



LES PRINCIPES DE SEDONA CANADA:

L'Administration de la Preuve Électronique

Un Projet de The Sedona Conference®
Groupe de Travail N° 7 (GT7)
Sedona Canada

JANVIER 2008

Tous Droits Réservés © 2008, The Sedona Conference®



Les Principes de Sedona Canada
L'administration de la preuve électronique
Groupe de travail N° 7 (GT7)

Comités directeur et de rédaction :

L'honorable Colin Campbell, Toronto (Ontario)
Robert J. C. Deane, Borden Ladner Gervais s.r.l., Vancouver,
(Colombie-Britannique)
Peg Duncan, Ottawa (Ontario)
David Gray, McCarthy Tetrault s.r.l., Montréal (Québec)
L'honorable J.E. Scanlan, Truro (Nova Scotia)
Dominic Jaar, Bell Canada, Montréal (Québec)
Glenn Smith, Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto (Ontario)
Susan B. Wortzman, Wortzman Nickle LLP, Toronto (Ontario), présidente
John H. Jessen, EED Inc., WA, conseiller en technologie

Tous droits réservés © 2008, The Sedona Conference®

Demande de réimpression :

Les demandes de réimpression et les informations relatives aux réimpressions doivent être acheminées à Richard Braman, directeur exécutif de The Sedona Conference®, à tsc@sedona.net ou en appelant au 1-602-258-0288 .

Les avis émis dans la présente publication expriment, à moins d'avis contraire, le consensus auquel sont arrivés les membres du Groupe de travail n° 7 de The Sedona Conference®.

Ils ne reflètent pas les convictions de chacun des membres, de leurs employeurs, de leurs clients, ni des organisations auxquelles ils appartiennent. Ils ne constituent pas nécessairement la position officielle de The Sedona Conference®.

* Cette publication a fait l'objet de discussions lors des rencontres du Groupe de travail n° 7, en plus d'être l'objet de nombreux commentaires et modifications de la part de ses membres. Merci à tous ceux qui ont participé au dialogue ayant mené à la rédaction de celle-ci. De plus, nous remercions l'ensemble de nos commanditaires annuels et ponctuels sans l'appui desquels il nous serait impossible de publier le matériel des Groupes de travail. Pour une liste des partenaires, veuillez cliquer sur "Sponsors" dans la barre de navigation de notre page web.

wgsSM

Copyright © 2008
The Sedona Conference®

Visit www.thesedonaconference.org

Préface

En mai 2006, un petit groupe d'avocats, de juges et d'experts en technologie se sont rencontrés à Mont-Tremblant, au Québec, afin d'initier un dialogue particulier et extraordinaire sur le phénomène de l'administration de la preuve électronique. La création du Groupe de travail n° 7 de The Sedona Conference®, « Sedona Canada », est attribuable à une reconnaissance grandissante du fait que l'administration d'éléments de preuve sur support électronique ne doit plus être perçue comme une particularité des litiges américains ou comme un phénomène exceptionnel dans le cadre de litiges commerciaux complexes en Ontario et en Colombie-Britannique. Elle devient rapidement partie intégrante de tous les litiges civils au Canada sans égard à l'importance des dossiers. L'administration de la preuve électronique commande la compréhension des membres du Barreau canadien et une approche commune fondée sur la raisonnable et la proportionnalité, qui puisse s'adapter aux différentes règles et pratiques locales. Pendant l'année qui a suivi, le Groupe de travail n° 7 s'est affairé à rédiger un ensemble de principes universellement acceptables portant sur l'administration de la preuve électronique dans le cadre de litiges canadiens. La version publique pour commentaires des lignes directrices intitulées *Les Principes de Sedona Canada* a été publiée en février 2007. Ce document a immédiatement attiré l'attention des professionnels du monde juridique et particulièrement de la magistrature dont les représentants recherchent des façons d'éviter et de réduire les coûts, les délais et l'antagonisme qui a été jusqu'ici associé à l'administration de la preuve électronique aux États-Unis et ailleurs. Le Groupe de travail n° 7 s'est de nouveau rencontré en septembre 2007 à Kananaskis, en Alberta, afin de prendre en considération les nombreux commentaires constructifs reçus à l'égard de la version publique pour commentaires et de finaliser cette première édition des *Principes de Sedona Canada*.

Nous tenons à remercier tous les membres du Groupe de travail pour leurs efforts, et plus particulièrement les membres du Comité directeur et du Comité de rédaction. Nous voulons également souligner que Sedona Canada a demandé et obtenu une assistance considérable des membres du Groupe de travail n° 1 de The Sedona Conference® aux États-Unis, qui ont initié une démarche semblable en octobre 2002 et publié la première version publique pour commentaires des lignes directrices intitulées *The Sedona Principles*, au mois de mars 2003. Cette publication et les éditions qui ont suivi ont été bien reçues par les tribunaux américains, tant comme ressource citée dans des jugements qu'à titre de contribution significative aux travaux ayant mené à la modification des *Federal Rules of Civil Procedure* en décembre 2006. Nous espérons que l'édition canadienne des *Principes de Sedona Canada* contribuera de façon tout aussi positive au développement du droit canadien.

Nous souhaitons aussi remercier les partenaires annuels et bienfaiteurs de la série des Groupes de travail; sans l'apport financier desquels ceux-ci ne pourraient atteindre leurs objectifs. Vous en trouverez la liste à l'URL : www.thesedonaconference.org/sponsorship.

The Sedona Conference® est un groupe de réflexion à but non-lucratif dont le siège social est à Sedona, en Arizona, et qui est voué à l'étude et au développement du droit dans les domaines des litiges complexes, du droit de la concurrence et de la propriété intellectuelle. Il a créé la Série des groupes de travail afin de rassembler les meilleurs avocats, consultants, universitaires et juristes afin qu'ils se penchent sur des problématiques mures pour des solutions ou qui requièrent un nouveau souffle afin de faire avancer le droit et les politiques. (Voir l'Annexe B pour plus d'information à propos de The Sedona Conference® et des Groupes de travail). Le produit des Groupes de travail est d'abord publié sous forme

de projet, distribué au public pour révision et commentaires. À la suite de la période de révision, le projet est revu et corrigé à la lumière des commentaires reçus. The Sedona Conference® espère et anticipe que les publications de ses Groupes de travail évolueront afin de devenir des sources de doctrine et d'usages dans le milieu juridique.

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

Richard G. Braman,
Directeur
The Sedona Conference®
Janvier 2008

Les Principes de Sedona Canada concernant l'administration de la preuve électronique

Un survol

- Principe 1 :** Les informations sur support électronique sont soumises aux règles d'administration de la preuve.
- Principe 2 :** Dans toute instance, les parties devraient s'assurer que les étapes suivies dans le cadre de l'administration de la preuve sont proportionnelles, eu égard à (i) la nature et l'importance du litige, incluant l'importance et la complexité des questions en litige, des intérêts et des montants en jeu; (ii) la pertinence des informations sur support électronique disponibles; (iii) l'incidence des informations sur support électronique sur le processus décisionnel du tribunal dans chaque instance; et aux (iv) coûts, fardeau et délais que les parties devront assumer afin de gérer les informations sur support électronique.
- Principe 3 :** Les avocats et les parties devraient se rencontrer dès que possible et régulièrement afin de discuter de l'identification, la préservation, la collecte, l'analyse et la communication des informations sur support électronique.
- Principe 4 :** Dès qu'il est raisonnable d'anticiper une poursuite, les parties devraient immédiatement envisager leur obligation de prendre de bonne foi des mesures raisonnables afin de préserver les ISE potentiellement pertinentes.
- Principe 5 :** Les parties devraient être prêtes à divulguer toutes les ISE pertinentes et raisonnablement accessibles eu égard aux coûts et au fardeau.
- Principe 6 :** Une partie ne devrait pas être contrainte de chercher et de recueillir les ISE supprimées ou résiduelles, à moins d'une entente entre les parties ou d'une ordonnance du tribunal démontrant le besoin et la pertinence de ces informations.
- Principe 7 :** Une partie peut remplir son obligation de communiquer des ISE en agissant de bonne foi en utilisant des outils et des processus électroniques, tels que l'échantillonnage de données et l'utilisation de critères de recherche afin de recueillir des ISE potentiellement pertinentes.
- Principe 8 :** Les parties devraient s'entendre dès que possible dans le cadre d'un litige sur le format de communication des ISE, ainsi que sur le format, le contenu et l'organisation des informations qui seront échangées dans toute liste de documents requise dans le cadre du processus de communication de la preuve.
- Principe 9 :** Dans le cadre de l'administration de la preuve électronique, les parties devraient s'entendre ou, s'il est nécessaire, obtenir une ordonnance de la cour, afin que des mesures soient prises pour protéger les informations privilégiées, les renseignements personnels, les secrets commerciaux et autres informations confidentielles.

- Principe 10 :** Dans le cadre du processus de l'administration de la preuve, les parties devraient respecter les règles du forum dans lequel se déroule le litige, en tenant compte de l'incidence que toute décision pourrait avoir sur des dossiers connexes se déroulant dans d'autres forums.
- Principe 11 :** Des sanctions devraient être imposées par les tribunaux lorsqu'une partie ne respecte pas ses obligations de préserver, de conserver, de recueillir, d'analyser ou de communiquer des ISE et cause un préjudice sérieux à l'autre partie. La partie défaillante pourrait éviter lesdites sanctions en démontrant que son manquement n'était ni intentionnel ni téméraire.
- Principe 12 :** Les coûts raisonnables liés à la préservation, la collecte et l'analyse des ISE devraient être assumés par la partie ayant l'obligation de les communiquer. Dans de rares cas, les parties devraient s'entendre sur une répartition différente des coûts à titre provisoire, ou obtenir une ordonnance de la cour à cet effet.

Avant-propos

C'est avec grand plaisir que nous écrivons l'avant-propos des *Principes de Sedona Canada*. À travers le Canada, il est maintenant reconnu que les documents électroniques soulèvent de nouveaux problèmes pour les parties, leurs avocats et la magistrature. L'application de règles qui sont statiques par nature soulève presque quotidiennement de nouvelles problématiques qui remettent en question le caractère approprié de ces règles.

Lorsqu'ont débuté, en Ontario, des travaux de rédaction de lignes directrices sur l'administration de la preuve électronique, plutôt que de propositions d'amendements aux règles de procédure, les participants comprenaient que, pour être efficaces, ces lignes directrices devaient s'appliquer au moins au niveau national et même, idéalement, au niveau international.

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

S'inspirant des travaux effectués en Ontario et de ceux de The Sedona Conference® ayant menés à la publication des lignes directrices américaines, Sedona Canada a entrepris des travaux pendant quelques jours au Mont-Tremblant et plus récemment à Kananaskis, qui ont été parmi les plus productifs et collégiaux de nos carrières.

Nous croyons avoir établi une série de principes s'appliquant à l'administration de la preuve électronique, conformes avec les règles d'administration de la preuve de toutes les provinces et de tous les territoires canadiens. Les *Principes* sont aussi compatibles aux règles fédérales de procédure civile des États-Unis et tiennent compte des différences importantes entre les pratiques en matière d'administration de la preuve. Depuis la publication en version préliminaire des *Principes de Sedona Canada*, plusieurs juridictions y ont fait référence dans divers projets visant de possibles changements aux règles et directives de pratique afin de s'adapter à l'administration de la preuve électronique. Au cours de la prochaine année, d'importantes révisions des règles en Colombie-Britannique et en Nouvelle-Écosse sont susceptible d'adopter les *Principes*. La Cour canadienne de l'impôt révisé actuellement ceux-ci afin de vérifier si des amendements aux règles et directives existantes seront nécessaires. En Ontario, un récent rapport sur le projet de réforme du système de justice civile a recommandé l'adoption de lignes directrices s'appuyant sur les *Principes*¹.

¹ L'Honorable Coulter A. Osborne, Q.C., "Projet de réforme du système de justice civile : Résumé des conclusions et des recommandations" (novembre 2007), en ligne : Ministère du Procureur général de l'Ontario. <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/about/pubs/cjrp/CJRP-Report_FR.pdf> Recommandation 32.

À quel type de cause les Principes s'appliquent-ils?

Certains considèrent encore à tort que les questions liées à l'administration de la preuve électronique sont principalement soulevées dans le cadre de dossiers d'envergure impliquant de grands cabinets. Pourtant, les documents électroniques font maintenant partie des plus petits dossiers civils, familiaux et criminels. Dans certains cas, les coûts engendrés par l'administration de la preuve dépassent le montant en litige.

Les questions liées à l'administration de la preuve électronique sont les mêmes qu'en matière d'administration de la preuve en général : la nécessité d'établir un plan concernant la conservation de l'information, l'évaluation de la proportion de la documentation qui pourrait se révéler pertinente et l'analyse coûts-avantages de cette démarche. Le dialogue entre les avocats et les parties à un litige civil est essentiel afin d'établir ensemble un plan que les clients puissent comprendre et qui leur permette d'apprécier les coûts afférents.

L'avenir

Les Principes de Sedona Canada constituent un travail de pionnier visant à énoncer des principes de base en matière d'administration de la preuve électronique qui peuvent s'appliquer à une vaste gamme de dossiers dans toutes les juridictions et nous espérons qu'ils seront cités dans les décisions et règles de pratique des différents tribunaux. *Les Principes* sont destinés à être constamment commentés, révisés et améliorés. Ceux qui ont contribué à leur élaboration prévoient un processus continu de révision.

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

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

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

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

L'honorable J. E. Scanlan
Cour suprême de la Nouvelle-Écosse
Truro (Nouvelle-Écosse)

Table des matières

Préface.....	i
Les Principes de Sedona Canada concernant l'administration de la preuve électronique - Un survol.....	iii
Avant-propos.....	v
Table des matières.....	vii
Introduction.....	1
L'administration de la preuve à l'ère électronique.....	1
1. L'administration de la preuve électronique.....	1
2. L'administration de la preuve électronique au Canada.....	1
3. Documents électroniques et documents papier.....	2
4. Nécessité d'établir des normes appropriées en matière d'administration de la preuve électronique.....	6
5. Transposition aux documents électroniques des normes applicables en matière d'administration de la preuve papier.....	7
6. Pourquoi les canadiens n'utilisent-ils pas les lignes directrices élaborées aux Etats-Unis.....	10
7. Conclusion.....	11
Principe 1.....	12
Les documents électroniques sont soumis aux règles d'administration de la preuve.....	12
Commentaire 1.a. Définition de documents électroniques.....	12
Pertinence.....	13
Commentaire 1.b. Lois sur le commerce électronique et amendements aux lois sur la preuve.....	14
Principe 2.....	15
Dans toute instance, les parties devraient s'assurer que les étapes suivies dans le cadre de l'administration de la preuve sont proportionnelles, eu égard à (i) la nature et l'importance du litige, incluant l'importance et la complexité des questions en litige, des intérêts et des montants en jeu; (ii) la pertinence des documents électroniques disponibles; (iii) l'incidence des documents électroniques sur le processus décisionnel du tribunal dans chaque instance; et aux (iv) coûts, fardeau et délais que les parties devront assumer afin de gérer les documents électroniques.....	15
Commentaire 2.a. La règle de la proportionnalité.....	16
Principe 3.....	18
Dès qu'il est raisonnable d'anticiper une poursuite, les parties devraient immédiatement envisager leur obligation de prendre de bonne foi des mesures raisonnables afin de préserver les documents électroniques potentiellement pertinents.....	18
Commentaire 3.a. Étendue de l'obligation de préservation.....	18
Commentaire 3.b. La préparation réduit les coûts et les délais.....	18
Commentaire 3.c. Mesures à prendre pour préserver des données.....	18
Commentaire 3.d. Avis concernant l'obligation de préservation dans les juridictions de common law.....	19
Commentaire 3.e. L'obligation de préservation au Québec.....	20
Commentaire 3.f. Aucun besoin de mesures extraordinaires.....	21
Commentaire 3.g. Ordonnances de préservation.....	21
Commentaire 3.h. Toutes les données ne doivent pas être gelées.....	22

Commentaire 3.i. Supports de sauvegarde antisinistre.....	22
Commentaire 3.j. Préservation des données partagées	24
Principe 4.....	26
Les avocats et les parties devraient se rencontrer dès que possible et régulièrement afin de discuter de l'identification, la préservation, la collecte, l'analyse et la communication des documents électroniques.....	26
Commentaire 4.a. Rencontres fréquentes	26
Commentaire 4.b. Participants aux rencontres	27
Commentaire 4.c. Préparation des rencontres	28
Identification.....	28
Préservation	28
Collecte et traitement	29
Processus d'analyse automatisée.....	29
Communication.....	29
Échéancier.....	30
Principe 5.....	31
Les parties devraient être prêtes à communiquer tous les documents électroniques pertinents et raisonnablement accessibles eu égard aux coûts et au fardeau	31
Commentaire 5.a. Étendue de la recherche des documents électroniques pertinents et raisonnablement accessibles	31
Commentaire 5.b. Tiers détenant des documents électroniques	34
Principe 6.....	35
Une partie ne devrait pas être contrainte de chercher et de recueillir les documents électroniques supprimés ou résiduels, à moins d'une entente entre les parties ou d'une ordonnance du tribunal démontrant le besoin et la pertinence de ces informations.....	35
Commentaire 6.a. Étendue de la recherche	35
Principe 7.....	37
Une partie peut remplir ses obligations de préservation, collecte, révision et communication des documents électroniques en utilisant de bonne foi des outils et des processus électroniques, tels que l'échantillonnage de données et l'utilisation de critères de recherche afin de recueillir des documents électroniques potentiellement pertinents.	37
Commentaire 7.a. Utilisation de critères de recherche.....	37
Commentaire 7.b. Réduction de la quantité de données	38
Filtrage	38
Élimination des documents en double	39
Échantillonnage des données informatiques	40
Commentaire 7.c. Révision.....	40
Principe 8.....	42
Les parties devraient s'entendre dès que possible dans le cadre d'un litige sur le format de communication des documents électroniques, ainsi que sur le format, le contenu et l'organisation des informations qui seront échangées dans toute liste de documents requise dans le cadre du processus de communication de la preuve.	42
Commentaire 8.a. Les documents et les données électroniques devraient être communiqués en format électronique	42

Commentaire 8.b. Entente quant au format.....	43
Commentaire 8.c. Listes de documents – Format et organisation.....	43
Principe 9.....	45
Dans le cadre de l’administration de la preuve électronique, les parties devraient s’entendre ou, s’il est nécessaire, obtenir une ordonnance de la cour, afin que des mesures soient prises pour protéger les informations privilégiées, les renseignements personnels, les secrets commerciaux et autres informations confidentielles.....	45
Commentaire 9.a. Divulgence accidentelle	45
Mesures de protection.....	45
Commentaire 9.b. Sanctions	46
Commentaire 9.c. Désignation d’experts par le tribunal afin de protéger les informations privilégiées	46
Commentaire 9.d. Protection d’informations privilégiées dans le contexte d’une communication modifiée soumise à un droit de reprise.....	47
Commentaire 9.e. Listes de documents – Privilège relatif au litige.....	47
Commentaire 9.f. Protection des informations confidentielles	48
Commentaire 9.g. Protection des renseignements personnels	48
Principe 10.....	50
Dans le cadre du processus d’administration de la preuve, les parties devraient respecter les règles du forum dans lequel se déroule le litige, en tenant compte de l’incidence que toute décision pourrait avoir sur des dossiers connexes se déroulant dans d’autres forums.....	50
Principe 11.....	51
Des sanctions devraient être imposées par les tribunaux lorsqu’une partie ne respecte pas ses obligations de préserver, de conserver, de recueillir, d’analyser ou de communiquer des documents électroniques et cause un préjudice sérieux à l’autre partie. La partie défaillante pourrait éviter lesdites sanctions en démontrant que son manquement n’était ni intentionnel ni négligent.....	51
Commentaire 11.a. Sanctions nécessaires	51
Commentaire 11.b. Jurisprudence canadienne	51
Commentaire 11.c. Jurisprudence américaine	52
Commentaire 11.d. Sanctions en cas de non-divulgence.....	53
Commentaire 11.e. Politiques raisonnables de gestion des documents	53
Principe 12.....	56
Les coûts raisonnables liés à la préservation, la collecte et l’analyse des documents électroniques devraient être assumés par la partie ayant l’obligation de les communiquer. Dans de rares cas, les parties devraient s’entendre sur une répartition différente des coûts à titre provisoire, ou obtenir une ordonnance de la cour à cet effet.....	56
Annexe A : Participants et observateurs du GT7	58
Annexe B : The Sedona Conference® Working Group Series.....	60

Introduction

L'administration de la preuve à l'ère électronique

L'administration de la preuve, et plus particulièrement la communication de documents, est une étape importante dans le cadre des litiges. Selon certains estimés, plus de 90 % des informations se retrouvent désormais sur support électronique. L'utilisation accrue et la diversité des technologies de l'information afin de créer des documents et de communiquer et gérer des données, a transformé la signification du terme « document ».

