

# THE SEDONA CONFERENCE

*Les Principes de Sedona Canada concernant  
l'administration de la preuve électronique,  
deuxième édition*

Projet du Groupe de travail 7  
(Sedona Canada)

JANVIER 2020



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

*Projet du Groupe de travail n° 7 (GT7) de The Sedona Conference, Sedona Canada*

**Auteur :** The Sedona Conference

**Rédactrice en chef :**

Susan Nickle

**Directeur de rédaction :**

Jim W. Ko

**Collaborateurs à la rédaction :**

Anne Glover

David N. Sharpe

Crystal O'Donnell

**Collaborateurs :**

L'honorable Colin L. Campbell, c.r.

David Outerbridge

Roger B. Campbell

James T. Swanson

Robert J.C. Deane

Susan Wortzman

Karen B. Groulx

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.

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

---

© The Sedona Conference, 2020. Tous droits réservés.

« Sedona Canada » est une marque de commerce déposée auprès de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada.

**wgs**

**Comités directeur et de rédaction (édition 2008) :**

L'honorable Colin L. Campbell, c.r.

Robert J.C. Deane

Peg Duncan

David Gray

L'honorable J.E. Scanlan

Glenn Smith

Susan Wortzman

**Éditeurs, version française :**

Marie-Ève Gingras

Philippe Gollin

Nicholas Trottier

Lisa Chung

**Conseiller en technologie :**

John H. Jessen

**Traductrice :**

Maité Bertaud

---

## Préface

Bienvenue à la deuxième édition des Principes de Sedona Canada concernant l'administration de la preuve électronique, projet de The Sedona Conference Working Group on E-Discovery Issues in Canada (« Sedona Canada » ou « GT7 »). Il s'agit d'une série de commentaires, formulés par des groupes de travail et publiés par The Sedona Conference, institut américain voué à la recherche et à l'enseignement, qui est régi par l'alinéa 501(c)(3) de l'Internal Revenue Code des États-Unis et dont la mission est de permettre aux juristes, avocats, experts, universitaires et autres œuvrant dans les domaines des litiges complexes, du droit de la concurrence et de propriété intellectuelle, d'engager un véritable dialogue, sans débat, dans un effort d'avancement du droit de façon juste et raisonnée, dans le cadre de conférences et de groupes de réflexion appelés des Groupes de travail.

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

La deuxième édition est le fruit des efforts de multiples contributeurs. Le processus de rédaction de la deuxième édition a été lancé en octobre 2012 par un groupe réunissant de nombreux juristes canadiens. Ce processus exhaustif, ponctué d'innombrables conférences téléphoniques, a été élaboré et établi par consensus par l'équipe de rédaction. Le document a par ailleurs fait l'objet de discussions lors de la réunion du GT7 de The Sedona Conference à Toronto, en août 2014. La version publique pour commentaires de la deuxième édition a été publiée en février 2015 et les rédacteurs ont considéré les commentaires reçus dans le cadre du processus de consultation publique.

Au nom de The Sedona Conference, je remercie tous les membres de l'équipe de rédaction, notamment Susan Nickle, Anne Glover, Crystal O'Donnell, David N. Sharpe, l'honorable Colin L. Campbell, c.r., Roger B. Campbell, Robert J.C. Deane, Karen B. Groulx, David Outerbridge, James Swanson, et Susan Wortzman, pour le temps et l'attention qu'ils ont consacrés au processus de rédaction et de révision. Je remercie également la bénévole Nadia Sayed, Luc Bélanger, l'honorable David M. Brown, Ronald Davis, Martin Felsky, Kelly Friedman, Heidi Lazar-Meyn, Kathryn Manning, Lynne Vicars et, tout particulièrement, William E. Hoffman, ainsi que toutes les autres personnes qui ont participé à ce projet d'envergure, pour leur aide et leurs contributions.

Je souhaite également remercier les membres du comité directeur et de rédaction du GT7 qui ont présenté la première édition des *Principes de Sedona Canada* en janvier 2008, notamment l'honorable

Colin L. Campbell, c.r., Robert J.C. Deane, Peg Duncan, David Gray, Dominic Jaar, l'honorable J.E. Scanlan, Glenn Smith, Susan Wortzman, ainsi que le conseiller technologique, John H. Jessen.

La version préliminaire des textes de la *Working Group Series* est largement diffusée sous forme de projet aux fins de révision, d'examen critique et de commentaires, y compris une analyse approfondie lors de conférences parrainées par Sedona. À la suite de cette période de révision par les pairs, cette version préliminaire est examinée et révisée par les membres du Groupe de travail et de son comité directeur, en tenant compte des informations apprises au cours de la consultation publique. Veuillez transmettre vos commentaires par courriel ([info@sedonaconference.org](mailto:info@sedonaconference.org)) ou par télécopieur au 602-258-2499. The Sedona Conference espère et prévoit que les travaux de ses groupes de travail constitueront des sources ayant valeur de précédent et orientant la pratique dans le milieu juridique.

Craig Weinlein  
Directeur exécutif  
The Sedona Conference  
Janvier 2020

---

## Avant-propos

---

Les *Principes de Sedona Canada* (les « *Principes* ») ont été publiés pour la première fois en janvier 2008.<sup>1</sup> Depuis lors, le domaine de l'administration de la preuve électronique au Canada a considérablement évolué.

En 2008, les auteurs des *Principes* ont préconisé un changement culturel dans la profession juridique pour tenir compte de l'incidence de l'administration de la preuve électronique dans le cadre d'un litige. Au cours des sept dernières années, nous avons constaté des changements notables : des règles ont été modifiées en fonction de l'administration de la preuve électronique, la jurisprudence canadienne sur l'administration de la preuve électronique s'est développée, la règle de la pertinence a été circonscrite dans certaines juridictions afin de refléter une nouvelle « réalité virtuelle », caractérisée par un volume important. De plus, partout au pays, le concept de la proportionnalité est maintenant bien intégré au vocabulaire juridique d'administration de la preuve.

En 2015, d'autres changements dans la culture juridique sont encore nécessaires. Au centre de ce changement est la collaboration prompte et efficace entre avocats, ainsi que la reconnaissance du fait que les principes de base d'administration de la preuve électronique s'appliquent à tous les dossiers, peu importe leur envergure ou l'objet du litige. Cette nouvelle édition des *Principes* présentés plus loin reflète ces idéaux fondamentaux, ainsi que d'autres changements importants apportés à la législation canadienne. Dans le but de rendre les *Principes* accessibles à un public aussi large que possible, le Groupe de travail a synthétisé les *Principes* actualisés et les commentaires connexes dans les énoncés de principes fondamentaux suivants :

### **Les *Principes de Sedona Canada* sont axés sur le processus d'administration de la preuve.**

Les problèmes liés à la gestion des documents électroniques et d'autres informations sur support électronique (ou « ISE ») sont de plus en plus préoccupants d'un point de vue commercial et juridique. En vertu des diverses lois sur la preuve au Canada, l'admissibilité des documents électroniques à titre de preuves repose souvent sur la fiabilité de l'exploitation et des fonctions des systèmes informatiques, ainsi que des enregistrements contenus et gérés dans ceux-ci. Les normes actuelles et émergentes concernant les systèmes et les politiques de gestion des documents électroniques se révèlent utiles et précieuses pour la gestion générale du cycle de vie des ISE, notamment pour l'authentification et l'admissibilité des documents électroniques à titre de preuves. Cependant, dans une large mesure, les politiques et pratiques en matière de gouvernance des informations et des documents, l'intégrité et l'exploitation des systèmes informatiques et logiciels, ainsi que le droit positif relatif à l'admissibilité des documents électroniques à titre de preuves

---

<sup>1</sup> Les Principes de Sedona Canada sont le résultat des travaux du Groupe de travail Sedona Canada, soit le Groupe de travail 7 (GT7 ou le « Groupe de travail ») de The Sedona Conference. Cette organisation a été fondée en 1997 à Sedona, en Arizona, et est actuellement basée à Phoenix, en Arizona. The Sedona Conference, ses Principes, ainsi que ses nombreuses publications et initiatives ont joué un rôle déterminant dans le monde entier dans l'élaboration et l'adoption de normes et de pratiques exemplaires en matière d'utilisation de l'information électronique dans les litiges et aux fins des autres formes d'enquête.

dépassent la portée de ces *Principes*. Les *Principes* se concentrent plutôt sur les pratiques exemplaires concernant le processus d'administration de la preuve dans les circonstances dans lesquelles les parties au litige se trouvent, et non sur les façons dont les parties pourraient avoir géré leurs systèmes et leurs documents avant un litige, afin d'améliorer leur capacité à traiter les litiges et les obligations en matière d'administration de la preuve.

**Les *Principes de Sedona Canada* sont au cœur du processus d'administration de la preuve au Canada.** Les *Principes* fournissent un aperçu des pratiques exemplaires en matière de gestion des ISE qui sont ou peuvent être pertinentes dans tous les cas. Publiés pour la première fois en janvier 2008, les *Principes* ont servi de base aux modifications officielles des règles dans au moins deux provinces. Ils prévoient la gestion collaborative de l'administration de la preuve, qui, en raison de la prolifération des ISE, joue un rôle de plus en plus central dans le déroulement des actions civiles.

**Les *Principes de Sedona Canada* fournissent des lignes directrices pratiques.** Les *Principes* sont suffisamment souples pour que les juristes et les juges puissent les utiliser lorsqu'ils traitent d'ISE dans différents cas, lors de l'évaluation des effets de diverses sources ou divers formats et volumes d'ISE, ainsi que lors de la détermination des coûts et avantages relatifs à l'adoption de différents modes d'administration de la preuve.

**Les informations sur support électronique (ISE) sont omniprésentes.** Les avocats à tous les échelons doivent être à l'aise avec la gestion des ISE. La communication électronique touche maintenant presque tous les aspects de notre vie. La grande majorité des informations produites aujourd'hui sont sous forme électronique et ne seront jamais imprimées. Les ISE font ainsi partie de presque tous les dossiers, ce qui signifie que tout avocat doit avoir une connaissance élémentaire de la gestion de ces informations.

Les parties ont l'obligation de préserver les ISE susceptibles de se révéler pertinentes dans le contexte d'un litige, d'une affaire réglementaire et d'un audit. Le devoir de préserver les informations susceptibles de se révéler pertinentes, lorsqu'il est déclenché, englobe les ISE.

**Les ISE se distinguent des documents papier.** Il existe des milliers de formats de fichiers électroniques. À l'heure actuelle, les systèmes informatiques reproduisent et diffusent des ISE sans intervention humaine. Les duplicatas et les quasi-copies prolifèrent sur l'ordinateur de l'utilisateur et ailleurs. Au fur et à mesure que les systèmes changent, les ISE peuvent devenir moins accessibles et donc plus difficiles à recueillir et à préserver. Les méthodes de recherche, de récupération, de conversion et de production des ISE évoluent constamment et sont complètement différentes de celles relatives au papier.

1. La gestion des ESI soulève de nombreux problèmes qui ne s'appliquent pas au monde du papier. Les informations électroniques peuvent être remplacées, cachées, modifiées et même complètement supprimées par une manipulation accidentelle, incompétente, négligente ou illicite sans que les effets en soient connus immédiatement. Il importe donc de recenser les ISE qui pourraient être pertinentes et de veiller

à les préserver dès que possible de manière à protéger l'intégrité de l'information. La compréhension des notions fondamentales de gestion des ISE contribuera à minimiser ces risques tout en fournissant aux avocats les connaissances dont ils ont besoin pour faire en sorte que des tiers assument leurs responsabilités. Les avocats ont l'obligation professionnelle de conseiller leurs clients sur les pratiques appropriées et les risques de ne pas les mettre en œuvre.

2. La préservation des ISE est cruciale. Les caractéristiques particulières des ISE et l'évolution constante de la technologie signifient qu'il est essentiel, dans le contexte des obligations en matière d'administration de la preuve, de prendre des mesures concrètes et proactives pour préserver les ISE potentiellement pertinentes d'une façon efficace qui protège l'intégrité de l'information.
3. Les grandes organisations tout comme les particuliers peuvent lutter contre la perte des ISE pertinentes. Chaque entité ou individu gère et traite les ISE de façon distincte et chacun peut perdre ou modifier des ISE potentiellement pertinentes, à moins que des mesures ne soient prises pour les préserver. Certaines entreprises suppriment des ISE quotidiennement, mais elles ont des systèmes de sauvegarde. Les individus purgent les ISE moins fréquemment, mais, lorsqu'ils le font, il est probable que ces informations soient perdues pour toujours.
4. Les ISE présentent des difficultés particulières en matière d'authentification. Seules les méthodes appropriées pour préserver, recueillir, traiter, examiner et présenter les ISE protégeront raisonnablement l'intégrité des données et maintiendront la chaîne de possession. La copie et le déplacement des ISE sans utiliser de méthodes appropriées changeront presque toujours certaines métadonnées.

Pour toutes les raisons ci-dessus, les avocats doivent apprendre les méthodes efficaces et raisonnables de la gestion des ISE, notamment pour la préservation initiale, ainsi que pour la collecte, le traitement, l'examen et la divulgation de la preuve.

**Les ISE peuvent s'avérer pertinentes même dans le contexte de petits litiges.** Les ISE ne concernent pas uniquement les dossiers de grande envergure, complexes ou médiatisés. Elles sont pertinentes dans presque tous les litiges civils, y compris en matière de préjudices corporels et de droit de la famille. Elles peuvent s'avérer importantes même lors de dossiers de très petite envergure ou sans complexité, par exemple lorsque l'affaire repose sur des informations contenues dans un téléphone portable ou dans un courriel.

**Les petits litiges peuvent donner lieu à leurs propres procédures et attentes.** Les règles et les pratiques adaptées aux grandes entités peuvent n'avoir aucun sens pour un particulier. On s'attend à ce que les grandes entreprises adoptent une politique de conservation des documents, sans entretenir cette attente à l'égard des particuliers. De même, dans presque tous les cas, il serait disproportionné de demander à une multinationale de mettre en suspens tous ses appareils informatiques, mais il est

concevable d'exiger d'un demandeur qu'il préserve son téléphone portable et tout contenu relatif aux médias sociaux.

**L'administration de la preuve électronique devrait respecter la règle de la proportionnalité en fonction des circonstances.** La proportionnalité est le baromètre pour mesurer combien de temps, d'efforts et de frais une partie devrait raisonnablement avoir à dépenser relativement au traitement des ISE, à la lumière de tous les facteurs pertinents. Toute juridiction ayant adopté des règles de procédure liées aux ISE qui imposent des obligations de faire a également adopté un principe de proportionnalité. Toutes les ISE sont soumises aux règles d'administration de la preuve et les parties ont le devoir de préserver, de chercher et de communiquer ce qui répond au critère de pertinence pour la divulgation. Mais aucune partie n'est tenue de préserver, de chercher et de communiquer toutes les ISE (ou un ensemble d'ISE particulièrement problématique) lorsque cela imposerait des coûts et un fardeau disproportionnés par rapport à la valeur de l'affaire ou à la valeur probante de la preuve en question, en tenant compte de la disponibilité de la même information provenant d'autres sources et d'autres facteurs. (Voir *Principe 2*.)

**Les principes fondamentaux et les pratiques exemplaires s'appliquent toujours, peu importe l'envergure du dossier.** Les premières discussions entre avocats représentant des parties adverses et la collaboration concernant la gestion de tous les aspects des ISE revêtent une grande importance dans tous les dossiers. Même si la portée, le volume et les méthodes diffèrent, les éléments clés de collaboration et l'élaboration d'un plan d'enquête préalable restent les mêmes : la source du différend, l'identité des parties ou des individus concernés, les sources d'information, les éléments à préserver, l'ordre de collecte et de traitement de l'information, les formats dans lesquels les parties examineront et communiqueront les ISE, etc. Parmi ces facteurs, les méthodes de recherche peuvent revêtir la plus grande importance. Dans les dossiers de petite envergure, il se peut qu'aucun outil perfectionné ne soit accessible. Dans de tels cas, la gestion adéquate des ISE peut faire l'objet d'une *plus grande* préoccupation immédiate que dans les dossiers de grande envergure.

**Les parties devraient se rencontrer dès que possible afin d'établir des moyens raisonnables de respecter leurs obligations d'administration de la preuve.** Les *Principes* exigent une collaboration efficace et continue entre les parties, et ce, tout au long de l'administration de la preuve. Il est recommandé aux parties de se rencontrer dès que possible et régulièrement afin de faciliter la résolution collaborative de toutes les questions d'administration de la preuve (voir *Principe 4*), de convenir le plus rapidement possible des formats de production et du contenu de diverses listes (voir *Principe 8*), et d'accepter ou de chercher des directives sur la façon de protéger le secret professionnel, la vie privée, les secrets commerciaux et d'autres informations confidentielles (voir *Principe 9*).

**La collaboration continue et les entretiens réguliers entre les parties peuvent minimiser les fardeaux, atténuer les risques et aboutir à la résolution rapide des différends.** En participant à des discussions préliminaires et tout au long des phases d'identification, de préservation, de collecte, de traitement, d'examen et de communication, et en partageant, le cas échéant, des informations sur les sous-ensembles pertinents d'ISE (données conservées, collecte de données, résultats de

recherche, etc.), les parties favorisent d'énormes gains d'efficacité en réduisant, dès le début et lors de chaque étape ultérieure, le volume d'informations que les parties devront recueillir, traiter, chercher, examiner et communiquer. Cette approche peut remplacer la pratique traditionnelle selon laquelle chaque partie prépare une liste de documents pertinents et, dans certains cas, présente l'intégralité de ce qu'elle considère comme étant des pièces pertinentes, sans consulter les autres parties.

La collaboration efficace, continue et en amont entre les parties contribue à réduire les coûts, à diminuer les retards et à éviter les erreurs et la confusion qui découlent des échecs de communication, ainsi que les requêtes coûteuses et longues pour résoudre des différends d'administration de la preuve qu'il est facile de gérer.

**Les avocats devraient accepter la communication de documents sous forme électronique et comprendre les éléments de l'administration de la preuve électronique dans chacun de leurs dossiers.** Il est possible que la preuve la plus importante dans un dossier existe sous forme électronique. En effet, cela est certainement le cas dans les situations où la grande majorité des communications ne sont jamais imprimées.

La gestion électronique de l'information permet l'organisation, la recherche, l'analyse, l'examen et la communication de manière très efficace et beaucoup plus rapide qu'avec le papier ou les documents numérisés. Il est plus rapide, plus efficace et moins coûteux d'échanger électroniquement des informations et des documents électroniques que d'imprimer ceux-ci avant de les reconvertir en fichiers électroniques. Cela est vrai même lors de petits litiges. Les outils modernes favorisent l'administration de la preuve dans un contexte collaboratif et efficace où toutes les parties ont accès aux informations pertinentes, à moindre coût, tout en profitant des avantages de la gestion électronique et en maintenant les partitions nécessaires entre les ensembles de données. En outre, les avocats qui font fi des pratiques exemplaires relatives aux ISE pourraient s'exposer à une action en responsabilité professionnelle.

Cette deuxième édition des *Principes* se veut un outil pour résoudre les conflits difficiles et complexes liés à l'administration de la preuve et, par conséquent, aide à trouver des solutions efficaces, opportunes, rentables et légitimes aux problèmes de divulgation de documents.

\*\*\*\*\*

Le Groupe de travail de Sedona Canada a révisé divers volets clés de la version originale de 2008 des *Principes*. Dans plusieurs cas, le libellé des *Principes* a été modifié. On a effectué la mise à jour approfondie du commentaire accompagnant chacun des *Principes* et on a actualisé la jurisprudence applicable, le cas échéant. Les modifications les plus importantes sont résumées ci-dessous.

## **Principe 1**

Le commentaire du *Principe 1* a été modifié pour ajouter une référence aux médias sociaux.

## **Principe 2**

Le *Principe 2* a été modifié pour créer un test de proportionnalité en cinq parties.

Un nouveau paragraphe au commentaire introductif souligne l'importance du principe de proportionnalité. On a également ajouté une section traitant de l'applicabilité du principe de proportionnalité à la procédure et aux demandes en matière de procédure.

Le commentaire comprend également une référence au *E-Discovery Implementation Committee* (EIC) de l'Association du Barreau de l'Ontario et aux modèles de documents qu'il élabore.

## **Principe 3**

Le commentaire a été modifié pour souligner la valeur et l'importance de la gouvernance de l'information comme moyen de préparer les litiges et, en particulier, pour l'administration de la preuve électronique.

## **Principe 4**

Le *Principe 4* a été modifié pour mettre l'accent sur la notion de « collaboration » (au lieu de se « rencontrer pour discuter » ou des « rencontres de concertation ») en vue d'élaborer conjointement un plan d'enquête préalable.

Le commentaire accompagnant ce *Principe* comprend de nouvelles sections importantes et est caractérisé par un changement d'orientation général. Tout d'abord, l'accent est mis sur l'importance et la valeur de la planification de l'administration de la preuve. Cette section propose que le terme « rencontre pour discuter » (ou « rencontre de concertation ») soit remplacé par « planification de l'administration de la preuve » (ou « plan d'enquête préalable »), « consultation » ou un terme similaire qui ne suggère pas que des réunions en personne soient requises. L'accent est mis sur le partage de bonne foi de l'information en vue de parvenir à un accord concernant le plan d'enquête préalable.

## **Principe 5**

Dans le commentaire accompagnant le *Principe 5*, on a supprimé la mention des données qui « ne sont pas raisonnablement accessibles » et qui sont donc exclues des ISE à traiter. Le fait que des informations aient été supprimées ne signifie pas que les données ne sont pas accessibles ou qu'une partie n'a aucune obligation de les obtenir.

## **Principe 6**

Le *Principe 6* énonce clairement « [qu'une] partie ne devrait pas être contrainte de chercher et de recueillir des informations sur support électronique résiduelles ou supprimées dans le cours normal des affaires ou dans le cadre d'une structure raisonnable de gouvernance de l'information à moins

d'une entente entre les parties ou d'une ordonnance du tribunal démontrant le besoin et la pertinence de ces informations ». Les parties ne peuvent pas supprimer des informations pour déjouer leurs obligations en matière de communication de la preuve; les principes légitimes de gouvernance de l'information seront pris en compte.

Le commentaire a été actualisé afin d'intégrer la nouvelle jurisprudence canadienne qui soutient que la suppression des documents est permise dans le cours normal des affaires ou conformément à une politique raisonnable de conservation des documents.

### **Principe 7**

Le *Principe 7* a été modifié afin de préciser que ce principe s'applique non seulement aux documents électroniques, mais aussi aux autres formats de documents.

Compte tenu des progrès technologiques et du rythme de développement et d'évolution de la technologie, les références à des techniques ou outils spécifiques ont été supprimées de ce commentaire. En outre, on a étoffé les remarques sur les outils qui peuvent être utilisés par une partie en vue de satisfaire à ses obligations en matière d'administration de la preuve.

Enfin, on a ajouté une section sur l'importance de l'échantillonnage et de la validation de toute méthode adoptée pour remplir les obligations en matière d'administration de la preuve.

### **Principe 8**

Le *Principe 8* a été modifié pour en retirer la référence aux « listes de documents », puisque de nombreuses parties n'émettent plus de listes de documents. Le nouveau principe proposé est simplifié comme suit : « Les parties devraient s'entendre dès que possible dans le cadre d'un litige sur le format, le contenu et l'organisation des informations qui seront échangées ».

Dans la section « Entente quant au format », on a ajouté des informations supplémentaires dans la section « Accepter un format pour la production » afin de tenir compte de l'évolution au fil des ans de la pratique qui privilégie la divulgation de la preuve dans son format natif, dans la mesure du possible.

La section intitulée « Listes de documents – Format et organisation » a été renommée « Affidavits; format et organisation des listes de documents ». De plus, on a élargi cette section afin d'y aborder le fait que l'indexation manuelle des documents n'est souvent plus nécessaire, compte tenu de la tendance de communiquer les fichiers natifs (et de recueillir des fichiers natifs auprès de clients).<sup>2</sup> On a également ajouté un commentaire sur les questions qui se posent dans cette nouvelle ère électronique avec le libellé de certains affidavits de documents exigés par les règles de procédure applicables dans certaines provinces.

---

<sup>2</sup> Pour de plus amples informations sur l'indexation, voir Introduction, section F.8 (*La technologie de pointe favorise l'organisation, la recherche et l'interprétation des ISE*), *infra*, et la note 27.

## **Principe 9**

Dans le commentaire, on a étoffé les remarques sur le secret professionnel et la divulgation accidentelle. De plus, on a ajouté une nouvelle section concernant l'information sur les documents indexés dans une liste de documents.

On a intégré quelques nouvelles sections concernant la vie privée dans différents contextes, notamment la vie privée et les médias sociaux, la confidentialité des employés qui utilisent des appareils fournis par l'employeur et les enquêtes criminelles.

Enfin, on a ajouté une brève section sur la sécurité des données et les problèmes liés à la chaîne de possession.

## **Principe 10**

Le *Principe 10* a été modifié pour refléter différentes juridictions géographiques et divers forums.

On a considérablement étoffé le commentaire afin d'aborder les différences touchant les litiges transfrontaliers que les avocats devraient envisager. Il comprend une brève mention des problèmes qui se posent dans les litiges interforums, tels que les poursuites pénales et réglementaires.

On a également ajouté une section sur l'utilisation d'éléments de preuve électroniques lors d'un arbitrage.

## **Principe 11**

Le *Principe 11* a été modifié afin de confirmer que des sanctions peuvent être imposées lorsqu'une partie ne respecte pas ses obligations liées à toute phase de l'administration de la preuve. On a supprimé l'énoncé stipulant que la partie défaillante pourrait éviter lesdites sanctions en démontrant que son manquement n'était ni intentionnel ni négligent.

Le commentaire concernant la jurisprudence américaine a été supprimé et remplacé par des remarques sur la jurisprudence canadienne croissante concernant la suppression d'éléments de preuve (spoliation) et les sanctions en cas de non-divulgation.

On a renommé le commentaire au sujet des politiques raisonnables de gestion des documents. Ce commentaire a été étoffé afin d'aborder davantage les principes de gouvernance de l'information et la réfutation de la présomption de spoliation.

## **Principe 12**

Le *Principe 12* a été modifié pour confirmer que la partie communiquant les ISE assumera généralement ses propres coûts associés à chacune des phases de l'administration de la preuve.

On a actualisé la jurisprudence dans le commentaire afin d'y indiquer explicitement que la saine gouvernance de l'information est un facteur important de réduction des coûts associés à l'administration de la preuve électronique.

