconference.org/publication/The_Sedona_Canada_Commentary_on_Enforcing_Letters_Rogatory_Issued_By_an_American_Court_in_Canada)>.

preuve et de protection des données dans un certain nombre de pays.<sup>235</sup>

### *Commentaire 10.b. Forums*

On constate parfois des différences quant à la procédure et au fond au sein des forums d'une même compétence territoriale. Un exemple courant concerne les litiges portant sur des allégations de fraude liée aux valeurs mobilières, qui donnent parfois lieu à des procédures de faillite, pénales et réglementaires relevant du même ressort.

Lorsqu'il existe des procédures administratives, réglementaires ou pénales dans le même ressort, les avocats doivent déployer des efforts de bonne foi pour se renseigner sur les différences procédurales et juridiques en matière de communication et de protection.

Pour la communication transfrontalière, les avocats doivent tenir compte de l'incidence que leurs décisions concernant la collecte, l'examen et la production de données devant un tribunal pourraient avoir sur la communication d'éléments de preuve dans un autre forum. Par exemple, dans le cas d'une procédure de faillite dans laquelle il y a des allégations d'actes criminels contre le failli et ses employés, dirigeants ou administrateurs, le syndic de faillite devrait envisager des protections appropriées (par exemple l'envoi d'un préavis aux parties concernées) avant de remettre à un organisme d'application de la loi ou de réglementation des documents qui sont protégés par le secret professionnel en faveur d'une personne autre que le failli.

---

235. The Sedona Conference, *International Overview of Discovery Data Privacy and Disclosure Requirements* (2009), en ligne : The Sedona Conference <[https://thesedonaconference.org/publication/International\\_Overview\\_of\\_Discovery\\_Data\\_Privacy\\_and\\_Disclosure\\_Requirements](https://thesedonaconference.org/publication/International_Overview_of_Discovery_Data_Privacy_and_Disclosure_Requirements)>.

Les avocats doivent s'assurer que des ordonnances de protection appropriées sont en place et que les consentements requis ont été obtenus avant la communication concernant plusieurs forums. L'adoption d'une approche proactive pour obtenir les ordonnances ou les consentements nécessaires, ainsi que les efforts pour harmoniser les exigences d'administration de la preuve (lorsque cela est dans l'intérêt du client) contribuent à réduire le temps et les coûts de toute coordination requise.

***Commentaire 10.b.i. Preuve saisie et documents relatifs  
aux enquêtes criminelles ou réglementaires***

Les documents d'enquête criminelle englobent un vaste éventail d'éléments de preuve par la contrainte, dont la divulgation non appropriée peut porter atteinte aux droits à la vie privée et au secret professionnel, au système de justice pénale, à l'immunité de la Couronne et à l'administration de la justice. La saisie d'éléments de preuve électroniques dans le cadre d'une enquête criminelle ou réglementaire présente des enjeux éventuels relatifs au droit de l'accusé à un procès équitable et en vertu de l'article 8 de la *Charte*.<sup>236</sup> Les dispositions du *Code criminel* concernant les mandats, les perquisitions et les saisies peuvent s'appliquer aux éléments de preuve électroniques saisis.<sup>237</sup>

---

236. *Kelly v. Ontario*, 2008 CanLII 22557 (ON SC). L'affaire *Kelly* portait notamment sur la saisie d'un ordinateur dans une enquête sur la pornographie juvénile et les allégations selon lesquelles la saisie et la communication dans plusieurs forums violaient les droits garantis par la *Charte*. Voir aussi les décisions connexes *College of Physicians and Surgeons of Ontario v. Peel Regional Police*, 2009 CanLII 55315 (ON SCDC) et *Kelly v. Ontario*, 2014 ONSC 3824 (CanLII).

237. *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46.

La portée des documents saisis en vertu d'un mandat ou d'une autre contrainte réglementaire est souvent beaucoup plus vaste que celle de la divulgation lors d'une procédure civile. Lorsque la preuve électronique requise pour une instance fait partie d'une enquête criminelle parallèle, il faut mettre en œuvre les principes et le processus d'examen préalable énoncés dans *D.P. v. Wagg*<sup>238</sup> pour obtenir les ordonnances et les protections judiciaires appropriées, le cas échéant.<sup>239</sup> Avant de communiquer des éléments de preuve obtenus par enquête criminelle, le processus défini dans l'arrêt *Wagg* exige d'informer la Couronne pour lui donner la possibilité de déterminer si des questions de protection de la vie privée de tiers et d'intérêt public se posent.<sup>240</sup>

Par ailleurs, les organismes de réglementation ont le pouvoir d'ordonner la communication de la preuve par l'application de dispositions législatives en vigueur<sup>241</sup>. En plus d'exercer un pouvoir de contrainte, les organismes de réglementation dirigent

---

238. *Wagg, supra*, note 222. En général, la règle de présomption d'engagement interdit aux parties de communiquer des éléments de preuve et des renseignements obtenus au cours du processus d'administration de la preuve, mais hors du cadre du litige.

239. Il faut également obtenir le consentement de la Couronne dans les procédures réglementaires parallèles, même lorsque l'organisme de réglementation a le pouvoir de contraindre à la divulgation de pièces. Voir *College of Physician and Surgeons of Ontario v. Peel Regional Police*, 2009 CanLII 55315 (ON SCDC).

240. En Ontario, pour obtenir et faire usage de documents d'enquête criminelle dans une instance civile, il faut présenter une motion au procureur général ou à la procureure générale, conformément à la règle 30.10 des *Règles de procédure civile*.