Pour les tribunaux et les avocats, dont la pratique s'inspire des traditions et des précédents, la vitesse des changements technologiques et commerciaux présente un défi de taille. *Les Principes* et les commentaires de Sedona Canada visent à définir l'approche actuelle et à offrir de nouvelles normes pratiques en matière d'administration de la preuve électronique.

1. L'administration de la preuve électronique

L'administration de la preuve électronique vise le processus de divulgation, communication et production des documents électroniques, notamment les courriels, les pages Web, les fichiers de traitement de texte, les bases de données informatiques et pratiquement toutes les informations mémorisées sur un ordinateur ou un autre dispositif électronique. En principe, les informations sont « sur support électronique » si elles existent sur un support accessible à partir d'un ordinateur ou d'un autre dispositif électronique, tel que la mémoire cache, les disques magnétiques (disques durs, disquettes, etc.), les disques optiques (DVD, CD, etc.) et les bandes magnétiques.

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

2. L'administration de la preuve électronique au Canada

Au Canada, les règles relatives à l'administration de la preuve se retrouvent dans les règles de procédure civile et les règles de pratique de chacune des provinces. Quant à l'administration de la preuve électronique, il existe deux catégories de règles complémentaires : celles qui exigent la communication de documents relatifs aux questions en litige et celles qui définissent le terme « document » pour les fins de communication, de façon à inclure toutes les informations nonobstant leur support.

Chaque province et territoire a un ensemble complet de règles qui régissent la communication, l'inspection, la diffusion, l'analyse, la dénonciation et la sauvegarde de documents qui sont potentiellement pertinents dans le cadre d'un litige². Bien que l'approche diffère d'une province à

² Les règles générales régissant la communication de documents se retrouvent dans les règles provinciales suivantes : Ontario, Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, R. 30.02; Alberta, Alberta Rules of Court, Règl. Alb. 390/1968, R. 193; Colombie-Britannique

l'autre, certaines règles provinciales sont très similaires³, et deux territoires⁴ ont même simplement adopté les règles d'une autre juridiction canadienne.

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

3. Documents électroniques et documents papier

Les documents électroniques entraînent des avantages et des inconvénients bien particuliers en matière d'administration de la preuve. Les différences subtiles, mais parfois importantes, entre les deux formats peuvent être regroupées en six grandes catégories.

A) Volume important et facilité de duplication

Il existe beaucoup plus de documents électroniques que de documents papier puisque les documents électroniques sont créés beaucoup plus rapidement.

Aujourd'hui, la plupart des ménages et des commerces au Canada ont accès à Internet. En 2005, 82 % des entreprises canadiennes du secteur privé utilisaient Internet, comparativement à 63,4 % en 2000. Les ventes en ligne sont passées de 5,7 \$ milliards en 2000 à 28,3 \$ milliards en 2004, et à 39,2 \$ milliards en 2005. Plus des trois quarts (77 %) des firmes utilisaient le courrier électronique, comparativement à 74 % en 2003 et 66 % en 2001⁶.

L'utilisation accrue du courriel et la multiplication de fichiers électroniques occasionnent des difficultés aux grandes entreprises. Une grande entreprise peut générer et recevoir des millions de courriels et de fichiers électroniques chaque jour. Quatre-vingt-douze pour cent des nouvelles informations sont mémorisées sur support magnétique, surtout sur disques durs, comparativement à 0,01 % sur papier⁷. Il n'est pas surprenant que l'utilisation accrue des fichiers électroniques par les entreprises ait entraîné une accumulation massive de données. Alors que quelques milliers de documents papier remplissent un classeur, une simple bande informatique, ou un disque dur de la taille d'un petit livre, peut contenir

et Yukon, Supreme Court Rules, Règl. C.-B. 221/90, R. 26; Manitoba, Règles de la Cour du Banc de la Reine, Règl. Man. 553/88, R. 30.02; Nouveau-Brunswick, Règles de procédure, Règl. du N.-B. 82-73, R. 31.02; Terre-Neuve et Labrador, Rules of the Supreme Court, S.N.L. 1986, c. 42, Sch. D R. 32.01, 32.04; Territoires du Nord-Ouest et Nunavut, Règles de la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest, Règl. 010-96, R. 219, 225 et 229; Nouvelle-Écosse, Judicature Act, R.S.N.S. 1989, c. 240, Civil Procedure Rules, R. 20.03, 20.04 et 20.05; Île-du-Prince-Édouard, Supreme Court Act, R.S.P.E.I. 1988, c. S-10, Rules of Civil Procedure, R. 30.02; Saskatchewan, Queen's Bench Act, R.S.S. 1978, c. Q-1, Queen's Bench Rules, R. 214; et Québec, Code de procédure civile, L.R.Q. c. C-25 art. 331.1.

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

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

⁵ Les définitions de « document » figurent dans les règles et loi suivantes des provinces : Québec, Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, L.R.Q., chapitre C-1.1, art. 3; Ontario, Règle 30.01; Alberta, Règle 186; Colombie-Britannique, Règle 1; Manitoba, Règle 30.01; Nouveau-Brunswick, Règle 31.01; Territoires du Nord-Ouest et Nunavut, Règle 218; Île-du-Prince-Édouard, Règle 30.01; et Saskatchewan, Règle 211.

⁶ Statistique Canada, « Commerce électronique et technologie, 2005 » (2005), en ligne : Statistique Canada <<http://www.statcan.ca/Daily/Francais/060420/tq060420.htm>>.

⁷ Lyman, Peter et Hal R. Varian, How Much Information, (2003), en ligne : UC Berkeley School of Information <<http://www.sims.berkeley.edu/how-much-info-2003>>.

l'équivalent de plusieurs millions de pages imprimées. Les sociétés accumulent souvent des milliers de ces disques et bandes pour mémoriser, transmettre, copier, sauvegarder et archiver des données.

La reproduction des documents électroniques est plus facile que la reproduction des documents papier. Par exemple, les utilisateurs de courriels envoient fréquemment le même courriel à plusieurs destinataires, qui, à leur tour, transfèrent souvent ce message, et ainsi de suite. En même temps, les logiciels de courrier électronique et les systèmes de transmission des messages créent automatiquement d'autres exemplaires lorsque les messages sont envoyés et renvoyés. De la même manière, d'autres logiciels d'affaires font automatiquement et périodiquement des copies des données, y compris les pages Web et les données de fichiers qui sont sauvegardées systématiquement afin d'éviter leur perte en cas de suppression accidentelle ou de défaillance du système.

B) Persistance – Les documents électroniques sont difficiles à détruire

Il est plus facile de se débarrasser des documents papier que des documents électroniques. Malgré une apparence de suppression, un document électronique peut demeurer sur une unité de sauvegarde électronique jusqu'à ce qu'elle fasse l'objet d'une réécriture. Dans l'affaire *Prism Hospital Software Inc. c. The Hospital Records Institute*⁸, les défendeurs ont communiqué des supports magnétiques, à partir desquels le demandeur a pu localiser une série de fichiers qui, malgré leur « suppression », existaient encore. La persistance des documents électroniques ne fait qu'augmenter la vitesse à laquelle ces données s'accumulent dans des endroits cachés sur les ordinateurs à l'insu des utilisateurs, qui ignorent peut-être même que l'information existe encore. Pour pallier aux difficultés liées à la suppression complète des documents électroniques, il existe des logiciels qui prétendent effacer complètement les données en les écrasant à de nombreuses reprises.

C) Les documents électroniques comportent des informations de pistage (métadonnées)

Les documents électroniques contiennent des métadonnées⁹, c'est-à-dire des informations concernant un fichier, générées par le système d'exploitation ou le logiciel et qui permettent à ceux-ci de mémoriser et de récupérer le fichier à une date ultérieure. L'accès à certaines métadonnées par un utilisateur nécessite l'utilisation d'outils spéciaux.

Les métadonnées contiennent certaines informations, telles que la référence de classement, les dates de création et d'édition, l'auteur et l'historique d'édition, ainsi que des centaines d'autres informations utilisées dans l'administration du système. Par exemple, les métadonnées de courriels contiennent certaines informations telles que les dates d'envoi, de réception, de réponse ou de transfert, les informations sur la copie conforme invisible (« cci ») et l'information provenant du carnet d'adresse de l'expéditeur. Les documents Internet contiennent des données cachées qui permettent l'échange d'information entre l'ordinateur d'un utilisateur Internet et le serveur sur lequel se retrouve le document Internet. Les balises méta (« meta tags ») permettent aux moteurs de recherche de localiser les sites Web qui répondent à certains critères de recherche précis. Les fichiers de témoins (« cookies ») sont des

⁸ *Prism Hospital Software Inc. v. The Hospital Records Institute* (1991), 62 B.C.L.R. (2d) 393 (S.C.).

⁹ Les métadonnées peuvent être utilisées afin de: générer le codage objectif (système de fichier et en-têtes de courriel); interpréter correctement le sens d'autres données (formules des tableurs); ou d'identifier des données cachées potentiellement pertinentes, comme le suivi des changements.

codes qui peuvent être intégrés dans un ordinateur (à l'insu de l'utilisateur) et qui permettent notamment de surveiller l'utilisation et de transmettre l'information à l'expéditeur des fichiers de témoins.

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

Les courriels peuvent contenir certaines métadonnées très utiles que l'on peut extraire et utiliser afin de générer les champs « destinataire », « expéditeur », « date » et « cc » pour les utiliser dans les outils d'analyse ou de soutien au litige. Contrairement aux informations possiblement erronées qui pourraient être transmises à partir d'un modèle, certaines métadonnées provenant de courriels sont généralement précises et leur saisie automatique permet de réduire les coûts et les délais¹⁰.

La sélection des métadonnées¹¹ qui doivent être préservées et communiquées représente un des défis les plus importants de l'administration de la preuve électronique.

D) Les documents électroniques sont souvent modifiés automatiquement (contenu modifiable)

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

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

¹⁰ Certains avertissements s'imposent : D'abord, il est possible que les métadonnées d'un courriel soient mal interprétées. Par exemple, l'heure d'envoi d'un courriel devrait être examinée minutieusement si l'émetteur et le récipiendaire sont des fuseaux horaires différents, puisque le fuseau horaire ne fait pas partie des métadonnées. Un courriel transmis à 11 h à Vancouver, c.-à-d. 14 h à Montréal, pourrait être interprété comme ayant été reçu à 14 h, heure de Vancouver. De plus, la date et l'heure d'envoi et de réception d'un courriel sont basées sur le réglage des dates et heures des ordinateurs des émetteurs et récipiendaires; Ainsi, si ces réglages sont inexacts, les métadonnées afférentes seront affectées. Pour terminer, mentionnons que certaines métadonnées peuvent être réinitialisées par l'utilisateur.

¹¹ Le terme « métadonnée » comprend les changements et les suppressions que subit un document lors du traitement de texte, ou les formules dans un tableur; l'information est de ce fait invisible lorsque le document est imprimé ou numérisé, c.-à-d., converti en un format équivalent au papier. En fait, ce genre d'information fait partie du fond d'un document et doit être conservé et, le cas échéant, communiqué.

Les applications bureautiques de base, telles que le courrier électronique, les logiciels de traitement de texte ou les tableurs ont aussi des fonctions dynamiques. L'ouverture d'un courriel peut modifier les données concernant la date et l'heure de celui-ci. Les métadonnées sont modifiées en fonction de la date et de l'heure, chaque fois qu'un tableur ou un document de traitement de texte est copié. Les fichiers auxquels sont joints ou intégrés d'autres fichiers peuvent être modifiés chaque fois qu'un de ces derniers est modifié¹².

L'utilisation accrue de logiciels collaboratifs permettant le partage de données entre plusieurs utilisateurs (groupes de travail « virtuels ») complique encore davantage l'administration de la preuve puisque les données contenues dans un dossier peuvent être modifiées à l'insu des utilisateurs.

Dans le cadre de l'administration de la preuve, la gestion de la nature dynamique des documents électroniques présentera continuellement des défis. Les présents principes et commentaires ont pour but de fournir des lignes directrices à suivre devant ce genre de difficultés.

E) Les documents électroniques nécessitent des programmes informatiques qui peuvent devenir désuets

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

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

F) Les documents électroniques peuvent être recherchés et dispersés

Les documents papier sont habituellement rassemblés dans quelques boîtes ou classeurs, alors que les documents électroniques peuvent se trouver à plusieurs endroits, tels que sur des disques durs d'ordinateurs de bureau, ordinateurs portatifs, serveurs de réseau, disquettes, CD, bandes de sauvegarde, etc. Plusieurs de ces documents électroniques pourraient être des duplicata; d'autres pourraient être

¹² Par exemple, un petit tableur qui a été copié dans un document de traitement de texte est un fichier joint. Si l'utilisateur modifie le tableur, la copie dans le document sera également modifiée.

d'anciennes versions rédigées par un seul employé ou par plusieurs employés qui partagent un même réseau.

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

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

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

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

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

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

Ce fardeau serait moins important s'il existait des normes que les parties et les tribunaux pouvaient suivre en matière de communication de documents électroniques. Sans ces normes, les parties sont contraintes de spéculer quant à leurs propres obligations, sous peine de diverses sanctions en cas d'erreur. Ainsi, plusieurs tribunaux, plus particulièrement aux États-Unis, ont constaté le manque d'encadrement dans ce domaine¹³. L'introduction des *Guidelines for the Discovery of Electronic Documents in Ontario*¹⁴ souligne également que les règles et la jurisprudence fournissent très peu d'orientation précise aux parties et à leurs avocats quant à la façon de respecter les obligations en matière d'administration de la preuve électronique.

Au Canada, les *Guidelines for the Discovery of Electronic Documents in Ontario (Ontario E-Discovery Guidelines)* constituaient la première tentative d'élaboration de lignes directrices sur les pratiques exemplaires en matière d'administration de la preuve électronique pour les tribunaux et les avocats en Ontario. Les lignes directrices de la Colombie-Britannique sont contenues dans une directive de pratique de la Cour supérieure de justice qui s'adresse aux avocats. D'autres provinces envisagent d'élaborer des directives semblables. Il demeure nécessaire d'établir des normes nationales en matière de pratiques exemplaires afin de régir les litiges qui se déroulent dans plusieurs juridictions et d'aider les tribunaux des provinces n'ayant pas élaboré de telles normes. Alors que quelques tribunaux canadiens se sont inspirés des *Ontario E-Discovery Guidelines* et des *Sedona Principles*, ces dernières ayant été élaborées pour le contexte juridique américain, il est préférable d'établir un ensemble de lignes directrices constituant une version canadienne des *Principes de Sedona*.

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

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

La compréhension de ces différences permettra aux tribunaux et aux parties de s'éloigner des pratiques habituelles, le cas échéant, tout en s'assurant que chaque litige soit résolu équitablement, de la façon la plus efficace et la moins onéreuse possible.

Plusieurs principes découlant de l'administration de la preuve papier peuvent nous éclairer dans le contexte de l'administration de la preuve électronique.

¹³ Voir par exemple l'affaire *Williams c. Sprint/United Management Co.* (2005), 230 F.R.D. 640; 2005 U.S. Dist. LEXIS 21966: «[TRADUCTION] Les tribunaux ne trouvent pas suffisamment d'orientation dans les règles fédérales ou la jurisprudence et, par conséquent, s'inspirent surtout des Principes et commentaires de The Sedona Conference en ce qui a trait aux nouvelles normes en matière de communication de documents électroniques...».

¹⁴ Discovery Task Force, *The Supplemental Discovery Task Force Report* (octobre 2005), en ligne : Association du Barreau de l'Ontario http://www.oba.org/en/pdf_newsletter/DTFFinalReport.pdf. Le Supplemental Report comprend les Guidelines for the Discovery of Electronic Documents in Ontario, préparées par le sous-comité sur la communication de la preuve électronique.