Susan Nickle  
*Rédactrice en chef*

Anne Glover  
Crystal O'Donnell  
David N. Sharpe  
*Collaborateurs à la rédaction*

L'honorable Colin L. Campbell, c.r.  
James Swanson  
*Coprésidents, Groupe de travail n° 7 (GT7)*

## Table des matières

Les Principes de Sedona Canada concernant l'administration de la preuve électronique—survol .....	1
I. Introduction à la deuxième édition : l'administration de la preuve à l'ère électronique .....	3
A. L'administration de la preuve électronique.....	4
B. Public cible .....	4
C. L'administration de la preuve électronique au Canada .....	5
D. Nécessité d'établir des normes appropriées en matière d'administration de la preuve électronique .....	5
E. Les principes fondamentaux : proportionnalité et collaboration entre les parties.....	6
F. Documents électroniques et documents papier.....	8
1. Volume important et facilité de duplication.....	8
2. Persistance—Les ISE sont difficiles à détruire .....	8
3. La dispersion des ISE .....	9
4. La nature dynamique et la possibilité de modifier de nombreuses ISE .....	9
5. Métadonnées .....	10
6. Données structurées.....	12
7. Obsolescence du matériel informatique et des logiciels .....	12
8. La technologie de pointe favorise l'organisation, la recherche et l'interprétation des ISE.....	12
9. Le risque de divulgation accidentelle de documents confidentiels .....	15
II. Principes et commentaires.....	17
<b>Principe 1.</b> Les informations sur support électronique sont soumises aux règles d'administration de la preuve.....	17
<b>Commentaire 1.a.</b> Définition du terme « informations sur support électronique » (ISE). 17	
<b>Commentaire 1.b.</b> Pertinence .....	17

<b>Commentaire 1.c.</b> Lois sur le commerce électronique et amendements aux lois sur la preuve.....	19
<b>Principe 2.</b> 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; (ii) l'importance et la complexité des questions en litige, des intérêts et des montants en jeu; (iii) la pertinence des informations sur support électronique disponibles; (iv) l'incidence des informations sur support électronique sur le processus décisionnel du tribunal dans chaque instance; et (v) aux coûts, fardeau et délais que l'administration de la preuve électronique pourrait imposer aux parties.....	19
<b>Commentaire 2.a.</b> Le rôle de la proportionnalité.....	19
<b>Commentaire 2.b.</b> La règle de proportionnalité selon la juridiction.....	22
<b>Commentaire 2.c.</b> Le fondement de preuve de la proportionnalité .....	24
<b>Commentaire 2.d.</b> La proportionnalité des procédures .....	25
<b>Principe 3.</b> 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 informations sur support électronique potentiellement pertinentes...	26
<b>Commentaire 3.a.</b> Étendue de l'obligation de préservation .....	26
<b>Commentaire 3.b.</b> La préparation de l'administration de la preuve électronique réduit les coûts et les risques – gouvernance de l'information et état de préparation aux litiges	27
<b>Commentaire 3.c.</b> Mesures à prendre pour préserver des données .....	28
<b>Commentaire 3.d.</b> Avis concernant l'obligation de préservation dans les juridictions de common law.....	30
<b>Commentaire 3.e.</b> L'obligation de préservation au Québec .....	32
<b>Commentaire 3.f.</b> Aucun besoin de mesures extraordinaires.....	33
<b>Commentaire 3.g.</b> Ordonnances de préservation .....	33
<b>Commentaire 3.h.</b> Aucun besoin de figer toutes les données.....	34
<b>Commentaire 3.i.</b> Supports de sauvegarde antisinistre.....	35
<b>Commentaire 3.j.</b> Préservation des données partagées .....	37

<b>Principe 4.</b> Les avocats et les parties devraient collaborer à l'élaboration d'un plan conjoint visant le traitement de tous les aspects de l'administration de la preuve; ils devraient maintenir cette collaboration tout au long du processus de l'administration de la preuve, notamment aux fins de l'identification, de la préservation, de la collecte, du traitement, de l'analyse et de la communication des informations sur support électronique. ....	38
<b>Commentaire 4.a.</b> L'objet de la planification de l'administration de la preuve.....	38
<b>Commentaire 4.b.</b> Rencontres fréquentes.....	41
<b>Commentaire 4.c.</b> Préparation en vue de la planification .....	42
<b>Commentaire 4.c.i.</b> Identification .....	43
<b>Commentaire 4.c.ii.</b> Préservation.....	43
<b>Commentaire 4.c.iii.</b> Collecte et traitement.....	44
<b>Commentaire 4.c.iv.</b> Processus d'analyse.....	44
<b>Commentaire 4.c.v.</b> Communication.....	44
<b>Commentaire 4.c.vi.</b> Échéancier .....	45
<b>Commentaire 4.d.</b> Participants.....	45
<b>Commentaire 4.e.</b> Partage de bonne foi pour favoriser l'entente.....	46
<b>Commentaire 4.f.</b> Conséquences du défaut de collaboration.....	47
<b>Principe 5.</b> Les parties devraient être prêtes à communiquer toutes les informations sur support électronique pertinentes et raisonnablement accessibles eu égard aux coûts et au fardeau. ....	48
<b>Commentaire 5.a.</b> Étendue de la recherche des informations sur support électronique raisonnablement accessibles.....	48
<b>Commentaire 5.b.</b> Tiers détenant des documents électroniques .....	51
<b>Principe 6.</b> Une partie ne devrait pas être contrainte de chercher et de recueillir des informations sur support électronique résiduelles ou supprimées dans le cours normal des affaires ou dans le cadre d'une structure raisonnable de gouvernance de l'information à moins d'une entente entre les parties ou d'une ordonnance du tribunal démontrant le besoin et la pertinence de ces informations.....	51

<b>Principe 7.</b> Une partie peut utiliser des outils et des processus électroniques pour remplir ses obligations relatives à la communication des documents.....	53
<b>Commentaire 7.a.</b> Amélioration de la précision, de l'efficacité et de la maîtrise des coûts grâce à l'utilisation efficace de la technologie.....	53
<b>Commentaire 7.b.</b> La technologie appropriée pour un processus défendable sur le plan juridique .....	54
<b>Commentaire 7.c.</b> Réduction de la quantité de données.....	54
<b>Commentaire 7.c.i.</b> Rapport d'analyse des paramètres de données .....	55
<b>Commentaire 7.c.ii.</b> Documents en double (« doublons » ou copies).....	55
<b>Commentaire 7.c.iii.</b> La recherche par mot clé.....	56
<b>Commentaire 7.c.iv.</b> Indexation prédictive, systèmes d'apprentissage automatique et analyse assistée par la technologie.....	57
<b>Commentaire 7.d.</b> Échantillonnage et validation des résultats .....	58
<b>Principe 8.</b> Les parties devraient s'entendre dès que possible dans le cadre d'un litige sur le format, le contenu et l'organisation des informations qui seront échangées.....	60
<b>Commentaire 8.a.</b> Les informations sur support électronique doivent être communiquées en format électronique (et non papier) .....	60
<b>Commentaire 8.b.</b> Entente quant au format.....	61
<b>Commentaire 8.c.</b> Affidavits, format et organisation des listes de documents.....	63
<b>Principe 9.</b> Dans le cadre du processus d'administration de la preuve, les parties devraient s'entendre ou obtenir une ordonnance du tribunal si nécessaire, afin que des mesures soient prises pour protéger les informations privilégiées, les renseignements personnels, les secrets commerciaux et les autres informations confidentielles liés à la communication d'informations sur support électronique.....	65
<b>Commentaire 9.a.</b> Privilège du secret professionnel.....	65
<b>Commentaire 9.a.i.</b> Divulgence accidentelle.....	65
<b>Commentaire 9.a.ii.</b> Mesures de protection .....	66
<b>Commentaire 9.a.iii.</b> Sanctions.....	67

<b>Commentaire 9.a.iv.</b> Désignation d'experts par le tribunal.....	67
<b>Commentaire 9.a.v.</b> Protection des informations couvertes par le secret professionnel.....	67
<b>Commentaire 9.b.</b> Protection des informations confidentielles .....	68
<b>Commentaire 9.c.</b> Protection des renseignements personnels.....	70
<b>Commentaire 9.c.i.</b> Médias sociaux .....	71
<b>Commentaire 9.c.ii.</b> Protection de la vie privée des employés et appareils fournis par l'employeur.....	72
<b>Commentaire 9.c.iii.</b> Enquêtes et casiers judiciaires .....	72
<b>Commentaire 9.d.</b> Sécurité des données.....	73
<b>Commentaire 9.e.</b> Listes de documents—communication d'informations codées .....	74
<b>Principe 10.</b> Dans le cadre du processus d'administration de la preuve, les parties devraient respecter les règles du forum ou de la juridiction dans lequel ou laquelle se déroule le litige, en tenant compte de l'incidence que toute décision pourrait avoir sur des dossiers connexes se déroulant dans d'autres forums ou juridictions. ....	75
<b>Commentaire 10.a.</b> Compétences territoriales et litiges transfrontaliers.....	76
<b>Commentaire 10.b.</b> Forums.....	78
<b>Commentaire 10.b.i.</b> Preuve saisie et documents relatifs aux enquêtes criminelles ou réglementaires .....	78
<b>Commentaire 10.b.ii.</b> Arbitrage.....	80
<b>Principe 11.</b> Des sanctions devraient être imposées par les tribunaux lorsqu'une partie ne respecte pas ses obligations d'administration de la preuve relatives aux informations sur support électronique et cause ainsi un préjudice sérieux à l'autre partie. ....	82
<b>Commentaire 11.a.</b> La législation qui régit les cas de suppression de la preuve .....	82
<b>Commentaire 11.b.</b> Sanctions en cas de spoliation et de non-divulgation.....	84
<b>Commentaire 11.c.</b> Réfuter la présomption de spoliation.....	86

**Principe 12.** Les coûts raisonnables liés à toutes les phases d'administration des informations sur support électronique devraient en général être assumés par la partie qui communique les informations. Dans de rares cas, il peut s'avérer approprié que les parties s'entendent sur une répartition différente des coûts à titre provisoire, ou obtiennent une ordonnance du tribunal à cet effet..... 89

Annexe A—Working Group Series de The Sedona Conference et programme d'adhésion ..... 94

Annexe B—Groupe de travail 7 de The Sedona Conference sur les problèmes liés à l'administration de la preuve électronique au Canada (« sedona canada » ou « gt7 ») —Liste des membres du comité directeur ..... 96

## **Les Principes de Sedona Canada concernant l'administration de la preuve électronique—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; (ii) l'importance et la complexité des questions en litige, des intérêts et des montants en jeu; (iii) la pertinence des informations sur support électronique disponibles; (iv) l'incidence des informations sur support électronique sur le processus décisionnel du tribunal dans chaque instance; (v) aux coûts, fardeau et délais que l'administration de la preuve électronique pourrait imposer aux parties.
- 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 informations sur support électronique potentiellement pertinentes.
- Principe 4.** Les avocats et les parties devraient collaborer à l'élaboration d'un plan conjoint visant le traitement de tous les aspects de l'administration de la preuve; ils devraient maintenir cette collaboration tout au long du processus de l'administration de la preuve, notamment aux fins de l'identification, de la préservation, de la collecte, du traitement, de l'analyse et de la communication des informations sur support électronique.
- Principe 5.** Les parties devraient être prêtes à communiquer toutes les informations sur support électronique pertinentes et raisonnablement accessibles eu égard aux coûts et au fardeau.
- Principe 6.** Une partie ne devrait pas être contrainte de chercher et de recueillir des informations sur support électronique résiduelles ou supprimées dans le cours normal des affaires ou dans le cadre d'une structure raisonnable de gouvernance

de l'information à moins d'une entente entre les parties ou d'une ordonnance du tribunal démontrant le besoin et la pertinence de ces informations.

- Principe 7.** Une partie peut utiliser des outils et des processus électroniques pour remplir ses obligations relatives à la communication des documents.
- Principe 8.** Les parties devraient s'entendre dès que possible dans le cadre d'un litige sur le format, le contenu et l'organisation des informations qui seront échangées.
- Principe 9.** Dans le cadre du processus d'administration de la preuve, les parties devraient s'entendre ou obtenir une ordonnance du tribunal si nécessaire, afin que des mesures soient prises pour protéger les informations privilégiées, les renseignements personnels, les secrets commerciaux et les autres informations confidentielles liés à la communication d'informations sur support électronique.
- Principe 10.** Dans le cadre du processus d'administration de la preuve, les parties devraient respecter les règles du forum ou de la juridiction dans lequel ou laquelle se déroule le litige, en tenant compte de l'incidence que toute décision pourrait avoir sur des dossiers connexes se déroulant dans d'autres forums ou juridictions.
- Principe 11.** Des sanctions devraient être imposées par les tribunaux lorsqu'une partie ne respecte pas ses obligations d'administration de la preuve relatives aux informations sur support électronique et cause ainsi un préjudice sérieux à l'autre partie.
- Principe 12.** Les coûts raisonnables liés à toutes les phases d'administration des informations sur support électronique devraient en général être assumés par la partie qui communique les informations. Dans de rares cas, il peut s'avérer approprié que les parties s'entendent sur une répartition différente des coûts à titre provisoire, ou obtiennent une ordonnance du tribunal à cet effet.

## I. INTRODUCTION À LA DEUXIÈME ÉDITION : L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE À L'ÈRE ÉLECTRONIQUE

La transformation rapide de l'information et de la technologie continue de poser des défis aux membres de la profession juridique. Au cours de la première décennie de ce siècle, les tribunaux et les professionnels juridiques ont véritablement entrepris de relever ce défi. Voici quelques faits saillants :

1. À la suite de la publication aux États-Unis de la première version publique pour commentaires des *Principes de Sedona* en 2003, un ensemble de modifications a été apporté vers la fin de 2006 aux *Federal Rules of Civil Procedure* des États-Unis concernant les informations sur support électronique (ISE)<sup>3</sup> et à plusieurs décisions hautement médiatisées de la Cour fédérale des États-Unis. Le Groupe de travail 7 de Sedona Canada (GT7 ou le « Groupe de travail ») a été créé en 2006.
2. La première édition de ces Principes de Sedona Canada concernant l'administration de la preuve électronique (les « Principes de Sedona Canada » ou les « Principes ») a été publiée en janvier 2008.<sup>4</sup>
3. La Nouvelle-Écosse est devenue la première province canadienne à modifier ses *Règles de procédure civile* pour aborder l'administration de la preuve électronique, en insérant une nouvelle règle 16<sup>5</sup> en 2008; ces modifications étaient fondées sur les *Principes*.<sup>6</sup>
4. Le 1<sup>er</sup> janvier 2010, l'Ontario a modifié ses *Règles de procédure civile* pour inclure deux nouvelles règles, soit la règle 29.1 (Plan d'enquête préalable) et la règle 29.2. (Proportionnalité dans l'enquête préalable).<sup>7</sup> La règle 29.1 impose aux parties l'obligation expresse de convenir d'un plan d'enquête préalable et exige que « [Lorsqu'elles] préparent le plan d'enquête préalable, les parties consultent et prennent en considération le document intitulé *Les Principes de Sedona Canada* concernant l'administration de la preuve électronique et élaboré par l'organisme appelé The Sedona Conference<sup>MD</sup>. »
5. Le 5 septembre 2014, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a rendu sa décision

---

<sup>3</sup> *Federal Rules of Civil Procedure*. Title V. Disclosure and Discovery : Rule 26 « Committee Notes on Rules – 2006 Amendment »; en ligne : Legal Information Institute <[http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule\\_26](http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26)>.

<sup>4</sup> The Sedona Conference. *Les Principes de Sedona Canada concernant l'administration de la preuve électronique* (janvier 2008); en ligne : The Sedona Conference <[https://thesedonaconference.org/publication/The\\_Sedona\\_Canada\\_Principles](https://thesedonaconference.org/publication/The_Sedona_Canada_Principles)>.

<sup>5</sup> *Nova Scotia Civil Procedure Rules*, Royal Gazette – 19 novembre 2008 à la r 16.

<sup>6</sup> Nova Scotia Barristers' Society. *Table of Concordance* (from CPR 2008 to CPR 1972) à la note 4.

<sup>7</sup> Le règlement relatif à l'adoption de cette modification était Règl. de l'Ont. 438/08, paragr. 25-26.

dans *Palmerston Grain v. Royal Bank of Canada*.<sup>8</sup> Dans une décision formulée de manière non équivoque, la Cour a statué que les parties sont tenues de respecter les *Principes de Sedona Canada* et a indiqué que ne pas le faire constitue une violation des *Règles de procédure civile*, ce qui rend effectivement les principes obligatoires pour les affaires traitées en Ontario et comprenant des informations sur support électronique.

Puisque les *Principes de Sedona Canada* ont joué un rôle de premier plan dans la procédure civile au Canada, il est important de se rappeler qu'ils ne constituent pas un ensemble de règles nationales. Les *Principes* sont un ensemble de lignes directrices et de pratiques exemplaires qui peuvent aider les parties et les juges à choisir la meilleure façon de gérer les ISE dans le contexte de l'administration de la preuve, et ce, dans diverses circonstances.

### A. L'administration de la preuve électronique

L'administration de la preuve électronique désigne la communication des ESI. Les informations sont « sur support électronique » si elles existent sur un support accessible à partir d'un ordinateur ou d'un autre dispositif électronique, notamment les disques magnétiques, les disques optiques, les bandes magnétiques et les disques électroniques. Les informations électroniques peuvent se présenter sous forme de courriels, de fichiers de traitement de texte, de feuilles de calcul, de pages Web, de bases de données, d'enregistrements vidéo, d'enregistrements sonores et de milliers d'autres formats.

Il existe plusieurs distinctions entre l'administration de la preuve électronique et l'administration traditionnelle de la preuve papier; ces différences sont abordées plus en détail plus loin. L'une des différences fondamentales découle du fait que les données électroniques nécessitent l'utilisation de dispositifs et de logiciels électroniques et, par conséquent, le soutien direct ou indirect et la participation de développeurs de logiciels, de techniciens informatiques et d'autres spécialistes.

### B. Public cible

Ces *Principes* et les commentaires qui les accompagnent s'adressent à toutes les personnes qui travaillent avec des éléments de preuve électroniques à des fins juridiques ou dans le cadre d'une enquête. Toutes ces personnes concernées devraient au moins comprendre certains faits techniques de base concernant la création, le stockage, la manipulation et l'utilisation des ESI aux fins de l'administration de la preuve.<sup>9</sup> Ils doivent également se familiariser avec les conseils, les recommandations et les meilleures pratiques présentés dans ces *Principes*. À l'heure actuelle, nul ne peut saisir la portée de ses obligations en matière de traitement de la preuve ni s'acquitter de celles-ci sans bien comprendre et prendre en compte les informations électroniques.

---

<sup>8</sup> [2014] O.J. N° 4132.

<sup>9</sup> Pour une référence pratique aux termes techniques pertinents pour l'administration de la preuve électronique, voir The Sedona Conference, *Glossary For E-Discovery and Digital Information Management* (avril 2014), en ligne : The Sedona Conference <[https://thesedonaconference.org/publication/The\\_Sedona\\_Conference\\_Glossary](https://thesedonaconference.org/publication/The_Sedona_Conference_Glossary)>.

Le Groupe de travail continue de valoriser une connaissance et une acceptation plus grandes de ces *Principes* au sein de la communauté des professionnels juridiques et des enquêtes judiciaires au Canada. Une meilleure compréhension de ce domaine ne profitera pas seulement aux avocats plaidants qui s'occupent de dossiers d'envergure; en effet, tous les membres de la communauté juridique tireront avantage d'une connaissance et d'une adoption optimale de ces *Principes*.

### C. L'administration de la preuve électronique au Canada

Au Canada, les règles relatives à l'administration de la preuve sont régies par les *Règles de procédure civile* et les règles de pratique de chacune des provinces. Chacun des tribunaux au Canada, qu'ils soient de juridiction provinciale ou fédérale, applique une règle exigeant la communication de documents pertinents relatifs aux questions en litige et a adopté une définition de « document » qui comprend les fichiers et les données électroniques. Un ensemble complet de règles régissent la communication, l'inspection et la liste des documents pertinents dans le cadre d'un litige dans chaque province et territoire de même que devant les instances de juridiction fédérale.<sup>10 11</sup> Bien que l'approche diffère d'une province ou d'un territoire à l'autre, la plupart des règles sont similaires.

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

Au moment de la publication de la première édition de ces *Principes* en 2008, l'administration de la preuve électronique était peu courante. La plupart des avocats ne connaissaient pas bien les ISE et leurs exigences particulières. Dans la plupart des juridictions, ni les tribunaux ni les parties au litige n'exigeaient un respect rigoureux des pratiques exemplaires en matière de traitement de la preuve électronique. De plus, certaines parties jugeaient que l'administration de la preuve électronique

---

<sup>10</sup> 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 [*Règles de l'Ontario*]; Alberta, *Alberta Rules of Court*, Règl. Alb. 24/2010, Part 5 [*Règles de l'Alberta*]; Colombie-Britannique, *Supreme Court Civil Rules*, Règl. C.-B. 168/2009, R. 7-1 [*Règles de la C.-B.*]; Manitoba, *Court of Queen's Bench Rules*, Règl. Man. 553/88, R. 30.02 [*Règles du Manitoba*]; Nouveau-Brunswick, *Règles de procédures*, Règl. N.-B. 82-73, R. 31.02 [*Règles du N.-B.*]; Terre-Neuve-et-Labrador, *Rules of the Supreme Court*, S.N.L. 1986 c. 42, Sch. D, R. 32.01, 32.04 [*Règles de T.-N.-L.*]; Territoires du Nord-Ouest et Nunavut, *Règles de la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest*, Règl. 010-96, R. 219, 225 et 229 [*Règles des T.N.-O.*]; Nunavut, *Règles de la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest*, Règl. 010-96, R. 219, 225 et 229 [*Règles du Nunavut*]; Nouvelle-Écosse, *Nova Scotia Rules*, note 5 [*Règles de la N.-É.*], *supra*; Île-du-Prince-Édouard, *Supreme Court Rules of Civil Procedure*, R. 30.02 [*Règles de l'Î.-P.-É.*]; Saskatchewan, *The Queen's Bench Rules*, *The Saskatchewan Gazette*, 27 décembre 2013, 2684, Part 5 [*Règles de la Saskatchewan*]; Québec, Code de procédure civile du Québec, RLRQ c. C-25, a. 401-403 [*Règles du Québec*]; Yukon, *Règles de procédure*, YD 2009/65, R. 25 [*Règles du Yukon.*]; *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*, DORS/90-688a, R. 78 et 80 [*Règles de la Cour de l'impôt*]; *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, R. 222 et 223 [*Règles de la Cour fédérale*].

<sup>11</sup> Les définitions de « document » figurent dans les règles et lois suivantes des provinces : *Règles de l'Ontario*, note 10, *supra*, R. 30.01; *Règles de la C.-B.*, note 10, *supra*, R. 1; *Règles du Manitoba*, note 10, *supra*, R. 30.01; *Règles du N.-B.*, note 10, *supra*, R. 31.01; *Règles des T.N.-O.*, note 10, *supra*, R. 218; *Règles du Nunavut*, note 10, *supra*, R. 218; *Règles du Yukon*, note 10, *supra*, R. 1 (8); *Règles de l'Î.-P.-É.*, note 10, *supra*, R. 30.01; *Règles de la Saskatchewan*, Part 17; Québec, *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ c C-1.1 [*Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*] a. 3; *Règles de la Cour de l'impôt*, note 10, *supra*, R. 78; *Règles des Cours fédérales*, note 10, *supra*, R. 222 (1).

exigeait des coûts et des efforts importants. Dans l'introduction du document intitulé *Guidelines for the Discovery of Electronic Documents in Ontario* (« *Ontario E-Discovery Guidelines* »)<sup>12</sup> publié avant ces *Principes*, on indique que « [TRADUCTION] les règles et la jurisprudence à ce jour fournissent peu de conseils clairs aux parties et à leurs avocats sur la façon de remplir cette exigence [d'administration de la preuve électronique] ». Cette situation n'était pas particulière au Canada.<sup>13</sup>

En bref, les tentatives d'appliquer en cette ère électronique les principes existants en matière d'administration de la preuve papier furent problématiques. Les enjeux inédits qui se posent à l'ère électronique nécessitaient une nouvelle approche. La publication de ces *Principes* en 2008, que les tribunaux canadiens ont depuis adoptés comme norme,<sup>14</sup> répondit à ce besoin.

### E. Les principes fondamentaux : proportionnalité et collaboration entre les parties

Pour toutes les personnes traitant pour la première fois des ISE – par exemple, celles qui connaissent mieux les sources d'information et les méthodes de divulgation traditionnelles – les ISE présentent deux enjeux immédiats et importants : le volume et la complexité. Pour relever ces défis, il existe deux principes au cœur des pratiques exemplaires en matière d'administration de la preuve électronique énoncées par le Groupe de travail : la proportionnalité (voir *Principe 2*) et la collaboration entre les parties (voir *Principe 4*).

**Proportionnalité.** Pour faire face aux problèmes liés à la complexité et au volume croissants de la documentation électronique, la plupart des juridictions ont intégré un principe de proportionnalité à leurs règles de procédure. La proportionnalité consiste à déterminer combien de temps et d'efforts une partie devrait raisonnablement fournir, à la lumière de tous les facteurs pertinents, pour réaliser l'administration de la preuve électronique. Toute juridiction ayant adopté des règles de procédure liées aux ISE qui imposent des obligations de faire a également adopté un principe de proportionnalité. Bien que toutes les ISE soient assujetties aux règles d'administration de la preuve et que les parties aient le devoir de chercher, de préserver et de communiquer les informations qui

---

<sup>12</sup> 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](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.

<sup>13</sup> Voir l'affaire *Williams v. Sprint/United Management Co.* (2005), 230 F.R.D. 640 à 651 ; 2005 U.S. Dist. LEXIS 21966 (WL) : « [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. . . ».

<sup>14</sup> Voir les exemples suivants : Terre-Neuve-et-Labrador, *GRI Simulations Inc. v. Oceaneering International Inc.*, 2010 NLTD 85 (CanLII); Nouvelle-Écosse, *Vesloft Training Materials Inc. v. Global Courseware Inc.*, 2012 NSSC 295 (CanLII) [*Vesloft*]; Colombie-Britannique, *Liquor Barn Income Fund v. Mather*, 2011 BCSC 618 (CanLII); Alberta, *Innovative Health Group Inc. v. Calgary Health Region*, 2008 ABCA 219 (CanLII); Nouveau-Brunswick, *Saint John (City) Conseil des fiduciaires du régime de retraite des employés c. Ferguson*, 2009 NBBR 074 (CanLII); Manitoba, *Commonwealth Marketing Group Ltd. et al. v. The Manitoba Securities Commission et al.*, 2008 MBQB 319 (CanLII).

remplissent le critère de pertinence en matière de divulgation, on ne peut exiger d'une partie qu'elle cherche, préserve et communique tous les ISE, ou encore certains ensembles problématiques, lorsque cela occasionnerait des coûts et un fardeau disproportionnés par rapport à la valeur de l'affaire ou à la valeur probante de la preuve en question, en tenant compte de la disponibilité de la même information provenant de sources différentes.