241. Par exemple, les articles 11 à 13 de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario, LRO 1990, c S.5, et les articles 142 à 144 de la *Securities Act* de la Colombie-Britannique, RSBC, c 418, prévoient l'octroi d'ordonnances d'enquête ainsi que la nomination d'un enquêteur et décrivent le pouvoir de contraindre des parties à déposer des éléments de preuve.

parfois la divulgation et l'utilisation ultérieure de la preuve obtenue sous la contrainte.<sup>242</sup> Cependant, il importe de noter que, lorsqu'un organisme de réglementation demande l'accès à des documents d'enquête criminelle, il doit également se conformer aux principes généraux énoncés dans *Wagg* et donner à la Couronne la possibilité de soulever toute préoccupation d'intérêt public en opposition à la divulgation.<sup>243</sup>

Les questions en litiges dans des procédures criminelles ou réglementaires transfrontalières exigent une attention particulière aux différentes protections procédurales et contre l'auto-incrimination visant les témoins. Par exemple, au Canada, les témoins bénéficient d'une protection en vertu de l'article 15 de la *Loi sur la preuve au Canada* et des lois provinciales connexes,<sup>244</sup> qui restreignent l'utilisation de témoignages forcés dans d'autres procédures. Dans un contexte transfrontalier, le tribunal peut imposer des conditions à toute ordonnance exigeant les éléments de preuve protégés.<sup>245</sup>

---

242. Par exemple, la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario, *supra*, note 212, art. 16 à 18, et la *Securities Act* de la Colombie-Britannique, RSBC, 1996, c 418, art. 148 confèrent aux commissions respectives la possibilité de limiter et d'imposer des restrictions à la divulgation ultérieure ou à l'utilisation des éléments de preuve saisis; *Cole, supra*, note 216.

243. *College of Physicians and Surgeons of Ontario v. Metcalf*, 2009 CanLII 55315 (ON SCDC), paragr. 68–77.

244. *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5; voir aussi la *Loi sur la preuve en Ontario*, L.R.O. 1990 ch. E.23.

245. Voir par exemple le principe dans une affaire civile, *Treat America Limited v. Nestlé Canada Inc.*, 2011 ONSC 617 (CanLII); et *Treat America Limited v. Nestlé Canada Inc.*, 2011 ONCA 560 (CanLII).

### *Commentaire 10.b.ii. Arbitrage*

La portée d'une demande de communication de documents est généralement plus restreinte dans les procédures d'arbitrage que lors d'une procédure de litige interne.

Sous réserve des règles énoncées dans la convention d'arbitrage, les parties sont généralement tenues de communiquer uniquement les documents sur lesquels elles s'appuient et ceux qui répondent aux demandes ciblées de l'autre partie. À titre de référence pour définir une norme appropriée pour la production des documents lors d'un arbitrage, on peut s'inspirer des *Règles d'arbitrage* de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada (les « Règles de l'IAMC »).<sup>246</sup> La Règle 4.13 des Règles de l'IAMC fournit un cadre utile pour la production et la demande de documents, ainsi que pour la résolution de tout différend qui pourrait survenir. L'article 3 des Règles sur l'obtention de preuves dans l'arbitrage international (« *Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* », <sup>247</sup> en anglais) de l'Association internationale du barreau présente un autre cadre similaire à cet égard. Les Règles de l'IAMC prévoient que les parties doivent produire des listes des documents disponibles sur lesquels elles s'appuient. Une partie peut également adresser à toute autre partie une demande de production, qui doit indiquer les documents demandés ou une catégorie restreinte de documents, et expliquer en quoi ils sont « pertinents au différend et importants pour son issue ». <sup>248</sup> Une partie qui s'oppose à la production des documents demandés doit faire connaître son objection au tribunal. Les Règles de l'IAMC énoncent divers motifs justifiant une objection à la production, comme le fait que les documents ne sont pas pertinents au différend ou importants

---

246. *Règles d'arbitrage de l'IAMC*.

247. *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (29 mai 2010), en ligne : International Bar Association.

248. *Règles d'arbitrage de l'IAMC*, Règle 4.13.4.

pour son issue, un privilège prévu par des règles juridiques ou un fardeau déraisonnable.

En ce qui concerne la communication d'informations électroniques, le domaine de l'arbitrage commercial subit les mêmes pressions que celui du litige, comme l'ont constaté les commentateurs.<sup>249</sup> Heureusement, la souplesse inhérente au processus d'arbitrage, lorsque les avocats et les arbitres savent en tirer profit, contribue à la gestion efficace de cet enjeu. Les préoccupations concernant la production raisonnable et restreinte de documents sont également traitées dans les Règles de l'IAMC, en particulier la Règle 4.13.4 (a) (ii) qui précise que, dans le cas de documents électroniques, « la partie requérante doit indiquer des fichiers précis, des termes de recherche, des personnes ou d'autres modes de recherche permettant de retracer les Documents de manière efficace et économique ».

Les parties aux procédures d'arbitrage doivent savoir que, même si la portée de leur obligation de production est restreinte, elles devront peut-être déployer des efforts importants pour s'en acquitter. À moins que le client n'ait une bonne connaissance de l'affaire, notamment en ce qui concerne les documents qui seront pertinents et l'endroit où ils sont conservés, il peut être nécessaire de procéder à une collecte et à un examen complet des documents. Il importe en outre de tenir compte d'autres procédures éventuelles dans lesquelles l'étendue de cette obligation pourrait être plus vaste. L'intégration de telles procédures dans le plan de projet de la procédure d'arbitrage permet de réaliser des gains d'efficacité et des économies d'échelle. En revanche, les projets de collecte et de traitement des ISE dans le contexte d'un litige devraient viser et inclure à

---

249. Richard D. Hill, « *The New Reality of Electronic Document Production in International Arbitration: A Catalyst for Convergence?* ». *Electronic Disclosure in International Arbitration* (2008) 25:1 Arb.

la fois les catégories d'ISE susceptibles d'être invoquées et celles pour lesquelles on peut raisonnablement anticiper une demande de divulgation. En général, bien que la portée de la communication soit moindre dans les procédures d'arbitrage, l'envergure initiale de la préservation et de la collecte des données ne sont pas très différentes dans la pratique.

**Principe 11. Des sanctions peuvent être justifiées lorsqu'une partie subit un préjudice sérieux du fait qu'une autre partie ne respecte pas ses obligations d'administration de la preuve relatives aux informations sur support électronique.**

Dans certaines circonstances, le non-respect par une partie de ses obligations d'administration de la preuve relatives aux ISE est susceptible de miner la saine administration de la justice. Ainsi, faute de sanctions appropriées dans les cas de destruction intentionnelle, insouciance, par négligence ou de mauvaise foi, ou la non-communication d'éléments de preuve électroniques, les avantages qu'une partie pourrait tirer d'une telle conduite (p. ex. le rejet des actions déposées contre elle en raison de l'absence de preuve ou la possibilité d'éviter des jugements pécuniaires éventuels) peuvent représenter des incitations inappropriées concernant le traitement des ISE.