Exemple 1 : La pertinence

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

Exemple 2 : Les duplicatas

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

Par contre, l'application des *Principes* encadrant l'administration de la preuve papier peut entraîner des embûches et des coûts importants, parce que les parties ne tiennent pas compte du potentiel et des limites particulières des documents électroniques.

Exemple 3 : L'utilisation des outils de recherche

Lors de l'analyse des documents papier avant la communication, les avocats et les techniciens juridiques parcourent habituellement chacune des pages d'un document papier potentiellement pertinent afin de vérifier si on y mentionne une personne ou un événement qui répond aux critères de recherche. Les parties impriment fréquemment tous les documents électroniques potentiellement pertinents pour les analyser manuellement. Par contre, ce faisant, la partie qui communique les documents perd l'occasion de réduire substantiellement les délais et les coûts liés à l'analyse des documents en utilisant des outils de recherche automatisés. Ceux-ci permettent, par exemple, aux avocats d'utiliser des mots-clés pour effectuer des recherches dans les documents électroniques.

Exemple 4 : Des ordonnances de préservation applicables

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

A) Les pratiques en matière d'administration de la preuve papier sont souvent inapplicables aux documents électroniques

Tel que précédemment indiqué dans l'exemple 3, les recherches automatisées peuvent être plus rapides et moins coûteuses que l'analyse manuelle page par page des documents électroniques. Par conséquent, les parties peuvent juger opportun de s'éloigner des pratiques utilisées dans le cadre de l'administration de la preuve papier. Les parties peuvent prévoir l'utilisation d'outils automatisés qui facilitent la recherche d'informations pertinentes ou privilégiées parmi un important volume de documents électroniques.

Exemple 5 : Des limites raisonnables à la récupération de données

Il est plus simple et plus économique de récupérer des documents électroniques « détruits » que des documents papier « détruits ». Les méthodes d'enquête informatique permettent aux parties de récupérer ou de reconstituer les documents supprimés et même, dans certains cas, les documents qui semblent avoir été supprimés définitivement. Par contre, ceci ne devrait pas contraindre les parties à fournir des données ou des fragments de données supprimées. Habituellement, les étapes requises pour en arriver à la communication de ces données entraînent des coûts et des inconvénients la rendant injustifiable. Ici, l'analogie entre les documents électroniques et les documents papier est utile. Une partie qui communique des documents n'a pas l'obligation de communiquer les documents papier qu'elle a jetés. Dans l'arrêt *Rowe Entm't, Inc. c. The William Morris Agency, Inc.*¹⁵, le tribunal conclut que, une partie n'ayant pas l'obligation de fouiller dans les déchets à la recherche de documents papier qu'elle a jetés, n'a pas à assumer les frais liés à la récupération de courriels supprimés. Par contre, si on considère sérieusement qu'il y a eu destruction de documents, leur récupération pourrait être justifiée. De nouvelles technologies perfectionnées, toutefois fort coûteuses, permettent même de reconstituer des documents déchiquetés¹⁶.

Exemple 6 : Ne pas laisser les données prendre le dessus sur les besoins d'affaires

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

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

¹⁶ Voir Douglas Heingartner, *Back Together Again*, New York Times (juillet 2003), G1 (description d'une technologie permettant de reconstruire des documents déchiquetés par la police secrète d'Allemagne de l'Est).

B) Certaines règles élaborées pour l'administration de la preuve papier peuvent être adaptées à la preuve électronique

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

Les principes applicables en matière d'administration de la preuve papier peuvent être transposés au domaine électronique en déterminant si les différences entre les deux contextes sont importantes. Le cas échéant, la jurisprudence n'est probablement pas le modèle à suivre. Sinon, la jurisprudence en matière d'administration de la preuve papier pourrait constituer un bon point de départ.

Ainsi, dans l'Exemple 1, la communication est limitée aux documents pertinents malgré le support utilisé. Dans un contexte d'administration de la preuve papier, les employés n'ayant aucun lien avec le litige n'ont pas à effectuer de recherches dans leurs dossiers puisqu'ils n'y trouveront vraisemblablement pas de documents pertinents. Pour transposer les normes du domaine des documents papier au domaine électronique, il faut déterminer si les documents de ces employés sont plus pertinents puisqu'ils sont en format électronique? Puisque la réponse est négative, la norme applicable aux documents papier l'est également aux documents électroniques.

Par opposition, l'Exemple 3 illustre la nécessité de réviser les documents potentiellement qui devront être communiqués. Dans le contexte des documents papier, les techniciens juridiques et les avocats effectuent généralement une analyse page par page des documents, à la recherche de certains mots-clés. En transposant cette pratique au domaine électronique, on doit se demander si l'existence des documents en format électronique rend l'utilisation d'une autre technique plus efficace? Dans ce cas, la réponse sera positive si les documents électroniques existent dans un format permettant d'effectuer des recherches automatisées. Afin de répondre correctement à cette question, il faut maîtriser les attributs des documents électroniques en cause ainsi que les capacités et les limites des outils de création et de révision de ceux-ci.

6. Pourquoi les canadiens n'utilisent-ils pas les lignes directrices élaborées aux États-Unis

L'approche canadienne en matière d'administration de la preuve diffère de façon importante de l'approche américaine. Au Canada, à l'exception du Québec, les diverses règles de procédure civile fédérale et provinciales imposent habituellement aux parties au litige, l'obligation de communiquer les documents potentiellement pertinents. Aux États-Unis, l'obligation de communication découle de l'obligation de répondre à des demandes spécifiques de l'autre partie. Conséquemment, dans la mesure où un document n'est pas demandé, celui-ci n'aura pas à être produit même dans le cas où celui-ci est pertinent. Au Canada, les parties peuvent avoir des opinions divergentes quant à la pertinence, et ces divergences d'opinion risquent de demeurer inconnues jusqu'à ce que les parties échangent leurs listes de

documents ou qu'ils communiquent ces derniers. Il est donc possible qu'au moment de l'échange de cette liste, une information qu'une des parties ou la cour considère pertinente n'ait pas été préservée.

Le Québec est régi par un cadre législatif entièrement différent, qui ne prévoit pas d'obligation générale de communiquer les documents potentiellement pertinents au litige. Les documents électroniques y sont néanmoins fréquemment communiqués dans le cadre de l'administration de la preuve et des lignes directrices y sont conséquemment utiles.

Les normes qui régissent l'administration de la preuve prévoient la façon de communiquer les documents. Dans la plupart des provinces, elles exigent un affidavit ou une liste de documents. Le régime ontarien est caractéristique de l'approche utilisée partout ailleurs dans les provinces canadiennes de common law. En Ontario, chacune des parties doit signifier un affidavit dans lequel tous les documents pertinents aux procédures sont organisés en trois annexes. Dans l'annexe A, sont dénoncés tous les documents non-privilegiés qu'une partie a en sa possession, sous son contrôle ou sous sa garde; dans l'annexe B, tous les documents prétendument privilégiés qu'une partie a en sa possession; et dans l'annexe C, les documents qu'une partie a déjà eus en sa possession.

La règle de la présomption d'engagement qui se trouve dans les règles de la common law et de procédure civile canadienne constitue une autre différence importante. Cette règle prévoit que toutes les parties et leurs avocats s'engagent à ne pas utiliser les éléments de preuve ou les renseignements obtenus dans le cadre du processus d'administration de la preuve à des fins autres que celles de l'instance au cours de laquelle les éléments de preuve ou les renseignements ont été obtenus. L'Alberta et la Colombie-Britannique suivent cette règle bien qu'elle n'y soit pas codifiée alors qu'elle l'est dans les *Règles de procédure civile* de l'Ontario¹⁷.

Au Québec, le *Code de procédure civile*¹⁸ ne prévoit pas spécifiquement la préservation ou la communication de documents autres que les pièces qu'une partie entend invoquer lors de l'audience. Néanmoins, une partie pourrait se voir imposer l'obligation de divulguer certains documents spécifiques lorsque la partie adverse en fait la demande dans le cadre du processus d'administration de la preuve. Dans ce cas, il n'existe aucune obligation claire de préserver des informations électroniques à l'avance en prévision d'un litige autre que l'obligation générale de ne pas agir en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive ou déraisonnable¹⁹, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi prévues dans le *Code civil du Québec*.

7. Conclusion

Le Groupe de travail de Sedona Canada a étudié en profondeur les questions en se penchant plus particulièrement sur les ressemblances et les différences entre l'administration de la preuve électronique et papier, ainsi que sur les différentes pratiques canadiennes en cette matière. Les *Principes* suivants représentent le résultat de nos efforts de transposition des règles d'administration de la preuve classique à celle de la preuve électronique. Nous souhaitons que la communauté juridique discute et révise ces principes de façon continue afin d'assurer l'évolution de cet aspect important de la pratique du droit.

¹⁷ R.R.O. 1990, Règl. 194, R. 30.1.

¹⁸ L.R.Q. c. C-25, art. 331.1.

¹⁹ *Code de procédure civile*, L.R.Q. c. C-25, art. 4.1.

Principe 1

Les documents électroniques sont soumis aux règles d'administration de la preuve.

Commentaire 1.a. Définition de documents électroniques

Bien que les règles de pratique des provinces canadiennes et des cours fédérales, y compris celles de la Cour canadienne de l'impôt, prévoient plusieurs définitions différentes des termes « dossier » et « document », elles prévoient toutes que les documents électroniques doivent être communiqués dans le cadre de l'administration de la preuve. En pratique, les documents créés à l'aide de suite bureautique qui se trouvent sur les ordinateurs portatifs ou de bureau, les courriels et les messages instantanés, les bases de données financières et les sites Internet, constituent des sources caractéristiques de documents électroniques.

Le Canada, ses provinces et ses territoires ont établi un cadre législatif pour régir les documents électroniques et le commerce électronique. En 1998, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada a adopté la *Loi uniforme sur la preuve électronique*, amendant les règles existantes sur la preuve facilitant ainsi l'admissibilité des documents électroniques dans toute instance devant les tribunaux. En 1999, suite à cette initiative, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada a adopté la *Loi uniforme sur le commerce électronique*, s'inspirant de la *Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur le commerce électronique*(1996)²⁰, tout en recommandant qu'une telle loi soit adoptée par les gouvernements à travers le Canada.

Au niveau fédéral, la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*²¹ définit l'expression « document électronique » comme suit : « ensemble de données enregistrées ou mises en mémoire sur quelque support que ce soit par un système informatique ou un dispositif semblable et qui peuvent être lues ou perçues par une personne ou par un tel système ou dispositif. Sont également visés tout affichage et toute sortie imprimée ou autre de ces données. » La *Loi sur la Preuve au Canada*²² 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*²³, qui définit le terme « document » de la façon suivante :

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

²⁰ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation, A/RES/51/162 (1997) en ligne : CNUDCI <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html>.

²¹ L.C. 2000, ch. 5, art. 31(1).

²² L.R.C., 1985, ch. C-5, art. 31.8.

²³ L.R.Q., ch. C-1.1.

Pertinence

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 186.1 des *Alberta Rules of Court*²⁴ énonce que les documents doivent être pertinents et significatifs. Les *Règles de procédure civile*²⁵ de l'Ontario et les *Supreme Court Rules*²⁶ de la Colombie-Britannique, édicte que tout document ayant trait à une question en litige dans une action doit être divulgué.

Les tribunaux canadiens ont maintes fois jugé que les documents électroniques étaient admissibles en preuve et que les parties pouvaient être contraintes de les communiquer.²⁷ Dans certains cas, les tribunaux ont même ordonné la communication de supports informatiques. Par exemple, dans l'arrêt *Reichmann c. Toronto Life Publishing Co.*²⁸, 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.

Récemment, dans l'arrêt *Northwest Mettech Corp. c. Metcon Service Ltd.*²⁹, 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 privilégiées ou confidentielles, un tribunal pourrait autoriser l'accès à un disque dur ou un autre support informatique, ou en permettre une inspection.³⁰ Ainsi, l'accès pourrait être permis dans le cadre d'une enquête visant la récupération d'informations supprimées.

²⁴ Alta Reg. 390/1968.

²⁵ R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 30.02(1).

²⁶ B.C. Reg. 221/90, R. 26(1).

²⁷ Voir l'arrêt *Cholakis c. Cholakis*, [2000] M.J. No. 6 (QB) : « [TRADUCTION] Le demandeur m'a convaincu que l'information électronique demandée correspond à la définition de document en vertu des règles et contient des informations pertinentes qui devraient être produites. Si les défendeurs Leo Cholakis, Fairmont Real Estate Limited et Kensington Building Limited souhaitent fournir les informations dans un format qui ne révèle aucune information non pertinente, ils sont responsables de l'élaboration du mécanisme permettant de le faire. Dans l'intérêt d'une divulgation générale dans un contexte moderne, je considère que, lorsqu'elle est disponible, l'information en format électronique doit être produite. »

²⁸ (1988), 66 O.R. (2d) 65 (H.C.J.).

²⁹ 1996 CanLII 1056 (B.C.S.C.).

³⁰ Voir *Nicolardi c. Daley*, [2002] O.J. No. 595 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) (QL).

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

La plupart des provinces ont adopté des lois prévoyant des lignes directrices sur l'utilisation d'outils électroniques afin de créer et de gérer des documents, et de faciliter le commerce électronique.³¹ Ces lois prévoient qu'une information ne peut être privée d'un effet juridique en raison de sa forme 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.

Présentement, les lois canadiennes prévoient des mesures facilitant l'admissibilité en preuve des documents électroniques devant les tribunaux, incluant 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 de common law ou d'origine législative relatives à l'admissibilité en preuve de documents, à l'exception de celles régissant l'authenticité et la meilleure preuve³².

³¹ Le Québec, le Yukon, l'Île-du-Prince-Édouard, l'Ontario, la Nouvelle-Écosse et Terre-Neuve ont adopté respectivement : la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, L.R.Q., chapitre C-1.1; la Loi sur le Commerce électronique, L.R.Y. 2000, c. 66; la Electronic Commerce Act, R.S.P.E.I. 1998, c. E-4.1; la Loi de 2000 sur le Commerce électronique, L.O. 2000, c. 17; la Electronic Commerce Act, S.N.S. 2000, c. 26; et la Electronic Commerce Act, S.N.L. 2001, c.E-5.2. L'Alberta, le Nouveau-Brunswick et la Colombie-Britannique ont adopté des lois similaires: la Electronic Transactions Act, S.A. 2001, c. E-5.5; la Loi sur les Opérations électroniques, L.N.-B. 2001, c. E-5.5; et la Electronic Transactions Act, S.B.C. 2001, c. 10. La loi du Manitoba s'intitule la Loi sur le commerce et l'information électroniques, C.P.L.M., c. E55. La loi de la Saskatchewan s'intitule la Electronic Information and Documents Act, S.S. 2000, c. E-7.22.

³² À titre d'exemples, voir l'article 34.1 de la Loi sur la Preuve, L.R.O. 1990, ch. E.23 et les articles 5, 6 et 7 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, L.R.Q. c. C-1.1.

Principe 2

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

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

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

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

Les tribunaux tiennent souvent compte des coûts associés à l'administration de la preuve dans le but de s'assurer que les différends sont ultimement réglés de façon équitable, rapide et économique³³. Les tribunaux ont refusé d'ordonner la communication de documents lorsque les parties ont démontré qu'une telle communication occasionnerait des coûts ou des inconvénients, comme un risque de divulgation

³³ Les règles de pratique ou leur équivalent dans les autres juridictions canadiennes (incluant les règles des cours fédérales), contiennent une disposition qui souligne l'importance primordiale de respecter la règle de la proportionnalité dans le cadre de toutes les procédures judiciaires.

d'informations confidentielles ou d'atteinte à la vie privée, qui étaient disproportionnés eu égard à la force probante de ces documents³⁴.

Commentaire 2.a. La règle de la proportionnalité

Plusieurs provinces canadiennes ont pris des initiatives afin de s'assurer que les procédures liées à la communication de documents respectent la règle de la proportionnalité. Par exemple, en Colombie-Britannique, la règle 68 des *Supreme Court Rules*³⁵ prévoit que, dans les instances où le montant en litige est inférieur à 100 000 \$, le tribunal doit d'office appliquer la règle de la proportionnalité. La règle 68 limite les délais pour la présentation des demandes interlocutoires et restreint la portée généralement large du processus de communication de la preuve. Plus particulièrement, une partie doit énumérer seulement les documents énoncés dans ses actes de procédure, les documents auxquels elle entend faire référence lors du procès et tous les documents qui sont sous son contrôle et qui pourraient être utilisés pour prouver ou réfuter un fait important durant le procès. Le tribunal a le pouvoir d'exiger des documents supplémentaires, mais doit tenir compte des difficultés et des coûts liés à la recherche et à la communication de ces documents. La règle 66 des *Supreme Court Rules* concernant la procédure simplifiée, est une autre initiative de la Colombie-Britannique qui vient modifier les règles de procédure ordinaires dans certains cas dans le but de permettre la résolution plus rapide et moins dispendieuse de certains dossiers dont le procès peut prendre moins de deux jours. La règle 76 des *Règles de procédure civile de l'Ontario R.R.O. 1990*, règl. 194, qui prévoit que la procédure simplifiée est obligatoire dans la plupart des dossiers civils dont les montants en jeu sont de moins de 50 000 \$, vient également modifier les règles de procédure ordinaires pour tenir compte des montants en jeu relativement minimes dans certains dossiers.