Par exemple, en Ontario, la règle 29.1.03 exige que les parties conviennent d'un plan d'enquête préalable « qui tient compte de la pertinence, des coûts ainsi que de l'importance et du degré de complexité des questions en litige dans l'action en cause ». <sup>15</sup> Le plan d'enquête préalable doit également inclure « tout autre renseignement permettant de mener à terme le processus d'enquête préalable *d'une manière expéditive et économique qui tient compte de l'importance et du degré de complexité de l'action* ». <sup>16</sup> La règle 29.1 de l'Ontario stipule également ce qui suit : « Lorsqu'elles préparent le plan d'enquête préalable, les parties consultent et prennent en considération le document intitulé "Les Principes de Sedona Canada concernant l'administration de la preuve électronique" élaboré par l'organisme appelé The Sedona Conference. » <sup>17</sup>

**Collaboration entre les parties.** Alors que l'édition originale des *Principes* mettait l'accent sur le processus des « rencontres de concertation », on constate au Canada que la priorité est accordée au principe de la collaboration continue et à l'élaboration d'un plan d'enquête préalable. Le concept de collaboration entre les avocats et les parties s'étend bien au-delà d'une rencontre ou d'une série de réunions; il englobe la mise en commun transparente de l'information pour veiller à ce que l'administration de la preuve engendre des coûts proportionnels et des échéances raisonnables. Lors d'une réunion à Toronto en août 2014, les membres du GT7 ont unanimement décidé de remplacer dans les *Principes* l'expression « rencontres de concertation » par les concepts de « coopération » et « collaboration ».

Les *Règles de l'Ontario* illustrent ce principe de coopération. Les dispositions qui mettent l'accent sur la proportionnalité exigent la collaboration et l'accord des parties dès le début du litige. <sup>18</sup> L'objectif de la coopération et de la collaboration lors de l'élaboration conjointe d'un plan d'enquête préalable est de réduire autant que possible l'ampleur, la complexité et les difficultés de l'administration de la preuve, tant pour les parties que pour l'ensemble du système judiciaire. Les *Règles de l'Ontario* concernant l'administration de la preuve électronique illustrent l'importance de la proportionnalité et de la collaboration continue des parties dans le cadre du processus d'administration de la preuve électronique.

---

<sup>15</sup> *Règles de l'Ontario*, note 10, *supra*, R. 29.1.03(3)(a).

<sup>16</sup> *Règles de l'Ontario*, note 10, *supra*, R. 29.1.03(3)(e) [soulignement ajouté].

<sup>17</sup> *Règles de l'Ontario*, note 10, *supra*, R. 29.1.03(4) [soulignement ajouté].

<sup>18</sup> Voir par exemple, *Règles de l'Ontario*, note 10, *supra*, R. 29.1.03(2).

## F. Documents électroniques et documents papier

En analysant les différences entre les documents papier et électroniques, on constate des facteurs importants et déterminants pour la gestion des ISE. Avec les ISE, les tribunaux et les parties ont la possibilité de rompre avec les pratiques antérieures, lorsque cela est approprié, tout en atteignant l'objectif fondamental d'assurer « la résolution équitable sur le fond de chaque instance de la façon la plus expéditive et la moins onéreuse ».<sup>19</sup>

### 1. Volume important et facilité de duplication

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

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. De plus, les systèmes de courrier électronique créent automatiquement des copies à mesure que les messages sont envoyés et d'autres applications logicielles font automatiquement et périodiquement des copies des données.

### 2. Persistance—Les ISE sont difficiles à détruire

Il est plus facile de se débarrasser des documents papier que des documents électroniques. Malgré une commande de suppression, un document électronique est généralement conservé dans une unité de sauvegarde électronique jusqu'à ce que le fichier soit écrasé. Tant que les données ne sont pas écrasées, l'enregistrement existe et peut être récupéré à l'aide de méthodes de criminalistique informatique. Si le dispositif de stockage électronique original est remis par la partie qui communique les documents, la partie qui le reçoit peut trouver et être autorisée à utiliser ces données « supprimées ». Dans l'arrêt *Prism Hospital Software Inc. v. The Hospital Records Institute*,<sup>20</sup> 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. En raison de leur persistance, les ISE s'accumulent à l'insu des responsables, qui ignorent peut-être que l'information est encore accessible.

Il est plus simple et plus économique de récupérer des documents électroniques détruits que des documents papier détruits. Les techniques de criminalistique informatique permettent aux parties de récupérer ou de reconstituer des documents supprimés et même, dans certains cas, les documents qui semblent avoir été supprimés de façon définitive. En revanche, 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

---

<sup>19</sup> Voir *Tax Rules*, note 10, *supra*, s 4(1).

<sup>20</sup> *Prism Hospital Software Inc. v. The Hospital Medical Records Institute* 1991 BCJ No 3732 (1991) 62 BCLR (2d) 393 (WL) (SC).

inconvenients 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 il y a un an. Dans l'arrêt *Rowe Entm't Inc. v. The William Morris Agency Inc.*<sup>21</sup> (aux États-Unis), le tribunal a conclu que « [TRADUCTION] une partie n'ayant pas l'obligation de fouiller dans les déchets à la recherche de documents papier qu'elle a jetés, elle n'a pas à assumer les frais liés à la récupération de courriels supprimés ». Cependant, s'il est établi que la preuve substantielle a été détruite ou perdue, il est justifié d'obliger les parties à assumer les frais de récupération des documents détruits. (Voir le *Principe 6*).

### 3. La dispersion des ISE

Alors que les documents papier sont généralement regroupés dans quelques emplacements, les ISE se trouvent à plusieurs endroits : les disques durs, les ordinateurs portables, les serveurs de réseau, les téléphones intelligents, les tablettes, les CD, les bandes de sauvegarde et même les disquettes. Il est probable que ces sources contiendront non seulement des copies numériques exactes, mais également des « quasi-doublons », par exemple plusieurs ébauches d'un rapport ou d'un contrat.

### 4. La nature dynamique et la possibilité de modifier de nombreuses ISE

Dans le contexte de l'administration de la preuve papier, une ordonnance de préservation exigeant qu'une entreprise conserve l'intégralité de ses documents est un fardeau gérable. 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. Avec le papier, l'inaction est généralement suffisante pour préserver le document.

En revanche, dans un contexte électronique, le gel de toutes les informations électroniques pourrait entraîner des conséquences désastreuses pour une entreprise. Il est pratiquement impossible de « geler » l'ensemble des ISE d'une entreprise sans complètement paralyser tout son système informatique. Dans le cours normal de ses activités, une entreprise modifie constamment certaines catégories de données. Il faut donc plutôt émettre un avis de conservation de données bien organisé. Il existe maintenant des méthodes fiables pour la mise en œuvre et la continuation de la conservation des renseignements potentiellement pertinents sans perturber l'ensemble de l'entreprise.

Dans le cadre de l'administration de la preuve, la gestion de la nature dynamique des documents électroniques présentera continuellement des défis. 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. L'utilisation des outils collaboratifs contribue également à modifier le contenu et les métadonnées des fichiers sans que les utilisateurs n'en soient informés.

---

<sup>21</sup> 205 FRD 421 à 431 (WL) (SDNY 2002).

Les bases de données posent un défi particulier dans l'administration de la preuve électronique, car la plupart des grandes entreprises exploitent des bases de données qui sont constamment mises à jour, soit par la saisie directe des utilisateurs ou automatiquement. Par exemple, le système central d'un magasin avec de multiples succursales peut être mis à jour par les logiciels de comptabilité de chacune des succursales qui y ajoutent les informations quotidiennes relatives aux ventes et la base de données d'inventaire d'un entrepôt est généralement mise à jour lors de chaque réception / expédition de produits. Ainsi, les informations contenues dans les bases de données des exploitations commerciales peuvent changer d'une minute à l'autre. Dans ces circonstances, choisir la version de la base de données à préserver aux fins de l'administration de la preuve s'avère parfois problématique. Les entretiens préliminaires à la préservation de données, menés avec le Service des technologies de l'information (TI) du client et les chefs d'unité d'affaires, permettent d'aborder plusieurs de ces problèmes.

En outre, les types de fichiers plus courants, comme ceux de traitement de texte et les feuilles de calcul, comportent des fonctions dynamiques. L'ouverture, le déplacement ou la copie d'un fichier peuvent modifier les données concernant la date et l'heure de celui-ci. Les fichiers auxquels sont joints ou intégrés d'autres fichiers peuvent être modifiés chaque fois qu'un de ces derniers est modifié. Pour éviter ces modifications, il est possible de préserver ou de recueillir (ou les deux) les données à l'aide de techniques de criminalistique informatique. Ces données peuvent ensuite être traitées afin d'en préserver une version particulière, y compris les métadonnées, et d'en permettre la visualisation dans un outil d'analyse.<sup>22</sup>

## 5. Métadonnées

Presque tous les documents électroniques contiennent des informations appelées « métadonnées », dont l'utilisation entraîne des difficultés particulières quant à la préservation et à la communication de documents dans le cadre des litiges. Les métadonnées sont des informations électroniques intégrées ou liées à un fichier électronique et ne sont normalement pas vues par le créateur ou l'examineur du fichier. Les champs de métadonnées courants comprennent la date de création, la date d'envoi, l'auteur et l'emplacement du fichier (p. ex. l'emplacement du document sur l'ordinateur ou le périphérique de l'utilisateur, sur le serveur ou dans le compte de messagerie de l'utilisateur). Les métadonnées sont générées par le système d'exploitation ou une application logicielle. L'accès à certaines métadonnées par un utilisateur nécessite l'utilisation d'outils spéciaux.

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 saisi les révisions), mais elles sont parfois nécessaires pour authentifier un document ou établir des faits pertinents dans

---

<sup>22</sup> Les outils modernes de traitement et d'examen permettent aux examinateurs de visualiser soit une image du fichier, soit une version native ou d'origine du fichier. Cependant, dans les deux cas, les métadonnées originales et non altérées auront été extraites, préservées et chargées dans l'outil de révision parallèlement au fichier et (ou) à l'image dans son format d'origine.

le cadre d'un litige, par exemple la date d'accès à un fichier dans un dossier de vol de secrets commerciaux. Cependant, ces cas sont rares dans la pratique.

Les métadonnées peuvent être utilisées pour établir l'indexation objective de documents ou pour interpréter correctement la signification d'autres données.<sup>23</sup> Par ailleurs, il y a de fortes chances que l'information enregistrée par l'ordinateur soit inexacte. Ce risque est accru avec des fichiers électroniques dispersés. Par exemple, les documents de traitement de texte ne contiennent pas de métadonnées identifiant avec précision de nombreux attributs ou contenus importants du fichier (par exemple, le signataire de la lettre, l'expéditeur d'une note de service et les personnes recevant une copie conforme d'une lettre). Lorsqu'un nouvel employé utilise un programme de traitement de texte pour créer une note de service en utilisant un modèle créé par un ancien employé, les métadonnées peuvent indiquer erronément l'ancien employé comme l'auteur du document. Pour la saisie de données réelles relatives à la date, l'auteur, le destinataire, la ligne Objet, etc., d'un lot de documents, les parties ne peuvent se fier à ces métadonnées uniquement; ces informations doivent souvent être directement obtenues du texte du document électronique.

Par ailleurs, les métadonnées des courriels sont souvent précises et extrêmement utiles dans le cadre d'un litige. Contrairement aux métadonnées associées aux fichiers électroniques dispersés, les métadonnées provenant de courriels (si elles sont recueillies de façon adéquate) identifient avec précision le signataire (« De »), les destinataires (« À » et « CC »), ainsi que la date et l'heure précises de l'envoi (« Heure et date »).<sup>24</sup> Le contenu de ces champs peut être extrait et chargé dans un logiciel d'analyse pour assurer l'efficacité de ce processus et de la recherche.

Dans le plan d'enquête préalable, les avocats devraient envisager la communication des métadonnées. Malgré une meilleure compréhension des métadonnées et de l'utilité de celles-ci, beaucoup d'avocats refusent à tort d'envisager la transmission de ces données dans le cadre du processus d'administration de la preuve.<sup>25</sup> Il importe de déterminer (a) si les métadonnées auront une valeur probante déterminante dans le déroulement de l'instance et (b) si les métadonnées seront utiles pour organiser et donner un sens à un ensemble d'ISE. Bien que les métadonnées ne soient

---

<sup>23</sup> Par exemple, les formules de tableur sont utiles pour interpréter correctement une feuille de calcul; la fonction de « suivi des modifications » dans Microsoft Word permet de visualiser les modifications apportées à un document lors du processus de rédaction. Pour plus de détails, voir Introduction, section F.8 (8.La technologie de pointe favorise l'organisation, la recherche et l'interprétation des ISE), *infra*, et voir note 27, *infra*.

<sup>24</sup> Il faut cependant être prudent lors de l'interprétation des données relatives à la date et à l'heure dans les courriels, puisque, bien qu'il soit intégré aux métadonnées, le fuseau horaire est souvent traité ou affiché incorrectement. Par exemple, lorsque des responsables de divers fuseaux horaires contribuent à une collection de documents, il est possible que l'heure et la date soient erronées en raison du fuseau horaire sélectionné lors du traitement des fichiers.

<sup>25</sup> Les discussions entre les parties concernant l'exclusion des « métadonnées » visent souvent à s'assurer que les « données cachées », telles que celles relatives à la fonction de suivi des modifications dans les documents Word et aux formules de tableur, ne sont pas communiquées. Lorsque les documents sont communiqués sous forme imprimée ou numérisée, le destinataire ne reçoit pas ces données. Au sens strict, ce type d'informations fait cependant partie du contenu substantiel des documents qui devrait être préservé et, le cas échéant, communiqué.

pas utilisées au cours du procès, elles présentent une utilité certaine lorsque l'on décide la portée et l'ordre de l'analyse des données dans le cadre d'un litige.

Avant la communication, les parties devraient s'entendre sur les champs de métadonnées fournis avec les documents. Si des questions sont posées sur l'authenticité ou sur la chaîne de possession, il est possible de fournir des métadonnées supplémentaires.

## **6. Données structurées**

Les technologies de l'information actuelles ne contribuent pas uniquement à la production de fichiers électroniques s'apparentant à des lettres et des notes de service; elles englobent les bases de données et d'autres fichiers de « données structurées ». L'information dans les bases de données n'est pas nécessairement organisée pour être lue de haut en bas, en allant de gauche à droite. L'information est divisée en éléments constitutifs qui sont stockés dans plusieurs tables, chacune avec des enregistrements et des champs. Par exemple, comme une base de données de vente contient de multiples variables (p. ex. des organisations, des personnes, des transactions et des factures), toute personne souhaitant dresser le bilan d'une journée particulière ne peut obtenir ces informations qu'en compilant de manière appropriée les données de plusieurs lignes et colonnes de toutes ces tables.

Les parties qui ont ou demandent l'accès aux bases de données devraient préalablement décider entre elles s'il faut communiquer les fichiers de base de données en format natif ou fournir des rapports précis générés couramment à partir de la base de données, en fonction de requêtes particulières englobant certains fichiers et leurs champs.

## **7. Obsolescence du matériel informatique et des logiciels**

Contrairement aux données sur papier, les données électroniques peuvent être incompréhensibles hors de leur contexte de création et d'utilisation. Les organisations mettent à niveau leurs systèmes, ce qui rend la consultation d'anciens fichiers impossible. Les personnes qui savent utiliser l'ancien système quittent l'organisation et sont introuvables. Les sociétés de logiciels cessent de fournir le soutien des versions antérieures de leurs produits. Puisque c'est ainsi, seules des données raisonnablement accessibles doivent être communiquées, le terme « raisonnablement » étant interprété à la lumière de tous les facteurs ayant une incidence sur la proportionnalité. (Voir *Principe 5*).

## **8. La technologie de pointe favorise l'organisation, la recherche et l'interprétation des ISE**

Bien que les volumes d'ISE dépassent largement ceux du monde des documents papier, il est beaucoup plus efficace de travailler avec des fichiers électroniques qu'avec des documents imprimés. Les technologies numériques modernes, en particulier les outils de recherche et de classification textuelle, sont extrêmement efficaces et permettent d'organiser, de chercher et d'interpréter une grande quantité d'informations dans un délai raisonnable.

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. Cette pratique n'est pas nécessaire avec des fichiers électroniques. En fait, il est déconseillé d'imprimer des fichiers électroniques pour en effectuer l'examen page par page, puisque cette pratique entraîne la perte d'informations précieuses, y compris des métadonnées, qui favorisent l'organisation, la recherche et l'interprétation des fichiers d'origine en format natif.<sup>26</sup>

Il est maintenant possible de chercher des ISE *in situ*, sans qu'il soit nécessaire de les recueillir et de les extraire. L'identification et le tri à l'emplacement de stockage, avant la collecte, peuvent s'avérer efficaces pour réduire le volume de données, avec tous les avantages que cela comporte pour les étapes subséquentes. On recommande vivement les discussions préliminaires avec les clients et la collaboration avec les autres parties. Il faut employer des méthodes de criminalistique informatique adéquates et solliciter l'avis ou la participation de professionnels en administration de la preuve électronique chevronnés.

Les technologies d'élimination des documents en double permettent maintenant d'écarter un volume important d'ISE au début du processus. Avec les documents papier (et des images numérisées de documents), il était presque impossible de savoir si plusieurs personnes analysaient des copies du même document. Quant aux ISE, il est facile d'éliminer les doubles afin d'éviter l'analyse redondante et, pire encore, le risque de décisions incohérentes en cours d'analyse. La détection des fichiers quasi identiques favorise le regroupement des documents très similaires pour une analyse plus efficace. Les fils de discussion présentent les courriels sous forme de conversations et indiquent les messages dont le contenu figure intégralement dans d'autres courriels et qui peuvent donc être écartés de l'examen, ce qui favorise grandement l'efficacité de ce processus.

Grâce à l'analyse assistée par la technologie (*technology-assisted review*), les avocats peuvent effectuer l'indexation adaptative de base et même l'indexation en fonction des questions en litige d'une quantité de documents beaucoup plus importante que lors d'une révision manuelle.<sup>27</sup> Cette

---

<sup>26</sup> « Natif » est le terme utilisé pour décrire un fichier électronique dans son état d'origine, conçu pour être ouvert et lu dans l'application avec laquelle il a été créé, avec toutes les fonctionnalités qu'il comportait initialement dans ce format. Ainsi, un document Word reste dans son format natif jusqu'à ce qu'il soit imprimé ou converti, par exemple en format TIF ou PDF. Un fichier PDF est presque toujours dérivé d'un autre format (natif), puisque la plupart des fichiers PDF sont générés à partir d'un courrier électronique, d'un document de traitement de texte, d'un tableur, d'une présentation ou d'autres formats. Toutefois, le fait qu'un fichier semble en format natif (avec un suffixe .docx, par exemple) n'est pas en soi la preuve qu'il s'agit du fichier original natif : il est possible de sauvegarder en texte brut un document Word en format RTF, puis de l'ouvrir à nouveau dans Word. Le fichier en texte brut n'est plus dans son format natif, même s'il est maintenant (à nouveau) dans Word. Il est dépourvu de beaucoup de son contenu d'origine. Seul le premier fichier Word en format RTF, avec son contenu intégral et toute sa mise en forme, est le véritable fichier natif.

<sup>27</sup> Le terme « indexation » est important dans l'administration de la preuve sur papier et électronique. Ce terme désigne toujours l'attribution à un document (a) d'une information relative à une propriété du document ou (b) une désignation qui reflète un jugement porté sur le document. Le code attribué n'est pas ajouté à la couverture du document; il est plutôt indiqué dans le champ d'une base de données qui est lié à l'enregistrement du document. Il

indexation est réalisée par un ou plusieurs experts en la matière (généralement les associés ou les sociétaires séniors qui ont une connaissance approfondie du dossier) qui examinent et indexent les sous-ensembles de documents. Ils utilisent ensuite cette indexation pour « enseigner » au logiciel les types de documents à inclure et à exclure. Le logiciel effectue l'indexation des autres documents, puis l'équipe analyse un échantillon des résultats pour vérifier si le système a indiqué les codes appropriés. Les décisions des experts confirmant ou annulant les décisions du logiciel sont ensuite transmises au système. Après quelques itérations (indexation par les experts, traitement,

---

est possible d'interroger ces champs pour trouver des documents en précisant des valeurs d'indexation. Voici des exemples : < date du document postérieure à 1/1/2012>; < l'auteur contient « Smith »>; <le code attribué par l'avocat est « pertinent »>. Il existe deux types d'indexation qui s'excluent mutuellement : l'indexation à l'aide de codes objectifs et l'indexation à l'aide de codes subjectifs.

1. **L'indexation objective.** Également appelée « bibliographique » ou « bib », l'indexation objective comprend toute information factuelle concernant le document qui n'est pas sujette à interprétation ou au débat, comme la date d'envoi, l'auteur, le destinataire et le titre. La plupart de ces renseignements objectifs sont indiqués directement dans le document (date de réception, auteur, sujet), mais pas tous (le document est une lettre; le document est la page couverture d'une télécopie; le fichier comporte quatre pièces jointes, etc.). L'indexation objective vise à déterminer les faits relatifs au document qui sont pertinents aux fins de l'examen et à indiquer les valeurs appropriées dans les champs de base de données afin que l'enregistrement du document contienne ces renseignements supplémentaires. Le terme « indexation objective » désigne à la fois l'activité d'indexation et l'ensemble des informations consultables créées lors de cette activité. Pour les documents papier ou numérisés, toute indexation objective doit être effectuée manuellement. Quant aux documents électroniques, la plupart des informations objectives se trouvent dans les métadonnées (date d'envoi, auteur, destinataire et titre), c'est-à-dire intégrées au document électronique. Cependant, beaucoup de renseignements pertinents ne figurent pas dans les métadonnées. L'indexation objective peut s'avérer nécessaire ou souhaitable, notamment pour les documents de traitement de texte dont l'auteur (d'une lettre) ou l'objet (d'une note de service) n'est pas indiqué dans les métadonnées. Cette situation explique pourquoi les métadonnées ne sont généralement pas incluses dans le concept d'« indexation » : l'« indexation » évoque la saisie de renseignements manquants dans une base de données aux fins de recherche.
2. **L'indexation subjective.** Il s'agit de l'attribution à un document, par un responsable de l'examen, de l'évaluation de l'importance de ce document (traditionnellement, en utilisant des notes adhésives Post-It<sup>MD</sup>, mais maintenant en ajoutant des valeurs à l'enregistrement d'un document dans une base de données aux fins d'examen). L'indexation subjective correspond à un jugement subjectif. Les champs d'indexation subjective communs sont la pertinence, les questions /enjeux et le secret professionnel. S'il est fréquent que les parties échangent au moins les valeurs dans certains champs objectifs (dérivées de métadonnées ou créées à l'aide d'une indexation manuelle), il est rare qu'elles partagent les valeurs d'indexation subjective, puisque celles-ci pourraient révéler les réflexions et impressions des avocats, qui sont soustraites à la divulgation. Voir *Principe 9, infra*.
3. **L'indexation prédictive.** Le terme « indexation » a désormais une nouvelle connotation associée aux récentes applications d'apprentissage automatique. L'« indexation prédictive » est réalisée par des ordinateurs qui traitent le texte d'un grand nombre de documents et, sur la base d'algorithmes, attribuent des points ou une valeur binaire à chaque fichier dans le but d'imiter ou de prédire le jugement subjectif humain. Pour de plus amples détails sur l'indexation prédictive, voir *Commentaire 7.c.iv., infra*.

échantillonnage, indexation par les experts, et ainsi de suite), on obtient pour l'ensemble de la collection de documents un résultat dont la précision statistique est supérieure à celle que l'on pourrait espérer d'un examen linéaire traditionnel et d'une indexation par des personnes. Cette technologie est maintenant approuvée par les tribunaux aux États-Unis.<sup>28</sup> Bien que son adoption ne soit pas généralisée au Canada, on constate la puissance et le potentiel de la technologie moderne en tant qu'outil pour gérer efficacement les ISE dans le cadre de litiges.

## 9. Le risque de divulgation accidentelle de documents confidentiels

Dans le domaine des documents papier, le volume généralement inférieur de documents et l'impossibilité d'interroger ceux-ci font en sorte que le moyen approprié de se protéger contre la divulgation d'informations confidentielles consiste en un examen linéaire de tous les documents admissibles à la communication.<sup>29</sup> En raison du volume beaucoup plus important d'ISE, il est presque impossible (et trop coûteux, dans bien des cas) d'effectuer un examen linéaire. Les technologies de recherche électroniques modernes représentent une solution de rechange pour repérer beaucoup, voire la plupart des documents de nature délicate. Toutefois, les clients et les avocats doivent comprendre les limites inhérentes à toute technologie de recherche et être attentifs aux risques de divulgation accidentelle qui persistent et peuvent même être accentués en raison de l'utilisation de méthodes de recherche électroniques.

Tout d'abord, il est tout simplement impossible d'élaborer un ensemble de termes de recherche qui permettront de repérer, de manière ciblée et efficace, tous les documents de nature délicate.<sup>30</sup> Une telle recherche (a) repérera des documents qui ne sont pas de nature délicate, même s'ils contiennent un ou plusieurs termes donnés (« faux positifs ») et (b) ignorera certains documents qui sont ou

---

<sup>28</sup> Voir *Da Silva Moore v. Publicis Groupe*, 287 FRD 182 (WL) à 192 (SDNY 2012), *s.n. Moore v. Publicis Groupe SA*, 2012 US Dist. LEXIS 58742 (SDNY, 2012) (Carter, J).

<sup>29</sup> Le terme « de nature délicate » englobe tous les motifs de rétention complète ou de caviardage d'un document, y compris toutes les formes de secret professionnel, les travaux juridiques préparatoires, les renseignements commerciaux confidentiels, les renseignements personnels sur la santé, les informations permettant d'identifier un individu, etc.