En raison de l'évolution constante des technologies de l'information, de la volatilité et de l'obsolescence rapide de certaines formes d'ISE, et du fardeau et des complications inévitables liées au volume croissant de documents électroniques, les parties peuvent omettre de préserver ou de communiquer certains éléments de preuve pertinents. Pour déterminer la sanction appropriée en cas de non-communication ou de destruction d'ISE, le tribunal peut tenir compte du contexte, de la portée et des répercussions de la non-communication. Plus particulièrement, les facteurs suivants sont pertinents : le degré de culpabi-

lité de la partie, l'intention ou le motif qui sous-tend la destruction ou la non-communication, la capacité technique de la partie à traiter des ISE, les politiques de conservation de la partie, la question de déterminer si des documents essentiellement préjudiciables ont été détruits, les coûts et le fardeau liés aux efforts qui auraient été requis pour préserver les documents en question, le préjudice causé à la partie requérante et l'incidence de la perte des ISE sur la capacité du tribunal à trancher équitablement les questions en litige.

*Commentaire 11.a. Délit de destruction de la preuve  
(« tort of spoliation »)*

La destruction d'éléments de preuve n'est pas encore reconnue à titre de délit distinct au Canada.<sup>250</sup>

Bien que dans l'arrêt *Endean v. Canadian Red Cross Society*,<sup>251</sup> la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que la destruction d'éléments de preuve ne crée pas de délit distinct, d'autres tribunaux ont refusé d'écarter les allégations de délit de destruction de la preuve dans des actes de procédure.<sup>252</sup>

Dans *Spasic (Estate) v. Imperial Tobacco Ltd.*, le défendeur a présenté une requête visant la radiation de certains paragraphes de la déclaration de la demanderesse au motif que ces passages ne révélaient aucune cause d'action raisonnable. Le juge saisi de

---

250. *Spasic, supra*, note 58 (autorisation d'interjeter appel devant la CSC rejetée).

251. *Endean v. Canadian Red Cross Society*, 1998 CanLII 6489 (BC CA) [*Endean*], paragr. 9 et 20 à 34.

252. *Spasic, supra*, note 58, paragr. 15 à 26; *Cummings v. MacKay*, 2003 NSSC 196, paragr. 15 et 16 (CanLII), conf. 2004 NSCA 58, paragr. 9 (CanLII); *Kacperski v. Orozco*, 2005 ABCA 179, paragr. 4 à 9 (CanLII), mais voir *Logan, supra*, note 111, paragr. 41 et 42.

la requête a accueilli celle-ci en première instance pour les paragraphes concernant les allégations de destruction de la preuve en faisant valoir qu'il n'existe aucune cause d'action distincte pour ce délit en Ontario. La Cour d'appel a jugé que les allégations de destruction de la preuve ne devaient pas être radiées et qu'il fallait permettre la présentation des réclamations à cet égard au procès, puisque les quelques instances au Canada où l'on avait examiné la question n'avaient fourni aucune conclusion définitive.

Dans *Western Tank & Lining Ltd. v. Skrobutan et al.*,<sup>253</sup> la Cour a déterminé que « [TRADUCTION] les actes de destruction de la preuve peuvent constituer un délit distinct », mais a résolu la question dans cette affaire en tirant une conclusion défavorable à cet égard au lieu d'accorder des dommages-intérêts.<sup>254</sup> Dans *CMT et al v. Government of PEI et al.*,<sup>255</sup> la Cour a examiné la preuve à la lumière des éléments du délit de destruction de la preuve, mais a conclu que le délit n'était pas applicable.<sup>256</sup>

Certains commentateurs préconisent la création d'un délit de destruction de la preuve. Par exemple, en 2004, le British Columbia Law Institute a conclu que la création d'un délit distinct concernant la destruction d'éléments de preuve comblerait plusieurs lacunes dans le droit.<sup>257</sup>

---

253. *Western Tank & Lining Ltd. v. Skrobutan et al.*, 2006 MBQB 205 (CanLII) [*Western Tank*].

254. *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, a. 31.8. [*Loi sur la preuve au Canada*], paragr. 22.

255. *CMT et al v. Government of PEI et al.*, 2019 PESC 40 (CanLII).

256. *Ibid.*, paragr. 608, 635 à 639.

257. British Columbia Law Institute, *Report on Spoliation of Evidence*, BCLI Report No. 34 (novembre 2014), p. 36 à 46, en ligne : <[http://www.bcli.org/sites/default/files/Spoliation\\_of\\_Evidence\\_Rep.pdf](http://www.bcli.org/sites/default/files/Spoliation_of_Evidence_Rep.pdf)>.

***Commentaire 11.b. Les règles de la preuve et la destruction d'éléments de preuve***

Au Canada, dans les provinces de common law, la législation qui régit les cas de destruction d'éléments de preuve (« spoliation ») poursuit son évolution, particulièrement en ce qui concerne les ISE. Le droit régissant la destruction de la preuve émane du principe « *omnia praesumuntur contra spoliatores* », qui est un principe du droit de la preuve selon lequel un tribunal peut tirer une conclusion défavorable à l'égard d'une partie reconnue coupable de la destruction ou de la suppression d'éléments de preuve.<sup>258</sup>

La revue la plus complète de la jurisprudence canadienne concernant la théorie de destruction de la preuve en common law figure dans la décision *McDougall v. Black and Decker Canada Inc.*<sup>259</sup> Dans cet arrêt, la Cour a résumé ainsi le droit canadien concernant la destruction d'éléments de preuve :

- La destruction de la preuve (« spoliation ») désigne actuellement la destruction intentionnelle d'éléments de preuve pertinents dans le cadre d'un litige en cours ou anticipé.<sup>260</sup>
- Le recours principal en cas de destruction de la preuve est l'imposition d'une présomption de

---

258. *Zahab v. Salvation Army in Canada*, 2008 CanLII 41827 (ON SC), paragr. 20, citant *Prentiss v. Brennan*, [1850] OJ No 283 (Cour de la Chancellerie du Haut-Canada). Voir également *Gladding Estate v. Cote*, 2009 CanLII 72079 (ON SC), paragr. 36 : Le tribunal ne tirera une conclusion défavorable que s'il existe « [TRADUCTION] une preuve réelle et claire d'altération ».

259. *McDougall*, *supra*, note 58.