Récemment, le Juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a promulgué une directive de pratique sur la preuve électronique, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006³⁶, qui établit des normes régissant l'utilisation des technologies dans la préparation et la gestion des litiges civils, incluant la communication de documents en format électronique, que la version originale de ces documents soit en format électronique ou non. L'article 6.1 de cette directive prévoit la possibilité de modifier la portée du processus de communication de la preuve afin de tenir compte des circonstances particulières d'une affaire. Par exemple, elle recommande que les parties se rencontrent afin de restreindre la portée du processus de communication de la preuve électronique lorsque les règles de procédure ordinaires seraient

³⁴ *Goldman, Sachs & Co. c. Sessions*, 2000 BCSC 67 (le tribunal refusa d'ordonner la production de documents puisque les délais et les coûts liés à la production de ces documents et le risque de divulgation d'informations confidentielles étaient disproportionnés eu égard à la valeur probante des documents); *Ireland c. Low*, 2006 BCSC 393 (le tribunal refusa d'ordonner la production d'un disque dur puisque le risque d'atteinte à la vie privée était disproportionné eu égard à la valeur probante); *Baldwin Janzen Insurance Services (2004) Ltd. c. Janzen (2006)*, 2006 BCSC 554, 53 B.C.L.R. (4th) 329 (S.C.) (le tribunal refusa d'ordonner la production d'un disque dur en raison des circonstances particulières de l'affaire); *Desgagne c. Yuen (2006)*, 2006 BCSC 955, 56 B.C.L.R. (4th) 157 (S.C.) (le tribunal refusa d'ordonner la production d'un disque dur, des métadonnées et de l'historique d'un navigateur Web puisque, notamment, la nature envahissante de l'ordonnance demandée était disproportionnée eu égard à la valeur probante limitée de l'information qui serait probablement recueillie).

³⁵ B.C. Reg. 221/90.

³⁶ Courts of British Columbia, "Electronic Evidence Project" (2006), en ligne:

<<http://www.courts.gov.bc.ca/sc/ElectronicEvidenceProject/ElectronicEvidenceProject.asp>>.

trop lourdes, oppressives et occasionneraient des coûts trop importants eu égard à l'importance probable des documents électroniques³⁷.

En Nouvelle-Écosse, la partie qui requiert la communication a l'obligation de démontrer à prime abord que des éléments de preuve pertinents seront découverts. Par exemple, dans l'affaire *Nova Scotia (Attorney General) c. Royal and Sunlife Assurance Co. of Canada*³⁸, la cour a limité la communication de documents en ces termes : « [TRADUCTION] la cour a la discrétion judiciaire de limiter la demande de communication dans une situation où il est juste de le faire, tel que le cas où le fardeau de la partie visée par la demande de communication outrepassa l'intérêt de la partie qui demande communication. »

Au Québec, l'article 4.2 du *Code de procédure civile (CPC)*³⁹ prévoit que « dans toute instance, les parties doivent s'assurer que les actes de procédure choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigés, proportionnés à la nature et à la finalité de la demande et à la complexité du litige; le juge doit faire de même à l'égard des actes de procédure qu'il autorise ou ordonne. »

Les tribunaux ont indiqué que la règle de la proportionnalité doit être interprétée conjointement avec l'article 4.1 du *Code de procédure civile*⁴⁰ qui énonce que « les parties à une instance sont maîtres de leur dossier dans le respect des règles de procédure et des délais prévus au présent code et elles sont tenues de ne pas agir en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive ou déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi. »

La règle de la proportionnalité a été appliquée afin d'ordonner la communication de documents sur des disques compacts⁴¹, de permettre l'interrogatoire d'un témoin après défense par vidéoconférence⁴², mais aussi dans le but de mettre fin à un interrogatoire dans le cadre duquel le nombre de documents requis ainsi que le nombre de questions posées étaient déraisonnables⁴³.

Bien que « le tribunal veille au bon déroulement de l'instance et intervient pour en assurer la saine gestion », selon le deuxième paragraphe de l'article 4.1 du *Code de procédure civile*, le respect de la règle de la proportionnalité doit être assuré de prime abord par les parties elles-mêmes, tel qu'il appert de l'article 4.2 du *Code de procédure civile*⁴⁴.

³⁷ Discovery Task Force, Guidelines for the Discovery of Electronic Documents in Ontario, (2005) en ligne : Association du Barreau de l'Ontario <http://www.oba.org/en/pdf_newsletter/E-discoveryGuidelines.pdf>, Principe 2.

³⁸ 2003 NSSC 227, 218 N.S.R. (2d) 288.

³⁹ L.R.Q., c. C-25, art. 4.2.

⁴⁰ 9103-3647 *Québec Inc. c. Rock Couët*, 2003 IIJCan 14311 (Cour supérieure du Québec).

⁴¹ *Citadelle, Cie d'assurance générale c. Montréal (Ville)*, 2005 IIJCan 24709 (Cour supérieure du Québec).

⁴² *Entreprises Robert Mazeroll Ltée c. Expertech - Bâtisseur de réseaux Inc.*, 2005 IIJCan 131 (Cour du Québec).

⁴³ *Ryan Parsons c. Communismed Inc. (2005)*, J.E. 2005-1042 (Cour du Québec), 2005 CarswellQue 2058 (WL).

⁴⁴ Luc CHAMBERLAND, *La Règle de proportionnalité : À la recherche de l'équilibre entre les parties?*, in La réforme du Code de procédure civile, trois ans plus tard, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006.

Principe 3

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

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

Il doit exister un équilibre entre le respect de l'obligation de préservation de la preuve, dont la préservation des documents électroniques, et le droit d'une partie de poursuivre ses opérations d'une manière économiquement viable, ce qui peut impliquer l'écrasement régulier des documents électroniques. Il serait en effet déraisonnable d'exiger que les organisations prennent tous les moyens imaginables afin de préserver toutes les documents électroniques potentiellement pertinents.

Commentaire 3.b. La préparation réduit les coûts et les délais

Les coûts liés à l'administration de la preuve électronique peuvent être contrôlés en préparant convenablement les systèmes et leurs utilisateurs en prévision d'un litige ou d'une enquête.

Ces démarches comprennent l'établissement de procédures et de politiques de préservation et de production des documents électroniques potentiellement pertinents et de processus de localisation, d'identification, de préservation, de collecte, de révision, d'analyse et de communication des données. Une politique de conservation des documents devrait fournir des lignes directrices concernant la conservation et la destruction régulières des documents électroniques et papier, et les modifications nécessaires aux pratiques usuelles en cas de litige.

La préparation permettra aux parties 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. La préparation permet également de mitiger les risques de manquements à l'obligation de préservation ou de communication d'éléments de preuve électronique et, ce faisant, de limiter les sanctions et autres conséquences possibles.

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

Les parties devraient mettre en place des mesures raisonnables afin de respecter leur obligation de préserver les informations pertinentes dans le cadre d'un litige.⁴⁵ Dans les juridictions de common law, l'obligation de préservation naît lorsqu'une procédure est signifiée mais peut également naître lorsqu'il est

⁴⁵ Voir le paragraphe 27 dans l'affaire *Doust c. Schatz*, 2002 SKCA 129 at para. 27, 227 Sask. R. 1 : «[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 suppression de documents pertinents est un sujet important. Notre système de divulgation et de production de documents dans le cadre des litiges civils prévoit que les documents pertinents seront préservés et produits conformément aux exigences prévues dans la loi : voir *Livesey (Jenkins) c. Jenkins*, [1985] 1 All E.R. 106, 62 N.R. 23 (H.L.); *Ewing c. Ewing* (No. 1) (1987), 56 Sask. R. 260; *Ewing c. Ewing* (No. 2) (1987), 56 Sask. R. 263 (Sask. C.A.); *Vagi et al. c. Peters* [1990] 2 W.W.R. 170; *R. c. Foster and Walton-Ball*, (1982) 17 Sask. R. 37 (Sask. C.A.), et *Rozen c. Rozen*, 2002 BCCA 537, 30 R.F.L. (5th) 207. 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 ».

raisonnable d'envisager un litige.⁴⁶ En raison de la nature dynamique des documents électroniques, les délais risquent d'alimenter les allégations à l'effet que des éléments de preuve pertinents ont été détruits.⁴⁷ 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. 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.⁴⁸ 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. Avis concernant l'obligation de préservation dans les juridictions de common law

Dès qu'une poursuite⁴⁹ fait naître une obligation de préservation, la partie visée devrait envoyer un avis signalant aux personnes impliquées l'étendue de cette obligation et la nécessité de préserver les informations pertinentes en formats papier et électronique. La forme, le contenu et la distribution de cet avis varieront considérablement selon les circonstances propres à chaque affaire. L'avis peut aussi viser des tiers qui ont en leur possession ou sous leur garde des informations pertinentes au litige.

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

L'avis devrait décrire de façon détaillée les informations qui doivent être préservées afin que les personnes qui les détiennent puissent les identifier et les préserver. Dans certains cas, l'avis devrait prévoir la préservation d'information se retrouvant à différents endroits. Par exemple, les éléments de preuve électronique peuvent exister simultanément à plusieurs endroits : sur un réseau, un poste de travail, un ordinateur portatif, un terminal mobile de poche (« BlackBerry »), un assistant numérique personnel

⁴⁶ Puisque les politiques de conservation et les plans en matière de préservation servent des fins différentes, les sociétés pourraient devoir agir rapidement dès qu'un litige est envisageable afin de suspendre toute destruction d'information et de préserver des éléments de preuve.

⁴⁷ Pour en savoir davantage sur la suppression d'éléments de preuve à titre de délit indépendant, voir *North American Road Ltd. c. Hitachi Construction*, 2005 ABQB 847, [2006] A.W.L.D. 1144 (Alta. Q.B.), paragraphes 16 et 17; *Spasic Estate c. Imperial Tobacco Ltd. et al.*, (2000), 49 O.R. (3d) 699 (C.A.), 2000 IIJCan 17170.

⁴⁸ 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.

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

⁴⁹ Ceci s'applique également aux enquêtes criminelles et réglementaires.

(« PDA »), un téléphone cellulaire, un système de messagerie vocale, etc. L'avis devrait également préciser que les informations sur support électronique étant volatiles, des mesures particulières devraient être prises afin d'éviter que ces informations soient altérées, supprimées ou détruites.

Exemple ii : On soupçonne un ancien employé d'avoir dérobé des renseignements à propos des clients et des copies de plans et devis lors de sa démission afin de fonder une entreprise concurrente. Puisque les systèmes de l'entreprise génèrent des rapports électroniques pouvant être transmis par courriel à un destinataire, il serait nécessaire de demander aux membres du groupe des technologies de l'information de préserver les registres d'activités ainsi que les courriels provenant du compte de l'ancien employé. Le groupe des technologies de l'information devrait s'assurer que le poste de travail de l'employé ne soit pas « nettoyé » et qu'aucun autre employé ne l'utilise, afin de préserver toutes les informations enregistrées localement permettant de vérifier les activités de l'employé, comme l'utilisation d'un système de courrier électronique public (p. ex., Yahoo, Hotmail) pour transmettre de l'information.

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.g. traitant de la préservation.

Bien que l'avis de préservation doive cibler l'ensemble de l'information potentiellement pertinente, il ne devrait généralement pas exiger la suspension de toutes les politiques et procédures habituelles de gestion documentaire.

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

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

Commentaire 3.e. L'obligation de préservation au Québec

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

Il n'existe aucune obligation explicite de préserver les documents électroniques à l'avance en prévision d'un litige, autre que l'obligation générale d'éviter d'agir avec l'intention de causer un préjudice à autrui ou

d'éviter d'agir de façon excessive ou déraisonnable, contrairement aux exigences de bonne foi prescrites par le Code civil du Québec.

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

Commentaire 3.f. Aucun besoin de mesures extraordinaires

La définition de l'étendue de l'obligation de préservation d'informations pertinentes découle des principes de common law⁵⁰. Une enquête effectuée de bonne foi afin d'identifier et de préserver les données actives et archivées devrait être suffisante.

Une partie ne devrait pas avoir l'obligation de chercher et de préserver des informations supprimées, fragmentées ou écrasées à moins qu'elle ait connaissance d'informations pertinentes qui ne peuvent être obtenues qu'à partir de ces sources ou qu'une entente ou une ordonnance du tribunal existe à cet effet.⁵¹

Commentaire 3.g. Ordonnances de préservation

Dans certains cas, il peut être nécessaire d'obtenir une ordonnance du tribunal afin de s'assurer que les documents électroniques soient préservés. Par exemple, les ordonnances *Anton Piller*, 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 canadiennes lorsqu'une partie a raison de croire que des documents électroniques 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 parties et qu'il existe un risque sérieux que des éléments de preuve cruciaux soient détruits. Récemment dans l'arrêt *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*⁵², 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*.

Dans l'affaire *CIBC World Markets Inc. c. Genuity Capital Markets*⁵³, la demanderesse a déposé une requête afin que les éléments de preuve électroniques enregistrés dans les systèmes informatiques des défendeurs soient préservés. Les défendeurs se sont engagés à préserver les éléments de preuve électroniques et ont retenu les services d'un enquêteur pour ce faire. Le tribunal autorisa l'enquêteur à imager et stocker le contenu des ordinateurs, des terminaux mobiles de poche (« BlackBerry ») et autres

⁵⁰ Les Ontario e-discovery guidelines sont une source d'information utile : Discovery Task Force, "Guidelines for the discovery of Electronic Documents" (2005), en ligne : Association du Barreau de l'Ontario, <http://www.oba.org/en/pdf_newsletter/E-DiscoveryGuidelines.pdf>, Principes 3 et 4.

⁵¹ Ceci est conforme aux Principes de Sedona, "The Sedona Principles, Second Edition: Best Practices, Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production", 50 (The Sedona Conference® Working Group Series, 2007), en ligne : The Sedona Conference <<http://www.thesedonaconference.org>> sous "Publications", qui édictent qu'il n'est pas nécessaire que toutes les informations électroniques soient gelées en vertu de l'obligation de préservation et que l'avis de préservation devrait être limité aux informations pertinentes au litige.

⁵² 2006 CSC 36, 269 D.L.R. (4th) 193.

⁵³ 2005 IJC 3944 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).

outils électroniques que les défendeurs avaient directement ou indirectement en leur possession, sous leur garde ou sous leur contrôle, ou dont ils étaient directement ou indirectement propriétaires ou utilisateurs. Le tribunal permit à l'enquêteur d'accéder aux équipements se trouvant dans tous les bureaux et maisons (sans limiter les recherches à ces emplacements), sans égard à la possibilité que des tiers soient propriétaires ou utilisateurs de ces équipements.

Dans l'affaire *Portus Alternative Asset Management Inc. (Re)*⁵⁴, 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 dossiers 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, y compris les fichiers se retrouvant sur les serveurs, les fichiers archivés, les messages enregistrés et les courriels.

Commentaire 3.h. Toutes les données ne doivent pas être gelées

Bien qu'il soit techniquement possible de capturer un volume important de données au cours du processus de préservation, ceci entraînerait une perturbation importante des opérations liées aux technologies de l'information. Si l'application d'une politique, établie et raisonnable, d'une des parties entraîne la perte ou la suppression de documents électroniques, par opposition à la destruction de manière délibérée ou négligente d'une preuve en prévision d'une enquête ou d'un litige, le maintien de l'application d'une telle politique devrait être permise même suite à la naissance du litige, dans la mesure où cette application n'entraîne pas la suppression de documents électroniques pertinents à la cause qui ne seraient pas préservés ailleurs.

Imposer l'obligation de préserver tous les documents électroniques exigerait vraisemblablement la fermeture des systèmes informatiques et la copie des données se trouvant sur tous 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 documents électroniques potentiellement pertinents dans le cadre du litige en cause devraient être gelés.⁵⁵

Commentaire 3.i. Supports de sauvegarde antisinistre

Généralement, les parties ne devraient pas avoir l'obligation de préserver les supports de sauvegarde antisinistre créés à court terme dans le cours normal de leurs affaires. Lorsque de tels supports existent et permettent la restauration de fichiers électroniques perdus suite à une défaillance du système ou d'un sinistre (p. ex., un incendie), leur contenu est, par définition, un double du contenu des systèmes

⁵⁴ (2005), 28 O.S.C.Bull. 2760.

⁵⁵ Voir *Doust c. Schatz*, [2002] SKCA 129, 227 Sask. R. 1; et *Baldwin Janzen Insurance Services (2004) Ltd. c. Janzen*, 2006 BCSC 554, 53 B.C.L.R. (4th) 329.

informatiques actifs à un moment précis. Dans la mesure où le contenu de ces systèmes est préservé, il est inutile de préserver les supports de sauvegarde sur une base régulière. De plus, puisque les supports de sauvegarde ne sont généralement pas préservés pour de longues périodes, mais sont plutôt écrasés périodiquement lorsque de nouvelles copies de sauvegarde sont créées, leur préservation nécessiterait l'intervention du personnel des technologies de l'information ainsi que l'achat et la gestion de nouveaux supports de sauvegarde antisinistre.

Pour certaines sociétés, les concepts de sauvegarde et d'archivage sont confondus et les supports de sauvegarde sont conservés pour des périodes de temps relativement longues. Ces supports peuvent aussi être conservés pour de longues périodes dans le but de s'assurer d'agir conformément aux lois concernant la conservation des dossiers. Les 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.⁵⁶ Les organisations qui désirent préserver des données pour des raisons d'affaires ou en prévision de litiges, devraient envisager, si possible, des méthodes autres que l'utilisation de supports de sauvegarde antisinistre traditionnels.

Si une partie détient des données archivées sur bandes ou sur d'autres supports hors ligne⁵⁷ inaccessibles aux utilisateurs des systèmes informatiques, des mesures devraient être prises rapidement afin de préserver ces supports de données archivées qui sont susceptibles de contenir des informations pertinentes ne se retrouvant pas sur les systèmes de la partie. Une telle mesure peut être l'envoi d'un avis aux personnes responsables de la gestion des systèmes d'archivage exigeant la conservation de ces bandes ou autres supports.⁵⁸

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

⁵⁶ Voir *Farris v. Staubach Ontario Inc.*, 2006 IJCan 19456 (Cour supérieure de justice de l'Ontario), paragraphe 19 : «[TRADUCTION] Dans son témoignage devant moi, M. Straw a corrigé une affirmation contenue dans une lettre du 28 juin 2005 envoyée aux avocats du demandeur. Dans cette lettre, les avocats de TSC avaient déclaré que cette dernière n'avait pas de copie archivée distincte de ses bases de données électroniques pour les mois de novembre et décembre 2003. Cela n'est pas tout à fait exact. À un certain moment en 2004, probablement après le 28 juin 2004, M. Straw avait une série de bandes de sauvegarde contenant toutes les informations sur le serveur de TSC. Ces bandes ont été préservées. Bien qu'elles ne soient pas des copies archivées de la base de données de TSC pour les mois de novembre et décembre 2003, certaines des informations sur ces bandes datent de cette période. M. Straw ne savait pas combien de documents se trouvaient sur ces bandes de sauvegarde préservées. Par contre, il a spécifié qu'elles contenaient plus d'un téraoctet d'information ».