<sup>30</sup> Une pratique courante dans la recherche de fichiers pouvant justifier la revendication du secret professionnel est d'utiliser les noms des avocats et des cabinets juridiques comme critères pour cibler la recherche portant sur le lot préliminaire de documents. Une telle recherche garantira que tous les documents protégés par le secret professionnel et qui contiennent un ou plusieurs de ces noms seront écartés, mais aura pour conséquence (1) d'écarter un grand nombre de documents qui ne sont pas protégés par le secret professionnel, mais qui contiennent ces noms, et (2) d'omettre certains documents protégés par le secret professionnel qui ne contiennent pas ces noms. Le premier problème (la faible précision) prolonge la durée de l'analyse et le deuxième problème (le faible nombre de résultats) concerne le risque de divulgation accidentelle. Pour réduire ce deuxième risque (généralement considéré comme étant plus important), les équipes responsables de l'analyse intègrent souvent dans leurs recherches des critères supplémentaires constituant de bons indicateurs du secret professionnel : droit, avocat\*, juridique (ou légal), procès\*, privilège\* (ou secret professionnel), confidentiel\*, dommages, demandeur, etc. Mais l'utilisation de chacun de ces termes produira de faux positifs, en particulier les termes privilège\* (ou secret professionnel) et confidentiel\*, qui figurent dans tous les courriels comportant une clause de non-responsabilité automatisée standard contenant un ou ces deux termes.

pourraient être de nature délicate, malgré l'absence de ces termes (« faux négatifs »). L'objectif d'un exercice de récupération d'information est de réduire le taux de faux négatifs (c'est-à-dire de repérer autant de documents souhaités que possible) sans obtenir trop de faux positifs. Cet équilibre demeure un défi pour toute récupération de l'information et représente une préoccupation fondamentale dans le domaine juridique, en raison des risques encourus.<sup>31</sup>

Ensuite, avant toute utilisation de techniques de recherche automatisées des ISE, il est essentiel de comprendre les éléments à inclure ou à exclure. La distinction la plus importante est celle que l'on doit faire entre le corps et les métadonnées d'un document. Le corps d'un document et ses métadonnées sont communément séparés pendant le traitement et intégrés dans des champs distincts de la base de données de l'outil d'analyse. De même, la plupart des outils d'analyse créent un index standard des « extraits textuels » qui ne concerne que le corps des documents. Il est donc fort probable qu'une recherche par mot clé se limitera donc au corps des courriels et au contenu visible des autres fichiers. Ce type de recherche n'englobera pas les « champs de l'en-tête du courriel »<sup>32</sup> ou tout autre champ de métadonnées, comme le nom de fichier ou le chemin d'accès indiquant l'emplacement de stockage du fichier. Par conséquent, à moins que les index ou la sélection de critères de recherche ne soient conçus pour éviter ce risque, les recherches ne permettront probablement pas de repérer les documents que doit voir l'équipe responsable de l'analyse. En revanche, si ces types de champs de métadonnées font partie des critères de recherche, il est possible que l'on obtienne trop de résultats, par exemple lorsque la recherche avec le nom d'un individu extrait tous les courriels de cette personne ou lorsque la recherche avec le nom d'une société extrait tous les contenus d'une structure de dossiers du serveur. Il faut tenir compte de tous ces facteurs lors de l'exécution de recherches visant à repérer des informations dont la nature pourrait être délicate.

Les clients et les avocats doivent bien comprendre les avantages et les limites des diverses méthodes de recherche automatisées, et demander conseil s'il y a lieu.

---

<sup>31</sup> Il est toujours possible de réduire le risque de divulgation accidentelle en examinant plus de documents, tout simplement. Cependant, les recherches qui englobent plus de termes ou des termes plus vagues (par exemple, avec des caractères génériques ou une portée vaste ou imprécise) visant à repérer tous les documents potentiellement confidentiels se traduiront par un nombre croissant de faux positifs. Alors que la réduction des faux négatifs augmente le nombre de résultats et atténue donc le risque de divulgation accidentelle, elle s'accompagne presque toujours d'une plus faible précision et de la hausse des coûts d'analyse.

<sup>32</sup> Ce terme désigne généralement les champs De, À, CC, CCI et Objet.

## II. PRINCIPES ET COMMENTAIRES

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

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

Bien que les règles des tribunaux canadiens fournissent plusieurs définitions différentes des termes « dossier » et « document » aux fins de la communication des documents pendant le processus d'administration de la preuve, elles prévoient toutes que les informations sur support électronique (ISE) doivent être communiquées dans le cadre de l'administration de la preuve. En pratique, les documents Word, PowerPoint et Excel, les courriels et les messages instantanés, les bases de données, ainsi que les informations publiées dans les réseaux sociaux et les sites Internet constituent des sources caractéristiques d'ISE.

La *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*<sup>33</sup> définit le terme « document électronique » comme suit : « ensemble de données enregistrées ou mises en mémoire sur quelque support que ce soit par un système informatique ou un dispositif semblable et qui peuvent être lues ou perçues par une personne ou par un tel système ou dispositif. Sont également visés tout affichage et toute sortie imprimée ou autre de ces données ». La *Loi sur la preuve au Canada*<sup>34</sup> définit l'expression « document électronique » de la façon suivante : « ensemble de données enregistrées ou mises en mémoire sur quelque support que ce soit par un système informatique ou un dispositif semblable ».

Le Québec a adopté la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*,<sup>35</sup> qui définit le terme « document » ainsi :

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

### **Commentaire 1.b.** Pertinence

Les tribunaux canadiens ont maintes fois jugé que les ISE étaient admissibles en preuve et que les parties pouvaient être contraintes de les communiquer.<sup>36</sup> Toutes les règles de pratique des tribunaux

---

<sup>33</sup> LC 2000, c. 5. [LPRPDE].

<sup>34</sup> L.R.C. 1985, c. C-5, art. 31.8. [*Loi sur la preuve au Canada*].

<sup>35</sup> Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, note 11, supra.

<sup>36</sup> Voir *Cholakis v. 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

prévoient qu'un document, peu importe son support, doit être communiqué s'il est pertinent. Par exemple, la règle 5.2(1) figurant dans la partie 5 des *Alberta Rules of Court*<sup>37</sup> stipule que les documents doivent être pertinents et significatifs. Les *Règles de procédure civile* de l'Ontario<sup>38</sup> stipulent que tout document pertinent relativement à une question en litige doit être divulgué. Les *Supreme Court Rules* de la Colombie-Britannique ont été modifiées en 2009 pour introduire des concepts de proportionnalité et pour restreindre la portée de la communication de documents.<sup>39</sup>

Dans certains cas, les tribunaux ont même ordonné la communication de supports informatiques. Par exemple, dans l'arrêt *Reichmann v. Toronto Life Publishing Co.*,<sup>40</sup> le tribunal ordonna à une partie de communiquer non seulement une copie imprimée d'un manuscrit, déjà communiquée, se retrouvant sur un disque dur, mais également le disque lui-même. Le tribunal décida que le disque était un « document » en vertu de la définition de la common law et devait conséquemment être communiqué.

Dans l'arrêt *Northwest Mettech Corp. v. Metcon Service Ltd.*,<sup>41</sup> le tribunal refusa d'ordonner aux défendeurs de communiquer le contenu complet d'un disque dur et ordonna uniquement la communication des données pertinentes qui étaient enregistrées ou mises en mémoire sur le disque. Le tribunal jugea que le disque dur était simplement un support de stockage ou un classeur contenant des documents électroniques, et que les défendeurs n'avaient pas l'obligation de divulguer ou de communiquer tous les documents électroniques contenus dans le classeur. Le tribunal ordonna par contre aux défendeurs de signifier un affidavit attestant qu'ils avaient analysé les fichiers enregistrés sur le disque dur afin de communiquer ceux concernant le litige. Dans certaines circonstances, après avoir pris les précautions nécessaires pour protéger les informations privilégiées ou confidentielles, un tribunal pourrait autoriser l'accès à un disque dur ou à un autre support informatique, ou en permettre une inspection.<sup>42</sup> Ainsi, l'accès pourrait être permis dans le cadre d'une enquête visant la récupération d'informations supprimées.

---

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. »

<sup>37</sup> *Règles de l'Alberta*, note 10, *supra*.

<sup>38</sup> *Règles de l'Ontario*, note 10, *supra*, R. 30.02 (1) – Un document pertinent à l'égard d'une question en litige dans une action et qui se trouve ou s'est trouvé en la possession d'une personne, sous son contrôle ou sous sa garde est divulgué conformément aux règles 30.03 à 30.10, que l'on invoque ou non un privilège à l'égard de ce document.

<sup>39</sup> Voir *Règles de la C.-B.*, note 10, *supra*.

<sup>40</sup> 66 O.R. (2d) 65 (H.C.J.), 1988 CanLII 4644 (ON SC).

<sup>41</sup> 1996 CanLII 1056, paragr. 10 (BC SC).

<sup>42</sup> Voir *Nicolardi v. Daley*, [2002] O.J. No. 595 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) (QL), paragr. 5 (ON SC) (QL).

### **Commentaire 1.c.** Lois sur le commerce électronique et amendements aux lois sur la preuve

La plupart des provinces ont adopté des lois prévoyant des lignes directrices sur l'utilisation d'outils électroniques afin de créer et de gérer des documents, et de faciliter le commerce électronique.<sup>43</sup> Ces lois prévoient qu'on ne peut nier l'effet juridique ou la force exécutoire d'une information en raison de son format électronique.

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

Présentement, les lois canadiennes prévoient des mesures facilitant l'admissibilité en preuve des ISE devant les tribunaux, notamment pour l'établissement de présomptions concernant l'intégrité de l'information électronique, de procédures d'introduction de ces éléments de preuve et de contestation de leur admissibilité, exactitude et intégrité. En général, les lois n'ont pas pour effet de modifier l'application des règles législatives ou de common law relatives à l'admissibilité en preuve de documents, à l'exception de celles régissant l'authenticité et la meilleure preuve.<sup>44</sup>

**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; (ii) l'importance et la complexité des questions en litige, des intérêts et des montants en jeu; (iii) la pertinence des informations sur support électronique disponibles; (iv) l'incidence des informations sur support électronique sur le processus décisionnel du tribunal dans chaque instance; et (v) aux coûts, fardeau et délais que l'administration de la preuve électronique pourrait imposer aux parties.

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

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

---

<sup>43</sup> 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; *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. Le Québec a promulgué la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, note 11, *supra*.

<sup>44</sup> À titre d'exemples, voir l'article 34.1 de la *Loi sur la preuve*, LRO 1990, c. E.23 et les articles 5, 6 et 7 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, LRQ c. C-1.1.

les facteurs pertinents. Les tribunaux à l'échelle du pays, y compris la Cour suprême du Canada, ont confirmé que le principe de proportionnalité est appelé à jouer un rôle important dans la gestion de l'instance.<sup>45</sup> Toutes les provinces et tous les territoires du Canada qui ont mis en œuvre des règles de procédure relatives aux ISE et énonçant des obligations de faire (p. ex. les ISE sont assujetties aux règles d'administration de la preuve; les parties ont des devoirs de préservation, de recherche et de communication des éléments qui satisfont le critère de divulgation) ont aussi adopté un principe de proportionnalité.

Le principe de proportionnalité vise à s'opposer aux délais et aux coûts entravant l'accès à la justice et, même si sa mise en œuvre exige un changement au sein de la culture juridique, l'objectif est de créer une nouvelle norme. La décision de M. le protonotaire Short dans l'affaire *Siemens Canada Limited v. Sapient Canada Inc.*<sup>46</sup> fournit une analyse importante de la proportionnalité et des attentes à l'égard des avocats concernant le respect de ce nouveau principe.<sup>47</sup> Cette décision, mentionnée à plusieurs reprises dans ces *Principes*, fournit des conseils concernant le plan d'enquête préalable et la transparence dont doivent faire preuve les avocats pour s'acquitter de leurs obligations.<sup>48</sup>

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

L'utilisation répandue des ordinateurs et d'Internet a favorisé la création d'une grande quantité d'ISE, augmentant de façon exponentielle les coûts et le fardeau liés à l'administration de la preuve

---

<sup>45</sup> Voir, par exemple, *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43 (CanLII); *Total Vision Enterprises Inc. v. 689720 B.C. Ltd. et al.*, 2006 BCSC 639 (CanLII), paragr. 36; *Abrams v. Abrams*, 2010 ONSC 2703 (CanLII).

<sup>46</sup> *Siemens Canada Limited v. Sapient Canada Inc.*, 2014 ONSC 2314 (CanLII), paragr. 51 [*Siemens*]. Dans *Siemens*, les parties n'avaient pas établi un plan d'enquête préalable et ont présenté des documents sans communiquer entre eux. Lorsque Siemens a transmis 120 043 documents alors que Sapient n'a transmis que 23 356 documents, Siemens a contesté la divulgation de documents par Sapient, indiquant qu'elle était déficiente. Bien que la requête de Siemens ait été partiellement accueillie, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a refusé d'accorder les dépens et a déclaré que les parties étaient « les auteurs de leur propre malheur » en procédant sans plan d'enquête préalable.

<sup>47</sup> Voir aussi des analyses détaillées dans *Warman v. National Post Co* 2010 ONSC 3670 (M. le protonotaire Short) [*Warman*]; *Kaladjian v. Jose*, 2012 BCSC 357 (Davies, J.) [*Kaladjian*]; The Sedona Conference, *The Sedona Canada Commentary on Proportionality in Electronic Disclosure & Discovery* (version publique pour commentaires, oct. 2010) et son Annexe 1, en ligne : The Sedona Conference < [https://thesedonaconference.org/publication/The\\_Sedona\\_Canada\\_Commentary\\_on\\_Proportionality\\_in\\_Electronic\\_Disclosure\\_and\\_Discovery](https://thesedonaconference.org/publication/The_Sedona_Canada_Commentary_on_Proportionality_in_Electronic_Disclosure_and_Discovery)>.

<sup>48</sup> *Siemens*, note 46, *supra*.

par rapport au monde des documents papier. Même les litiges dont les montants en jeu sont minimes et portant sur des questions juridiques simples peuvent concerner de grandes quantités d'ISE. Les parties doivent adopter une approche pratique et efficace en matière d'administration de la preuve électronique afin de s'assurer que le fardeau lié à ce processus soit proportionnel à l'importance des questions en litige, des intérêts et des montants en jeu. En l'absence d'une telle approche modérée, les coûts excessifs liés à l'administration de la preuve électronique pourraient faire obstacle à la résolution équitable d'un litige. « [TRADUCTION] Les nouvelles règles [*Supreme Court Rules* de la Colombie-Britannique] reconnaissent que l'application d'un critère du 19<sup>e</sup> siècle à la grande quantité de documents papier et électroniques produits et stockés à l'aide de la technologie du 21<sup>e</sup> siècle transforme l'administration de la preuve en une tâche excessivement lourde et coûteuse dans de nombreux cas. Certaines limites raisonnables sont désormais essentielles et l'objet de la règle 7-1 (1) est de les fournir ». <sup>49</sup>

Selon la jurisprudence : « [TRADUCTION] la proportionnalité est un principe parcimonieux ». <sup>50</sup> Autrement dit, le principe de proportionnalité doit généralement restreindre, et non élargir, la quantité de documents et de renseignements à communiquer. Cela dit, les parties ne doivent pas alléguer le principe de proportionnalité pour se soustraire à leurs obligations légitimes d'administration de la preuve. Les parties doivent planifier le processus d'administration de la preuve électronique dès le départ, afin d'analyser les coûts potentiels et les moyens de maîtriser ceux-ci, ainsi que de déterminer le processus le plus susceptible de favoriser la proportionnalité. <sup>51</sup> Comme l'a déclaré la Cour dans l'affaire *Siemens* : « [TRADUCTION] maintenant, à l'approche du cinquième anniversaire des modifications apportées aux [*Règles de procédure civile* de l'Ontario], une affaire comme celle-ci permet de démontrer les conséquences du report de l'élaboration d'un plan d'enquête préalable concret. Il est opportun de souligner l'obligation des parties et des avocats, qui est de définir la base sur laquelle les parties établiront la communication de la preuve dans des cas complexes comme celui-ci ». <sup>52</sup>

Les coûts ne se limitent pas à la récupération et à la communication en format lisible de documents électroniques, à l'analyse des documents pour distinguer les éléments pertinents de ceux qui ne le sont pas et pour déterminer les informations protégées par le secret professionnel ou à la divulgation des documents à la partie adverse. Il faut également tenir compte de coûts et facteurs non pécuniaires, notamment les risques d'atteinte à la vie privée des individus et les risques de divulgation de secrets commerciaux ou de renseignements qui sont protégés par tout type de

---

<sup>49</sup> *Kaladjian*, note 47, *supra*, paragr. 60, citant l'honorable N. Smith dans l'affaire *More Marine Ltd. v. Shearwater Marine Ltd.*, 2011 BCSC 166.

<sup>50</sup> *Ontario v. Rothmans inc.*, 2011 ONSC 2504 (CanLII), paragr. 160.

<sup>51</sup> Voir *L'Abbé v. Allen-Vanguard*, 2011 ONSC 7575 (CanLII), paragr. 24 : « [TRADUCTION] L'efficacité et la gestion optimale des coûts dans la communication et l'administration de la preuve devraient constituer des objectifs communs. Il est évident que les questions de pertinence et de secret professionnel doivent être respectées, mais il est nécessaire d'appliquer ces filtres de manière pratique (. . .) De même, sinon plus, la résolution collaborative et créative de problèmes, axée sur les objectifs des parties et de leurs avocats respectifs, est fondamentale. »

<sup>52</sup> *Siemens*, note 46, *supra*, paragr. 51.

privilège juridique. L'administration de la preuve électronique peut surcharger le personnel du service des technologies de l'information et les ressources organisationnelles.

Les tribunaux tentent couramment de maintenir l'équilibre entre les coûts associés à l'administration de la preuve et l'objectif de résolution équitable, rapide et économique des litiges selon leur bien-fondé.<sup>53</sup> Dans le contexte de l'administration de la preuve, les tribunaux canadiens ont commencé à mettre en relief leur mandat relatif à l'atteinte de cet objectif.<sup>54</sup> Ils ont refusé d'ordonner la communication de documents lorsque les parties ont démontré qu'une telle communication occasionnerait des coûts ou des répercussions négatives, notamment en matière de protection des informations confidentielles ou d'atteinte à la vie privée, qui surpassaient la valeur probante des documents.<sup>55</sup>

On laisse également entendre que tout différend concernant l'administration de la preuve doit être proportionnel et ne doit pas constituer en soi un plaidoyer contradictoire, et qu'il est parfois approprié de miser sur le renvoi à d'autres formes de règlement de différends, telle que la règle 54.03 de l'Ontario.<sup>56</sup> L'un des juges de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a intégré un plan d'enquête préliminaire et d'administration de la preuve électronique proportionnel dans ses directives sur la gestion de l'instance.<sup>57</sup> La proportionnalité concerne non seulement l'utilisation par les parties de leurs propres ressources, mais aussi du temps dont dispose le tribunal.<sup>58</sup>

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

Comme nous l'avons mentionné plus haut, au cours des dernières années, la plupart des provinces et territoires du Canada ont modifié leurs règles respectives afin d'y intégrer la proportionnalité comme

---

<sup>53</sup> Les tribunaux de toutes les provinces et tous les territoires du Canada ont adopté des règles de procédure qui contiennent une disposition soulignant l'importance primordiale de respecter le principe de proportionnalité dans le cadre de toute procédure judiciaire.

<sup>54</sup> Voir *L'Abbé*, note 51, *supra*, paragr. 41.

<sup>55</sup> *Goldman, Sachs & Co. v. Sessions*, 2000 BCSC 67 (CanLII) (refus d'ordonner la communication de documents lorsque les délais et les coûts liés à la communication, ainsi que le risque d'atteinte à la confidentialité excédaient la valeur probante des documents); *Ireland v. Low*, 2006 BCSC 393 (CanLII) (refus d'ordonner la communication d'un disque dur puisque le risque d'atteinte à la vie privée était disproportionné eu égard à la valeur probante); *Baldwin Janzen Insurance Services (2004) Ltd. v. Janzen* (2006), 2006 BCSC 554 (CanLII), 53 B.C.L.R. (4th) 329 (refus d'ordonner la communication d'un disque dur en raison des circonstances particulières de l'affaire); *Desgagne v. Yuen* (2006), 2006 BCSC 955 (CanLII), 56 B.C.L.R. (4th) 157 (refus d'ordonner la communication d'un disque dur, des métadonnées et de l'historique d'un navigateur Web puisque, notamment, le caractère intrusif de l'ordonnance demandée était disproportionné eu égard à la valeur probante limitée de l'information qui serait probablement recueillie).

<sup>56</sup> *Siemens*, note 46, *supra*, paragr. 40; *Lecompte Electric Inc. v. Doran (Residential) Contractors Ltd.*, 2010 ONSC 6290 (CanLII), paragr. 15.

<sup>57</sup> Voir comme exemple l'arrêt *Yan v. Chen*, 2014 ONSC 3111, « Appendix A » (CanLII) (Brown J.).

<sup>58</sup> *Sherman v. Gordon*, 2009 CanLII 71722 (ON SC) ([TRADUCTION] « Le concept de proportionnalité doit s'appliquer dans le contexte de l'utilisation du temps du tribunal par les parties et des dépenses de celles-ci. »).

principe général pour tous les litiges et plus particulièrement pour les procédures d'administration de la preuve.

Le juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a promulgué des instructions sur la pratique concernant la preuve électronique intitulées *Practice Direction Regarding Electronic Evidence* (en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2006).<sup>59</sup> Ces instructions établissent des normes par défaut régissant l'utilisation des technologies dans la préparation et la gestion des litiges civils, notamment la communication de documents sous forme électronique, que la version originale soit en format électronique ou non. L'article 6.1 de ces instructions prévoit la possibilité de modifier la portée de la communication de la preuve pour tenir compte des circonstances particulières d'une affaire. Par exemple, elles exigent des parties qu'elles se consultent en vue de restreindre la portée de la communication de la preuve électronique lorsque les règles ordinaires « [TRADUCTION] imposeraient un fardeau excessif ou oppressif et occasionneraient des coûts trop élevés compte tenu de l'importance concrète ou probable » des documents électroniques.<sup>60</sup>

En Nouvelle-Écosse, la partie qui demande la communication a l'obligation d'établir *prima facie* que des éléments de preuve pertinents seront découverts. Le tribunal a le pouvoir de restreindre la communication de la preuve. Par exemple, dans *Nova Scotia (Attorney General) v. Royal and Sunlife Assurance Co. of Canada*<sup>61</sup>, le tribunal a souligné : « [TRADUCTION] il existe un pouvoir discrétionnaire permettant de limiter la communication de la preuve lorsqu'il paraît juste de le faire, notamment si le fardeau de la partie visée par la demande de communication outrepassé manifestement l'intérêt de la partie qui effectue la demande ».

Au Québec, l'article 4.2 du *Code de procédure civile* (CPC) 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 ». <sup>62</sup> Les tribunaux de cette province ont indiqué que la règle de la proportionnalité doit être interprétée en relation avec l'article 4.1 du CPC<sup>63</sup> 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 à la communication

---

<sup>59</sup> Instructions sur la pratique *Practice Direction Regarding Electronic Evidence* (juillet 2006) des tribunaux de la Colombie-Britannique, en ligne : The Courts of British Columbia [https://www.bccourts.ca/supreme\\_court/practice\\_and\\_procedure/practice\\_directions\\_and\\_notices/electronic\\_evidence\\_project/Electronic%20Evidence%20July%201%202006.pdf](https://www.bccourts.ca/supreme_court/practice_and_procedure/practice_directions_and_notices/electronic_evidence_project/Electronic%20Evidence%20July%201%202006.pdf) [instructions sur la pratique, C.-B.].

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> 2003 NSSC 227, paragr. 8, 218 NSR (2d) 288 (CanLII).

<sup>62</sup> RSQ c. C-25, art. 4.2.

<sup>63</sup> 9103-3647 *Québec inc. c. Couët*, 2003 IIJCan 14311 (CanLII) (QC CS).

de documents sur des disques compacts,<sup>64</sup> à l'interrogatoire d'un témoin par vidéoconférence,<sup>65</sup> mais aussi à la gestion d'un interrogatoire dans le cadre duquel le nombre de documents demandés et le nombre de questions posées étaient déraisonnables.<sup>66</sup> 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 CPC, l'application de la règle de la proportionnalité relève des parties, comme le stipule l'article 4.2 du CPC.<sup>67</sup>

Les principes de proportionnalité dans les *Règles de procédure civile* de l'Ontario et les *Principes de Sedona Canada* ont également été adoptés pour interpréter les règles de procédure dans d'autres forums, y compris au Tribunal des services financiers de l'Ontario.<sup>68</sup>

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

Lorsque la partie qui communique des documents souhaite réduire la portée de ses obligations relatives à la divulgation en s'appuyant sur le principe de proportionnalité ou lorsqu'une partie requérante cherche à contraindre la partie intimée à élargir la communication de documents, cette partie doit présenter des preuves.<sup>69</sup>

En Ontario, l'*E-Discovery Implementation Committee* (EIC) a préparé un tableau modèle afin d'aider les parties à faire valoir leurs requêtes pour la communication fondées sur la proportionnalité.<sup>70</sup> La jurisprudence soutient l'utilisation du tableau pour structurer les arguments relatifs à la proportionnalité.<sup>71</sup>

---

<sup>64</sup> Citadelle, Cie d'assurance générale c. Montréal (Ville), 2005 IIJCan 24709 (CanLII) (QC CS).

<sup>65</sup> Entreprises Robert Mazeroll ltée c. Expertech - Bâisseur de réseaux inc., 2005 IIJCan 131, 2005 CarswellQue 9122 (QC CQ).

<sup>66</sup> Ryan Parsons c. Communimed Inc. (2005), JE 2005-1042, 2005 CarswellQue 2058 (WL) (CQ).

<sup>67</sup> Luc Chamberland, *La Règle de proportionnalité : à la recherche de l'équilibre entre les parties?* dans *La réforme du Code de procédure civile, trois ans plus tard* (Cowansville, Québec : Yvon Blais, 2006).

<sup>68</sup> BCE inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services), 2012 ONFST 25 (CanLII); Rakosi v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co., 2012 CarswellOnt 7066 (décision d'appel, ONFSC).

<sup>69</sup> Voir *Midland Resources Holding Limited v. Shtajf*, 2010 ONSC 3772 (CanLII), paragr. 15 (« au moins certains éléments de preuve »); *Dell Chemists (1975) Ltd. v. Luciani et al.*, 2010 ONSC 7118, paragr. 5 (CanLII) (« preuve convaincante »); *Saliba v. Swiss Reinsurance Co.*, 2013 ONSC 6138 (CanLII) (appel du protonotaire); *Velsoft*, note 14, *supra*, paragr. 8; *Siemens*, note 46, *supra*, paragr. 142 à 144; *BCE*, note 68, *supra*, paragr. 35; *Hudson v. ATC Aviation Technical Consultants*, 2014 CanLII 17167 (ON SC) [*ATC Aviation*] (appel de la décision du protonotaire), paragr. 13; *Kaladjian*, note 47, *supra*, paragr. 62 à 64. Mais voir *Rothmans*, note 50, *supra*, paragr. 164.

<sup>70</sup> Ontario Bar Association, *Model E-Discovery and E-Trial Precedents* – « Materials for use by the Court-Model Document #10 », en ligne : Ontario Bar Association <[http://www.oba.org/en/publicaffairs\\_en/e-discovery/model\\_precedents.aspx](http://www.oba.org/en/publicaffairs_en/e-discovery/model_precedents.aspx)>.

<sup>71</sup> *Guestlogix v. Hayter*, 2010 ONSC 4384 (CanLII).