260. Voir aussi *Stilwell v. World Kitchen Inc.*, 2013 ONSC 3354 (CanLII), paragr. 55 [*Stilwell*]; *Blais v. Toronto Area Transit Operating Authority*, 2011 ONSC 1880 (CanLII) [*Blais*], paragr. 72.

fait réfragable que la preuve perdue ou détruite nuirait à la cause de la partie spoliatrice. Il est possible de renverser cette présomption en produisant d'autres éléments de preuve qui démontrent que la partie spoliatrice n'avait pas l'intention d'influer sur le litige en détruisant les éléments de preuve ou qui établissent le bien-fondé de sa cause ou l'absence de fondement des moyens invoqués contre elle.

- Même lorsque la destruction des éléments de preuve est involontaire, il existe des recours dans les règles de procédure et découlant du pouvoir inhérent des tribunaux de prévenir les abus de procédure. Ces recours peuvent notamment prendre la forme de l'exclusion des rapports d'expert et le refus des dépens.
- Les tribunaux n'ont pas encore déclaré que la destruction intentionnelle de la preuve constitue un délit intentionnel ni qu'il existe un devoir de préserver la preuve en vertu du droit en matière de négligence, bien que ces questions ne soient pas encore résolues dans la plupart des ressorts.
- En général, il est préférable d'aborder au procès les questions visant à déterminer s'il y a eu destruction de la preuve et, dans l'affirmative, la mesure de redressement appropriée, puisque le juge pourra alors considérer tous les faits et élaborer une solution adéquate.
- Des mesures de réparation avant le procès sont parfois envisagées dans le cas exceptionnel où une partie est particulièrement désavantagée par la destruction d'éléments de preuve. De telles mesures s'inscrivent généralement dans les règles de procédure applicables ou sont exercées en vertu du pouvoir discrétionnaire général

des tribunaux relativement aux dépens et à la répression des abus de procédure.

Plus récemment, dans l'affaire *Nova Growth Corp. v. Andrzej Roman Kepinski*,<sup>261</sup> la Cour a conclu qu'un constat de destruction de la preuve doit satisfaire quatre critères pour être établi selon la prépondérance des probabilités :

1. La preuve manquante doit être pertinente;
2. La preuve manquante doit avoir été détruite intentionnellement;
3. Au moment de la destruction, un litige doit être en cours ou envisagé;
4. Il doit être raisonnable de déduire que la preuve a été détruite dans le but d'affecter l'issue du litige.

En général, une partie n'est pas tenue d'invoquer la destruction de la preuve pour se prévaloir de cette règle de la preuve.<sup>262</sup> Cependant, une partie serait avisée de fournir un avis au responsable présumé avant de soulever la question de la destruction d'éléments de preuve au procès. Dans le contexte particulier de la destruction d'ISE, le responsable présumé pourrait être en mesure de trouver les éléments de preuve perdus en prenant des mesures au-delà de ce qui est normalement requis, par exemple en récupérant les fichiers supprimés ou en obtenant les ISE auprès d'un tiers.

Les règles de procédure des tribunaux dans les diverses provinces ne fournissent guère d'indications traitant précisément de la destruction d'éléments de preuve. Cela dit, en Nouvelle-

---

261. *Nova Growth Corp. et al v. Andrzej Roman Kepinski et al*, 2014 ONSC 2763 (CanLII).

262. *Spasic, supra*, note 58, paragr. 25 (autorisation d'interjeter appel devant la CSC rejetée); *Blais, supra*, note 260, paragr. 85.

Écosse, les *Règles de procédure civile* ont été modifiées pour inclure des dispositions qui énoncent expressément les devoirs de préservation et de communication de renseignements électroniques, ainsi que les conséquences d'un défaut d'exécution.<sup>263</sup>

*Commentaire 11.c. Destruction d'éléments de preuve par négligence*

Dans *McDougall v. Black & Decker Canada Inc.*,<sup>264</sup> la Cour d'appel de l'Alberta a établi une distinction entre la destruction de la preuve, soit la destruction *intentionnelle* d'éléments de preuve,<sup>265</sup> et la destruction de la preuve *par négligence ou imprudence*. Dans ce dernier cas, la Cour a conclu que « [TRADUCTION] lorsque la preuve a été perdue ou détruite par négligence ou imprudence, il n'est pas approprié d'appliquer la présomption selon laquelle la preuve se retournerait contre la personne qui a détruit des éléments de preuve ». <sup>266</sup> Toutefois, « [TRADUCTION] lorsque la preuve n'a pas été détruite intentionnellement, mais par négligence, les règles de pro-

---

263. *Les Règles de procédure civile de la Nouvelle-Écosse* traitent de la destruction des renseignements électroniques et prévoient que la suppression délibérée ou insouciance de renseignements électroniques pertinents (y compris toute activité connexe) peut être traitée sous le régime de la règle 88 – Abus de procédure. La règle 88 énumère diverses réparations en cas d'abus de procédure, notamment une ordonnance de rejet ou de jugement, une ordonnance visant l'indemnisation de chaque autre partie des pertes subies par suite de l'abus de procédure et des injonctions.

264. *McDougall*, *supra*, note 58.

265. Voir *Chow-Hidasi v. Hidasi*, 2013 BCCA 73 (CanLII), paragr. 29, qui confirme que la destruction de la preuve concerne une conduite intentionnelle (dans ce contexte, « intentionnelle » signifie « [TRADUCTION] la connaissance que les éléments de preuve sont nécessaires aux fins d'une action en justice »).

266. *McDougall*, *supra*, note 58, paragr. 24.

cédure propres au tribunal, la discrétion du juge de première instance en matière de coûts et de son devoir de contrôler les abus de procédure peuvent offrir certains recours ». <sup>267</sup>

Pour établir les périodes de conservation dans les politiques de gouvernance de l'information, les parties doivent tenir compte des répercussions des processus d'effacement ou de suppression automatique pour s'assurer que les approches choisies sont défendables sur le plan juridique.

*Commentaire 11.d. Sanctions en cas de destruction de la preuve*

La jurisprudence canadienne concernant les sanctions appropriées en cas de destruction des ISE est limitée, mais elle évolue. <sup>268</sup> Les tribunaux jouissent d'un vaste pouvoir discrétionnaire pour imposer les sanctions appropriées et proportionnelles eu égard à la nature et à la gravité relative de chaque cas de non-communication dans le contexte particulier.