⁵⁷ 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, lecteurs de mémoire morte sont des exemples de sources de données hors ligne.

⁵⁸ Martin Felsky & Peg Duncan, « Making and responding to electronic discovery requests » LawPRO magazine (Septembre 2005), en ligne : LawPRO <<http://www.lawpro.ca/LawPRO/ElectronicDiscoveryRequests.pdf>>.

probablement pas toutes les informations pertinentes⁵⁹. La partie qui communique les documents devrait pouvoir continuer à recycler ses bandes de sauvegarde en raison des coûts, du fardeau et des difficultés liés à la restauration et à la recherche de ces bandes.

Exemple ii : Un employé a été congédié par une compagnie pour motif valable. Trois mois 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. La bande créée à la suite de la dernière sauvegarde du mois est conservée pendant une année avant d'être envoyée dans la corbeille de recyclage des bandes de sauvegarde. En vertu du plan en matière de préservation, les bandes de sauvegarde qui ont plus de trois mois doivent être récupérées et sauvegardées; l'avocat du demandeur plaide que les bandes récentes ne doivent pas être préservées puisque les éléments de preuve recherchés datent d'au moins 90 jours. Les copies de sauvegarde créées juste après le départ de l'employé sont restaurées et des courriels favorables à l'employeur et défavorables au demandeur sont retrouvés.

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

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

Commentaire 3.j. Préservation des données partagées

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

⁵⁹ Voir *Apotex Inc. c. Merck & Co. Inc.*, 2004 FC 1038, 33 C.P.R. (4th) 387, par. 14 : « [TRADUCTION] » C'est à Apotex de prouver son allégation selon laquelle la série de documents produits par Merck n'était pas complète. Apotex doit prouver que les documents existent, que Merck les a en sa possession ou sous son contrôle et qu'ils sont pertinents ».

Exemple iv : Pour répondre à un avis de préservation reçu du conseiller juridique de l'entreprise dans le cadre d'un litige en matière d'ingénierie, l'utilisatrice X identifie parmi les données qu'elle a en sa possession ou qui sont sous son contrôle, les sources de données suivantes : courriels, fichiers Word et Excel, sur son poste de travail, sur le serveur du département d'ingénierie ainsi qu'une collection de CD-ROM comportant des données et dessins pertinents. Après analyse, le conseiller juridique interne constate que cette utilisatrice consulte également le système de gestion des connaissances du département d'ingénierie et qu'elle participe aux sites wikis et à des groupes de discussion dans le cadre d'un projet de collaboration en ligne pertinent au litige. Bien que l'utilisatrice ne considère pas avoir la possession ou le contrôle de ces sources additionnelles, le conseiller juridique coopère avec le département des technologies de l'information afin d'inclure ces sources de données dans le processus de préservation.

Principe 4

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

Commentaire 4.a. Rencontres fréquentes

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

Dans ces *Principes*, la collaboration entre les parties dans le cadre de l'administration de la preuve est encouragée, reflétant ainsi les nouvelles tendances canadiennes⁶⁰. Le concept des rencontres de concertation provient de la règle 26(f) des *Federal Rules of Civil Procedure* des États-Unis. Une version modifiée de ce concept a été reprise dans le Principe 8 des *Ontario Task Force Guidelines*.

Au Québec, des modifications au Code de procédure civile ont introduit la notion de « rencontre de concertation » en exigeant que les parties s'entendent sur le déroulement de l'instance avant la présentation de la demande introductive. Un chapitre complet concernant la gestion de l'instance a été ajouté au Code de procédure civile afin de s'assurer que les parties soient maître de leurs dossiers conformément au nouvel article 4.1 de ce code⁶¹.

Il est nécessaire de prévoir des rencontres dès que possible afin d'assurer un processus d'administration de la preuve efficace pour toutes les parties. 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,

⁶⁰ Voir *Wilson c. Servier Canada Inc.*, 2002 IIJCan 3615 (Cour supérieure de justice de l'Ontario), par.8-9 : « [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 privilégiées. L'objectif avoué des avocats des défendeurs est contraire à l'esprit même de cette étape importante du litige. » Voir aussi *CIBC World Markets c. Genuity Capital Markets*, 2005 IIJCan 3944 (Cour supérieure de justice de l'Ontario), par. 3. L'honorable Farley J. exigea que les avocats participent à une rencontre de concertation :

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

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

⁶¹ L.R.Q., c. C-25, art. 151.1 à 151.23.

sans parler des coûts potentiels liés à l'administration de la preuve. Le fait d'entamer des discussions sur les documents électroniques dès que possible dans le cadre du processus évite des débats subséquents.

Illustration i : Défenderesse dans une action en responsabilité du fabricant, une entreprise manufacturière émet un avis de préservation à sa division des opérations, capture les données des disques durs et du serveur de courriels de douze gestionnaires de production et utilise une longue liste de termes de recherche préparée par le conseiller juridique interne afin de trier les données. 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 l'introduction de l'action.

La partie ayant reçu communication des documents plaide maintenant que, (a) les données émanant du département du marketing relatives aux produits défectueux auraient dû être préservées; (b) il y a huit autres gestionnaires, dont quatre ont depuis quitté la compagnie, dont les courriels auraient dû être préservés et révisés; (c) la liste des termes de recherche était clairement trop étroite selon l'opinion de son expert en administration de la preuve électronique; et (d) les bandes de sauvegarde contenant les preuves les plus probantes, auraient dû être restaurées, puisque les fichiers des utilisateurs de courriels sont purgés à tous les 90 jours, conformément à la politique de gestion documentaire de la compagnie.

Le Principe 4 prévoit une série de rencontres, plutôt qu'une seule, afin d'aider les avocats lorsque surgissent des problèmes techniques imprévus. Dans certains cas, la quantité de données à être recueillies et analysées est initialement sous-estimée, et les mots-clés utilisés pour la sélection de données pourraient devoir être modifiés si la recherche n'est pas concluante ou si les résultats ne sont pas suffisamment précis. 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.

Commentaire 4.b. Participants aux rencontres

Selon le Principe 4, les avocats et les parties devraient participer aux rencontres de concertation puisque bon nombre des questions qui y seront soulevées ne se limitent pas au domaine juridique. Bien que ces rencontres doivent se dérouler conformément aux règles de procédure et de droit substantiel, d'importantes questions peuvent surgir et dépasser les connaissances et l'expérience des avocats.

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

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

- a) le responsable des relations commerciales ou les gestionnaires qui connaissent bien les aspects touchant les opérations et les projets liés à la poursuite, ainsi que les acteurs principaux au sein de l'organisation;

- b) une personne qui soit au fait des protocoles de la société en matière de gestion des documents et des informations; et
- c) 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.

Dans de nombreux cas, les parties à une telle rencontre bénéficieraient de la présence d'un spécialiste en administration de la preuve électronique ayant une connaissance approfondie des aspects techniques de cette dernière.

Commentaire 4.c. Préparation des rencontres

Les avocats devraient se présenter aux rencontres de concertation prêts à aborder les principaux sujets de façon approfondie : provenance des documents électroniques potentiellement pertinents, étapes à suivre afin de préserver ces dernières, mesures à prendre afin de définir et de restreindre l'étendue des documents électroniques qui devront être analysés et communiqués.

*Identification*⁶²

Afin de se préparer convenablement pour la rencontre de concertation, les avocats devraient consulter le personnel des technologies de l'information, les fournisseurs externes de services, les utilisateurs et tout autre personne nécessaire pour bien comprendre les processus de création, d'utilisation et de conservation des documents électroniques par ou pour le client, et pour identifier les sources les plus probables de documents électroniques potentiellement pertinents.⁶³

Préservation

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

La collecte de données à l'aide de méthodes de criminalistique, telle que la création d'images de disques durs au niveau des bits, ne devrait être exigée que dans les cas où la nature d'une affaire en justifie les coûts et le fardeau.⁶⁴ La création de copies de sauvegarde d'images d'ordinateurs à l'aide de méthodes de

⁶² Les Ontario Guidelines font référence au concept plus restreint de la « localisation » plutôt que de l'« identification » des sources potentielles de données pertinentes.

⁶³ Voir *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Air Canada* (1re inst.), [2001] 1 C.F., 219, 2000 IIJCan 17157 (F.C.1re inst.), par. 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. »

⁶⁴ Voir *Baldwin Janzen Insurance Services (2004) Ltd. c. Janzen*, 2006 BCSC 554, par. 1 : « [TRADUCTION] Le but de cette demande est de contraindre le défendeur à produire une liste supplémentaire de documents, énumérant ses lecteurs de disques durs (« LDD ») et les duplicatas des 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 », et par. 36 : « [TRADUCTION] Sans preuve du fait que l'utilisation de la technologie en question

criminalistique n'est que la première étape d'un complexe et difficile processus d'analyse de données, potentiellement coûteux, qui risque de soulever des questions parallèles sur l'interprétation de preuves ambiguës.

Collecte et traitement

Les parties devraient également établir 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 généralement utilisés afin de restreindre l'étendue des documents électroniques comprennent les noms des principaux acteurs, les périodes de temps couvertes, les types de données, les principaux systèmes (p. ex., comptabilité), l'élimination des doubles et les mots-clés. 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 à l'avance sur 1) l'utilisation de critères de recherche afin d'extraire certains documents électroniques très pertinents; 2) les types de critères de recherche qui seront utilisés; 3) le processus général à suivre dans le cadre de l'application desdits critères; et 4) les mots-clés qui seront utilisés. Par contre, faute d'entente, les parties devraient être prêtes à divulguer les paramètres utilisés dans le cadre de leurs recherches, à dévoiler l'étendue des documents qu'elles communiqueront et à préciser les sources d'information ou les documents qui n'ont pas encore fait l'objet de recherches.

Processus d'analyse automatisée

Quant à l'analyse des documents électroniques recueillis, les parties devront s'entendre sur l'étendue de l'analyse et décider si celle-ci sera effectuée manuellement ou à l'aide d'outils technologiques. Les parties devraient également s'entendre sur les méthodes visant à protéger les informations privilégiées et confidentielles ainsi que les secrets de commerce. Pour plus d'informations à ce sujet veuillez consulter le document récemment publié par The Sedona Conference® sur les méthodes et les technologies de recherche et de récupération de données.⁶⁵

Communication

Les avocats devraient s'entendre sur le format de transmission des documents qui seront communiqués – p. ex., si certains documents électroniques seront communiqués en format natif ou image⁶⁶. Les avocats

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 ».

⁶⁵ Jason R. Baron, ed., "The Sedona Conference® Best Practices Commentary on the Use of Search and Retrieval Methods in E-Discovery" (2007) 8 The Sedona Conference Journal 189, en ligne : The Sedona Conference <<http://www.thesedonaconference.org>> sous "Publications."

⁶⁶ Pour trouver la définition de certains termes, voir "The Sedona Conference® Glossary for E-discovery and Digital Information Management" (2005), en ligne : The Sedona Conference <<http://www.thesedonaconference.org>> sous « Publications ».

bénéficieront d'une discussion détaillée, tant dans les cas où les documents en cause sont en format papier que dans les cas, plus communs, où ils existent en format papier et numérique.⁶⁷

Échéancier

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

La préservation, la collecte, le traitement, l'analyse et la communication sont traités de façon plus approfondie dans les Principes 3 et 5 à 8.

⁶⁷ Voir *Logan c. Harper*, 2003 IIJCan 15592 (Cour supérieure de justice de l'Ontario), par. 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 que quant à leur format électronique. Une entente quant à l'utilisation d'un système mutuellement acceptable permettrait de réduire les délais et les coûts et d'éviter toute forme de confusion. Peut-être que Santé Canada possède un système d'indexation et d'identification qu'il serait souhaitable d'adopter. »

Principe 5

Les parties devraient être prêtes à communiquer tous les documents électroniques pertinents et raisonnablement accessibles eu égard aux coûts et au fardeau.

Commentaire 5.a. Étendue de la recherche des documents électroniques pertinents et raisonnablement accessibles

Dans le cadre de l'administration de la preuve, les premières sources de documents électroniques devraient être celles qui sont raisonnablement accessibles. Bien qu'il puisse être tentant de définir « raisonnablement accessible » en fonction de la facilité d'accès aux données, ou au format dans lequel celles-ci sont conservées, l'équation est beaucoup plus complexe.

Certaines formes de documents électroniques, telles que certaines bases de données ou de vieilles cassettes de sauvegarde pour lesquelles il n'existe plus d'application permettant la lecture, sont souvent qualifiées comme n'étant pas raisonnablement accessibles, simplement parce qu'elles présentent plus de difficultés que d'autres formes de documents électroniques. Étant donné qu'une déclaration à l'effet que certaines données ne sont pas raisonnablement accessibles écartent effectivement des catégories de documents électroniques du processus d'administration de la preuve, il pourrait y avoir une tendance à interpréter toute difficulté dans l'identification, la préservation, la collecte ou le traitement de toute forme particulière de documents électroniques comme un élément permettant de les qualifier de non raisonnablement accessibles.

Conséquemment, il est important de reconnaître que la détermination du caractère accessible des documents électroniques ne peut dépendre exclusivement de la facilité avec laquelle ils sont accessibles, mais doit plutôt l'être en fonction du concept d'utilité marginale. Ainsi, le test pour la communication de documents électroniques devrait être le suivant : est-ce que 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 ?

Les tribunaux ont déjà invoqué le concept d'utilité marginale dans des motifs au soutien de décisions rejetant des demandes de communication supplémentaires. Dans l'affaire *Gould Estate c. Edmonds Landscape and Construction Services Ltd*⁶⁸ le tribunal indiquait que « [TRADUCTION] Il n'est pas possible d'examiner le concept de la pertinence de façon abstraite. Le concept comprend un aspect pratique et pragmatique. La question exige que le tribunal réalise une analyse coûts-avantages.» Dans l'affaire *Park c. Mullin*⁶⁹, le tribunal énonçait « [TRADUCTION]...qu'il avait utilisé son pouvoir discrétionnaire afin de refuser une demande de communication de documents dans les cas suivants : 1) lorsqu'il était question de milliers de documents qui n'étaient que possiblement pertinents : *Peter Kiewit Sons Co. c. B.C. Hydro*⁷⁰ ; *B.C. Milk Marketing Board c. Aquilini*⁷¹; et 2) lorsque les documents que l'on recherchait n'avaient pas une forte valeur probante et que l'importance de certains facteurs concurrents,

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

⁶⁹ 2005 BCSC 1813.

⁷⁰ (1982), 36 B.C.L.R. 58 (S.C.).

⁷¹ 1996 IIJCan 1980 (B.C.S.C.).

tels que la confidentialité, ainsi que les délais et les coûts liés à la communication des documents par une partie, l'emportait sur l'importance de la communication : *Goldman, Sachs & Co. c. Sessions*⁷² ». Lorsqu'une partie refuse de se soumettre à des demandes supplémentaires de communication de documents, elle doit prouver que les coûts, le fardeau et la perturbation liés à la récupération et au traitement des documents électroniques provenant de sources qui ne sont pas accessibles dans le cours normal des affaires ne sont pas justifiés. Les arguments valables à cet effet sont notamment que : (1) elle n'inclut aucune donnée pertinente ; (2) les mêmes données sont disponibles sur une autre source plus accessible; ou (3) sur la base d'un échantillonnage, bien qu'il soit possible que certaines données s'y trouvent, le coût pour les obtenir est démesuré par rapport à la valeur juridique desdites données.

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

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

Exemple iii : Dans un litige portant sur la responsabilité d'un fabricant à l'égard d'un produit fabriqué à la fin des années 80, le demandeur requiert les données brutes des tests effectués afin de déterminer le caractère sécuritaire du produit. Les données consolidées ont été publiées avec les recommandations mais la cause du demandeur est basée sur les erreurs qui auraient été commises dans le cadre de l'analyse des données brutes. Les données brutes se retrouvent sur des disquettes de cinq pouces et quart jointes au dossier conservé par le centre de gestion des dossiers. Les noms des fichiers et les programmes permettant de lire ces dossiers ne sont pas sur les disquettes. En se basant sur le temps et les coûts requis pour reconstruire le programme afin d'avoir accès à un des fichiers, le défendeur détermine le coût global pour récupérer toutes les données brutes. La cour peut ensuite considérer la demande de communication et ordonner la reconstruction du reste des données en fonction de l'importance de celles-ci sur le sort du litige.

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

⁷² 2000 BCSC 67.

Exemple iv : 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'existe pas de cassettes de sauvegarde pour cette période. Le demandeur n'a pas conservé de copie. L'employeur a imagé le poste de travail du superviseur et a analysé le contenu de tous les dossiers de courriels, incluant les dossiers de courriels envoyés et effacés, mais cette analyse n'a permis de trouver aucun élément de preuve. Le demandeur requiert que la cour ordonne une analyse à l'aide de méthodes de criminalistique du poste du superviseur afin d'y retrouver le courriel qui aurait été supprimé. En l'absence de toute preuve de l'existence du courriel abusif, la cour 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.

En ce qui concerne l'analyse des avantages, certaines sources de documents électroniques peuvent contenir peu de documents pertinents, et possiblement aucun, parmi d'énormes quantités d'informations qui sont peu ou pas pertinentes. L'utilisation 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 une telle utilisation. 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.⁷³ La jurisprudence prévoit que le fardeau de prouver qu'il existe des lacunes dans le processus de communication revient à la partie alléguant ces lacunes⁷⁴.

Exemple v : Une partie dont la soumission a été rejetée dans le cadre d'un appel d'offres publié par une municipalité visant la conclusion d'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 utilisés pour comparer les soumissions, ont été modifiés pendant la phase d'évaluation. Le demandeur demande communication 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 officier responsable des contrats est disponible et peut être récupéré. Puisqu'il s'agirait là de la seule source d'un élément d'information essentiel à la poursuite, la cour ordonne la récupération des données du serveur et la recherche du document.

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

⁷³ *R. c. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, cité dans *Gould Estate c. Edmonds Landscape & Construction Services Ltd*, 1998 IIJCan 5136 (N.S.S.C.), 166 N.S.R. (2d) 334.

⁷⁴ *Rhodia UK Ltd. c. Jarvis Imports (2000) Ltd.*, 2005 FC 1628, 45 C.P.R. (4th) 161.