## Commentaire 2.d. La proportionnalité des procédures

Bien que ces *Principes* visent à fournir un aperçu des pratiques exemplaires concernant le traitement des ISE, il importe de mentionner brièvement le rôle plus général de la proportionnalité dans le litige civil et le changement requis dans la culture juridique. Dans l'affaire *Hryniak v. Mauldin*,<sup>72</sup> la Cour suprême du Canada a discuté du rôle de la proportionnalité dans le système judiciaire canadien en matière civile et de la nécessité d'un changement dans la culture juridique pour appuyer les objectifs d'un processus juste et équitable qui aboutit au règlement juste des différends.<sup>73</sup>

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

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

(. . .)

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

Mentionnant que le principe de proportionnalité trouve son expression dans les règles de procédure de nombreuses provinces, le tribunal a confirmé que la proportionnalité peut constituer la pierre d'assise de l'accès à la justice civile. De plus, s'appuyant sur un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve,<sup>74</sup> le tribunal a déclaré que même si le principe de proportionnalité n'est pas codifié, les règles de pratique qui comportent un pouvoir discrétionnaire comprennent le principe sous-jacent de la proportionnalité, en tenant compte de la pertinence de la procédure, des coûts et de l'incidence sur le litige et le caractère opportun de celui-ci, et ce, en fonction de la nature et de la complexité du dossier.

La plupart des provinces mettent en œuvre des procédures judiciaires sommaires lorsque le montant en cause est inférieur à 100 000 \$. Par exemple, en Colombie-Britannique, l'article 68 des *Règles de la Cour suprême*<sup>75</sup> modifie les procédures de litiges ordinaires pour certaines actions afin de prescrire au tribunal d'examiner ce qui est raisonnable lorsque le montant en cause est inférieur à 100 000 \$.

---

<sup>72</sup> *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7 (CanLII), [2014] 1 R.C.S. 87.

<sup>73</sup> *Ibid.*, paragr. 23 à 33.

<sup>74</sup> *Szeto v. Dwyer*, 2010 NLCA 36, cité dans l'affaire *Hryniak*, *ibid.*, paragr. 31.

<sup>75</sup> *Règles de la C.-B.*, note 10, *supra*; voir aussi les *Règles de l'Ontario*, note 10, *supra*, r 76, présentant une procédure simplifiée applicable à la plupart des actions civiles concernant une somme inférieure à 100 000 \$.

L'article 68 limite les délais de présentation des demandes interlocutoires et modifie la portée généralement vaste des documents devant être communiqués. En particulier, une partie ne doit énumérer que les documents stipulés dans ses actes de procédure, les documents qu'elle a l'intention de mentionner en cours d'instance, ainsi que tous les documents en sa possession qui pourraient être utilisés pour prouver ou réfuter un fait important lors de l'audience. Le tribunal a le pouvoir discrétionnaire d'exiger une divulgation plus importante, mais il « tiendra compte de la difficulté ou du coût de la recherche et de la communication des documents ».

**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 informations sur support électronique potentiellement pertinentes.

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

L'obligation des parties en matière de préservation des éléments de preuve potentiellement pertinents varie en fonction de la juridiction et de la procédure. Les parties doivent comprendre leurs obligations en ce qui concerne la préservation et la non-destruction de la preuve, y compris les ISE.<sup>76</sup> Par exemple, comme on peut le voir plus loin, dans les juridictions de common law, l'obligation de préserver les données existe dès qu'un litige est envisagé ou annoncé. Cependant, à ce moment, l'obligation est déterminée en fonction de chaque circonstance particulière. Pour une entreprise qui reçoit fréquemment des menaces de poursuite judiciaire, une obligation de préserver toutes les données dès la réception d'une menace signifierait en effet l'impossibilité quotidienne de supprimer des documents. Le moment où naît cette obligation représente une question juridique qui doit être soigneusement examinée dans chaque cas.

Aux premiers stades d'un différend, il est parfois difficile d'évaluer la pertinence éventuelle de certains fichiers électroniques ou d'une collection d'ISE, en raison de leur volume, de leur complexité, de leur emplacement, des formats et d'autres facteurs. Lorsqu'elle est techniquement possible, cette évaluation peut entraîner des coûts et des efforts disproportionnés. Dans de telles circonstances, il est parfois plus raisonnable d'attendre d'une partie qu'elle procède d'abord à une évaluation de bonne foi de l'emplacement (dans quels lieux et sur quel équipement) où sont stockés les ISE pertinentes les plus susceptibles d'être recueillies pour ensuite, avec les résultats de l'évaluation, prendre les mesures appropriées en vue de préserver ces sources.

En plus d'englober les ISE, l'obligation générale de préservation de la preuve doit être conciliée avec le droit des parties de continuer à gérer leurs informations électroniques de manière

---

<sup>76</sup> Les obligations de préserver les éléments de preuve pertinents aux fins des litiges sont distinctes de toute obligation réglementaire ou légale de conservation de documents. Par exemple, diverses lois provinciales et fédérales régissant les sociétés commerciales et les lois portant sur la santé et les assurances prescrivent des exigences en matière de tenue des dossiers. La gestion des documents, ainsi que les obligations réglementaires et légales relatives à la tenue des dossiers ne relèvent pas du champ d'application des *Principes de Sedona Canada concernant l'administration de la preuve électronique*.

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

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

Il est possible de maîtriser les coûts liés à l'administration de la preuve électronique en préparant convenablement les systèmes et leurs utilisateurs en prévision d'un litige ou d'une enquête. La gouvernance de l'information revêt une importance accrue, au-delà du cadre de l'administration de la preuve électronique, et touche presque toutes les activités des organisations. Pour traduire l'importance de la gouvernance de l'information et ses effets « en aval » au sein de l'administration de la preuve électronique, le modèle de référence d'administration de la preuve électronique (« Electronic Discovery Reference Model » ou EDRM) intègre la gouvernance de l'information dans son schéma depuis 2007<sup>77</sup> et a également élaboré un modèle de référence en matière de gouvernance de l'information (IGRM).<sup>78</sup>

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

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

---

<sup>77</sup> Voir EDRM, *EDRM Diagram Elements*, en ligne : EDRM <<https://www.edrm.net/resources/frameworks-and-standards/edrm-model/edrm-diagram-elements/>>.

<sup>78</sup> L'IGRM va au-delà du simple agrandissement de ce composant de l'EDRM. Voir EDRM, *Information Governance Reference Model (IGRM)*, en ligne : EDRM <<https://www.edrm.net/wp-content/uploads/downloads/2011/12/White-Paper-EDRM-Information-Governance-Reference-Model-IGRM-and-ARMAs-GARP-Principles-12-7-2011.pdf>>. « [TRADUCTION] Le projet IGRM ne vise PAS uniquement à constituer le module de gestion de l'information du cadre de l'EDRM. Il sera évolutif à de multiples fins, notamment pour la gestion des documents, la conformité et l'infrastructure informatique ». Divers organismes au Canada, dont le Conseil canadien de la magistrature, l'Office des normes générales du Canada, le Bureau de la concurrence et plusieurs administrations provinciales, ont publié des principes et des protocoles sur les ISE et la preuve. Le Groupe de travail Sedona Canada approuve les efforts continus visant à parvenir à un consensus sur les principes, les protocoles et les pratiques exemplaires en matière de gouvernance de l'information et d'administration de la preuve électronique.

Les étapes pour assurer le respect des pratiques exemplaires et la maîtrise des coûts comprennent l'établissement de procédures et de politiques méthodiques de préservation et de production des documents électroniques potentiellement pertinents, ainsi que de processus d'identification, de localisation, de préservation, de collecte, de révision, d'analyse et de communication des données. Une politique de conservation des documents devrait fournir des lignes directrices pour la conservation et la destruction régulières des documents électroniques et papier, et les modifications nécessaires aux pratiques usuelles en cas de litige.

Les parties qui exploitent un système de gestion documentaire comportant une cartographie du stockage spécifiant la quantité de données dans chaque emplacement et qui comprennent la difficulté d'accéder, de traiter et de chercher les documents sont en mesure de fournir des précisions au tribunal quant aux coûts et au fardeau justifiant le refus de se soumettre à des demandes supplémentaires de communication de documents ou de demandes visant à faire assumer les coûts par la partie requérante. Ce type de préparation permet également de mitiger les risques de manquements à l'obligation de préservation ou de communication d'éléments de preuve électronique et, ce faisant, de limiter les sanctions et autres conséquences possibles. Par ailleurs, la planification collaborative et rigoureuse contribue aussi à la maîtrise des coûts.

Dans l'affaire *Siemens*, la politique de rétention du défendeur a été jugée insuffisante et a donné lieu à une ordonnance visant d'autres tentatives de récupération des données. Le tribunal a déclaré : « [TRADUCTION] bien entendu, une entreprise a le droit d'établir ses propres politiques de conservation de courrier électronique afin de minimiser l'utilisation des serveurs et les coûts connexes. Cependant, dans un projet comme celui-ci, qui évidemment se poursuit pendant une longue période, il est possible que les politiques en question créent de graves problèmes ». <sup>79</sup>

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

Les parties devraient mettre en place des mesures raisonnables et de bonne foi pour respecter leur obligation de préserver l'information pertinente dans le cadre d'un litige.<sup>80</sup> Comme nous l'avons mentionné plus haut, dans les juridictions de common law, l'obligation de préservation existe dès

---

<sup>79</sup> *Siemens*, note 46, *supra*, paragr. 135 à 138.

<sup>80</sup> *Doust v. Schatz*, 2002 SKCA 129 (CanLII), paragr. 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 destruction de documents pertinents est lourde de conséquences. Notre système de divulgation et de communication de documents dans le cadre des litiges civils prévoit que les documents pertinents seront préservés et communiqués conformément aux exigences prévues dans la loi : voir *Livesey v. Jenkins*, [1985] 1 All E.R. 106 (H.L.); *Ewing v. Ewing* (No. 1) (1987), 1987 CanLII 4889 (SK CA), 56 Sask. R. 260; *Ewing v. Ewing* (No. 2) (1987), 1987 CanLII 4865 (SK CA), 56 Sask. R. 263 (C.A.); *Vagi v. Peters*, reflex, [1990] 2 W.W.R. 170; *R. v. Foster and Walton-Ball* (1982), 1982 CanLII 2522 (SK CA), 17 Sask. R. 37 (C.A.); *Rozen v. Rozen*, 2002 BCCA 537 (CanLII), [2002] B.C.J. No. 2192 (Q.L.). « [TRADUCTION] Chaque partie a l'obligation de préserver les documents dont elle connaît, ou devrait raisonnablement connaître, la pertinence dans le cadre d'un litige. Le processus de communication de documents dans le cadre des litiges civils est essentiel au déroulement d'un procès équitable. La destruction de documents pertinents nuira à un tel déroulement ».

qu'un litige est envisagé ou annoncé.<sup>81</sup> En raison de la nature dynamique des ISE, les délais augmentent le danger de perte d'éléments pertinents et pourraient alimenter les allégations que des éléments de preuve pertinents ont été détruits<sup>82</sup> Un plan proactif en matière de préservation permettra à une partie de répondre efficacement aux requêtes concernant l'administration de la preuve ou aux ordonnances des tribunaux.

En Nouvelle-Écosse, la règle 16 des *Règles de procédure civile* décrit précisément les exigences en matière de préservation et renvoie aux obligations prévues par la loi pour préserver la preuve avant ou après qu'une instance soit entamée.<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> Voir *Culligan Canada Ltd. v. Fettes*, 2009 SKQB 343 (infirmée pour d'autres motifs) : « [TRADUCTION] Dès qu'un litige est annoncé, comme ce fut le cas ici, toutes les parties sont tenues de prendre des mesures raisonnables et de bonne foi pour préserver et divulguer les documents pertinents stockés électroniquement ». Dans *Johnstone v. Vincer International Inc.*, 2011 ONSC 6005, un défendeur a été informé qu'une poursuite avait été intentée, mais a choisi de s'appuyer sur un détail de procédure concernant la signification. Il a omis de respecter ses propres politiques de gestion de ce type de situations, alors qu'il savait que sa politique de conservation des dossiers pourrait engendrer la perte de documents importants et pertinents. Le tribunal a souligné que, puisque les politiques de conservation et les plans de préservation ont des objectifs distincts, les organisations doivent agir rapidement, dès qu'un litige est envisageable, pour suspendre les politiques de suppression automatique des fichiers électroniques afin de préserver tout élément de preuve.

<sup>82</sup> Pour en savoir plus sur la suppression d'éléments de preuve à titre de délit indépendant, voir *North American Road Ltd. v. Hitachi Construction*, 2005 ABQB 847, paragr. 16 et 17, [2006] AWLD 1144; *Spasic Estate v. Imperial Tobacco Ltd., et al.* (2000), 49 OR (3d) 699 (CA), 2000 CanLII 17170. En ce qui concerne la réparation appropriée en cas de suppression dans un contexte de négligence, voir *McDongall v. Black & Decker Canada Inc.*, 2008 ABCA 353 (CanLII).

<sup>83</sup> Nouvelle-Écosse, *Règles de procédure civile*, Gazette royale, 19 novembre 2008, Partie 5 :

16.01 :

(1) La présente règle fixe des obligations visant la conservation des renseignements électroniques pertinents, lesquelles peuvent être accrues ou limitées par voie d'entente ou d'ordonnance.

(2) La présente règle fixe également des obligations visant la divulgation des renseignements électroniques pertinents et prévoit qu'il peut être procédé à leur exécution (. . .)

16.02 :

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

16.14 :

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

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

(3) Un juge ne peut limiter la conservation ou la divulgation dans une action que dans la mesure où est réfutée la présomption énoncée à la règle 14.08.

L'étendue de ce qui doit être préservé et les démarches jugées raisonnables peuvent varier considérablement en fonction de la nature des réclamations et des informations en cause.<sup>84</sup> Les tribunaux ont ordonné une préservation plus ciblée<sup>85</sup> Cela dit, les parties ayant l'obligation de préserver des documents devraient anticiper les demandes futures de communication de données afin d'éviter la répétition de démarches déjà effectuées.

**Commentaire 3.d.** Avis concernant l'obligation de préservation dans les juridictions de common law

Dès qu'une obligation de préservation naît,<sup>86</sup> la partie visée doit informer les personnes concernées de l'étendue de cette obligation et de la nécessité de préserver les informations pertinentes en formats papier et électronique. Cet avis est appelé « avis de préservation ». La forme, le contenu et la distribution de cet avis varieront considérablement selon les circonstances propres à chaque affaire, mais le texte doit être simple, clair et composé d'instructions précises. L'avis doit décrire de façon détaillée les informations qui doivent être préservées afin que les responsables concernés puissent les isoler et les préserver. Il ne devrait généralement pas exiger la suspension de toutes les politiques et procédures habituelles de gestion documentaire. De plus, l'avis doit indiquer que les documents pertinents peuvent exister à plusieurs endroits (c.-à-d. les réseaux, les postes de travail, les ordinateurs portables, les ordinateurs personnels, les téléphones, les tablettes, la messagerie vocale, les documents papier, etc.).

Comme nous l'avons mentionné, l'avis de préservation doit seulement être envoyé aux personnes « concernées », c'est-à-dire celles qui sont raisonnablement susceptibles de détenir des documents potentiellement pertinents dans le cadre du litige. La consultation des responsables permet souvent d'identifier les personnes qui détiennent des documents pertinents. L'avis de préservation devrait également être envoyé à la ou les personnes responsables de l'entretien et de l'exploitation des

---

<sup>84</sup> Contrairement aux États-Unis où il existe plusieurs jugements et commentaires concernant la préservation des documents électroniques, l'état du droit dans ce domaine est encore en développement au Canada. Le fait que plusieurs tribunaux canadiens se soient inspirés des décisions américaines afin de définir l'étendue de l'obligation de préservation ne devrait donc pas surprendre, bien que certains aspects notables des exigences législatives soient plus exigeants aux États-Unis qu'au Canada. Les jugements rendus par la District Court for the Southern District of New York dans *Zubulake v. UBS Warburg LLC* 220 F.R.D. 212, 217 (S.D.N.Y. 2003) et *Pension Committee of the University of Montreal Pension Plan v. Banc of America Secs., LLC, et al.*, No 05 Civ 9016 (SAS), 2010 WL 184312 (SDNY 2010) prévoient des lignes directrices concernant l'étendue de l'obligation de préservation de certains documents électroniques et les conséquences liées au défaut de préserver ces documents. Au paragraphe 7, le tribunal décrit l'étendue de cette obligation de la façon suivante : « [TRADUCTION] Une entreprise a-t-elle l'obligation de préserver chaque bout de papier, courriel, document électronique ou bande de sauvegarde en cas de menace de poursuite? La réponse à cette question est manifestement négative. Une telle règle paralyserait les grandes entreprises, comme UBS, qui sont pratiquement toujours partie à des litiges. Ainsi, en général, une partie n'a pas l'obligation de préserver toutes les bandes de sauvegarde, même lorsqu'un litige est raisonnablement envisageable ».

<sup>85</sup> *Drywall Acoustic, Lathing and Insulation, Local 675 Pension Fund (Trustees) v. SNC Lavalin Group Inc.*, 2014 ONSC 660, paragr. 111 et 112 [Drywall Acoustic].

<sup>86</sup> Dans le cadre d'une instance criminelle, le ministère public et la police ont également le devoir de préserver la preuve. Voir *R v. Sharma*, 2014 ABPC 131 (CanLII), paragr. 92.

systèmes informatiques où sont stockés les documents visés par l'avis de préservation. Dans la plupart des cas, le service des TI de l'organisation est responsable de ces systèmes. Il faut également tenir une réunion avec le personnel des TI afin de s'assurer que tout le monde comprend les informations qui doivent être préservées en vertu de l'avis. Dans certaines circonstances, il convient de transmettre l'avis de préservation à des tiers qui ont en leur possession ou sous leur garde des informations pertinentes au litige.

En outre, l'avis doit préciser que, les informations sur support électronique étant volatiles, des mesures particulières devraient être prises afin d'éviter que ces informations soient altérées, supprimées ou détruites<sup>87</sup> L'émission d'un avis de préservation ne marque pas la fin de cette démarche. Il convient de renvoyer l'avis au moins tous les six mois et de s'assurer qu'il soit communiqué aux nouveaux employés concernés. Il n'y a pas de jurisprudence concernant cet aspect au Canada, mais il existe aux États-Unis une jurisprudence qui exige que les avis de préservation soient réexpédiés de façon régulière. Par ailleurs, il faut aviser les responsables de la levée de l'avis de préservation. Lorsque l'obligation de préservation s'applique à des documents et des données s'échelonnant sur une longue période, les organisations doivent établir une façon de procéder lorsque les systèmes, le matériel et les supports, contenant des informations pertinentes et uniques, pourraient être remplacés lors de mises à niveau technologiques. Il faut également tenir compte de l'information dans toute base de données.

*Exemple i.* Une société reçoit une déclaration alléguant que son site Web contient des informations fausses ou trompeuses à propos de ses produits. Cette société utilise les services d'un tiers fournisseur pour la gestion de ses courriels et de son site Web. En vertu du contrat de services, la société exige que le fournisseur effectue chaque semaine une copie de sauvegarde du site Web et conserve celle-ci pendant six mois, après quoi le prestataire doit préserver seulement la dernière copie du mois. La société émet un avis de préservation au fournisseur, afin que celui-ci suspende 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, mentionnée dans la déclaration.

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

---

<sup>87</sup> Association du Barreau de l'Ontario, *Model E-Discovery and E-Trial Precedents*, « Materials for use by the Court-Model Document #5-6 » en ligne : Association du Barreau de l'Ontario <[http://www.oba.org/en/publicaffairs\\_en/e-discovery/model\\_precedents.aspx](http://www.oba.org/en/publicaffairs_en/e-discovery/model_precedents.aspx)>.

« nettoyer » l'ordinateur de travail de l'ancien employé et de le réaffecter à un autre membre de l'entreprise.

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.

### **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.

Bien qu'il n'existe aucune obligation explicite de préserver les documents électroniques à l'avance en prévision d'un litige,<sup>88</sup> la Cour supérieure a reconnu l'existence d'une obligation implicite de préserver les éléments de preuve en s'appuyant sur l'obligation générale de s'abstenir d'agir dans le but de porter préjudice à autrui et d'éviter de se comporter de façon excessive ou déraisonnable, ce qui serait contraire aux exigences de bonne foi prescrites le CPC.<sup>89</sup>

Par ailleurs, selon l'article 438 du CPC, « 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 (. . .) que soit examinée par une personne de son choix toute chose (. . .) dont l'état peut influencer sur le sort du litige prévu ».<sup>90</sup>

Au Québec, en l'absence d'une obligation de préservation explicite, une partie qui demande une ordonnance de préservation doit obtenir une ordonnance d'injonction ou présenter une demande de sauvegarde selon les critères prévus par ces recours.<sup>91</sup> Dans toutes les circonstances, les parties doivent envoyer un avis de préservation aux autres parties afin de tenir celles-ci informées des ISE qui seront demandées.

---

<sup>88</sup> *Jacques c. Ultramar liée*, 2011 QCCS 6020 (CanLII).

<sup>89</sup> *Code civil du Québec*, note 10, *supra*, à l'article 4.1.

<sup>90</sup> *Ibid.*, art. 438.

<sup>91</sup> *Ultramar*, note 88, *supra*, paragr. 26.

### 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 law.<sup>92</sup> Une enquête effectuée de bonne foi afin d'identifier et de préserver les données actives et archivées devrait être suffisante. Dans les cas où il n'est possible d'obtenir les ISE pertinentes qu'en consultant des bandes de sauvegarde ou d'autres sources difficilement accessibles et que les efforts requis pour les préserver ne sont pas disproportionnés eu égard aux questions et intérêts en jeu, ces bandes de sauvegarde et autres sources doivent être conservées.<sup>93</sup>

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

### 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 sont préservés. Par exemple, les ordonnances *Anton Piller*,<sup>94</sup> qui permettent à une partie de copier ou de saisir les éléments de preuve que détient une autre partie, ont été utilisées dans la majorité des provinces 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. Dans l'arrêt *Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*,<sup>95</sup> 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*.

Pour éviter de demander au tribunal de déterminer si l'argument est suffisamment fondé pour l'octroi d'une ordonnance *Anton Piller*, les parties peuvent choisir d'agir « de manière collaborative et de bonne foi », comme ce fut le cas dans le cadre de la requête présentée par les demandeurs pour une ordonnance *Anton Piller* dans l'affaire *CIBC World Markets Inc. v. Genuity Capital Markets*.<sup>96</sup> Les défendeurs se sont engagés à préserver les éléments de preuve électroniques et ont retenu les services d'un conseiller en criminalistique informatique pour ce faire. Le tribunal autorisa ce

---

<sup>92</sup> 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](http://www.oba.org/en/pdf_newsletter/E-discoveryguidelines.pdf)> [*Discovery Task Force Guidelines*]; Principes 3 et 4.

<sup>93</sup> *Mansfield v. Ottawa*, 2012 ONSC 5208, paragr. 43 (CanLII).

<sup>94</sup> L'ordonnance a été nommée d'après l'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Angleterre dans l'affaire *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd & Ors*, [1975] EWCA Civ 12, [1976] 1 All ER 779.

<sup>95</sup> 2006 SCC 36 (CanLII).

<sup>96</sup> 2005 CanLII 3944 (ON SC).

conseiller à imager et à stocker le contenu des ordinateurs, des terminaux mobiles de poche (« BlackBerry ») et des autres appareils électroniques que les défendeurs avaient directement ou indirectement en leur possession ou sous leur garde, ou dont ils étaient directement ou indirectement propriétaires ou utilisateurs. Le tribunal permit au conseiller d'accéder aux équipements se trouvant dans tous les bureaux et toutes les maisons (sans limiter les recherches à ces emplacements), sans égard à la possibilité que des tiers soient propriétaires ou utilisateurs de ces équipements.

Dans les cas où la destruction intentionnelle de la preuve ne fait pas partie des questions soulevées, il est possible d'éliminer le risque de suppression accidentelle en déposant une demande de préservation de la preuve.<sup>97</sup> Une ordonnance *Anton Piller* obtenue *ex parte* a été annulée lorsque le demandeur n'a pas établi une possibilité réelle que des éléments de preuve puissent être détruits.<sup>98</sup>

Dans l'affaire *Portus Alternative Asset Management Inc. (Re)*,<sup>99</sup> la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario a obtenu une ordonnance nommant un séquestre investi du pouvoir de gérer les actifs, les engagements et les biens de Portus Alternative Asset Management Inc. Le tribunal accorda au séquestre un accès illimité à tous les documents électroniques dans le but de lui permettre de récupérer et de copier toutes les informations électroniques, et ordonna aux débiteurs de ne pas altérer, effacer ou détruire quelque dossier sans le consentement du séquestre. En vertu de cette ordonnance, les débiteurs devaient aider le séquestre à accéder le plus rapidement possible aux dossiers, lui fournir des explications quant à l'utilisation des systèmes informatiques et tous les codes d'accès, ainsi que tous les noms et numéros de comptes. De plus, tous les fournisseurs de services Internet devaient remettre au séquestre tous les documents pertinents, y compris les fichiers se trouvant sur les serveurs, les fichiers archivés, les messages enregistrés et les courriels.

### **Commentaire 3.h.** Aucun besoin de figer toutes les données

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

Imposer l'obligation de préserver toutes les ISE exigerait vraisemblablement la mise hors service des systèmes informatiques et la copie des données se trouvant sur les disques durs et autres supports généralement utilisés, nuisant ainsi au cours normal des affaires des parties. Pour cette raison, en

---

<sup>97</sup> *Nac Air, LP v. Wasaya Airways Limited*, 2007 CanLII 51168 (ON SC), paragr. 26.

<sup>98</sup> Dans *Velssoft Training Materials Inc. v Global Courseware Inc.*, 2011 NSSC 274, l'ordonnance *Anton Piller* a été annulée au motif que la découverte qu'un employé avait « effacé » son ordinateur ne démontrait pas un risque sérieux de destruction de la preuve par les accusés.

<sup>99</sup> Volume 28 du Bulletin de la CVMO, 2670 (2005).

vertu de l'obligation de préservation, seuls les documents électroniques potentiellement pertinents en l'espèce devraient être figés.<sup>100</sup>

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

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

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

Dans certaines sociétés, les concepts de sauvegarde et d'archivage sont confondus et les supports de sauvegarde sont conservés pendant des périodes relativement longues. Ces supports peuvent aussi être conservés pour de longues périodes dans un souci de conformité avec les lois en matière de conservation des documents. Les organisations qui utilisent les supports de sauvegarde antisinistre à des fins d'archivage devraient être conscientes du fait que cette pratique risque d'augmenter substantiellement les coûts liés à la préservation d'éléments de preuve et à la communication de ces derniers dans le cadre d'un litige.<sup>101</sup> Les organisations qui désirent préserver des données à des fins professionnelles ou en prévision de litiges devraient envisager des méthodes autres que l'utilisation de supports de sauvegarde antisinistre traditionnels, lorsque cela est possible.