Quoique les mesures de redressement en cas de destruction de la preuve soient généralement envisagées au procès, il est possible d'obtenir lors des procédures préliminaires un dédommagement dans le cas exceptionnel où une partie est particulièrement désavantagée par la destruction d'éléments de preuve. En règle générale, lorsqu'un dédommagement est accordé avant le procès, les faits montrent qu'il y a eu conduite intentionnelle

---

267. *Ibid*, paragr. 22.

268. Notez qu'il existe une volumineuse jurisprudence aux États-Unis sur la question des sanctions en cas de destruction d'éléments de preuve. Cependant, il faut uniquement considérer la jurisprudence américaine comme une source d'arguments convaincants, puisque les règles de procédure comportent des différences importantes, notamment quant aux conséquences possibles en matière de dépens en cas de non-communication et de destruction d'éléments de preuve.

ou qu'une partie ou l'administration de la justice subira un préjudice dans la préparation du dossier en vue du procès.<sup>269</sup>

La pénalité la plus sévère imposée par un tribunal canadien concerne l'affaire *Brandon Heating and Plumbing (1972) Ltd. et al v. Max Systems Inc.*,<sup>270</sup> dans laquelle la demanderesse s'était engagée à préserver du matériel informatique, des disques et d'autres documents qui étaient essentiels pour la défense de la défenderesse. Cependant, le matériel informatique et les logiciels ont été remplacés lors du cycle de remplacement normal, rendant ces éléments de preuve inaccessibles. Le tribunal conclut que la destruction était intentionnelle et que le préjudice subi par la défenderesse justifiait le rejet de l'action de la demanderesse.

Lorsque des tribunaux ont conclu à la destruction d'éléments de preuve, ils ont pris les mesures de redressement suivantes avant le procès :

1. tirer une conclusion défavorable dans le cadre d'une demande de décision interlocutoire;<sup>271</sup>
2. interdire l'utilisation (lors du procès) de tout rapport ou autre élément de preuve se rapportant à la preuve détruite;<sup>272</sup>
3. interdire l'utilisation (lors du procès) d'éléments de preuve trouvés ultérieurement;<sup>273</sup>
4. procéder à l'interrogatoire de l'expert et à l'examen des notes et des photos de l'expert;<sup>274</sup>

---

269. *Cheung v. Toyota*, 2003 CanLII 9439 (ON SC) [Cheung]; *Western Tank, supra*, note 253.

270. *Brandon Heating & Plumbing (1972) Ltd. et al v. Max Systems Inc.*, 2006 MBQB 90 (CanLII) [Brandon Heating].

271. *Western Tank, supra*, note 253.

272. *Cheung, supra*, note 269, paragr. 31.

273. *Jay v. DHL*, 2009 PECA 2, paragr. 73 (a) (CanLII).

274. *McDougall, supra*, note 58, paragr. 39.

5. déclarer un outrage civil (si la destruction viole une ordonnance);<sup>275</sup>
6. procéder à des interrogatoires préalables supplémentaires;<sup>276</sup>
7. rejeter la demande;<sup>277</sup>

Lors du procès, des tribunaux ont également accordé ces mesures de redressement :

1. tirer une conclusion défavorable;<sup>278</sup>
2. priver la partie qui a eu gain de cause des dépens;<sup>279</sup>
3. accorder des dépens spéciaux;<sup>280</sup>
4. exclure un rapport d'expert.<sup>281</sup>

En outre, les tribunaux dans certains ressorts ont le pouvoir d'imposer des sanctions si les parties n'arrivent pas à convenir d'un plan de communication préalable ou n'ont pas mis à jour ce plan. Par exemple, en Ontario, les tribunaux peuvent refuser

---

275. *Fuller Western Rubber Linings Ltd. v. Spence Corrosion Services Ltd.*, 2012 ABQB 163, paragr. 41 (CanLII).

276. *Apotex Inc. c. H. Lundbeck A/S*, 2011 CF 88, paragr. 34 à 37 (CanLII).

277. *Brandon Heating*, *supra*, note 270, paragr. 33.

278. *Forsey c. Burin Peninsula Marine Service Centre*, 2014 CF 974, paragr. 124 (CanLII); *Elsen v. Elsen*, 2010 BCSC 1830, paragr. 330 (CanLII); *Trans North Turbo Air Ltd. et al v. North 60 Petro Ltd. et al*, 2003 YKSC 18, paragr. 84 (CanLII).

279. *Farro v. Nutone Electrical Ltd.*, 1990 CanLII 6775 (ON CA).

280. *Endean*, *supra*, note 251, paragr. 33.

281. *Ibid*, paragr. 32; *Roe v. Warner Auto Mechanic*, 1996 CanLII 925 (ON CA); *Dyk v. Protec Automotive Repairs Ltd.*, 1997 CarswellBC 1872 (BCSC).

d'accorder des dépens ou une mesure de redressement relative à l'enquête préalable.<sup>282</sup>

Dans d'autres ressorts, l'absence d'une entente entraîne l'application des dispositions par défaut. En Nouvelle-Écosse, la règle 16 des *Règles de procédure civile* prévoit que les parties peuvent conclure une entente concernant certains aspects de la divulgation de renseignements électroniques. En l'absence d'une entente, ces *Règles de procédure civile* énoncent diverses règles par défaut qui sont applicables.<sup>283</sup> En Saskatchewan, la *Directive de pratique* régissant l'investigation informatique prévoit que les parties doivent s'entretenir et s'efforcer de s'entendre sur les questions relatives à l'administration de la preuve électronique. Lorsque les parties ne parviennent pas à s'entendre sur les questions relatives à l'utilisation de la technologie pour la préparation et la gestion d'un litige, la norme par défaut est précisée dans le *Protocole national générique en lien avec le Modèle national de règles de pratique pour l'utilisation de la technologie dans les litiges civils*<sup>284</sup> du Conseil canadien de la magistrature.

### *Commentaire 11.e. Réfuter la présomption de destruction de la preuve*

Au Canada, les règles de procédure des divers tribunaux ne prévoient aucune dispense formelle et aucun moyen de défense concernant la destruction d'éléments de preuve.<sup>285</sup> Toutefois, la

---

282. *Règles de procédure civile de l'Ontario*, règle 29.1.05; *TELUS*, *supra*, note 117; *Petrasovic*, *supra*, note 104.

283. *Règles de procédure civile de la Nouvelle-Écosse*, règle 16.

284. Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, *Directive de pratique n° 1 (Lignes directrices sur l'investigation informatique)* : 1<sup>er</sup> juillet 2013, Saskatchewan.