Les parties et les tribunaux devraient agir avec discernement et réaliser une enquête raisonnable concernant la localisation des informations et les coûts liés à leur récupération et préservation. Dans les cas où des documents ayant un faible potentiel de pertinence et provenant de sources difficilement accessibles, ayant égard au coût et au temps nécessaire, sont demandés, 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.

Commentaire 5.b. Tiers détenant des documents électroniques

Bon nombre d'organisations confient l'ensemble ou une partie de leurs systèmes technologiques à des entreprises extérieures ou partagent les documents électroniques avec des tiers pour leur traitement et leur transmission, ou pour d'autres motifs d'affaires. 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 de documents électroniques dans le cadre d'un litige. Autrement, les coûts risquent d'augmenter substantiellement et les services requis risquent de ne pas être fournis en temps opportun. Les parties à un litige en cours ou envisagé devraient également déterminer la pertinence d'envoyer un avis de préservation à des tiers, tels que des fournisseurs de services.

Principe 6

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

Commentaire 6.a. Étendue de la recherche

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

Généralement, les recherches de documents électroniques seront limitées aux sources raisonnablement accessibles. S'il n'est pas possible de démontrer la nécessité de recueillir des fichiers cachés⁷⁵, des fichiers journaux du système, des fichiers supprimés⁷⁶, des données fragmentées et des fichiers partiellement écrasés, la collecte devrait se limiter aux documents électroniques pertinents qui auraient été utilisés dans le cours normal des affaires. Lorsque des données supprimées ou résiduelles pourraient être pertinentes dans le cadre d'un litige, les parties devraient se transmettre cette information dès que possible dans le cadre du processus afin « [TRADUCTION] d'éviter à la fois la préservation dispendieuse et inutile de données supprimées ou résiduelles et les allégations de suppression (« spoliation of evidence »).⁷⁷

Les documents supprimés ou résiduels, tels que les documents papier jetés dans la poubelle, peuvent être exigibles dans le cadre du processus de communication de la preuve.⁷⁸ Par contre, ce n'est que dans certains cas exceptionnels que les informations supprimées ou mises au rebut seront exigées (qu'elles soient en format papier ou électronique).

Exemple i : Une partie qui cherche des courriels pertinents présente une demande afin que des recherches soient effectuées dans un compte actif, dans des bandes de sauvegarde et dans des lecteurs de disques durs afin de trouver des documents supprimés. Cette partie n'ayant pas justifié

⁷⁵ Voir *Reichman c. Toronto Life Publishing Company*, (1988), 66 O.R. (2d) 65 (High Ct. J.), dans lequel le tribunal ordonna la production de disquettes permettant à la partie qui devait recevoir les documents de trouver des informations provenant des brouillons d'un manuscrit qui ne se retrouvaient pas dans la version définitive de ce dernier.

⁷⁶ Voir *Nicolardi c. Daley*, [2002] O.J. No. 595 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) (QL), dans lequel une requête a été présentée afin d'avoir accès à des documents supprimés. Le jugement dans cette affaire prévoit que dans des circonstances particulières, la production d'informations supprimées pourrait être ordonnée particulièrement lorsqu'une partie établit que des documents réellement pertinents, inconnus auparavant, existent ou ont déjà existé. Voir également *Prism Hospital Software Inc. c. Hospital Medical Records Institute* (1991), 62 B.C.L.R. (2d) 393 (S.C.). Dans *Baldwin Janzen Insurance Services c. Janzen* (2006) BCSC 554, 53 B.C.L.R. (4th) 329, par. 36, le tribunal précise qu'une recherche de données supprimées ne sera pas permise automatiquement « [TRADUCTION] sans preuve du fait que l'utilisation de la technologie en question pourrait entraîner la découverte de documents pertinents dont l'existence était inconnue auparavant, puisque le simple fait de pouvoir utiliser cette technologie ne justifie pas en soi une telle recherche, qui pourrait porter atteinte au droit à la vie privée des tiers et occasionner des dépenses importantes et inutiles ».

⁷⁷ The Sedona Principles, "Second Edition: Best Practices Recommendations & Principles for addressing Electronic Production" 50 (The Sedona Conference® Working Group Series, 2007), en ligne : <<http://www.thesedonaconference.org>>, sous « Publications ».

⁷⁸ Voir *Rowe Entertainment, Inc. c. The William Morris Agency Inc.*, 205 F.R.D. 421, 428 (S.D.N.Y. 2002). Même si la production de données supprimées ou résiduelles est injustifiée, les parties devraient s'entendre dès que possible sur la pertinence de ces données afin d'éviter leur préservation inutile et dispendieuse, ainsi que les allégations de suppression.

le recours à cette mesure extraordinaire ou démontré un besoin particulier, la requête devrait être rejetée. En général, les parties n'ont pas l'obligation de fouiller dans une poubelle à l'extérieur de leur bureau après le début des procédures; elles ne devraient pas non plus avoir l'obligation de préserver et de communiquer des informations électroniques supprimées.

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

Principe 7

Une partie peut remplir ses obligations de préservation, collecte, révision et communication des documents électroniques en utilisant de bonne foi des outils et des processus électroniques, tels que l'échantillonnage de données et l'utilisation de critères de recherche afin de recueillir des documents électroniques potentiellement pertinents.

Commentaire 7.a. Utilisation de critères de recherche

Les grands systèmes de traitement de données électroniques contiennent des volumes importants d'informations, dont une proportion élevée pourrait ne pas être pertinente. Dans certains cas, l'analyse manuelle de toute l'information afin d'en évaluer la pertinence serait peu pratique et aurait un coût prohibitif. Dans certaines circonstances, les parties à un litige devraient s'entendre sur l'utilisation de critères de recherche, y compris l'utilisation de mots-clés, dans le cadre des recherches de documents électroniques devant être communiqués. La recherche devrait permettre de trouver le plus de données pertinentes possible tout en réduisant les coûts et les délais. Les critères de recherche peuvent être établis, vérifiés et ensuite utilisés afin d'extraire les données importantes de vastes volumes de données.

Bien que les avantages de retenir les outils et les processus d'échantillonnage, de recherche et de révision soient évidents, particulièrement lorsqu'il est question d'importants volumes de documents électroniques, ces outils doivent être choisis en fonction de leur fiabilité, configurés afin d'assurer leur bon fonctionnement et utilisés efficacement par des usagers entraînés et expérimentés. Ultimement, la fiabilité de l'ensemble du processus d'administration de la preuve électronique est tributaire de l'utilisation intelligente des bons outils technologiques. Toute partie qui se fie à la technologie afin de l'aider à identifier la pertinence ou le caractère privilégié des documents électroniques devrait soumettre cette technologie à une validation ou à un audit afin de s'assurer de son efficacité.

Exemple i : Des avocats recherchent des documents électroniques faisant référence à une certaine drogue (« Aspermin »). Celle-ci est fréquemment identifiée par son nom mais on y réfère parfois par son numéro de produit. Si les fichiers du client sont indexés pour une recherche plein texte mais que la personne qui configure l'engin de recherche utilise le réglage par défaut, il est possible que les nombres ne soient pas indexés (selon le logiciel) et ne soient donc pas interrogeables. Ainsi, lorsque les avocats chercheront « Aspermin or 155422-09 » et qu'il y aura 5 000 occurrences, ils concluront qu'ils ont eu accès à tous les documents électroniques pertinents. En fait, ils risquent d'omettre les documents les plus importants sans jamais s'en apercevoir. La meilleure façon de faire est de toujours s'assurer, dans le cadre du plan d'administration de la preuve, et avant toute recherche et indexation, que les avocats révisent le choix de logiciel, ses fonctionnalités, ses limites et ses configuration avec un expert pour s'assurer que les résultats atteints soient ceux escomptés.

Lorsque c'est possible, les parties et leurs avocats devraient s'entendre à l'avance sur 1) l'utilisation de critères de recherche afin d'extraire les données à forte valeur probante; 2) les types et les modalités des critères de recherche qui seront utilisés; 3) la méthodologie générale d'application desdits critères; 4) la

technologie de recherche⁷⁹ et 5) les mots-clés qui seront utilisés. Par contre, faute d'entente, les parties devraient être prêtes à divulguer les paramètres utilisés dans le cadre de leurs recherches, à dévoiler l'étendue des documents qu'elles communiqueront et à préciser les motifs justifiant l'exclusion de certaines sources de documents électroniques, en cas de contestation de la part de la partie adverse quant aux démarches suivies.

Commentaire 7.b. Réduction de la quantité de données

Diverses méthodes existent afin de simplifier la recherche des documents électroniques potentiellement pertinents. Parmi celles-ci on retrouve :

Filtrage

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

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

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

⁷⁹ Les logiciels d'indexation de texte traitent les mots différemment l'un de l'autre, atteignant ainsi autant de résultats divergents. Par exemple, certains logiciels d'indexation de texte ne répertorient pas les nombres ou le "bruit" terminologique, p. ex. « le », « il », « et », etc. D'autres logiciels traiteront les symboles comme des mots différents, p. ex. A&W comme des mots séparés (A et B). Pour terminer, l'usage de termes Booléens (« et », « ou », etc.) dans les critères de recherche peut affecter les résultats obtenus.

nécessairement les mots et les phrases en question puisque les correspondants connaissent le contexte et que l'échange fait partie d'une conversation plus générale.)

Élimination des documents en double

Les sources de documents électroniques contiennent souvent plusieurs copies d'un même document (p. ex., un courriel avec un fichier joint de traitement de texte envoyé à plusieurs destinataires ou des copies d'un document de traitement de texte sauvegardées par des destinataires sur leur disque dur). Leur élimination permet de réduire substantiellement les coûts et les délais de traitement dans presque tous les cas.

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

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

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

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

L'élimination des documents en double peut se faire en parcourant les données de chaque détenteur successivement ou de plusieurs détenteurs à la fois. Par exemple, dans ce dernier cas, lorsque plusieurs détenteurs possèdent le même document, tous les exemplaires⁸⁰ seront considérés comme des duplicatas, sans égard au détenteur. Par contre, lors de l'élimination des doubles d'un seul détenteur, seuls les duplicatas de ce dernier seront considérés.

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

⁸⁰ Le processus d'élimination des documents en double devrait être limité aux documents ou aux données qui sont identiques (habituellement identifiés en utilisant une empreinte numérique « hash »). Les informations précises provenant d'un document ou de données - telles que l'auteur, la date et l'heure de sa création, la dimension, le texte intégral, etc. - peuvent être utilisées seules ou ensemble afin de développer des algorithmes d'élimination des doubles. La valeur « hash » est un algorithme mathématique composé d'une valeur unique pour un ensemble de données, c.-à-d. l'empreinte numérique du document (p. ex., MD5 et SHA). Voir The Sedona Conference, "The Sedona Conference® Glossary for E-discovery and Digital Information Management" (2005), en ligne : The Sedona Conference <<http://www.thesedonaconference.org>> sous « Publications ».

Échantillonnage des données informatiques

Dans certains cas, les parties ne savent pas si une source d'informations électroniques contient des données potentiellement pertinentes ou si les mots-clés choisis permettent de récupérer des informations pertinentes. Les tribunaux devraient permettre l'utilisation de méthodes d'échantillonnage afin de déterminer s'il existe des données pertinentes et si les recherches sont précises, dans le but d'assurer la résolution équitable de chaque instance de la façon la plus efficace et économique possible, pour reprendre les dispositions de la règle 1(5) des *Supreme Court Rules* de la Colombie-Britannique. Par exemple, l'échantillonnage pourrait révéler que seul un faible pourcentage de fichiers, dans un ensemble de données en particulier, contient des éléments de preuve pertinents. Le faible ratio coûts-bénéfices milite contre la nécessité d'effectuer davantage de recherches dans cette source ou pourrait justifier le partage des coûts si une partie exige que des recherches fastidieuses et coûteuses soient effectuées.⁸¹

Aux États-Unis, dans *McPeck c. Ashcroft*⁸², le tribunal ordonna au défendeur, le *U.S. Department of Justice*, de restaurer les courriels d'un détenteur pour une année complète à partir de bandes de sauvegarde antisinistre afin de déterminer si suffisamment d'informations pertinentes se trouvaient sur ces bandes pour justifier l'ordonnance de restauration et de traitement des autres bandes de sauvegarde.

Commentaire 7.c. Révision

Même après avoir réduit le volume initial de documents électroniques d'une partie à l'aide de différents outils et processus, il demeurera fréquemment un nombre important de documents électroniques que les conseillers juridiques devront revoir, avant communication, afin de s'assurer de leur pertinence mais aussi d'éviter que des documents électroniques confidentiels ou couverts par un privilège ne soient communiqués. La recherche dans le domaine des sciences de l'information a démontré que la révision automatisée d'importants volumes de données est statistiquement meilleure que la révision humaine afin d'identifier les documents électroniques pertinents.⁸³ Des outils et processus, tels que la recherche par mots clés et concepts (recherche du sens des mots plutôt que des mots-clés eux-mêmes), le regroupement ou l'identification de duplicata ou de documents similaires, peuvent augmenter de façon significative la justesse et l'efficacité tout en réduisant le coût de la révision. Cela aide aussi à réduire les chances de produire par mégarde des documents électroniques confidentiels ou privilégiés. Aussi pratiques que peuvent être ces outils, les conseillers doivent malgré tout s'assurer d'user de leur raisonnement juridique et de soigneusement documenter la méthodologie retenue.⁸⁴

En évaluant l'opportunité d'utiliser des outils électroniques, le conseiller juridique devrait tenir compte de ce qui suit :

- a) Dans de nombreux cas impliquant des documents électroniques, le temps et le fardeau d'une recherche manuelle des documents électroniques devant être communiqués peuvent rendre celle-ci

⁸¹ Voir *Consortio Minero Horizonte S.A. et al. c. Klohn-Crippen Consultants Limited et al.*, 2005 BCSC 500, 25 C.C.L.I. (4th) 219, dans laquelle il était question de partage des coûts dans des circonstances similaires.

⁸² 202 F.R.D. 31 (D.D.C. 2001), 24.

⁸³ J. Baron, D. Oard, et D. Lewis, "TREC 2006 Legal Track Overview" en ligne : <<http://trec.nist.gov/pubs/trec15/papers/LEGAL06.OVERVIEW.pdf>>.

⁸⁴ *Air Canada v. West Jet*, 2006 CanLII 14966 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).

impossible ou injustifiable. Dans de tels cas, l'utilisation de méthodes de recherche automatisées devrait être considérée comme raisonnable, profitable et même nécessaire.

b) L'utilisation de tels procédés sera d'autant plus un succès qu'ils auront été, dès le début, pensés et alimentés par un apport humain important.

c) Le choix d'une méthodologie de recherche et de récupération dépendra du contexte dans lequel elle sera utilisée.

d) En science de l'information, les recherches ont démontré que la révision automatisée était statistiquement plus fiable que la révision manuelle de volumes importants de documents électroniques afin d'identifier les documents électroniques pertinents.

e) Les parties devraient essayer de collaborer dans l'utilisation de ces méthodes, outils et protocoles de recherche et récupération de documents électroniques (incluant les mots-clés, concepts et autres critères de recherche).

f) Les parties doivent s'attendre à ce qu'on requiert qu'elles expliquent leur méthodologie, que ce soit formellement ou de façon informelle, en vue du procès.

g) Les parties et les tribunaux devraient être à l'affût de l'évolution et des nouvelles méthodes de recherche et récupération de données.

Principe 8

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

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

Les documents et les données électroniques devraient être communiqués uniquement⁸⁵ en format électronique⁸⁶, à moins que le destinataire en soit désavantagé d'une quelconque manière ou qu'il ne puisse utiliser efficacement un ordinateur⁸⁷, ou que la quantité de documents à communiquer soit minimale et que les parties conviennent que les métadonnées ne sont pas pertinentes.

La communication de documents électroniques en format statique, tel qu'en format papier devrait être évitée pour plusieurs raisons. Par exemple, le document papier ne constitue pas une copie conforme du contenu et des propriétés de la version originale d'un fichier électronique et ne permet pas de conserver des métadonnées potentiellement importantes qui pourraient, lorsqu'elles sont pertinentes, être admissibles en preuve. De plus, puisqu'il est impossible d'effectuer des recherches électroniques dans les documents papier⁸⁸, leur communication est moins significative que la communication d'une série de documents dans un format permettant d'effectuer des recherches électroniques. L'analyse d'une importante quantité de documents papier est plus longue puisque les parties ne peuvent pas utiliser d'outils automatisés de soutien au litige⁸⁹. Finalement, chaque série de documents imprimés augmente

⁸⁵ Voir *Logan c. harper*, 2003 IJCan 15592 (Cour supérieure de justice de l'Ontario.), par. 22 : « [TRADUCTION] Il est inutile d'exiger que le défendeur produise des copies papier des documents si les copies sur CD sont lisibles, complètes et imprimables. J'ai analysé les documents sur CD. Il pourrait y avoir des copies illisibles mais ce même problème pourrait se produire avec des photocopies. Si certaines copies sur CD ne sont pas lisibles ou qu'elles ont été mal copiées, une meilleure copie papier ou sur CD pourra être exigée et devra être fournie... Santé Canada n'a pas l'obligation de produire tous ses documents papier et sur CD ».

⁸⁶ Discovery Task Force, "Guidelines for the Discovery of Electronic Documents in Ontario" (2005), online : Ontario Bar Association <http://www.oba.org/en/pdf_newsletter/E-DiscoveryGuidelines.pdf>, commentaires du Principe 11 : « [TRADUCTION] La production de grandes quantités de documents dans un format qui ne permet pas d'avoir un accès raisonnable aux informations que ces derniers contiennent devrait être évitée. » Voir également *Cholakis c. Cholakis*, 2000 CanLII 20735, par.30, 44 C.P.C. (4th) 162 (MB.Q.B.) : « [TRADUCTION] Dans l'intérêt d'une divulgation générale dans un contexte moderne, je considère que, lorsqu'elle est disponible, l'information en format électronique doit être produite ».

⁸⁷ Dans un dossier criminel, dans lequel les accusés étaient en prison où ils n'avaient qu'un accès limité aux ordinateurs, le tribunal ordonna à la couronne de produire les documents en format papier. Voir *R. c. Cheung*, 2000 ABPC 86, 267 A.R. 179, par. 99 : « [TRADUCTION]... bien que la divulgation de documents en format électronique soit devenue pratique commune au 21^{ème} siècle, les circonstances de ce dossier ne permettent pas à l'accusé d'avoir accès aux documents en format électronique ».