Si une partie détient des données archivées sur bandes ou sur d'autres supports hors ligne<sup>102</sup> inaccessibles aux utilisateurs des systèmes informatiques, elle doit rapidement prendre des mesures

---

<sup>100</sup> Voir *Schatz*, note 80, *supra*; et *Janzen*, note 55, *supra*.

<sup>101</sup> Voir *Farris v. Staubach Ontario Inc.*, 2006 CanLII 19456 (Cour supérieure de justice de l'Ontario), paragr. 19 : « [TRADUCTION] Dans son témoignage, M. Straw a corrigé une affirmation contenue dans une lettre du 28 juin 2005 envoyée aux avocats du demandeur. Dans cette lettre, les avocats de TSC avaient déclaré que cette dernière n'avait pas de copie archivée distincte de ses bases de données pour les mois de novembre et décembre 2003. Cela n'est pas tout à fait exact. À un certain moment en 2004, probablement après le 28 juin 2004, M. Straw avait une série de bandes de sauvegarde contenant toutes les informations sur le serveur de TSC. Ces bandes ont été préservées. Bien qu'elles ne soient pas des copies archivées de la base de données de TSC pour les mois de novembre et décembre 2003, certaines des informations sur ces bandes datent de cette période. M. Straw ne savait pas combien de documents se trouvaient sur ces bandes de sauvegarde préservées. Par contre, il a spécifié qu'elles contenaient plus d'un téraoctet d'information ».

<sup>102</sup> Les sources de données hors ligne sont des sources de données qui ne sont plus actives; un utilisateur ne peut plus y avoir accès facilement à partir d'un système informatique actif. Les bandes de sauvegarde, disquettes, CD, DVD, minidisques durs et lecteurs de mémoire morte sont des exemples de sources de données hors ligne.

pour préserver ces supports de données archivées qui sont susceptibles de contenir des informations pertinentes ne se retrouvant pas dans ses systèmes.<sup>103</sup> Ces mesures pourraient comprendre l'envoi, aux personnes responsables de la gestion des systèmes d'archivage, d'un avis exigeant la conservation de ces bandes ou autres supports,<sup>104</sup> le cas échéant.

*Exemple i.* En vertu d'un plan de gestion des technologies de l'information, la partie qui doit communiquer des documents fait des copies chaque jour de toutes les informations électroniques sur ses systèmes et conserve, pour une période de cinq jours, les bandes de sauvegarde créées dans le but de récupérer ces informations en cas d'effacement accidentel, de sinistre ou de défaillance du système. La partie qui doit recevoir les documents veut que soit émise une ordonnance exigeant que la partie qui doit les communiquer préserve et cesse de réutiliser toutes les bandes de sauvegarde existantes en attendant la communication de la preuve dans le dossier. Une telle ordonnance entraînerait, pour la partie qui communique des documents, des coûts et un fardeau très importants sans preuve sérieuse qu'en l'absence d'une telle ordonnance cette partie ne communiquera probablement pas toutes les informations pertinentes.<sup>105</sup> 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 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.

---

<sup>103</sup> *Mansfield v. Ottawa*, 2012 ONSC 5208 (CanLII), paragr. 43.

<sup>104</sup> Martin Felsky et Peg Duncan, *Making and Responding to Electronic Discovery Requests*, magazine *LawPRO* (septembre 2005), en ligne : <<http://www.lawpro.ca/LawPRO/ElectronicDiscoveryRequests.pdf>>.

<sup>105</sup> Voir *Apotex Inc. v. Merck & Co. Inc.*, 2004 FC 1038 (CanLII), 33 C.P.R. (4<sup>th</sup>) 387, paragr. 14 : « [TRADUCTION] Il est évident qu'il incombe à Apotex de prouver son allégation selon laquelle la série de documents produits par Merck n'était pas complète. Apotex doit prouver que les documents existent, que Merck les a en sa possession ou sous son contrôle et qu'ils sont pertinents ».

Finalement, si l'on ignore si des données pertinentes et uniques sont stockées dans des supports de sauvegarde, les parties et les tribunaux peuvent utiliser des techniques d'échantillonnage afin d'en savoir davantage sur les données visées. L'échantillonnage permettra d'établir la probabilité que des informations pertinentes existent sur les bandes en question et les coûts probables de 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 des courriels pertinents d'un individu ayant quitté son emploi quelques années auparavant, une société découvre que le groupe des Technologies de l'information conserve depuis dix ans la dernière bande de sauvegarde des courriels de la semaine. Les bandes de sauvegarde portent des étiquettes indiquant la date de sauvegarde et le nom du serveur. Par contre, le groupe des Technologies de l'information ne sait pas quels comptes ont été sauvegardés sur quels serveurs. La partie décide que, s'il existe des courriels, ces derniers seraient datés du milieu de la période de six mois durant laquelle les événements se sont produits. Conséquemment, les 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 de l'ancien employé concerné, les copies de sauvegarde pour ce serveur sont exclues des recherches supplémentaires.

### **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. Il faut identifier rapidement ces zones et prendre des mesures pour préserver les données partagées potentiellement pertinentes.<sup>106</sup>

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

---

<sup>106</sup> *Drywall Acoustic*, note 85, *supra*, paragr. 111 et 112.

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

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

La planification de l'administration de la preuve<sup>107</sup> vise à repérer et à résoudre rapidement les problèmes liés à l'administration de la preuve ; elle vise aussi à s'assurer que l'accès à la justice est plus facile et moins onéreux. Le processus n'a pas pour objet de créer des litiges accessoires.<sup>108</sup> La collaboration englobe notamment l'élaboration et la mise en œuvre d'un plan d'enquête préalable visant les différentes étapes et les divers aspects du processus d'administration de la preuve, comme l'identification, la préservation, la collecte et le traitement des documents,<sup>109</sup> l'analyse et la communication de documents,<sup>110</sup> la gestion des documents protégés par le secret professionnel ou d'autres motifs de refus de communication d'éléments de preuve, les coûts, ainsi que les protocoles.

Alors que l'édition originale des *Principes* mettait l'accent sur le processus des « rencontres de concertation », l'évolution de l'expérience de la collaboration au Canada privilégie davantage le principe de la collaboration continue et l'élaboration d'un plan d'enquête préalable. Le concept de collaboration entre les avocats et les parties s'étend bien au-delà d'une rencontre ou d'une série de réunions; il englobe la mise en commun transparente de l'information pour veiller à ce que l'administration de la preuve engendre des coûts proportionnels et des échéances raisonnables. Lors d'une réunion à Toronto le 7 août 2014, les membres du Groupe de travail n° 7 (GT7) de

---

<sup>107</sup> On mentionne couramment le processus de « rencontre de concertation » ou que les parties se rencontreront pour discuter ou participeront à une « rencontre de concertation » en particulier. Bien que ces termes soient encore utilisés dans ce commentaire, celui-ci ne vise pas à exiger la tenue d'une ou plusieurs réunions. Il convient ici de mettre l'accent sur la concertation en vue de parvenir à une entente concrète concernant le plan d'enquête préalable.

<sup>108</sup> *Drywall Acoustic*, note 85, *supra*, paragr. 81 à 84.

<sup>109</sup> Le terme « traitement » désigne un flux de travail informatique automatisé où des données natives sont intégrées dans certains logiciels conçus pour extraire du texte et des métadonnées sélectionnées et pour normaliser les données dans un format en vue de leur chargement éventuel dans une plateforme d'examen. [II] faudra peut-être également repérer les doublons / éliminer les documents en double. (The Sedona Conference, *Glossary : E-Discovery & Digital Information Management*, en anglais, avril 2014, note 9, *supra*.) Le traitement peut également englober des étapes pour traiter les documents nécessitant une attention particulière, comme des fichiers cryptés ou protégés par un mot de passe. Il faut éviter de prendre des décisions relatives au traitement sans discussion préalable lorsque ces décisions pourraient avoir des répercussions sur l'autre partie. Un plan d'enquête préalable efficace aborde divers aspects, notamment les moyens de créer des empreintes numériques, que ce soit pour séparer les pièces jointes des courriels ou pour déterminer le fuseau horaire à utiliser lors de la normalisation des codes de la date et de l'heure.

<sup>110</sup> Les parties peuvent envisager une approche progressive ou échelonnée en matière d'administration de la preuve électronique, le cas échéant, selon le volume d'éléments de preuve. Les parties devraient s'entendre dès que possible sur les spécifications de communication de la preuve.

The Sedona Conference ont unanimement décidé de remplacer dans les *Principes* le terme « rencontre de concertation », plus restrictif, par les concepts de « coopération et collaboration ».

En mettant en œuvre un plan d'enquête préalable efficace, on s'assure que les parties émergent avec une compréhension réaliste des étapes du processus d'administration de la preuve. Pour relever les défis que posent les volumes croissants d'ISE et les coûts élevés des litiges, ces *Principes* encouragent fortement une approche collaborative en matière d'administration de la preuve électronique, reflétant les opinions et coutumes judiciaires récentes au Canada et dans d'autres pays.<sup>111</sup> « Le bon sens et la proportionnalité » font partie des facteurs déterminants de la planification de l'administration de la preuve.<sup>112</sup>

En Ontario, les *Règles de procédure civile* ont été modifiées en 2010 pour exiger des parties qu'elles « conviennent d'un plan d'enquête préalable conformément à [la règle 29.1] ».<sup>113</sup> L'élaboration d'un

---

<sup>111</sup> Voir *Wilson v. Servier Canada Inc.*, 2002 CanLII 3615 (ON SC), 2002 IJCan 3615 (Cour supérieure de justice de l'Ontario), paragr. 8 et 9 : « [TRADUCTION] L'approche générale adoptée par les défendeurs dans le cadre du litige a nui au demandeur et au bon déroulement du processus de production. En partant du principe que les litiges sont de nature contradictoire, tel que mentionné par l'avocat principal des défendeurs, ces derniers ont été, en général, peu coopératifs et ont forcé le demandeur à procéder par requête à pratiquement chaque étape du litige afin de faire avancer le dossier. Je ne partage pas cet avis. Contrairement à d'autres caractéristiques propres aux poursuites civiles en Ontario, dans le cadre de la communication des documents, chaque partie a l'obligation unilatérale de divulguer tous les documents pertinents qui ne contiennent pas d'informations protégées par le secret professionnel. L'objectif avoué des avocats des défendeurs est contraire à l'esprit même de cette étape importante du litige. ». Voir également *Sycor Technologies v. Kiaer*, 2005 CanLII 46736 (ON SC), 2005 CanLII 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, de façon pragmatique et raisonnable, et renvoya les avocats pour qu'ils établissent une méthode de communication de la preuve efficace, conformément aux *Ontario Guidelines*.

<sup>112</sup> *Drywall Acoustic*, note 85, *supra*, paragr. 84.

<sup>113</sup> *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, r 29.1.03(3)

Le plan d'enquête préalable est formulé par écrit et comprend ce qui suit :

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

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

Au Québec, les modifications apportées au CPC intègrent la notion de coopération en obligeant les parties à s'entendre sur le déroulement de l'instance avant la présentation de la demande introductive. Un nouveau chapitre concernant la gestion des instances a été ajouté au CPC pour s'assurer que les parties maîtrisent leur dossier conformément au nouvel article 4.1 du CPC.<sup>114</sup>

Pour être efficace, le plan d'enquête préalable doit être fondé sur la « convergence des volontés » à l'égard du processus d'administration de la preuve. Il devrait en résulter un plan d'enquête préalable écrit convenu par les parties. Il s'agit d'une pratique exemplaire, que ce plan soit prescrit ou non par les règles de la compétence judiciaire concernée.<sup>115</sup>

Le processus de planification varie de façon importante selon la portée et la nature de l'action. Par exemple, une action directe et à portée restreinte nécessite un plan d'enquête préalable de quelques paragraphes composés lors d'un appel téléphonique ou à la suite d'un échange de courriels entre les avocats. Un dossier complexe peut nécessiter une série de réunions en personne et un plan plus complet.<sup>116</sup> Les avocats doivent décider les types de plan d'enquête préalable et de réunion(s) appropriés pour chacun des dossiers traités. Il faut tenir compte de divers facteurs, notamment le montant en cause, le volume et la complexité de la preuve électronique à communiquer, l'emplacement géographique des avocats, ainsi que d'autres questions pertinentes au processus d'administration de la preuve.

Un tribunal de l'Ontario a conclu que « [TRADUCTION] il existe une forte influence réciproque entre les *Règles de procédure civile*, le code de déontologie, les principes de civilité et de professionnalisme et l'exigence relativement nouvelle de planification officielle de l'administration de la preuve ».<sup>117</sup> Les tribunaux ont reproché à certains avocats de ne pas avoir créé un plan d'enquête

---

<sup>114</sup> RLRQ c. C-25, art. 151.1 à 151.23.

<sup>115</sup> Pour consulter un exemple d'entente sur la communication préalable et d'autres documents modèles, voir Ontario Bar Association, *Model E-Discovery and E-Trial Precedents*, note 70, *supra*.

<sup>116</sup> *Enbridge Pipelines Inc. v. BP Canada Energy Company*, 2010 ONSC 3796, paragr. 3 et 4 (CanLII) (C. Campbell, c.r.). Le tribunal a approuvé un plan d'enquête préalable dans un litige complexe, mais a souligné que le niveau de détail requis dans ce dossier ne s'applique pas à toutes les instances.

<sup>117</sup> *Kariouk v. Pombo*, 2012 ONSC 939 (CanLII) [*Kariouk*], paragr. 3; voir aussi paragr. 55 et 56.

préalable et, dans certains cas, sanctionné la conduite de ceux-ci en invoquant les règles en matière de dépens.<sup>118</sup>

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

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

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

L'efficacité de l'administration de la preuve repose sur la tenue de rencontres dès le commencement du processus. Toute décision prise au début d'un litige quant au processus d'administration de la preuve électronique aura une incidence importante sur l'ensemble de l'instance, 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 évite des débats subséquents, qui peuvent être longs et coûteux.

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

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

---

<sup>118</sup> Corbett v. Corbett, 2011 ONSC 7161 (CanLII) [Corbett]; Petrasovic Estate v. 1496348 Ontario Ltd. 2012 ONSC 4897 (CanLII) [Petrasovic]; Siemens, note 46, supra; 1414614 Ontario Inc. v. International Clothiers Inc., 2013 ONSC 4821 (CanLII) [International Clothiers].

processus, beaucoup de ces problèmes auraient pu être abordés et traités dans le plan d'enquête préalable.

Dans certaines situations, il est impossible d'élaborer un plan d'enquête préalable adéquat en une seule réunion. Le *Principe 4* prévoit une série de rencontres, plutôt qu'une seule,<sup>119</sup> afin d'aider les avocats lorsque surgissent des problèmes techniques imprévus. Dans certains cas, la quantité de données à recueillir et analyser est initialement sous-estimée. Il faut parfois modifier les mots-clés utilisés pour la sélection de données lorsque la recherche n'est pas concluante ou que 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.

Comme l'a déclaré l'un des tribunaux, « l'obligation de prendre part à la planification de l'administration de la preuve comprend l'obligation de se concerter d'entrée de jeu et de poursuivre la collaboration de façon pour veiller à l'adaptation du plan, au besoin ».<sup>120</sup> Cette obligation ne disparaît pas lorsqu'un tribunal émet une ordonnance concernant l'administration de la preuve.<sup>121</sup>

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

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

Selon la nature du dossier et la portée du litige, la préparation devrait également comprendre la collecte d'informations auprès des personnes-ressources au sein de l'organisation cliente, telles que le responsable des relations commerciales ou les gestionnaires qui connaissent bien les aspects touchant les opérations et les projets liés à la poursuite, les acteurs principaux au sein de l'organisation, les personnes qui sont au fait des protocoles de la société en matière de gestion des documents et des informations, ainsi que le responsable des technologies de l'information ou les

---

<sup>119</sup> Voir par exemple l'affaire *L'Abbé*, note 51, *supra*, paragr. 31, citant la position du conseiller maître : « [TRADUCTION] En premier lieu, lorsqu'il est question d'un très grand nombre de documents, en particulier d'informations sur support électronique, les parties doivent concevoir des méthodes permettant, de façon économique et efficace, d'isoler les principaux documents pertinents et de trancher toute revendication relative au secret professionnel. Lorsqu'il y a désaccord sur la portée de la pertinence ou du secret professionnel, il est parfois nécessaire de demander au tribunal de se prononcer, mais il incombe aux avocats d'élaborer conjointement un plan d'enquête préalable réaliste et d'entretenir un dialogue permanent ». Voir aussi *Kaymar v. Champlain CCAC*, 2013 ONSC 1754 (CanLII), paragr. 37 (M. MacLeod) [*Kaymar*], dans lequel le conseiller maître a affirmé que les plans d'enquête préalable doivent être souples. « [TRADUCTION] Dans un monde idéal, le plan d'enquête préalable est un processus vivant et dynamique; il est modifié, adapté et mis à jour au besoin ».

<sup>120</sup> *Kariouk*, note 117, *supra*, paragr. 42.

<sup>121</sup> *International Clothiers*, note 118, *supra*, paragr. 20.

gestionnaires qui maîtrisent les systèmes du réseau, de courrier électronique, de communication et de sauvegarde de l'organisation. Il pourrait s'avérer utile que ces personnes participent à toute rencontre concernant le plan d'enquête préalable au besoin. (Voir le Commentaire 4.d. ci-dessous.)

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

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

Pour se préparer convenablement en vue de la rencontre sur le plan d'enquête préalable, les avocats devraient consulter le personnel du service des TI, les tiers fournisseurs de services, les utilisateurs et autres personnes qui peuvent favoriser la compréhension approfondie des processus de création, d'utilisation et de mise à jour des ISE par ou pour le client, ainsi que la détermination des sources probables d'ISE potentiellement pertinentes.<sup>122</sup>

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

Lors de l'élaboration du plan d'enquête préalable, les parties doivent déterminer quelles sont les ISE pertinentes quant à la portée du litige, ainsi que les mesures de préservation appropriées. Faute de consensus, les parties devraient demander d'urgence, ou au plus tard à la clôture de la procédure écrite, l'intervention du tribunal afin d'éviter la destruction de renseignements pertinents.

Bien que la copie de disques durs s'avère parfois utile lors de la phase de préservation, l'obligation de traiter le contenu des disques durs ne doit s'appliquer que lorsque la nature du dossier en justifie les coûts et le fardeau.<sup>123</sup> La création de copies de sauvegarde d'images système à l'aide de méthodes de criminalistique informatique est rarement nécessaire et devrait faire l'objet d'une discussion. L'amorce de ce processus pourrait détourner le litige vers des questions parallèles relatives à l'interprétation d'éléments de preuve ambigus. Essentiellement, les avocats doivent convenir de

---

<sup>122</sup> Voir *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Air Canada*, [2001] 1 CF 219, 2000 CanLII 17157 (CF), paragr. 27 : « L'avocat du commissaire a indiqué que, lorsque le commissaire a demandé l'ordonnance visée à l'article 11, il ne connaissait pas les pratiques d'archivage des documents d'Air Canada. Il a indiqué que, s'il y a des difficultés réelles pour répondre aux demandes qui sont liées à la forme sous laquelle elles sont faites, cela devrait faire l'objet de discussions entre avocats, avant que le tribunal ne soit appelé à trancher par la suite cette question. Cet aspect de la présente requête d'Air Canada a par conséquent été mis de côté pour permettre de telles discussions. »

<sup>123</sup> *Janzen*, note 55, *supra*, paragr. 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 de ces derniers à titre de documents en sa possession. Le demandeur veut que les duplicatas des LDD soient transférés à son propre informaticien afin de permettre une enquête judiciaire » ; paragr. 36 : « [TRADUCTION] Sans preuve du fait que l'utilisation de la technologie en question pourrait entraîner la découverte de documents pertinents dont l'existence était inconnue auparavant, le simple fait de pouvoir utiliser cette technologie ne justifie pas en soi une telle recherche qui pourrait porter atteinte au droit à la vie privée des tiers et occasionner des dépenses importantes et inutiles ».

mesures raisonnables et proportionnées visant à assurer la disponibilité des informations potentiellement pertinentes.

#### **Commentaire 4.c.iii.** 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 pour restreindre l'étendue des documents électroniques comprennent les noms des principaux acteurs, les périodes visées, les types de données importants, les principaux systèmes (p. ex., comptabilité), l'élimination des documents en double et les termes de recherche. Tous les efforts devraient être mis de l'avant par les parties pour discuter et s'entendre sur ces questions.

À cet effet, les parties et leurs avocats devraient s'entendre sur 1) l'utilisation de critères de sélection pour extraire les données ciblées qui sont très pertinentes; 2) les types et modèles de critères de sélection qui seront utilisés; 3) le processus général pour l'application de critères convenus; 4) les termes de recherche précis qui seront utilisés; et (5) un protocole pour le partage et l'adaptation éventuelle des critères. Faute d'entente, les parties devraient être prêtes à divulguer les paramètres utilisés dans le cadre de leurs recherches, à dévoiler l'étendue des documents qu'elles communiqueront et à préciser les sources d'information ou les documents qui n'ont pas encore fait l'objet de recherches.

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

À cette étape, 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 électroniques, par exemple des technologies de regroupement de concepts ou d'indexation prédictive. Les parties devraient également s'entendre sur les méthodes visant à protéger les informations privilégiées et confidentielles, ainsi que les secrets commerciaux. Pour plus de plus amples informations, veuillez consulter le document publié par The Sedona Conference<sup>MD</sup> sur les méthodes et technologies de recherche et de récupération de données.<sup>124</sup>

#### **Commentaire 4.c.v.** Communication

Les avocats devraient s'entendre sur le format de transmission des documents communiqués, notamment à savoir si certains documents électroniques seront communiqués en format natif (couramment utilisé pour les présentations PowerPoint et les tableurs Excel) ou en format image. Les avocats ont tout à gagner d'une discussion détaillée, tant dans les cas où les documents en cause

---

<sup>124</sup> The Sedona Conference, *Best Practices Commentary on the Use of Search and Retrieval Methods in E-Discovery* (2013), 15 The Sedona Conference Journal 217, en ligne : The Sedona Conference < [https://thesedonaconference.org/publication/Commentary\\_on\\_Search\\_and\\_Retrieval\\_Methods](https://thesedonaconference.org/publication/Commentary_on_Search_and_Retrieval_Methods) >.

sont imprimés que dans les cas, plus communs, où ils existent en format papier et numérique.<sup>125</sup> Une entente préalable concernant les spécifications de communication permet d'économiser beaucoup de temps et de frais lors des étapes ultérieures du processus. Pour éviter les retards, les erreurs et la reprise de travaux, invitez les fournisseurs de services à participer à ces discussions dès le début du processus.

#### **Commentaire 4.c.vi. Échéancier**

Les avocats devraient s'entendre sur le calendrier et l'échéancier du traitement, de l'analyse et de la communication des ISE. Ils devraient également déterminer s'il est nécessaire de tenir d'autres rencontres tout au long du litige et de définir un processus de règlement des différends éventuels.<sup>126 127</sup>

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

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

Dans le contexte de l'administration de la preuve électronique, l'élaboration du plan d'enquête préalable se déroule comme toute réunion de planification organisationnelle : elle aura de meilleures chances de 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 consignés 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. En outre, dans les dossiers où aucune rencontre en personne n'a lieu, les mêmes principes s'appliquent : des objectifs clairs, une bonne tenue des dossiers, une communication ouverte et un suivi approprié.

---

<sup>125</sup> Voir *Logan v. Harper*, 2003 CanLII 15592 (ON SC), 2003 IJCan 15592 (Cour supérieure de justice de l'Ontario), paragr. 66 : « [TRADUCTION] Avant l'indexation et la numérisation des documents, les parties devraient s'entendre quant à la méthode d'identification et d'organisation des documents, ainsi qu'à leur format électronique. Une entente quant à l'utilisation d'un système mutuellement acceptable permettrait de réduire les délais et les coûts et d'éviter toute forme de confusion. Peut-être que Santé Canada possède un système d'indexation et d'identification qu'il serait souhaitable d'adopter. »

<sup>126</sup> Voir l'arrêt *Kaymar, note 119, supra*, paragr. 37 et 38 (M. MacLeod), dans lequel le conseiller maître indique que les plans d'enquête préalable devraient comprendre « une procédure non contradictoire » pour le règlement des différends. Tout en reconnaissant le rôle central des tribunaux qui se prononcent sur les différends et supervisent l'administration de la preuve dans un litige, le conseiller maître affirme : « Un plan bien conçu devrait minimiser la nécessité de l'intervention du tribunal et utiliser un processus de nature contradictoire en dernier recours seulement. Une requête contestée avec l'examen par le tribunal des documents en litige représente un mode de règlement lourd et coûteux pour résoudre les conflits en matière d'administration de la preuve ».

<sup>127</sup> Dans l'affaire *2038724 Ontario Ltd. v. Quiznos Canada Restaurant Corp.*, 2012 ONSC 6549 (CanLII) (l'honorable Perell), paragr. 129 et 130 [*Quiznos*], le tribunal a ordonné à une partie de communiquer des documents en format Excel malgré que le plan d'enquête préalable indiquait la communication des fichiers en format TIFF. Le tribunal a conclu que la communication des documents en format natif ne posait aucune difficulté et qu'il convient parfois de modifier le plan d'enquête préalable, sans nier son importance.

Bien souvent, les parties à une telle rencontre tireront avantage de la présence d'un spécialiste en administration de la preuve électronique ayant une connaissance approfondie des aspects techniques de cette dernière, en particulier lorsque sont concernés des renseignements relatifs aux bases de données, des technologies ou des systèmes existants complexes.

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

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

Dans les dossiers où il y a une perte ou des éléments de preuve de nature financière, les tribunaux recommandent que des comptables participent au processus de planification afin d'axer la divulgation sur les données réellement nécessaires pour établir la preuve des parties.<sup>128</sup>

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

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

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

Les types d'informations qu'il convient de partager lors de la planification de l'administration de la preuve ne sont pas protégées par le secret professionnel. Il s'agit notamment des termes de recherche,<sup>129</sup> des noms des détenteurs d'informations, des systèmes à partir desquels les informations seront récupérées et des détails du processus d'administration de la preuve électronique préparé par les parties dans le cadre du litige. En outre, la description des processus d'administration de la

---

<sup>128</sup> *International Clothiers Inc.*, note 118, *supra*.

<sup>129</sup> Seuls les termes de recherche visés par le secret commercial seraient exclus, et ce, pour des raisons de confidentialité.

preuve ne divulgue pas la stratégie de procès ni n'empêche les avocats de bien défendre les intérêts de leurs clients. Elle garantit plutôt un cadre justifiable pour le déroulement de l'affaire. Une fois le plan d'enquête préalable convenu, les avocats peuvent se concentrer sur les aspects de fond et les stratégies de leur dossier.