285. Jusqu'en 2015, la règle 37 e) des *Federal Rules of Civil Procedure* des États-Unis établissait une « absence de sanctions » prévoyant que, à moins de circonstances exceptionnelles, un tribunal ne peut pas imposer des sanctions à une partie ne peut fournir des ISE perdues à la suite de l'exploitation courante et de bonne foi d'un système d'information électronique. La règle a

jurisprudence de common law canadienne révèle que les tribunaux s'interrogent sur les circonstances dans lesquelles les éléments de preuve ne sont pas disponibles et les parties qui peuvent démontrer que l'impossibilité de présenter des éléments de preuve est le résultat de circonstances raisonnables pourraient réfuter les présomptions favorables à l'imposition de sanctions.<sup>286</sup>

Lorsque la partie intimée affirme qu'un document n'existe plus, le tribunal peut mener une enquête sur les pratiques et les politiques de gestion des documents de cette partie. Par exemple, dans *HMQ (Ontario) v. Rothmans Inc.*, le protonotaire Short a déclaré que les politiques de conservation des documents étaient pertinentes eu égard aux questions soulevées par la requête et « [TRADUCTION] dans la mesure où une telle politique, qui indiquerait si, à tout moment particulier, un type de document précis doit être préservé ou non (et pour combien de temps), est utile ».<sup>287</sup> Au Canada, on conclut généralement que, lorsqu'elle est effectuée dans le cours normal et habituel des affaires, conformément aux exigences réglementaires et statutaires et en l'absence d'une obligation de préservation, l'élimination des documents en vertu d'une politique raisonnable de gestion des documents est valable et permettra de réfuter une

---

été sensiblement modifiée en 2015 pour exiger que les parties prennent des mesures raisonnables pour préserver les ISE qui « auraient dû être préservées ».

286. *Leon v. Toronto Transit Commission*, 2014 ONSC 1600 (CanLII); *Stilwell*, *supra*, note 260.

287. *HMQ (Ontario) v. Rothmans Inc.*, 2011 ONSC 1083 (CanLII), paragr. 92.

conclusion de destruction de la preuve.<sup>288</sup> En revanche, les tribunaux se sont montrés enclins à tirer des conclusions défavorables dans les circonstances où le défaut de produire un document est lié à la destruction de celui-ci dans le cadre d'une procédure ad hoc<sup>289</sup> ou d'une procédure de conservation assortie de périodes déraisonnablement courtes.<sup>290</sup>

Enfin, dans certains cas, les parties ont numérisé des documents et ne peuvent plus produire les originaux papier. En général, la numérisation des documents n'est pas suffisante pour établir une présomption de destruction de la preuve. Pour déterminer l'admissibilité des documents électroniques numérisés au lieu des originaux papier, certaines juridictions permettent la présentation d'une preuve relative aux normes et aux pratiques exemplaires mises en œuvre par l'organisation dans le contexte de la création et du stockage des documents numérisés.<sup>291</sup>

---

288. *Stevens v. Toronto Police Services Board*, 2003 CanLII 25453 (ON SC). Voir aussi *Moutsios v. Bank of Nova Scotia*, [2011] QJ No 1014, 2011 QCCS 496 (CanLII) : le tribunal a conclu que la politique de la banque de détruire les documents fermés et inactifs après six ans était raisonnable. Le fait de demander à la Banque de conserver des certificats de placement garanti pour prouver le paiement de ces certificats forcerait celle-ci à préserver ses documents éternellement, ce qui n'est pas raisonnable.

289. *Moezzam Saeed Alvi v. YM Inc.*, 2003 CanLII 15159 (ON SC); *Ontario v. Johnson Controls Ltd.*, 2002 CanLII 14053 (ON SC).

290. *Moezzam Saeed Alvi v. YM Inc. (sales)*, 2003 CanLII 15159 (ON SC), paragr. 48; *Ontario v. Johnson Controls Ltd.*, 2002 CanLII 14053 (ON SC), paragr. 50 et 51.

291. Voir la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5, art. 31.2; *Alberta Evidence Act*, RSA 2000, c. A-18, art. 41.4; *Saskatchewan Evidence Act*, SS 2006, c. E-11.2, art. 56; la *Loi sur la preuve au Manitoba*, C.P.L.M. c. E150, art. 51.3; *Loi sur la preuve* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. E.23, art. 34.1(5.1); *Evidence Act* de la Nouvelle-Écosse, RSNS 1989, c. 154, art. 23D; la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ c. C-1.1, art. 6.; et voir le renvoi à l'article 23(F) de l'*Evidence Act* de la Nouvelle-Écosse, RSNS 1989, c. 154 dans l'arrêt *Saturley v. CIBC World Markets Inc.*, 2012 NSSC 226 (CanLII). Ces normes ne sont pas obligatoires. Voici certaines normes communes utilisées

Des questions semblables se posent lorsque des limites technologiques rendent la production de certains types de fichiers inutilement coûteuse, voire impossible, par exemple s'il faut extraire des courriels stockés dans des systèmes désuets ou caviarder des plans et de feuilles de calcul complexes. Dans de tels cas, les parties peuvent convenir que la production de fichiers dans un format différent (par exemple, au format PDF) est adéquate tant qu'il existe des indices de fiabilité suffisants.

Il est important de distinguer l'approche des tribunaux en matière de sanctions en cas de destruction d'éléments de preuve de leur approche en matière de sanctions en cas de violation d'une ordonnance judiciaire. 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 communication de documents (ou autres défauts similaires) ont été analysés dans l'affaire *Zelenski v. Jamz*.<sup>292</sup> Le tribunal y a statué qu'il était approprié de tenir compte notamment des facteurs suivants : 1) l'importance et la nature des actes fautifs; 2) la preuve que les actes fautifs ont été commis intentionnellement ou par négligence; 3) le préjudice subi et, en particulier, l'incidence du défaut sur la capacité de la partie adverse d'intenter

---

par les organisations : Office des normes générales du Canada, en ligne : Services publics et Approvisionnement Canada; Conseil canadien des normes, CAN/CGSB 72.34-2005 Enregistrements électroniques utilisés à titre de preuves documentaires, en ligne : Conseil canadien des normes; Conseil canadien des normes, Microfils et images électroniques – preuve documentaire (CAN/CGSB-72.11-93, modifiée en 2000), en ligne : Conseil canadien des normes; Organisation internationale de normalisation (ISO), ISO/CD 15489-1 Information et documentation – Gestion des documents d'activité, en ligne : ISO; et ARMA International – *Generally Accepted Recordkeeping Principles*, en ligne : ARMA.