⁸⁸ Voir *Wilson c. Servier Canada Inc.*, 2002 IJCan 3615 (Cour supérieure de justice de l'Ontario), par. 10: « [TRADUCTION] Suivant cette approche contraire, les défendeurs soutenaient en première instance que les CD-ROM et la base de données électroniques (utilisés avec le système de traitement de données juridiques Summation) que leurs procureurs avaient préparés à leurs frais concernant leurs propres documents (afin de bien organiser les documents divulgués dans leurs affidavits), ne devaient pas être partagés avec le demandeur. Subséquemment, lors d'une conférence préparatoire, les défendeurs fournissaient un index en format Word mais les procureurs du demandeur affirmaient qu'il était impossible d'effectuer des recherches dans la documentation volumineuse. La production de quantités importantes de documents dans un format qui ne permet pas d'avoir libre accès aux informations que ces derniers contiennent est inacceptable. *Solid Waste Reclamation Inc. c. Philip Enterprises Inc.* (1991), 2 O.R. (3d) 481 (Gen. Div.) ».

⁸⁹ Au paragraphe 2 de l'affaire *Sycor Technology Inc. c. Kiaer*, 2005 IJCan 46736 (Cour supérieure de justice de l'Ontario), un dossier dans lequel on évaluait les coûts d'impression et de photocopie des courriels à être produits à 50 000 \$, le greffier spécial énonçait ce qui

les coûts liés à la reproduction, à l'expédition et à l'entreposage, tandis que plusieurs copies électroniques peuvent être créées à un coût minime. La communication en format électronique crée des opportunités de partage des coûts, particulièrement dans les dossiers impliquant plusieurs parties, dans lesquels les économies peuvent être significatives.

Commentaire 8.b. Entente quant au format

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

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

Les règles de procédures exigent pour la plupart la préparation d'une liste des pièces communiquées, des documents qu'on refuse de communiquer parce qu'ils contiennent des informations privilégiées, ainsi que des documents qui pourraient être pertinents mais que la partie qui communique n'a pas en sa possession ou sous son contrôle. Habituellement, ces listes sont créées à partir d'informations recueillies à même le document, telles que le type de document, l'auteur, le destinataire, la date, le titre et le sujet, ainsi qu'un numéro de pièce. Vu le volume de documents électroniques impliqué dans les litiges modernes, les tribunaux et les comités en charge des règles de pratiques (dans les provinces de common law) devraient réévaluer l'utilité des règles imposant la production d'affidavits confirmant une divulgation complète des documents.

Les parties devraient s'entendre quant au format et à l'organisation de ces listes afin d'assurer la précision des informations échangées. Par exemple, les courriels devraient être conservés avec leurs pièces jointes afin de faciliter le processus de communication. De même, les parties devraient s'entendre quant à l'organisation et la communication des fichiers compressés, tels que les fichiers ZIP⁹⁰ (voir le Principe 3, « Rencontres de concertation »). La liste devrait être transmise en format électronique afin de faciliter la recherche, le tri et la présentation.⁹¹ Il n'est pas nécessaire que les parties utilisent le même logiciel de soutien au litige afin d'échanger d'une manière efficace la liste de documents en format électronique. En Colombie-Britannique, les avocats devraient consulter la Directive de pratique « *Re : Guidelines for the Use of Technology in any Civil Litigation Matter* » de la *Supreme Court of British*

suit: « [TRADUCTION] À tout le moins, on devrait envisager la production électronique des documents requis et peut-être même l'embauche d'informaticiens afin de déterminer ce qui existe et ce qui est réellement pertinent eu égard aux questions en litige ».

⁹⁰ Il est possible qu'un même fichier compressé contienne de l'information privilégiée et de l'information non-privilégiée ainsi que des documents pertinents et non-pertinents.

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

Columbia, adoptée en juillet 2006), afin d'obtenir des précisions quant à l'échange des documents électroniques et aux listes de documents.

Principe 9

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

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

Commentaire 9.a. Divulgation accidentelle

De façon générale, les tribunaux canadiens jugent que la divulgation accidentelle ne constitue pas une renonciation au privilège du secret professionnel.⁹² Néanmoins, un tribunal a déjà décidé qu'une partie avait perdu le bénéfice du privilège à la suite d'une divulgation accidentelle d'informations privilégiées, jugeant qu'il était possible d'introduire 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 effet⁹³. Voir également l'affaire *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*⁹⁴, dans laquelle la Cour suprême du Canada autorisa l'utilisation d'un avocat-superviseur.

Mesures de protection

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

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

⁹³ Voir *Metcalfe c. Metcalfe*, 2001 MBCA 35, 198 D.L.R. (4th) 318, par. 28.

⁹⁴ 2006 SCC 36, 269 D.L.R. (4th) 193.

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

privilégiés », lorsque le volume des données est plus important. Dans plusieurs cas, l'usage conjoint de ces deux mesures sera approprié.

Les parties devraient considérer l'opportunité de s'entendre sur la protection des informations privilégiées et la prévention de toute divulgation accidentelle, tout en étant conscientes des limites imposées à ce genre d'entente en vertu des lois du forum local et des autres juridictions, en regard des tribunaux et des droits des tiers. Une telle entente devrait être approuvée par le tribunal. L'entente ou l'ordonnance devrait normalement prévoir que la divulgation accidentelle d'informations privilégiées ne constitue pas une renonciation à ce privilège. Les documents ou les communications privilégiés accidentellement divulgués devraient être retournés, ou leur suppression ou destruction devrait être attestée par affidavit. L'entente devrait également prévoir que toutes les notes et les copies seront détruites ou supprimées et que tout différend sera soumis à la cour. Il est préférable qu'une telle entente ou ordonnance soit obtenue avant toute communication.

Commentaire 9.b. Sanctions

Les tribunaux ont imposé diverses sanctions lorsque des avocats ont eu accès aux communications privilégiées de la partie adverse. Ils ont notamment radié des actes de procédure, déclaré un avocat inhabile à occuper et condamné une partie au paiement des frais. Un avocat a 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 ou d'arrêter le processus d'analyse afin d'aviser les titulaires du privilège.⁹⁶

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

Dans certains cas, le tribunal peut nommer une personne neutre tel qu'un greffier spécial, un juge, un expert ou un inspecteur désigné par le tribunal pour agir comme médiateur ou gestionnaire eu égard aux problèmes liés à l'administration de la preuve électronique.⁹⁷ Un des bénéfices 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 privilège lors de l'analyse des informations par cette personne. Cette personne peut en outre accélérer la résolution des litiges en élaborant des plans équitables et raisonnables en matière d'administration de la preuve en s'appuyant sur sa connaissance spécialisée du domaine ou des aspects techniques, tout en ayant accès aux faits du litige.⁹⁸

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

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

⁹⁸ The Sedona Principles, Second Edition: Best Practices, Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production, 53 (The Sedona Conference® Working Group Series, 2007), en ligne: <<http://www.thesedonaconference.org>>, sous « Publications », Commentaire 10c.

Dans un arrêt récent⁹⁹, la Cour suprême du Canada autorisa l'analyse 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.

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

En raison des coûts et des délais requis pour analyser les documents afin de déterminer s'ils contiennent des informations privilégiées ou confidentielles, les parties s'intéressent de plus en plus¹⁰⁰ à différentes méthodes permettant de réduire ces délais et ces coûts, comme la communication soumise à un droit de reprise¹⁰¹. Une entente portant sur ce droit permettrait aux parties d'éviter une révision manuelle initiale de l'information et de conclure une entente exigeant que toute information divulguée accidentellement soit remise à l'autre partie¹⁰². Bien que les règles d'éthiques régissent la conduite des avocats lorsqu'ils reçoivent par inadvertance des communications privilégiées, ceux-ci peuvent tout de même étudier la possibilité de prendre de telles ententes. Pour qu'une telle entente soit exécutoire, le tribunal devrait exiger que les parties conviennent de méthodes de recherche prévoyant le retrait des documents potentiellement privilégiés. Si les méthodes de recherche sont raisonnablement complètes, le tribunal pourra déclarer que la communication d'informations privilégiées est accidentelle et, l'information sera remise sans qu'il y ait renonciation au privilège. Les parties devraient agir prudemment car les ententes prévoyant un droit de reprise n'écartent pas nécessairement l'obligation de l'avocat de prendre des mesures raisonnables afin d'exclure les documents privilégiés avant la divulgation initiale. Par ailleurs, une entente avec droit de reprise négociée entre deux parties ne sera peut-être pas opposable à une tierce-partie.¹⁰³

Il devient de plus en plus évident dans le domaine des technologies de l'information, que la recherche à l'aide d'outils technologiques est plus efficace et précise que la recherche manuelle.¹⁰⁴ Les tribunaux devraient être encouragés à tenir compte de ce fait lorsqu'ils doivent déterminer si des mesures raisonnables ont été prises pour exclure les documents privilégiés. La recherche peut être effectuée en utilisant des mots-clés ou des critères de recherche, tels que les mots « privilégié », « litige », « poursuite » et les noms des conseillers juridiques interne et des avocats externes, etc.

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

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

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

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

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

¹⁰² The Sedona Principles, Second Edition: Best Practices, Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production, 53 (The Sedona Conference® Working Group Series, 2007), en ligne : <<http://www.thesedonaconference.org>>, sous « Publications », Commentaire 10d.

¹⁰³ *Hopson v. Mayor of Baltimore*, 232 F.R.D. 228 (D. Md. 2005).

¹⁰⁴ J. Baron, D. Oard, et D. Lewis, "TREC 2006 Legal Track Overview" en ligne : <<http://trec.nist.gov/pubs/trec15/papers/LEGAL06.OVERVIEW.pdf>>.

Certains jugements permettent d'illustrer l'approche canadienne à cet égard. Dans l'affaire *Wilson c. Servier Canada*¹⁰⁵, le tribunal accorda la requête du demandeur et ordonna au défendeur, en raison du grand nombre de documents, de fournir les informations provenant du processus d'indexation objective contenues dans leur base de données de soutien au litige, afin de permettre la communication utile de la preuve. Dans l'affaire *Logan c. Harper*¹⁰⁶, les défendeurs avaient communiqué les documents avec un index de consultation en format électronique. L'index ne permettait pas la recherche plein texte 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 c. San Jose Mines et al.*¹⁰⁷, les défendeurs voulaient qu'on leur remette la base de données électronique utilisée par les demandeurs pour préparer la liste de documents. Le tribunal jugea que le programme informatique que le cabinet avait choisi d'utiliser pour préparer la liste était couvert par le privilège relatif au litige, mais ordonna au défendeur d'offrir 4 000 \$ au cabinet représentant le demandeur afin d'obtenir une copie de la base de données en format électronique. Cette somme représentait une partie des frais de préparation de la base de données.

Commentaire 9.f. Protection des informations confidentielles

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

Commentaire 9.g. Protection des renseignements personnels

Le Canada et ses provinces possèdent, à divers degrés, un cadre législatif complet sur la protection de la vie privée¹⁰⁸ régissant la collecte, l'utilisation et le contrôle des renseignements

¹⁰⁵ 2002 IIJCan 3615 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).

¹⁰⁶ 2003 CanLII 15592 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).

¹⁰⁷ 2004 BCSC 1653.

¹⁰⁸ Lois réglementant le secteur public: Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, c. P-21; Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 165; Freedom of information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, c. F-25; Freedom of Information and Protection of Privacy Act, S.S.S. 1990-91, c. F-22.01; Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, C.P.L.M. c. F-175; Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, c. F-31; Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q. c. A-2.1; Freedom of Information and Protection of Privacy Act, S.N.S. 1993, c. 5; Loi sur la protection des renseignements personnels, L.N.-B. 1998, ch. P-19.1; Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.P.E.I. 1988, c. F-15.01; Access to Information and Protection of Privacy Act, S.N.L. 2002, c. A-1.1; Lois réglementant le secteur privé: Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, c. 5; Personal Information Protection Act, S.B.C. 2003, c. 63; Personal Information Protection Act, S.A. 2003, c. P-6.5; Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, L.R.Q., c. P-39.1.

personnels¹⁰⁹, dans les secteurs privé et public. Ces lois auront inévitablement une incidence sur le processus de communication de la preuve. Les tribunaux n'ont pas été enclins à maintenir des objections liées à la communication de fichiers ou à répondre aux questions concernant les lois sur la protection de la vie privée.

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

¹⁰⁸ Un « renseignement personnel » désigne habituellement tout renseignement à propos d'une personne dont l'identité est connue ou pourrait être déterminée.

Principe 10

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

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

Lorsque des dossiers connexes sont pendants dans plus d'une juridiction, les avocats devraient tenter de faire en sorte de respecter les règles de toutes les juridictions et expliquer de façon détaillée aux clients étrangers les règles locales d'administration de la preuve afin que ces derniers puissent prendre des décisions éclairées quant à la façon de procéder. Les rencontres de concertation offrent l'occasion idéale de définir et de résoudre tout conflit lié au respect des règles d'une juridiction le plus tôt possible dans le cadre d'une instance. Lors de ces rencontres, les avocats devraient également établir les démarches à suivre afin d'éviter le double emploi et de réduire le plus possible les coûts liés à la préservation, la collecte, l'analyse et la communication des documents électroniques dans le cadre de tous les dossiers connexes.

Principe 11

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

Commentaire 11.a. Sanctions nécessaires

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

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

Commentaire 11.b. Jurisprudence canadienne

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

De façon générale, en cas de lacunes dans le cadre de la divulgation de la preuve, les tribunaux ont attribué les dépens (soit le remboursement des frais de la partie adverse ou des frais non justifiés)¹¹⁰ ou tiré des conclusions défavorables¹¹¹. Les tribunaux ont également condamné des parties à des dommages-intérêts punitifs, émis des directives importantes au jury, rejeté des actions, exclu des témoins ou des pièces ou tiré des conclusions de responsabilité. Au Canada, dans les provinces de common law, la législation qui régit les cas de destruction d'éléments de preuve ou de spoliation est en développement. Il existe par ailleurs un débat quant à l'existence de la suppression (« spoliation of evidence ») en tant que délit indépendant. Dans l'arrêt *Spasic (Estate) c. Imperial Tobacco Ltd*¹¹², la Cour d'appel de l'Ontario

¹¹⁰ *Farro c. Nutone Electrical Ltd.* (1990), 72 O.R. (2d) 637 (C.A.); *Endean c. Canadian Red Cross Society*, 1998 IIJCan 6489 (B.C.C.A.), 157 D.L.R. (4th) 465.

¹¹¹ *Logan c. Harper*, 2003 IIJCan 15592 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).

¹¹² 2000 IIJCan 17170 (Cour d'appel de l'Ontario), 49 O.R. (3d) 699.

a considéré qu'il pouvait s'agir d'un délit indépendant et la Cour suprême du Canada a refusé la permission d'en appeler de cette décision, tandis que dans l'affaire *Endean c. Canadian Red Cross Society*¹¹³, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé le contraire.

Les tribunaux semblent de plus en plus enclins à rendre des ordonnances contraignantes afin de forcer les parties à respecter leurs obligations en matière de communication de la preuve. Dans l'arrêt *Brandon Heating and Plumbing (1972) Ltd. et al. c. Max Systems Inc.*¹¹⁴, la demanderesse s'était engagée à préserver du matériel informatique, des disques et d'autres documents au bénéfice de la défenderesse. Le matériel informatique et les logiciels ont toutefois 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 le défendeur justifiait le rejet de l'action du demandeur.

Les tribunaux ont jusqu'ici accordé une attention particulière à la délivrance d'ordonnances préventives assurant la préservation des documents dès que possible, telles que les ordonnances *Anton Piller*¹¹⁵.

Commentaire 11.c. Jurisprudence américaine

Aux États-Unis, il existe une jurisprudence abondante relative aux sanctions appropriées en cas de non-respect des obligations en matière de communication de la preuve électronique. De façon générale, avant d'imposer des sanctions, les tribunaux américains exigent la preuve qu'une partie a omis de préserver et de communiquer des documents électroniques pertinents de façon intentionnelle ou insouciance, à l'encontre d'une obligation claire en matière de préservation et qu'une telle omission a causé un préjudice à la partie adverse. L'affaire *Zubulake c. UBS Warburg LLC*¹¹⁶ en est une excellente illustration.

Diverses sanctions ont été imposées par les tribunaux américains. Dans certains cas, ces derniers ont invité les jurés à tirer des conclusions défavorables à la partie défaillante¹¹⁷, imposé des sanctions monétaires ou adjugé les dépens¹¹⁸, tiré des conclusions de responsabilité¹¹⁹ et même rendu des jugements par défaut¹²⁰.

Il y a eu des cas aux États-Unis où les tribunaux ont envisagé d'imposer des sanctions pour inertie intentionnelle (« purposeful sluggishness »), c'est-à-dire qu'ils ont assimilé à un défaut de respecter ses obligations de communication de la preuve le fait pour une partie de mettre un délai injustifiable pour ce faire.¹²¹ Il est essentiel que les parties évaluent réalistement les délais et le coût liés à l'administration de la preuve électronique afin que l'entente sur le déroulement de l'instance soit établie en conséquence et

¹¹³ 1998 IIJCan 6489 (B.C.C.A.), 157 D.L.R. (4th) 465.

¹¹⁴ 2006 MBQB 90, 202 Man.R. (2d) 278.

¹¹⁵ *CIBC World Markets Inc. c. Genuity Capital Markets*, 2005 IIJCan 3944 (Cour supérieure de justice de l'Ontario); *Canadian Derivatives Clearing Corp. c. EFA Software Services Ltd.*, 2001 ABQB 425, 294 A.R. 182; *Portus Alternative Asset Management Inc. (Re)* (2005), 28 O.S.C.Bull. 2760.

¹¹⁶ 212 F.R.D. 212 (S.D.N.Y. 2003).

¹¹⁷ *Stevens c. Union Pac. R.R. Co.*, 354 F.3d 739 (8th Cir. 2004); *Wiginton c. CB Richard Ellis, Inc.* 2003 WL 22439865 (N.D.Ill. 2003).

¹¹⁸ *Qualcomm c. Broadcom Corporation*, 2007 WL 2900537 (S.D.Cal Sept. 28, 2007).

¹¹⁹ *Metro. Opera Ass'n. c. Local 100, Hotel Employees & Rest. Employees Int'l Union*, 212 F.R.D. 178 (S.D.N.Y. 2003).