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

Dans les cas où les parties (ou l'une d'entre elles) s'opposent au partage d'informations pertinentes ou refusent de participer au processus de planification de l'administration de la preuve, les avocats peuvent envisager d'envoyer un projet de plan d'enquête préalable aux avocats adverses, en indiquant une date butoir pour la conclusion d'une entente. En l'absence de réponse, le projet de plan d'enquête préalable peut faire l'objet d'une requête soumise à l'approbation du tribunal.<sup>130</sup>

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

Des tribunaux ont reproché à certains avocats de ne pas respecter leurs obligations en mentionnant qu'il « [TRADUCTION] existe une forte influence réciproque entre les *Règles de procédure civile*, le code de déontologie, les principes de civilité et de professionnalisme et l'exigence relativement nouvelle de planification officielle de l'administration de la preuve ». <sup>131</sup>

Les tribunaux ont confirmé que, lorsqu'elles n'arrivent pas à s'entendre, les parties peuvent demander au tribunal d'établir le plan d'enquête préalable; cependant, les avocats ne doivent pas se soustraire à leur obligation de collaborer et de rédiger un plan<sup>132</sup> en misant sur cette possibilité. En confiant ce processus à un tribunal qui, par ailleurs, n'est peut-être pas en position idéale pour déterminer le plan d'enquête préalable le plus adéquat, les parties risquent de perdre tout pouvoir décisionnel.<sup>133</sup>

Les parties sont tenues à une obligation permanente de se concerter et d'effectuer toute modification ou divulgation requise.<sup>134</sup> Les requêtes concernant l'administration de la preuve pourraient avoir des conséquences onéreuses pour les parties qui n'agissent pas de manière raisonnable ou qui ne

---

<sup>130</sup> Des tribunaux ont exercé leur pouvoir d'imposer un plan d'enquête préalable. Voir *Ravenda v. 1372708 Ontario Inc.*, 2010 ONSC 4559 (*CanLII*) et *TELUS Communications Company v. Sharp*, 2010 ONSC 2878 (*CanLII*).

<sup>131</sup> *Kariouk*, note 117, *supra*, paragr. 3.

<sup>132</sup> Voir *Siemens*, note 46, *supra*, paragr. 79 à 84.

<sup>133</sup> *Siemens*, note 46, *supra*.

<sup>134</sup> *International Clothiers Inc.*, note 118, *supra*; *Siemens*, note 46, *supra*.

respectent pas leurs obligations.<sup>135</sup> En Nouvelle-Écosse, l'absence d'une entente sur la divulgation des renseignements électroniques entraîne l'application des dispositions par défaut de la règle 16 des *Règles de procédure civile*, qui stipule l'obligation d'effectuer toutes les recherches raisonnables, y compris les recherches par mots-clés, pour trouver des informations électroniques pertinentes.<sup>136</sup>

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

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

Dans le cadre de l'administration de la preuve, les principales sources d'ISE devraient être celles qui sont raisonnablement accessibles. En règle générale, ces sources englobent les courriels et les fichiers électroniques (tels que les documents Word, PowerPoint et Excel) auxquels on peut accéder dans le cours normal des affaires. Les parties devraient être prêtes à communiquer les ISE pertinentes qui sont « raisonnablement accessibles » eu égard aux coûts et au fardeau.

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

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

La jurisprudence récente montre que les tribunaux canadiens sont conscients de la nécessité de cette analyse coûts-avantages. Par exemple, dans l'arrêt *Murphy et autres c. Banque de Nouvelle-Écosse et autre*,<sup>137</sup> le tribunal a examiné la requête du demandeur qui souhaitait que la défenderesse communique des

---

<sup>135</sup> *Corbett*, note 118, *supra*; *Petrasonic*, note 118, *supra*; *Siemens*, note 46, *supra*.

<sup>136</sup> *Velsoft*, note 14, *supra*.

<sup>137</sup> 2013 NBBR 316 (CanLII).

données supplémentaires relatives aux courriels, contenues dans les bandes de sauvegarde, pour une période de près de trois ans. La défenderesse soutenait que ce processus coûterait entre 1,2 M\$ (pour 13 employés) et 3 M\$ (pour 33 employés). Le tribunal s'est exprimé ainsi : « [TRADUCTION]. . . le fardeau, le coût et le délai occasionnés par la divulgation doivent être équilibrés par rapport à la probabilité de produire des informations uniques et utiles à la résolution de la question. L'avocat des demandeurs fait référence à une éventuelle "preuve" qui pourrait exister dans l'un des nombreux courriels rédigés par les employés [de la banque]. Cet argument est trop spéculatif ». En fin de compte, le tribunal a ordonné que les courriels de seulement quatre employés soient récupérés pour une période d'un peu plus d'un mois.

Dans *Hudson v. ATC Aviation Technical Consultants*,<sup>138</sup> le juge a ordonné aux appelants—les fabricants d'un moteur d'aéronef identifié comme l'une des causes d'un accident—de communiquer la documentation concernant 15 parties et plus de 50 modèles, dont certains ne sont même pas visés dans le procès, et ce, pour une période de 39 ans. Les appelants ont interjeté appel au motif que la demande était disproportionnée et excessive. Le tribunal a jugé que les documents étaient pertinents, non seulement pour démontrer que les défendeurs avaient une propension à utiliser de mauvaises méthodes de fabrication, mais également qu'ils étaient au courant de problèmes touchant des systèmes similaires et établissant les connaissances, les actions et les paroles des fabricants à l'égard du moteur et de l'accident en l'espèce. Les appelants n'ont déposé aucune preuve quant à l'accessibilité des données. Le tribunal a jugé que l'absence de preuve démontrant les difficultés qu'entraînerait pour les appelants la communication des documents suffisait à contrebalancer les facteurs de la pertinence et du pouvoir discrétionnaire et qu'en conséquence, l'ordonnance de communication serait maintenue.

Lorsque le tribunal détermine que les efforts pour obtenir les documents ne justifient pas le fardeau, il exercera son pouvoir discrétionnaire et s'abstiendra d'ordonner la divulgation de documents pertinents. Par exemple, dans l'affaire *Park v. Mullin*,<sup>139</sup> 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; 2) lorsque les documents concernés n'avaient pas une forte valeur probante et que l'incidence de certains facteurs concurrents, tels que la confidentialité, ainsi que les délais et les coûts liés à la divulgation par une partie, l'emportaient sur l'importance de la communication (. . .) ».

En raison du volume et des défis techniques associés à l'administration de la preuve électronique, les parties devraient réaliser cette analyse coûts-avantages dans tous les cas, en soupesant le coût de l'identification et de la collecte de l'information de chaque source potentielle par rapport à la probabilité que des données uniques, nécessaires et pertinentes y soient stockées. Plus l'accès aux ISE d'une source particulière exige des coûts et des efforts importants, plus les parties doivent être

---

<sup>138</sup> *ATC Aviation*, note 69, *supra*.

<sup>139</sup> 2005 BCSC 1813 (CanLII).

certaines que cette source contient des informations pertinentes. Cependant, le fait qu'une partie ne gère pas de manière proactive ses informations ou qu'elle adopte de mauvaises pratiques de gouvernance de l'information ne permet pas de se soustraire à l'obligation de communiquer des documents en invoquant un fardeau ou un coût excessif dans le contexte de l'administration de la preuve.<sup>140</sup>

La demande de communication d'une source qui « n'est pas raisonnablement accessible » doit être justifiée en démontrant que la nécessité d'obtenir des documents électroniques provenant précisément de cette source l'emporte sur les coûts liés à une telle utilisation.<sup>141</sup> Des documents électroniques qui seraient normalement pertinents pourraient être exclus puisque leur récupération exige une quantité démesurée de temps et l'utilisation de ressources qui ne sont pas proportionnelles eu égard à la valeur probante potentielle de ceux-ci.<sup>142</sup>

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

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

*Exemple i.* Dans une cause de droit du travail, le demandeur allègue avoir reçu un courriel de nature abusive de son superviseur qu'il accuse de harcèlement. Le courriel aurait été transmis il y a 18 mois. Il n'y a pas eu de sauvegarde des courriels pour cette période et le demandeur n'a pas conservé de copie. L'employeur a effectué une image du poste de travail du superviseur et a analysé le contenu de tous les dossiers de courriels, y compris ceux contenant des courriels envoyés et effacés, mais cette analyse n'a permis de trouver aucun élément de preuve. Le demandeur requiert que le tribunal ordonne une analyse à l'aide de méthodes de criminalistique informatique

---

<sup>140</sup> Voir par exemple l'affaire *Siemens*, note 46, *supra*, paragr. 136 à 138 et 156, où M. le protonotaire Short déclare que la politique de rétention des courriels de Sapient, qui supprime les courriels après 30 jours, peut causer de graves problèmes et a ordonné à l'entreprise de restaurer et de rechercher des bandes de sauvegarde, malgré l'argument de l'avocat selon lequel une telle ordonnance serait disproportionnée.

<sup>141</sup> *Descartes v. Trademerit*, 2012 ONSC 5283 (CanLII); *GasTOPS Ltd. v. Forsyth*, [2009] OJ No 3969 (CanLII).

<sup>142</sup> *R. v. Mohan*, [1994] 2 SCR 9, cité dans l'affaire *Gould Estate v. Edmonds Landscape & Construction Services Ltd.*, 1998 CanLII 5136 (NSSC), 166 NSR (2d) 334.

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, le tribunal retient la position du défendeur selon laquelle la probabilité de trouver des éléments démontrant l'existence d'un courriel supprimé il y a 18 mois, d'un poste de travail qui est activement et quotidiennement utilisé, est négligeable puisque l'espace sur le disque aura fait l'objet d'une réécriture dans le cours normal des affaires.

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

### **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 externes ou partagent les ISE 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 d'ISE dans le cadre d'un litige. Autrement, les coûts pourraient augmenter substantiellement et les services requis risquent de ne pas être fournis en temps opportun. Les parties à un litige en cours ou envisagé devraient également déterminer la pertinence d'envoyer un avis de préservation à des tiers, tels que des fournisseurs de services.

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

Lorsque des ISE, qui ont été supprimées dans le cours normal des affaires ou dans le cadre d'une structure de gouvernance de l'information raisonnable et légitime, ne sont plus facilement accessibles, une partie ne devrait pas être contrainte de chercher et de recueillir ces ISE résiduelles ou supprimées à moins d'une entente ou d'une ordonnance du tribunal démontrant le besoin et la

pertinence de ces informations. L'identification, la préservation et la collecte de ce type de données sont rarement nécessaires. Peu importe le type de dossier, il existe une possibilité que les ISE résiduelles ou supprimées soient exigées, mais elles sont plus susceptibles d'être pertinentes dans les affaires pénales ou de fraude.

Comme nous l'avons mentionné, il importe de souligner qu'on ne peut présumer que les données supprimées sont automatiquement difficiles à obtenir. Il y a lieu d'effectuer une vérification approfondie pour confirmer le niveau de difficulté. Par exemple, dans certains cas, il est parfois possible de récupérer facilement, à partir du système informatique d'une partie et sans aptitude technique particulière, des fichiers qui ont été supprimés. Les tribunaux sont alors plus susceptibles d'ordonner la divulgation de ces éléments.<sup>143</sup>

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

Dans l'arrêt *Holland v. Marshall*,<sup>144</sup> le dossier d'hospitalisation de l'appelant avait été détruit. Cependant, au moment de la destruction du dossier, l'hôpital mettait en œuvre une politique de destruction des dossiers de patients adultes après une période de 11 ans. Le tribunal a conclu que l'hôpital et les autres défendeurs ne pouvaient anticiper ou raisonnablement prévoir un litige à l'époque où les dossiers ont été détruits.

Dans l'affaire *Patzer v. Hastings Entertainment Inc.*,<sup>145</sup> l'appelant avait déposé un certain nombre de fiches de pari dans un appareil de jeu automatisé à l'hippodrome du parc Hastings à Vancouver. L'appelant a reçu de l'appareil un bon de caisse gagnant d'un montant de 6,5 M\$. Le défendeur a refusé d'honorer le bon de caisse au motif que celui-ci avait été émis par erreur. L'appelant réclamait la divulgation de plusieurs documents, notamment les fiches de pari. À l'établissement du parc Hastings, la pratique courante consistait à vider tous les appareils automatiquement chaque semaine ou toutes les deux semaines afin de recycler les fiches de pari. Au moment de la destruction des documents, rien n'indiquait que le demandeur envisageait un litige. La Cour d'appel a statué que les documents ont été détruits dans le cours normal des affaires et qu'il n'y avait aucun fondement pour appliquer la doctrine relative à la suppression d'éléments de preuve (spoliation).

---

<sup>143</sup> Voir *Low*, note 55, *supra*. En raison des coûts importants et de la valeur probante restreinte des fichiers demandés, le tribunal a refusé d'ordonner une analyse à l'aide de méthodes de criminalistique informatique afin de trouver dans le disque dur du demandeur des fichiers qui auraient pu être supprimés. Cependant, le tribunal a ordonné au demandeur de chercher les fichiers pertinents qui avaient été supprimés, mais qui étaient encore facilement récupérables à l'aide du système d'exploitation de l'ordinateur.

<sup>144</sup> *Holland v. Marshall*, 2008 BCCA 468.

<sup>145</sup> *Patzer v. Hastings Entertainment Inc.*, 2011 BCCA 60.

*Exemple i.* Un demandeur réclamant la communication de courriels pertinents exige une recherche des courriels supprimés par le défendeur dans le cours normal des affaires. Les courriels ne sont pas facilement accessibles. Cette partie n'ayant pas justifié le recours à cette mesure extraordinaire ou démontré un besoin particulier, la requête devrait être rejetée, puisqu'elle n'est pas proportionnée. 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.

*Exemple ii.* Lors d'un procès, le défendeur indique avoir mis en place une structure de gouvernance de l'information qui assure la conservation des courriels pendant deux ans. Dans le cadre de la poursuite intentée, le demandeur réclame des courriels qui remontent à trois ans. À la suite de la requête, le défendeur explique la raison d'être de sa politique de rétention des courriels pendant deux ans et mentionne les coûts liés à la récupération d'anciens courriels à partir de bandes de sauvegarde. Le tribunal a conclu que le défendeur a une structure de gouvernance de l'information qui est raisonnable et n'est pas tenu de fournir des courriels datant de plus de deux ans.

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

**Commentaire 7.a.** Amélioration de la précision, de l'efficacité et de la maîtrise des coûts grâce à l'utilisation efficace de la technologie

Les plus récents outils d'administration de la preuve ont évolué à un tel point qu'il est possible de bonifier pratiquement toutes les phases de l'administration de la preuve, notamment quant à la précision (la qualité des résultats), la légitimité (les processus mis en œuvre), l'efficacité (concernant les ressources), la rapidité et même le rapport-efficacité.<sup>146</sup>

Les parties qui mettent en œuvre la technologie appropriée aux bons stades du cycle de l'administration de la preuve, dans le cadre de processus bien planifiés et bien gérés, peuvent dans bien des cas obtenir de meilleurs résultats en matière de rapidité, d'efficacité et d'économie de coûts. Ainsi, les parties peuvent s'attendre à consacrer moins de temps et d'argent pour rassembler des ensembles d'éléments qui contiennent une proportion plus élevée de documents pertinents à partir du lot initial (taux de rappel supérieur), tout en générant moins de documents non pertinents (plus

---

<sup>146</sup> Tous ces avantages ne se matérialiseront probablement pas simultanément; les priorités différentes en matière de vitesse, d'efficacité des ressources, de coût global et de qualité continueront de faire l'objet de compromis. Cependant, on a signalé de nombreux projets d'administration de la preuve électronique complexes dans lesquels l'utilisation efficace de la technologie appropriée a permis d'accomplir ce processus plus rapidement, plus efficacement et à moindre coût que lors d'un examen linéaire traditionnel par des équipes d'avocats. Bien que ce processus entraîne des coûts supplémentaires au début d'un projet, par exemple pour le traitement ou l'analyse, il permet ultérieurement d'obtenir de meilleurs résultats et d'économiser des sommes supérieures aux dépenses – en plus de réduire de quelques semaines ou mois le temps de révision.

grande précision) que dans la production de pièces traditionnelle.<sup>147</sup> Autre avantage déterminant, ces outils permettent de mettre en évidence les documents les plus importants beaucoup plus tôt dans le projet. Les sections suivantes traitent des principales utilisations de la technologie pour optimiser la précision et l'efficacité et pour réaliser des économies.

**Commentaire 7.b.** La technologie appropriée pour un processus défendable sur le plan juridique

Il faut choisir les outils en fonction de leur fiabilité. En fin de compte, la fiabilité de l'ensemble du processus de communication de la preuve dépend à la fois de l'utilisation intelligente des outils appropriés et du processus mis en place. Autrement dit, il faut élaborer et mettre en œuvre un processus défendable sur le plan juridique. Toute partie qui mise sur la technologie pour la détermination de la pertinence ou de l'application du secret professionnel doit s'assurer que la technologie peut réaliser ce qu'elle prétend accomplir, et ce, en toute fiabilité. Il est possible que les parties aient besoin de solliciter l'avis d'un expert sur cette question, dans certaines situations.

Dans la mesure du possible, les parties devraient s'entendre à l'avance concernant 1) la portée des données visées par la recherche; 2) l'utilisation d'un logiciel d'élimination des documents en double (« vrais » doublons); 3) les outils de recherche employés (par exemple, les termes de recherche, la recherche de concepts, l'indexation prédictive); 4) la méthode de validation des résultats. Faute d'entente, les parties doivent être prêtes à divulguer au tribunal le processus et la méthodologie utilisés, y compris les motifs justifiant l'exclusion de certains types ou certaines sources de documents, en cas de contestation de la démarche adoptée.

**Commentaire 7.c.** Réduction de la quantité de données

Peu importe la précision et la spécificité de l'identification, de la préservation et de la collecte de données, il est probable que la majorité des ISE recueillies seront peu ou pas du tout pertinentes. L'analyse de toutes les informations peut donc s'avérer difficile ou trop coûteuse. Les parties doivent donc envisager et discuter l'utilisation de la technologie appropriée tout au long du processus d'administration de la preuve.<sup>148</sup>

Les parties doivent évaluer les nouvelles technologies au fil de leur apparition et continuer d'adopter celles-ci (avec l'avis des experts, le cas échéant). Cela dit, le moyen le plus efficace de réduire les volumes de données autant que possible est de mettre en place des processus de gouvernance de l'information efficaces et défendables sur le plan juridique.<sup>149</sup>

---

<sup>147</sup> Pour plus de détails sur les notions de « taux de rappel » et de « précision », voir Commentaire 7.d., *infra*.

<sup>148</sup> La technologie peut également s'avérer utile lors de la collecte de plus petites quantités de données. Lorsque le processus mis en œuvre est efficace et proportionné, l'utilisation de la technologie peut être nettement plus avantageuse que l'examen complètement manuel.

<sup>149</sup> Pour plus de détails sur la gouvernance de l'information, voir Commentaire 3.b., *supra*.

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

Pour les documents électroniques, il est possible de générer un rapport d'analyse des paramètres de données avant la collecte, afin d'éviter de recueillir des fichiers non pertinents. Ce rapport est également utile après la collecte des données (notamment pour éliminer les documents non pertinents à cette étape). Le rapport sur les paramètres de données présente divers renseignements, dont les types de suffixes de fichiers figurant dans les données, les dates associées aux documents, les utilisateurs / responsables, ainsi que le classement des fichiers, que l'on peut examiner pour éliminer les catégories de données inutiles.

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

*Exemple.* Lorsque les photos ne sont pas pertinentes dans le contexte d'une affaire, il est possible de déterminer immédiatement le volume de photos numériques que contient un ensemble de documents. Ensuite, les parties peuvent décider de repérer et d'éliminer automatiquement ces photos avant d'entreprendre le traitement ou l'analyse des documents.

### **Commentaire 7.c.ii.** Documents en double (« doublons » ou copies)

Les sources d'ISE contiennent souvent plusieurs copies exactes ou presque identiques d'un document ou courriel. L'utilisation de certains outils électroniques permet de restreindre le volume de ces types de documents.

#### a) Élimination des documents en double

L'élimination des documents en double (la « déduplication ») désigne le processus visant à repérer les copies identiques<sup>150</sup> des courriels ou d'autres fichiers informatiques et à mettre de côté ces doublons. En certaines circonstances, leur élimination permet de réduire substantiellement les coûts et les délais de traitement. Dans la plupart des cas, il est judicieux d'éliminer les documents en double.

*Exemple.* Une entreprise employant plusieurs centaines de personnes aura des centaines de copies d'une politique interne pertinente, envoyée par courriel à tous les

---

<sup>150</sup> Le processus d'élimination des documents en double devrait se limiter aux documents ou aux données qui sont identiques (habituellement identifiés à l'aide d'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 pour mettre au point des algorithmes d'élimination des doublons. La valeur « hash » est un algorithme mathématique composé d'une valeur unique pour un ensemble donné de données et représente l'empreinte numérique du document (p. ex. MD5 et SHA1). Voir The Sedona Conference, *Glossary : E-Discovery & Digital Information Management* (avril 2014), note 9, *supra*.

membres du personnel. Il n'est pas nécessaire d'examiner toutes les copies de cette politique lorsqu'il en résulterait une augmentation substantielle des coûts liés à leur analyse. Par ailleurs, si une copie d'un contrat est sauvegardée sur le disque dur de chacun des employés d'un service, il suffit d'examiner une seule copie de ce fichier.

Il est possible d'effectuer l'élimination des documents en double en parcourant les données de chaque utilisateur ou de l'ensemble des utilisateurs (« déduplication à l'échelle du dossier », comme c'est souvent le cas). Lorsqu'il est important de savoir si un document particulier figurait parmi les fichiers d'un individu, la partie concernée effectue l'élimination des doublons pour ce détenteur d'information afin de dresser l'inventaire complet de ses fichiers, peu importe si d'autres utilisateurs ont une copie du document. S'il importe peu de savoir si un document figurait dans les fichiers de chaque personne, l'équipe d'analyse doit examiner ce fichier une seule fois. Dans de tels cas, il convient d'effectuer une déduplication à l'échelle du dossier. Il est essentiel de bien comprendre les répercussions de l'utilisation des technologies et des décisions relatives à la déduplication dans le cadre de la planification de l'administration de la preuve.

#### b) Quasi-doublons

Le processus de détection des quasi-doublons permet de recenser les documents qui sont essentiellement similaires, mais qui comportent de légères différences. Prenons l'exemple d'une société qui produit un rapport hebdomadaire concernant ses activités : les divers enregistrements de ce rapport seront similaires, mais pas tout à fait identiques.

En regroupant des documents similaires, la détection des quasi-doublons accélère le processus d'analyse. Ce gain d'efficacité permet d'économiser beaucoup de temps et d'argent, en plus d'augmenter la qualité et la précision de l'analyse.

#### c) Gestion des fils de discussion dans les courriels

Les logiciels de gestion des fils de discussion dans les courriels regroupent les messages électroniques composant une discussion complète. En repérant les courriels dont le contenu figure entièrement dans des courriels ultérieurs, ces logiciels permettent aux réviseurs d'analyser uniquement : a) le dernier courriel d'un fil de discussion; b) tout autre courriel qui comporte un élément nouveau qui ne se trouve pas dans un autre message. Cette technologie permet d'économiser du temps, améliore la cohérence de l'indexation, permet un meilleur repérage des informations couvertes par le secret professionnel et accélère le processus de révision. Les réviseurs sont ainsi en mesure de regrouper et d'indexer « en vrac » des ensembles de documents, le cas échéant.

#### **Commentaire 7.c.iii.** La recherche par mot clé

La recherche par mot clé consiste à repérer les documents contenant des expressions ou des mots, comme un nom de produits ou des éléments dans une affaire de responsabilité du fait du produit, qui sont communs et particuliers dans le contexte d'une demande ou d'une défense. Il importe de noter que, en raison de la nature informelle des courriels, les messages potentiellement pertinents ne

contiennent peut-être pas les expressions ou les mots sélectionnés, car les correspondants connaissent bien le contexte et ces échanges ont lieu dans le cadre d'un dialogue plus vaste. Il faut bien sélectionner les mots clés et valider les résultats des recherches par mots clés en échantillonnant à la fois les ensembles qui donnent des correspondances et ceux qui n'en donnent pas.

#### **Commentaire 7.c.iv.** Indexation prédictive, systèmes d'apprentissage automatique et analyse assistée par la technologie

L'indexation prédictive, les systèmes d'apprentissage automatique et l'analyse assistée par la technologie composent un flux de travaux technologique qui favorise la hiérarchisation des documents dans un ensemble de données pour analyse. Le principe fondamental est qu'une personne (idéalement, l'avocat principal) qui connaît bien les questions clés d'un dossier « formera » le système informatique pour que celui-ci soit en mesure de distinguer les documents pertinents et non pertinents en réalisant un tri. Les flux de travaux et la technologie peuvent varier en ce sens que les documents initiaux peuvent représenter un échantillon aléatoire ou un « ensemble de départ » regroupant des fichiers pertinents transmis au système informatique.

Une fois que le système informatique confirme avoir des informations suffisantes pour coder les documents de la même façon que le « formateur », il classera les documents non codés restants selon la probabilité de pertinence. Les avocats peuvent ainsi établir la priorité des documents restants aux fins d'analyse, en se concentrant d'abord sur les documents les plus susceptibles d'être pertinents. Dans certains cas, il s'avère raisonnable et défendable sur le plan juridique de ne pas analyser certains ensembles de données restants, compte tenu de la faible probabilité qu'ils contiennent des documents pertinents.

Dans ce domaine en pleine évolution où l'on déploie des efforts importants pour évaluer les capacités de ces technologies d'analyse émergentes (y compris l'indexation prédictive et d'autres formes de classification automatique), on constate que ces outils, lorsqu'ils sont utilisés par des spécialistes dans le cadre d'un processus dirigé par des experts, ont donné à maintes reprises des résultats plus précis qu'un examen linéaire traditionnel réalisé par des personnes, et ce, plus rapidement et à moindre coût.

Il faut souligner que le flux des travaux et les procédures de validation revêtent une importance fondamentale lors de l'utilisation de l'indexation prédictive pour assurer la légitimité du processus, car les algorithmes sont fondés sur la probabilité et l'analyse statistique. La technologie d'indexation prédictive ne se substitue pas au jugement et à l'analyse des avocats. Ce n'est qu'un outil qui permet de traiter des volumes de données élevés, dans des cas où l'utilisation de mots clés et d'autres technologies n'est pas aussi efficace.

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

l'exercice de l'analyse juridique, à l'adoption d'une méthodologie soigneusement documentée et à la validation des résultats de l'utilisation de toute technologie.<sup>151</sup>

#### **Commentaire 7.d.** Échantillonnage et validation des résultats

Tous les processus d'administration de la preuve doivent être assujettis aux méthodes de validation acceptées, en fonction des circonstances particulières.

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

Selon le *Principe* 7, l'échantillonnage, raisonné ou statistique, est un outil approprié pour limiter la portée et le coût initial d'un projet d'administration de la preuve et pour valider les résultats d'une analyse assistée par la technologie.