292. *Zelenski v. Zelenski*, 2004 MBQB 256, paragr. 19 (CanLII), conf.; *Zelenski v. Jamz*, 2005 MBCA 54 (CanLII).

une action ou de présenter sa défense; 4) le bien-fondé de la demande ou de la défense de la partie en défaut; 5) la possibilité d'imposer une sanction, autre que le rejet de la demande, qui tiendra compte du préjudice subi par la partie adverse; 6) la probabilité qu'une sanction, autre que le rejet de la demande, mettra un terme au comportement fautif.

**Principe 12.** Les coûts raisonnables liés à toutes les phases d'administration des informations sur support électronique devraient en général être assumés par la partie qui communique les informations. Dans de rares cas, il peut s'avérer approprié que les parties s'entendent sur une répartition différente des coûts à titre provisoire, ou obtiennent une ordonnance du tribunal à cet effet.

*Commentaire 12.a. Transfert des coûts provisoire*

Dans la plupart des provinces et des territoires du Canada, les coûts liés à la communication d'éléments de preuve sont généralement assumés par la partie qui doit les communiquer, au moment où ces coûts sont engagés. 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 gagnante, ce qui, en général, comprend la répartition des coûts liés à la communication des ISE à l'étape de l'administration de la preuve dans le cadre d'un litige.<sup>293</sup>

---

293. Voir, par exemple, l'article 3.1 des directives de pratique intitulées *Practice Direction Re: Electronic Evidence* (juillet 2006) de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, en ligne : The Courts of British Columbia <[https://www.bccourts.ca/supreme\\_court/practice\\_and\\_procedure/electronic\\_evidence\\_project.aspx](https://www.bccourts.ca/supreme_court/practice_and_procedure/electronic_evidence_project.aspx)>. Les directives prévoient que les frais raisonnables engagés pour se conformer à ces dernières, « [TRADUCTION] y compris les dépenses liées à l'embauche et aux services de conseillers techniques internes

Au Canada, un tribunal a le pouvoir d'ordonner que les coûts liés à la production d'ISE soient transférés à une partie autre que celle qui a communiqué ces ISE, et ce, à tout moment au cours du litige. Toutefois, les décisions entraînant ce type de transfert de coûts sont assez rares dans la jurisprudence canadienne. Souvent, la mention d'une requête de transfert des coûts permet de réunir les deux parties, qui peuvent discuter d'une approche proportionnelle à la portée de la communication de la preuve.

À l'étape de l'enquête préalable, les tribunaux continuent pour la plupart de suivre les règles traditionnelles et refusent de transférer les coûts liés à la communication des ISE. Dans

---

ou externes », peuvent être réclamés en vertu des *Rules of Court*. Voir aussi *Doucet v. Spielo Manufacturing Inc.*, 2012 NBQB 324 (WL). Il s'agissait d'une évaluation du mémoire de dépens afférents à l'action et à l'appel, soumis par les intimés. Avant le procès, le tribunal avait émis une ordonnance de production de documents prescrivant aux intimés de permettre aux appelants d'accéder au système informatique de Spielo. Le juge saisi de la requête était conscient, au moment d'émettre l'ordonnance, du coût et de l'étendue potentiels de l'opération. Lors de l'audience sur la requête, ce coût avait été estimé à 40 000 \$, mais le coût final fut établi à 22 966,81 \$. Malgré l'argument des appelants selon lequel les intimés auraient pu respecter l'ordonnance en employant une méthode assortie d'un coût moindre, le greffier a accordé aux intimés l'ensemble des frais liés au rapport de l'expert-conseil en informatique. Bien que les intimés étaient la partie qui communiquait les documents et avaient donc, par conséquent, engagé les frais découlant de la phase préliminaire, ils avaient finalement eu gain de cause et avaient droit au remboursement de ces frais par les appelants, conformément à l'approche traditionnelle relative à la communication de la preuve. Voir également *Bank of Montreal v. 3D Properties*, 1993 CanLII 8918 (SK QB), paragr. 30 : « [TRADUCTION] Tous les coûts raisonnables engagés 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 ».

*Gamble v. MGI Securities*,<sup>294</sup> le tribunal a ordonné au défendeur de produire ses documents au format CSV<sup>295</sup> et a refusé d'attribuer au demandeur les coûts de ce processus. Dans sa décision, le tribunal mentionné les *Principes de Sedona Canada* et la disparité entre la capacité de chacune des parties d'assumer les coûts de la production. De même, dans *GRI Simulations Inc. v. Oceaneering International Inc.*,<sup>296</sup> le tribunal a estimé qu'il n'y avait aucune raison de s'écarter de l'approche traditionnelle de l'attribution des dépens à l'étape de la production. La partie qui communiquait les documents a donc assumé les coûts.

Pour décider s'il y a lieu de rendre une ordonnance provisoire transférant les coûts de production des ISE de la partie qui communique les éléments de preuve à une autre partie, il convient de tenir compte des facteurs suivants (liste non exhaustive) :

1. une tentative par une ou plusieurs des parties d'entamer des négociations pour convenir d'un plan d'enquête préalable
2. l'importance de la preuve que la partie concernée souhaite communiquer et l'incidence sur toute partie de l'impossibilité d'accéder aux renseignements demandés
3. le fardeau et les coûts, pour la partie qui communique les documents, du repérage, de la collecte, de l'examen et/ou de la production des ISE demandées, et la capacité de cette partie d'assumer ces coûts et ce fardeau
4. l'accessibilité des ISE demandées

---

294. *Gamble, supra*, note 174.

295. CSV signifie « Comma Separated Values ». Voir « *Sedona Conference Glossary* », *supra*, note 1, p. 281.

296. *GRI Simulations Inc. v. Oceaneering International Inc.*, 2010 NLTD 85 (CanLII). Voir aussi *Veillette v. Piazza Family Trust*, 2012 ONSC 5414 (CanLII).