¹²⁰ *Carlucci c. Piper Aircraft Corp.*, 102 F.R.D. 472 (S.D.Fla. 1984).

¹²¹ Voir in re: *Seroquel Products Liability Litigation*, 2007 WL 2412946 (M.D. Fla.) (USDC).

que, le cas échéant, une prolongation des délais pour ce faire soit obtenue de consentement ou avec l'autorisation du tribunal. Les parties ne s'étant pas prémunis de bonnes informations techniques quand l'entente sur le déroulement de l'instance a été négociée risquent de se voir imposer des sanctions si elles font défaut de respecter les délais.

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

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

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

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

Les facteurs dont il faut tenir compte lors de la détermination de la sanction appropriée en cas de défaut d'agir conformément aux obligations en matière de divulgation de documents, ou autres défauts similaires ont été analysés dans l'affaire *Zelenski c. Jamz*¹²², citée dans *Brandon Heating*¹²³. Le tribunal a statué qu'il était approprié de tenir compte notamment des facteurs suivants : 1) l'importance et la nature des actes abusifs; 2) la preuve que les actes abusifs ont été commis intentionnellement ou par négligence; 3) généralement, le préjudice subi, et plus spécifiquement, l'incidence du défaut sur la capacité de la partie adverse de présenter sa demande ou sa défense; 4) le fondement de la réclamation ou de la défense de la partie défaillante; 5) la disponibilité d'une sanction, autre que le rejet de la demande, qui tiendra compte du préjudice subi par la partie adverse; et 6) la probabilité qu'une sanction, autre que le rejet de la demande, mettra un terme au comportement fautif.

Commentaire 11.e. Politiques raisonnables de gestion des documents

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

¹²² *Zelenski c. Jamz et al.*; *Zelenski c. Houston*, 2004 MBQB 256, 189 Man. R. (2d) 151.

¹²³ *Brandon Heating and Plumbing (1972) Ltd. et al. c. Max Systems Inc.*, 2006 MBQB 90, 202 Man. R. (2d) 278, par. 23 et 24.

Il faut tenir compte de plusieurs facteurs afin de déterminer si la destruction de documents est intentionnelle ou si elle découle d'une insouciance téméraire. L'adhésion à une politique de gestion documentaire en cours de litige, ou lorsqu'un litige est raisonnablement prévisible, serait à cet égard inappropriée¹²⁴. Dans un tel cas, la destruction devrait être sanctionnée. Il faut toutefois noter qu'il subsiste au Québec, des différences importantes en ce qui a trait aux obligations de préservation qui incombent aux parties¹²⁵.

Dans l'affaire *Ontario c. Johnson Controls Ltd.*¹²⁶, le tribunal a sévèrement critiqué Johnson Controls, contre laquelle une action récursoire avait été intentée après le règlement de la réclamation initiale pour atteinte à la personne. Johnson ne reçut aucun avis de la réclamation initiale avant 1999. Alors qu'en 1995, Johnson avait fait entreposer des documents potentiellement pertinents, une des boîtes disparut entre 1997 et 1999 sans qu'il ne soit possible d'établir si les documents avaient été traités conformément à une politique de rétention. Le tribunal décida que :

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

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

Dans l'affaire *Johnson*, les faits démontraient que l'existence du risque était connue et qu'il était raisonnable d'envisager un litige, ce qui commandait une longue période de rétention. Dans d'autres circonstances, lorsqu'il n'y a aucune raison d'envisager un litige, une période de rétention plus courte peut être justifiée.

Des jugements canadiens récents, dont celui rendu dans l'affaire *Brandon Heating*, ont tenu compte de l'incidence de la destruction de documents électroniques pertinents. Dans *Fareed c. Wood*¹²⁷, une succession a intenté une action contre l'avocat du défunt. Ce dernier avait également agi comme avocat en vertu d'une procuration générale, et les fonds de la succession étaient insuffisants pour payer les legs.

¹²⁴ *Silvestri c. General Motors Corp.*, 271 F.3d 583, 591 (4th Cir. 2001).

¹²⁵ Voir le Commentaire 3.e du Principe 3.

¹²⁶ (2002) IJCan 14053 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).

¹²⁷ 2005 IJCan 22134 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).

Le défendeur n'ayant fourni que des explications superficielles pour justifier sa conduite et ayant omis de divulguer des fichiers qui auraient pu étoffer ses explications. Le tribunal tira des conclusions défavorables en raison de son défaut de divulguer ces fichiers.

Principe 12

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

Dans la plupart des provinces et des territoires canadiens, les coûts liés à la communication d'éléments de preuve sont généralement assumés par la partie qui doit les communiquer.¹²⁸ Il existe encore un débat au Canada en ce qui a trait à la répartition des coûts liés à la communication des documents électroniques¹²⁹. Par contre, lorsque les documents sont communiqués, la partie adverse est responsable des coûts directement liés à cette communication, tels que les frais de photocopie, de reliure et de livraison. Tout autre partage des coûts n'a généralement lieu qu'à la fin du litige, lorsque la partie déboutée peut être condamnée au paiement total ou partiel des dépens de la partie gagnante¹³⁰.

Bien que l'on exige que les parties assument les coûts liés à la communication des documents électroniques dans le cours normal des affaires, à tout le moins à titre provisoire, la situation peut être différente lorsque des efforts ou des ressources extraordinaires sont nécessaires afin de restaurer des informations et de les rendre accessibles pour leur communication. Ainsi, par exemple, la restauration de données supprimées, de bandes de sauvegarde antisinistre, de données résiduelles ou d'un système patrimonial (« legacy system ») pourrait exiger des efforts ou des ressources extraordinaires. Dans de tels cas, obliger la partie qui communique ces données à assumer les coûts élevés qu'exige la restauration pourrait être injuste et même limiter l'accès à la justice à cette partie en l'empêchant de poursuivre sa cause jusqu'au procès. Pour ces raisons, 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.

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

1. la nature de la demande de communication de la preuve;
2. le volume des informations provenant d'autres sources plus facilement accessibles;

¹²⁸ De même, aux États-Unis les coûts liés à la communication de la preuve sont généralement assumés par la partie qui produit les documents. Par contre, la règle 26(b) des Federal Court Rules of Civil Procedure accorde le pouvoir aux tribunaux de modifier le partage des coûts lorsque la demande impose une contrainte excessive en raison de la nature de l'effort à fournir. Si un tribunal exige la récupération d'informations qui ne sont pas facilement accessibles, il devrait également juger qu'il est nécessaire de modifier la répartition des coûts. Voir les paragraphes 430 et 431 du jugement dans *Rowe Entm't, Inc. c. The William Morris Agency, Inc.*, 205 F.R.D. 421 (S.D.N.Y. 2002): « [TRADUCTION] Une partie qui conserve des données résiduelles sans que ce soit à des fins commerciales, mais seulement en cas d'urgence ou simplement parce qu'elle a oublié de s'en débarrasser, ne devrait pas en assumer les frais de production ».

¹²⁹ *Bank of Montreal c. 3D Properties (Bank of Montreal c. 3D Properties Inc. et al.)*. (No. 1), [1993] S.J. No. 279 (QL), 111 Sask. R. 53 (Q.B.): « [TRADUCTION] Tous les coûts raisonnables encourus par le demandeur, y compris les coûts liés à la recherche, la localisation, la préparation et la production desdits documents (dossiers informatisés, disques ou bandes) pour le requérant devront être assumés par ce dernier ».

¹³⁰ Par exemple, l'article 3.1 de la Practice Direction Regarding Electronic Evidence (July 2006), en ligne: The Courts of British Columbia <<http://www.courts.gov.bc.ca/sc/ElectronicEvidenceProject/ElectronicEvidenceProject.asp>>, prévoit que les frais raisonnables encourus afin d'agir conformément à cette dernière, « y compris les dépenses liées à l'embauche et aux services de spécialistes internes ou externes » peuvent être réclamés en vertu des Rules of Court.

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

Au Canada, on peut également soutenir que la répartition des coûts liés à la communication de documents électroniques accessibles pourrait être différente dans certains cas.

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, tant pour la localisation et l'analyse des documents électroniques que pour la communication. Ainsi, il serait souhaitable de clarifier les règles en matière d'attribution des dépens afin que les coûts internes liés à l'administration de la preuve constituent des débours recouvrables dans certaines circonstances.

Puisque les coûts liés à la communication d'éléments de preuve qui sont initialement assumés par les parties qui communiquent ces derniers peuvent être substantiels, ces parties pourraient décider d'appliquer certaines mesures afin de les limiter. Par exemple, une partie qui communique des documents pourrait décider de limiter l'étendue de ses obligations en matière de communication de la preuve électronique par négociation, avec judiciaires ou requêtes. Elles pourraient également envisager la possibilité que les coûts soient assumés en totalité ou en partie par la partie qui reçoit les documents.¹³¹ Dans les juridictions de common law, la partie qui communique les documents peut juger opportun de signifier une offre de règlement à l'autre partie, ou déposer une demande de cautionnement pour frais, afin d'améliorer ses chances de recouvrement des coûts si elle obtient finalement gain de cause.

En raison de la possibilité de paiement d'une provision pour frais dans le cadre de la communication de la preuve électronique, les parties requérant la communication de documents électroniques devraient tenir compte des coûts qui peuvent être encourus, le plus tôt possible.

¹³¹ *Barker c. Barker*, 2007 CanLII 13700 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) Les défendeurs ont requis une ordonnance visant à faire acquitter par les demandeurs, le tiers des coûts liés à la numérisation et au codage des documents, l'autre deux-tiers devant être partagé également entre la Couronne et les médecins défendeurs. Malgré l'objection des demandeurs, le tribunal a conclu que les bénéficiaires qu'ils en tireraient justifiaient le partage des coûts.

Annexe A : Participants et observateurs du GT7

*Steven Accette Ministère de la Justice Ottawa (Ontario) <i>Observateur</i>	Wendy Cole LexisNexis Canada Inc. Markham (Ontario)	Pamela Fontaine Toronto (Ontario)
*David J. Bilinsky <i>The Law Society of British Columbia</i> Vancouver (Colombie-Britannique)	*Conor R. Crowley DOAR Litigation Consulting New York (New York) ÉTATS-UNIS <i>Observateur</i>	*Dave Fraleigh FTI Ringtail Kelly Friedman Ogilvy Renault LLP Toronto (Ontario)
*Gordon Bourgard Ministère de la Justice Ottawa (Ontario) <i>Observateur</i>	*Orlando Da Silva Ministère du Procureur général Toronto (Ontario) <i>Observateur</i>	Robert M. Gerbrandt Groupe Financier Banque TD Toronto (Ontario)
*Richard G. Braman The Sedona Conference Sedona (Arizona) ÉTATS-UNIS <i>Membre d'office</i>	Jean-François De Rico Langlois Kronström Desjardins Québec (Québec)	Natalie Goulard Ministère de la Justice Montréal (Québec) <i>Observatrice</i>
*Todd J. Burke Gowling Lafleur Henderson, LLP Ottawa (Ontario)	**Robert J. C. Deane Borden Ladner Gervais, s.r.l. Vancouver (Colombie-Britannique) <i>Membre du Comité directeur et Comité de rédaction</i>	**David Gray McCarthy Tétrault, s.r.l. Montréal (Québec) <i>Comité de rédaction</i>
Alex Cameron Fasken Martineau DuMoulin LLP Vancouver (Colombie-Britannique)	Tom Donovan Cox Hanson O'Reilly Matheson Halifax (Nouvelle-Écosse)	*Karen B. Groulx Pallett Valo, LLP Mississauga (Ontario)
**L'honorable Colin L. Campbell Cour supérieure de justice Toronto (Ontario) <i>Observateur, Membre du Comité directeur</i>	**Peg Duncan Ministère de la Justice Ottawa (Ontario) <i>Observatrice, Membre du Comité directeur et du Comité de rédaction</i>	*Caroline Guillemette Ministère de la Justice Ottawa (Ontario) <i>Observatrice</i>
Robert Castonguay KPMG, s.r.l. Montréal (Québec)	*L'honorable Jonathan W. Feldman <i>United States District Court</i> Rochester (New York) ÉTATS-UNIS <i>Observateur</i>	*L'honorable Ronald J. Hedges U.S. Magistrate Judge Newark (New Jersey) ÉTATS-UNIS <i>Observateur</i>
*L'honorable Carol Cohen, J.C.S. Cour supérieure du Québec Montréal, Québec <i>Observatrice</i>	*Martin Felsky Commonwealth Legal Inc. Toronto (Ontario)	**Dominic Jaar Bell Canada Montréal (Québec)

**John H. Jessen
Electronic Evidence
Discovery Inc.
Kirkland (WA)
ÉTATS-UNIS
Observateur

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

Kristian Littmann
Best Buy Canada Ltd.
Burnaby (Colombie-
Britannique)

Kevin Lo
LECG Canada Ltd.
Toronto (Ontario)

Master Calum MacLeod
Cour supérieure de justice
Toronto (Ontario)
Observateur

Daniel J. Michaluk
Hicks Morley Hamilton
Stewart Storie LLP
Toronto (Ontario)

*Charles M. Nadeau
Cour canadienne de l'impôt
Ottawa (Ontario)
Observateur

*Susan E. Nickle
Wortzman Nickle
Professional Corporation
Toronto (Ontario)

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

*Dan Pinnington
Lawyers' Professional
Indemnity Co.
Toronto (Ontario)

William J. Platt
Groupe Juridique PLG Inc.
Toronto (Ontario)

Edwina Podemski
Alberta Justice,
Legal Services Division
Edmonton (Alberta)
Observatrice

*E. Dianne Rathwell
Bureau de la concurrence
Canada
Observatrice

**Jonathan M. Redgrave
Redgrave Daley Ragan &
Wagner, LLP
Washington (DC)
ÉTATS-UNIS
Observateur

Stuart Rennie
Stuart Rennie Consulting
Port Moody (British
Columbia)

Brian J. Reny
KPMG
Ontario (Toronto)

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

**L'honorable J. E. Scanlan
Cour suprême de la
Nouvelle-Écosse
Truro (Nouvelle-Écosse)
Observateur

Dominique Simard
Ogilvy Renault LLP
Montreal (Quebec)

**Glenn Smith
Lenczner Slaght Royce Smith
Griffin, LLP
Toronto (Ontario)

*Carla Swansburg
Banque Royale du Canada
Toronto (Ontario)

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

Ceyda Tocsoy
Torys LLP
Toronto (Ontario)

Graham Underwood
Ministry of Attorney General
Victoria (Colombie-
Britannique)
Observateur

*Peter Vakof
PricewaterhouseCoopers
Toronto (Ontario)

Andrew Wilkinson
McCarthy Tetrault LLP
Vancouver (British
Columbia)

*David Wilson
Alcatel Canada Inc.
Ottawa (Ontario)

*Kenneth J. Withers
The Sedona Conference
Phoenix (Arizona)
ÉTATS-UNIS
Membre d'office

**Susan B. Wortzman
Wortzman Nickle
Professional Corporation
Toronto (Ontario)

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

* Membre fondateur en Mai
2006.

** Membre du Comité
directeur ou du Comité de
rédaction.

Annexe B : The Sedona Conference® Working Group SeriesSM et le programme d'adhésion des WGSSM

« Une discussion structurée visant à faire progresser le droit de façon juste et raisonnée. »

The Sedona Conference® Working Group SeriesSM (« WGSSM») est le fruit de l'évolution de The Sedona Conference®, d'un forum de discussions approfondies à un groupe de réflexion sur les questions les plus problématiques du système juridique actuel.

Les WGSSM sont composés de membres renommés tout comme nos conférences saisonnières régulières. Par contre, le groupe actif est limité à 30-35 membres plutôt que 60. Au lieu de publier les versions finales des textes sur le site Web avant la conférence, des pistes de réflexion et des idées sont échangés à l'avance. Ainsi, la rencontre du groupe de travail permet de créer une série de recommandations, de directives et d'avis qui profiteront directement à la magistrature et aux membres du Barreau; elle permettra également de promouvoir l'avancement du droit de façon juste et raisonnable. Une fois terminé, le résultat des délibérations du groupe est soumis à l'évaluation des pairs, et si possible, à une critique lors d'une de nos conférences saisonnières régulières, afin de publier et de distribuer une version finale significative, équilibrée et ayant valeur de précédent.

Le premier groupe de travail s'est réuni en octobre 2002 et s'est consacré à l'élaboration de lignes directrices sur la conservation et la communication des documents électroniques. Dès sa publication à l'état de projet, *The Sedona Principles; Best Practices Recommendations and Principles Addressing Electronic Document Production* (mars 2003) a eu un retentissement instantané. *Les Principes* ont été cités dans le *Judicial Conference of the United State Advisory Committee on Civil Rules Discovery Subcommittee Report on Electronic Discovery* moins d'un mois après la publication du projet en version ouverte aux commentaires. Moins d'un mois plus tard, ils ont également été cités dans un jugement important sur l'administration de la preuve électronique de la *Federal District Court* à New York. Comme il est mentionné dans l'édition de juin 2003 du *Pike & Fischer's Digital Discovery and E-Evidence*, l'incidence des *Principes* est déjà évidente.

Les WGSSM ont créé un programme permettant à tous les juristes, avocats, universitaires et consultants intéressés de participer aux activités des groupes de travail. L'adhésion permet d'avoir accès aux avant-projets des textes des groupes de travail et d'y contribuer, ainsi qu'à un tableau où sont affichés des ouvrages de référence et où il est possible de discuter des développements récents et autres sujets d'intérêt. Les membres peuvent aussi proposer leurs services dans le cadre des projets d'équipe. La liste des membres figure dans les publications des groupes de travail.

Il existe actuellement des groupes de travail dans les domaines suivants : 1) conservation et communication des documents électroniques; 2) ordonnances de non-divulgence, confidentialité et accès à l'information; 3) rôle des aspects économiques dans les lois antitrust; 4) éléments intéressant les lois sur les brevets et les lois antitrust; 5) procédure *Markman* et interprétation de revendications; 6) gestion et divulgation de l'information électronique dans un contexte international; et 7) administration de la preuve électronique dans le cadre des litiges civils canadiens. Voir la section « Working Group Series » sur notre site Web au www.thesedonaconference.org pour de plus amples renseignements sur nos Working Group SeriesSM et le programme d'adhésion.