5. les efforts déployés par les parties pour trouver une solution créative ou rentable à la demande de communication préalable
6. le cas échéant, si la partie qui communique les documents peut utiliser de nouvelles technologies ou méthodologies pour réduire les coûts (comme l'examen assisté par la technologie ou l'apprentissage actif en continu)
7. le refus d'une partie d'accepter des mesures favorisant la réduction des coûts, par exemple des dispositions de confidentialité ou une entente avec droit de reprise, et permettant d'éviter un examen juridique plus approfondi et coûteux
8. la mesure dans laquelle la demande est conçue pour permettre de trouver les ISE pertinentes
9. un cas de défaut de communiquer des ISE pertinentes qui ont probablement existé, mais auxquelles il est maintenant impossible d'avoir accès à partir de sources plus facilement accessibles, et le motif de l'inaccessibilité des sources
10. le coût total de la production (y compris les frais estimés pour le traitement et l'examen des documents recueillis) par rapport au montant en litige

Par exemple, le transfert des coûts à titre provisoire peut s'avérer approprié lorsque des ressources ou des efforts extraordinaires sont requis pour restaurer des données anciennes et archivées dans un format accessible (par exemple, en accédant à des supports de sauvegarde antisinistre, à des données résiduelles ou à des données provenant d'anciens systèmes). Dans de tels cas, obliger une partie à assumer les coûts élevés qu'exige

la restauration des données, s'il est possible de les récupérer, pourrait être injuste et même restreindre les ressources de cette partie pour présenter sa position sur le fond du litige. Pour ces motifs, il serait en général raisonnable que la partie qui exige de tels efforts paie, à tout le moins à titre provisoire, la totalité ou une partie des coûts.

En outre, l'administration de la preuve électronique peut entraîner des coûts internes importants pour les clients, ainsi que des honoraires extrajudiciaires et des dépenses pour les services confiés à des entreprises externes. Ainsi, il serait souhaitable de préciser, à l'échelle nationale, les règles de procédure en matière d'attribution des dépens afin que les coûts internes liés à l'administration de la preuve constituent des débours recouvrables dans certaines circonstances. Il faut maintenant considérer les débours à des tiers ou facturés à un client pour la gestion documentaire électronique comme étant standard.<sup>297</sup> Ces coûts pourraient donc être visés par une ordonnance de répartition des coûts.

*Commentaire 12.b. Conduite pendant le processus d'administration de la preuve et attribution des dépens*

La conduite des parties pendant l'administration de la preuve dans un litige devrait influencer sur l'attribution des dépens. Par exemple, les exigences relatives au plan d'enquête préalable peuvent avoir une incidence sur les dépens qu'un tribunal accorde.

Dans l'affaire *Koolatron v. Synergex*,<sup>298</sup> une partie a omis de produire plusieurs documents qu'elle s'était engagée à communiquer. Bien que la partie qui devait recevoir les documents ait eu gain de cause dans sa requête et qu'elle aurait eu droit à des

---

297. *Harris v. Leikin Group*, 2011 ONSC 5474 (CanLII).

298. *Koolatron v. Synergex*, 2017 ONSC 4245 (CanLII).

dépens, le tribunal ne les lui a pas accordés, parce qu'elle n'avait pas établi de plan d'enquête préalable définissant un processus de production efficace.

Dans l'affaire *LTS Infrastructure v. Rohl et al.*,<sup>299</sup> la partie devant communiquer des documents a accepté de réaliser l'indexation objective de ceux-ci dans un protocole d'échange de fichiers. Lorsque les parties ont échangé leurs documents, « [TRADUCTION] une quantité importante de documents comportait des dates erronées ». La Cour a convenu qu'un taux de précision de 100 % n'est pas réaliste, mais, comme elle avait accepté de procéder à l'indexation objective des documents dans le protocole d'échange, la demanderesse devait assumer les coûts liés à la correction des erreurs.

Les parties qui imposent un fardeau déraisonnable à la partie adverse en communiquant une très grande quantité de documents dans lesquels on a éliminé peu ou pas de données non pertinentes peuvent également être pénalisées. Dans la décision *Manchanda v. Thethi*,<sup>300</sup> le tribunal a indiqué : « [TRADUCTION] Il est question ici d'une vieille pratique abusive consistant à communiquer un lot mal organisé qui comprend un très grand nombre de documents, le tout pour imposer des coûts à la partie destinataire et créer chez elle un sentiment de confusion. Outre le fait que la partie qui communique les documents impose un fardeau chronophage important à la partie destinataire et oblige son avocat à organiser les documents, l'envoi d'une énorme quantité de fichiers peut également être un moyen de dissimuler des documents préjudiciables. Ainsi, un lot de fichiers non pertinents peut dissimuler des documents préjudiciables pour en diluer le contexte ». Le tribunal a condamné le défendeur à

---

299. *LTS Infrastructure, supra*, note 142.

300. *Manchanda v. Thethi*, 2016 ONSC 3776 (CanLII).

payer des frais d'indemnisation élevés, en partie car il avait adopté cette approche.

Puisque les coûts liés à la communication d'éléments de preuve électroniques sont souvent élevés et que le transfert des coûts est relativement rare, les parties doivent déployer des efforts de bonne foi pour maîtriser les coûts liés à l'administration de la preuve électronique. Il peut être injuste que la partie déboutée dans un litige doive payer pour un processus d'administration de la preuve bâclé, inefficace ou réalisé d'une manière qui a inutilement augmenté les coûts, et ce, même si elle n'a pas eu gain de cause. Les parties qui communiquent des documents doivent tirer parti des technologies qui optimisent leur efficacité lors du processus d'administration de la preuve, par exemple en misant sur l'apprentissage automatique pour l'examen des documents. Dans l'affaire *Le commissaire de la concurrence c. Live Nation Entertainment, Inc et autres*,<sup>301</sup> le Tribunal de la concurrence a explicitement encouragé « l'utilisation d'outils modernes pour favoriser le traitement des cas comportant beaucoup de documents lorsqu'ils sont aussi ou plus efficaces et efficaces que la méthode habituelle de collecte et d'examen de documents ». De même, dans *Cass v. 1410088 Ontario Inc.*,<sup>302</sup> le tribunal a refusé de rendre une ordonnance d'adjudication des dépens, en indiquant que « [TRADUCTION] si on avait utilisé des sources d'intelligence artificielle, il ne fait aucun doute que le temps de préparation de l'avocate aurait été beaucoup plus court »

---

301. *Live Nation, supra*, note 189.

302. *Cass v. 1410088 Ontario Inc.*, 2018 ONSC 6959 (CanLII).