Voici un exemple :

- Lorsqu'une partie possède une série de bandes de sauvegarde, l'analyse du contenu d'un échantillon, soit de quelques bandes, peut s'avérer approprié pour déterminer si l'analyse du lot entier est nécessaire. Dans ce cas, la détermination de l'échantillon pourrait être dictée par le bon sens, en tenant compte des indications du client concernant les bandes les plus susceptibles de contenir des ISE pertinentes. Un échantillonnage raisonné serait donc recommandé dans une telle situation.<sup>152</sup>
- L'exemple ci-haut s'applique également à une pièce remplie de boîtes de documents. L'examen ou l'échantillonnage d'un nombre déterminé de documents provenant de chaque boîte peut s'avérer utile pour déterminer les boîtes qui doivent faire l'objet d'une analyse approfondie.
- En effectuant une recherche avec des termes précis parmi les fichiers dans un réseau partagé et l'échantillonnage des résultats, on détermine parfois qu'un très faible pourcentage des dossiers dans ce réseau contiennent des éléments de preuve pertinents. Ce faible rendement associé à des coûts élevés (qui représente un faible ratio d'utilité marginale) fait contrepoids à la nécessité de poursuivre l'examen de cette source et peut représenter un facteur dans l'analyse de transfert des coûts si une partie insiste pour réaliser des recherches longues et coûteuses. Consultez l'arrêt *Consortio Minero Horizonte S.A. et al v.*

---

<sup>151</sup> *Air Canada v. West Jet* [2006] 81 OR (3d) 48, 2006 CanLII 14966 (ONSC) [*West Jet*].

<sup>152</sup> Voir *McPeck v. Ashcroft*, 212 F.R.D. 33, 37 (D.D.C. 2003).

*Klobn-Crippen Consultants Limited et al*<sup>153</sup> pour une application du concept de transfert des coûts dans une affaire similaire.

- Lors de la révision, l'équipe juridique dresse le profil de documents qui sont toujours non pertinents. En menant une recherche par mot clé, l'équipe repère un vaste sous-ensemble de documents qui ne sont probablement pas pertinents. Elle examine un échantillon statistiquement valide de ce sous-ensemble et n'y trouve aucun document pertinent. À la suite de ce processus, l'équipe détermine que le sous-ensemble peut être considéré comme étant non pertinent sans autre analyse dite « manuelle ».

Il existe deux évaluations statistiques qui sont généralement utilisées pour mesurer les résultats d'une analyse d'échantillon : le taux de rappel et le taux de précision.

**i. Rappel**—le pourcentage exprimant le rapport entre le nombre de documents pertinents retrouvés et le nombre total de tous les documents pertinents.

- Si un ensemble de documents contient 100 fichiers pertinents et qu'une recherche permet d'en repérer 50, le taux de rappel correspond à 0,5, soit 50 %.
- Le taux de rappel mesure la capacité d'un processus à repérer tous les éléments ciblés. Un taux de rappel élevé signifie qu'il y avait très peu de documents pertinents qui n'ont pas été trouvés (les « faux négatifs »); à l'inverse, un faible taux de rappel indique une proportion plus élevée de faux négatifs.
- Un taux de rappel élevé indique qu'une partie a respecté ses obligations en matière de communication.

**ii. Précision**—le pourcentage de documents récupérés qui sont effectivement pertinents.

- Si on récupère 50 documents identifiés comme étant pertinents, dont 5 fichiers sont en fait inutiles, le taux de précision est de 0,9 ou 90 %.
- Le taux de précision mesure la capacité d'un processus à distinguer les documents non pertinents pour ne pas inclure ceux-ci dans les résultats. Un taux de précision élevé signifie qu'il y a très peu de documents qui ne sont pas pertinents (les « faux positifs »); un faible taux de précision indique une proportion plus élevée de faux positifs.

Un taux de précision élevé permet d'éviter l'inclusion d'un trop grand nombre de documents non pertinents dans la révision.

L'objectif est d'obtenir des taux de rappel et de précision élevés.

---

<sup>153</sup> 2005 BCSC 500 (CanLII).

Peu importe la technologie utilisée, que les documents soient en format papier ou électronique, il faut mettre au point une méthode cohérente pour sélectionner un échantillon et pour analyser les résultats. Cette nécessité de cohérence concerne uniquement l'ensemble de documents qui est visé – chaque affaire comprendra un ensemble de documents doté de caractéristiques particulières. Ainsi, il est possible que la méthode appropriée pour une affaire ne s'applique pas à une autre affaire similaire.

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

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

Dans la mesure du possible, les ISE doivent être communiquées en format électronique interrogeable,<sup>154</sup> à moins que le destinataire en soit désavantagé d'une quelconque manière ou qu'il ne puisse pas utiliser efficacement un ordinateur.<sup>155</sup> Les formats électroniques interrogeables comprennent notamment les fichiers natifs (par exemple Word, Excel et Outlook de Microsoft) et des représentations imagées des fichiers natifs converties en format interrogeable (tels que les fichiers TIFF<sup>156</sup> ou PDF<sup>157</sup>).

La communication d'ISE en format statique, par exemple en format papier, doit être évitée pour plusieurs raisons :

- Selon la nature d'un fichier électronique, le document papier ne constitue pas une copie conforme du contenu et des propriétés de la version originale.

---

<sup>154</sup> *Discovery Task Force Guidelines*, note 92, *supra* : « [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*, note 36, *supra*, paragr. 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 ».

<sup>155</sup> 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 v. Cheung*, 2000 ABPC 86 (CanLII), paragr. 99, 267 A.R. 179 : « [TRADUCTION] (. . .) bien que la divulgation de documents en format électronique soit devenue pratique commune au 21<sup>e</sup> siècle, les circonstances de ce dossier ne permettent pas à l'accusé d'avoir accès aux documents en format électronique ».

<sup>156</sup> TIFF signifie « *Tagged Image File Format* ». Il s'agit d'un format de fichier informatique pour échanger des images graphiques matricielles (bitmap) entre les programmes d'application. Le nom d'un fichier TIFF comporte le suffixe .tiff ou .tif.

<sup>157</sup> PDF signifie « *Portable Document Format* ». Il s'agit d'un format de fichier utilisé pour transmettre des documents indépendamment du matériel et du système d'exploitation utilisés. Le nom d'un fichier PDF comporte le suffixe .pdf.

- Le papier ne permet pas de conserver les métadonnées potentiellement importantes (telles que l'auteur, la date de création du document ou la date de la plus récente modification), qui pourraient, lorsqu'elles sont pertinentes, être admissibles en preuve.
- Il est plus difficile d'effectuer des recherches dans les documents papier et d'organiser ceux-ci de manière logique à l'aide de logiciels de soutien au contentieux. Ainsi, leur communication est moins importante que la communication d'une série de documents dans un format permettant d'effectuer des recherches électroniques.<sup>158</sup>
- La révision d'un grand ensemble de documents papier prend plus de temps et coûte plus cher que la révision du même ensemble de documents électroniques interrogeables.<sup>159</sup> En effet, lors de l'analyse de documents papier, les parties ne pourront tirer parti des technologies susceptibles d'améliorer considérablement l'efficacité et l'exactitude de la recherche.
- Chaque série de documents imprimés augmente les coûts liés à la reproduction, à l'expédition et à l'entreposage, tandis que plusieurs copies électroniques peuvent être créées à un coût minime. La communication en format électronique favorise le partage des coûts, particulièrement dans les dossiers concernant plusieurs parties, dans lesquels les économies peuvent être importantes.
- En outre, la communication de documents en format électronique est plus écologique.

#### **Commentaire 8.b.** Entente quant au format

Les parties doivent s'efforcer de s'entendre sur les démarches à suivre dès les premières étapes du litige et de l'élaboration du plan d'enquête préalable. Il est préférable que chaque partie indique sa préférence en matière de format de communication des ISE. Comme il existe un vaste éventail de logiciels de soutien au contentieux, les exigences en matière de communication varient d'une partie à l'autre. Bien qu'il soit acceptable d'utiliser des formats distincts, il est fortement recommandé aux

---

<sup>158</sup> Voir l'arrêt *Servier*, note 111, *supra*, paragr. 10 : « [TRADUCTION] Suivant une approche contraire, les défendeurs soutenaient en première instance que les CD-ROM et la base de données électroniques (utilisés avec le système de traitement de données juridiques Summation) que leurs procureurs avaient préparés à leurs frais concernant leurs propres documents (afin de bien organiser les documents divulgués dans leurs affidavits), ne devaient pas être partagés avec le demandeur. 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. v. Philip Enterprises Inc.* (Gen. Div.), 1991 CanLII 7369 (ON SC), 2 OR (3d) 481 ».

<sup>159</sup> Voir *Sycor*, note 111, *supra*, paragr. 2. Dans ce dossier, on évaluait à 50 000 \$ les coûts d'impression et de photocopie des courriels à communiquer. Le greffier spécial énonçait ce qui suit : « [TRADUCTION] À tout le moins, on devrait envisager la production électronique des documents requis et peut-être même l'embauche d'informaticiens afin de déterminer ce qui existe et ce qui est réellement pertinent eu égard aux questions en litige ».

parties d'établir un cadre pour la résolution des différends concernant la communication de la preuve.<sup>160</sup>

Pour plusieurs raisons, il faut communiquer les ISE en format natif, dans la mesure du possible. Premièrement, la version native est la version la plus exacte et la plus précise du document. Deuxièmement, il est plus facile, plus rapide et moins coûteux de transférer, de télécharger et de retrouver les fichiers natifs que les documents de tout autre format. Troisièmement, la conversion en d'autres formats entraîne la perte d'informations. Quatrièmement, les versions natives contiennent toutes les métadonnées relatives à l'application informatique et créées par les utilisateurs, parfois essentielles pour comprendre la véritable signification des fichiers. Les métadonnées générées par l'utilisateur sont des renseignements saisis par l'utilisateur au niveau du fichier, par exemple, les champs remplis dans l'onglet « Propriétés » d'un document Microsoft Office. En outre, de nombreux types de fichiers électroniques contiennent des informations qui sont perdues lors de la conversion en image ou en format non natif. Voici quelques exemples : (a) certains renseignements dans les feuilles de calcul, notamment les macros, formules, règles de mise en forme conditionnelle et colonnes / lignes / feuilles de travail masquées; (b) dans les présentations, les notes de présentateur; (c) dans les documents de traitement de texte, les notes de modification (le « suivi de modifications »); (d) dans pratiquement tous les types de fichiers, les commentaires, notes et éléments en surbrillance. Ces informations font partie du document autant que le texte visible et, dans certains litiges ou certaines enquêtes, peuvent s'avérer très pertinentes. Les parties doivent donc être prêtes à communiquer les fichiers en format natif ou à expliquer pourquoi ils préfèrent ne pas le faire. Elles doivent également être conscientes que la plupart des outils modernes de traitement de fichiers natifs peuvent extraire des métadonnées qui indiquent si un fichier contient ce type d'informations normalement masquées et que le contenu de ces champs de métadonnées (par exemple, lorsqu'apparaît la mention « contient du texte masqué ») est parfois inclus dans la communication de la preuve.

Lorsque les parties préfèrent recevoir des fichiers convertis du format natif à un format d'image, tel que PDF ou TIFF, elles doivent le spécifier. Cependant, le fait qu'une partie préfère recevoir des documents en format PDF / TIFF n'empêche pas une autre partie de demander la communication des éléments de preuve en format natif.<sup>161</sup> Il est habituellement acceptable de convertir des

---

<sup>160</sup> *Kaymar*, note 119, *supra*. Le conseiller maître a indiqué qu'un plan d'enquête préalable bien conçu et qui contient des mécanismes de règlement des différends permet d'éviter le dépôt de requêtes, notamment sur des questions de format des éléments de preuve.

<sup>161</sup> *Quizno's*, note 127, *supra*, paragr. 128 à 131. Le tribunal a rejeté l'argument des défenderesses qui refusaient de communiquer des copies de fichiers Excel en format Excel. Les documents avaient d'abord été communiqués en format TIFF, conformément au plan d'enquête préalable. Les défenderesses n'éprouveraient aucune difficulté à communiquer les fichiers Excel. Le tribunal s'est ainsi prononcé : « [TRADUCTION] . . . en général, pour éviter le gaspillage du temps et des efforts consacrés à l'établissement d'un plan d'enquête préalable, le tribunal oblige les parties à respecter leurs ententes, notamment celle dont fait l'objet le plan d'enquête préalable. Mais on ne saurait ignorer le vieil adage "C'est un mauvais plan que de n'admettre aucune modification" » (paragr. 130). Le tribunal a ordonné la communication de copies en format Excel des documents déjà communiqués, lorsque ce format natif était disponible.

documents à caviarder en format d'image, mais les parties qui communiquent des images caviardées doivent veiller à ce que le reste du document puisse être interrogé, en traitant les images à l'aide de la reconnaissance optique de caractères (ROC ou « OCR » en anglais) et en incluant le texte dans les éléments de preuve communiqués.

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

En outre, on s'attend à ce que les procès soient de plus en plus menés électroniquement (ce qui suppose la communication des documents en format électronique). Dans *Bank of Montreal v. Faibish*,<sup>162</sup> le tribunal a rejeté la proposition selon laquelle le procès se déroulerait à la fois avec des éléments de preuve papier et numériques : « [TRADUCTION] Le papier doit disparaître de cette Cour et, honnêtement, la magistrature ne saurait tolérer que des membres de la profession juridique ou nos fournisseurs de services aux tribunaux nous empêchent d'avancer.<sup>163</sup> »

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

Dans la plupart des provinces, les règles de procédure exigent la préparation d'une liste qui décrit tous les documents pertinents et qui fournit des informations permettant de distinguer chacun de ceux-ci. Le titre de cette liste varie selon les provinces : on l'appelle affidavit de documents, affidavit des documents, affidavits de divulgation des documents ou liste de documents.<sup>164</sup> Certaines règles de procédure applicables exigent également la préparation d'une liste des pièces communiquées, des documents que l'on refuse de communiquer parce qu'ils contiennent des informations couvertes par le secret professionnel, ainsi que des documents qui pourraient être pertinents, mais que la partie concernée n'a pas en sa possession ou sous sa responsabilité.

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

---

<sup>162</sup> 2014 ONSC 2178.

<sup>163</sup> Bien que ce type de décision soit rare au moment de la rédaction et de la publication de cette édition des *Principes de Sedona Canada concernant l'administration de la preuve électronique*, il est prévu que ces types de décisions et d'ordonnances seront rendues plus couramment à l'avenir.

<sup>164</sup> On appelle cette liste « affidavit de documents » en Alberta et *affidavit disclosing documents (individual/corporation)* en Nouvelle-Écosse. Dans toutes les autres provinces qui mettent en œuvre cette exigence, on appelle cette liste « affidavit de documents » ou « liste de documents ».

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

Lors de la création de ces listes (pour les éléments de preuve imprimés ou en format natif), les parties devraient envisager d'utiliser les métadonnées à même les documents électroniques pour remplir les champs standard, au lieu de les coder manuellement, même si les fichiers natifs originaux sont convertis en format d'image avant la communication. Cette pratique se prête particulièrement à la divulgation de courriels, dont les métadonnées indiquent clairement le type d'enregistrement, l'auteur, le destinataire, la date et le titre (objet) du document. Pour les documents qui ne sont pas des courriels, les métadonnées, le type ou le suffixe de fichier peuvent désigner le type de document, le nom de fichier ou le nom d'accès (« chemin ») correspond parfois au titre du document et le dernier horodatage (*timestamp*) modifié peut représenter la date du document. Il est pertinent de communiquer des métadonnées au lieu d'informations codées manuellement lorsque ces métadonnées fournissent des informations suffisantes pour identifier de manière unique chaque document.

Comme nous l'avons mentionné, la nécessité de fournir ces « listes de documents » évolue, compte tenu de la nature des documents électroniques et des façons dont ils peuvent être interrogés et triés. Dans l'arrêt *Cameco Corp. v. The Queen*.<sup>165</sup> l'intimée soutenait que le recours aux métadonnées pour la description des documents n'était pas satisfaisant et avait abouti en une « mauvaise description » des documents. Dans certains cas, les informations relatives à l'auteur et à la date obtenues à partir des métadonnées ne correspondaient pas aux renseignements apparaissant sur le document en tant que tel. Le tribunal a accepté l'argument de l'intimée qu'il serait plus utile de disposer du numéro d'identification du document, sans le nom de l'auteur ni la date. « Pourvu que l'appelante offre une description suffisante des documents en ayant recours à un identifiant numérique pour chaque document, la Cour considère que le mode d'identification du document employé par l'appelante est satisfaisant. ».

Les listes de documents sont souvent intégrées à un affidavit de documents, fait sous serment en vérifiant que tous les documents pertinents ont été communiqués. Étant donné le volume d'ISE dans les litiges modernes et puisqu'il est impossible de vérifier que tous les documents pertinents ont été communiqués, les tribunaux et les comités responsables des règles de pratique devraient réévaluer l'utilité des règles imposant des affidavits confirmant une divulgation complète des documents. Dans tous les cas, les affidavits doivent faire l'objet d'un examen minutieux afin de s'assurer que le client peut prêter serment ou faire une déclaration officielle concernant le contenu, en particulier lorsqu'il est possible que le déposant n'ait pas une connaissance personnelle des efforts

---

<sup>165</sup> 2014 CCI 45 (CanLII).

consacrés à la collecte, au traitement et à la révision des documents compris dans la preuve communiquée.

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

#### **Commentaire 9.a.** Privilège du secret professionnel

Le privilège du secret professionnel vise à faciliter et à encourager un échange franc et complet entre un avocat et son client dans le cadre de la demande et de l'octroi de services juridiques. 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, 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 concernés, la communication de la preuve électronique comporte des risques de divulgation accidentelle d'informations privilégiées ou confidentielles. En outre, l'examen des privilèges peut représenter la phase la plus coûteuse de l'administration de la preuve.

#### **Commentaire 9.a.i.** Divulgation accidentelle

De façon générale, les tribunaux canadiens jugent que la divulgation accidentelle ne constitue pas une renonciation au privilège du secret professionnel.<sup>166</sup> 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 effet.<sup>167</sup> En revanche, dans *L'Abbé v. Allen-Vanguard Corp.*,<sup>168</sup> la Cour supérieure de justice de l'Ontario a conclu que la divulgation accidentelle ne devrait pas être considérée comme une renonciation au secret professionnel, à moins que la partie divulgatrice ait fait preuve d'insouciance ou négligé de réaffirmer son droit au privilège, et pourvu que certaines autres conditions soient remplies. La divulgation accidentelle peut mener à la perte du

---

<sup>166</sup> Voir *Elliot v. Toronto (City)* (2001), 54 O.R. (3d) 472 (SC), paragr. 10 (CanLII); John Sopinka, Sidney N. Lederman & Alan W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2d ed. (Toronto : Butterworths, 1999), p. 766 et 767; *Dublin v. Montessori Jewish Day School of Toronto*, 2007 CarswellOnt 1663 (SCJ); *Sommerville Belkin Industries Ltd. v. Brocklesh Transport and Others* (1985), 65 BCLR 260 (BCSC) (CanLII); *National Bank Financial Ltd. v. Daniel Potter et al.*, 2005 NSSC 113, 233 NSR (2d) 123 (CanLII) [*Daniel Potter*]; *National Bank Financial Ltd. v. Daniel Potter*, 2004 NSSC 100, 224 NSR (2d) 231 (CanLII); *Autosurvey Inc. v. Prevost*, [2005] OJ No 4291 (CanLII) (SCJ).

<sup>167</sup> Voir *Metcalf v. Metcalf*, 2001 MBCA 35, paragr. 28, 198 DLR (4th) 318 (CanLII).

<sup>168</sup> Voir *L'Abbé*, note 51, *supra*. Voir aussi *Minister of National Revenue v. Thornton*, 2012 FC 1313 (CanLII) et *McDermott v. McDermott*, 2013 BCSC 534 (CanLII).

droit au secret professionnel en fonction de certains facteurs, notamment les circonstances (manière et moment de la divulgation accidentelle), le moment de la réaffirmation du secret professionnel, l'identité des personnes qui ont vu les documents, le préjudice à l'une ou l'autre des parties ou les exigences d'équité, de justice et de recherche de la vérité.<sup>169</sup>

La question du volume a également été abordée dans *L'Abbé v. Allen-Vanguard Corp.*, où le protonotaire a conclu que l'examen de 6 000 documents divulgués accidentellement et pour lesquels on revendiquait le secret professionnel ne constituait pas une option viable. Au lieu de cet examen documentaire par le tribunal, le protonotaire a statué que les parties devaient s'entendre pour restreindre les questions documentaires en litige. Il a ordonné aux parties de trouver d'abord un consensus concernant la valeur probante et la pertinence des documents, puis de tenter de s'entendre sur les catégories de documents devant être disponibles au procès. Enfin, une fois le nombre de documents réduit, les parties devaient déterminer le processus qui serait mis en œuvre pour filtrer les documents en fonction de leur pertinence et de l'application du secret professionnel, et envisager les solutions technologiques appropriées. Le protonotaire a conclu que « [TRADUCTION] le rapport coût-efficacité, les considérations pratiques et le secret professionnel devraient constituer les fondements de cet exercice régi par les principes de la collaboration, de la communication et du bon sens.<sup>170</sup> »

### Commentaire 9.a.ii. 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 raisonnables et de bonne foi<sup>171</sup> afin d'éviter la communication d'informations privilégiées ou potentiellement privilégiées. Ces mesures varieront d'un dossier à l'autre, allant de la révision manuelle page par page, dans le cas d'un petit ensemble de données, à la recherche électronique de « termes privilégiés », lorsque le volume des données est plus important. Dans plusieurs cas, l'usage conjoint de ces deux mesures sera approprié. D'autres outils et méthodes technologiques, comme l'indexation prédictive et le regroupement conceptuel, favorisent également le repérage et la ségrégation des documents susceptibles d'être protégés par le secret professionnel.

---

<sup>169</sup> La règle 7.2-10 du Code type de déontologie professionnelle (mars 2017) de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada indique ce qui suit : « Un juriste qui reçoit un document concernant la représentation du client d'un autre juriste et sait ou devrait savoir que le document a été envoyé par inadvertance doit aviser l'expéditeur dans les plus brefs délais ». ([https://flsc.ca/wp-content/uploads/2018/01/Code\\_type\\_mars\\_2017\\_final.pdf](https://flsc.ca/wp-content/uploads/2018/01/Code_type_mars_2017_final.pdf)) Les ordres professionnels de juristes du Canada ont adopté ce principe. Voir *Aviaco International Leasing Inc. v. Boeing Canada Inc.*, 2000 CanLII 22777 (ON SC), paragr. 10 à 13.

<sup>170</sup> *L'Abbé*, note 51, *supra*, paragr. 98.

<sup>171</sup> Voir l'affaire *West Jet*, note 151, *supra*, paragr. 20, 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. Voir aussi *L'Abbé*, note 51, *supra*.

### Commentaire 9.a.iii. Sanctions

Les tribunaux ont imposé diverses sanctions lorsque des avocats ont eu accès aux communications privilégiées de la partie adverse sans le consentement de celle-ci. Ils ont notamment radié des actes de procédure, déclaré un avocat inhabile à occuper et condamné une partie au paiement des frais. Un avocat a notamment été déclaré inhabile à occuper dans un cas où la preuve démontrait qu'il, ou la partie qu'il représentait, savait ou aurait dû savoir qu'il avait eu accès à des communications entre la partie adverse et son avocat, et avait omis de consulter le tribunal ou d'arrêter le processus d'analyse afin d'aviser les titulaires du privilège.<sup>172</sup>

### Commentaire 9.a.iv. Désignation d'experts par le tribunal

Dans certains cas, le tribunal peut désigner une partie neutre (par exemple un protonotaire spécial, un juge, un expert, un contrôleur ou un inspecteur nommé par le tribunal) dont le rôle est de faciliter la médiation ou la gestion des enjeux en matière d'administration de la preuve électronique.<sup>173</sup> L'un des avantages de recourir aux services d'une personne neutre nommée par le tribunal réside dans l'élimination probable de toute inquiétude liée à la renonciation au secret professionnel lors de l'analyse d'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. Lorsque cela est nécessaire et pratique dans les circonstances d'une affaire particulière, les parties doivent collaborer afin de s'entendre sur la nomination d'un expert neutre.

La Cour suprême du Canada autorisa l'examen de documents saisis en vertu d'une ordonnance *Anton Piller* par un avocat qui devait par la suite déposer un rapport détaillé de ses conclusions.<sup>174</sup>

### Commentaire 9.a.v. Protection des informations couvertes par le secret professionnel

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 devraient envisager de conclure une entente en vue de se protéger contre la divulgation accidentelle, tout en reconnaissant les limites de la compétence d'un tel accord vis-à-vis des tribunaux et de tiers. Ce type d'accord est souvent appelé « entente avec droit de reprise ».<sup>175</sup> Les parties devraient envisager de faire entériner l'entente par le tribunal. L'entente ou l'ordonnance prévoit généralement que la divulgation accidentelle d'un document privilégié ne constitue pas une renonciation au secret professionnel. La communication ou le document privilégié doit être retourné ou il faut déposer un affidavit précisant

---

<sup>172</sup> Voir *Daniel Potter*, note 166, *supra*; *Auto Survey Inc. v. Prevost*, 2005 CanLII 36255 (ONSC); *Celanese*, note **Error! Bookmark not defined.**, *supra*.

<sup>173</sup> *Catalyst Fund General Partner 1 Inc. v. Hollinger Inc.*, 2005 CanLII 30317 (ONSC).

<sup>174</sup> *Celanese*, note **Error! Bookmark not defined.**, *supra*.

<sup>175</sup> Voir *West Jet*, note 151, *supra*; voir aussi *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 216 FRD 280, 290 (SDNY 2003) (WL).

que la communication ou le document a été supprimé ou autrement détruit. L'entente avec droit de reprise doit prévoir que les notes ou les copies seront détruites ou supprimées et que tout différend sera soumis au tribunal. Il est préférable de conclure une telle entente ou d'obtenir une ordonnance avant de commencer la communication de la preuve. L'entente doit bien préciser le processus et les étapes dans l'éventualité où une partie ou son avocat déterminent qu'une communication couverte par le secret professionnel a été divulguée accidentellement.

Les parties devraient faire preuve de prudence lorsqu'elles s'appuient sur une entente prévoyant un droit de reprise, car celle-ci n'écarte pas l'obligation de l'avocat de prendre des mesures raisonnables et de bonne foi pour exclure les documents privilégiés avant la divulgation initiale. Dans l'affaire *Nova Chemicals (Canada) Ltd. v. Ceda-Reactor Ltd.*, une partie a invoqué une entente avec droit de reprise pour exclure des documents communiqués par inadvertance, mais le tribunal a rejeté cet argument et a énoncé les principes dont il faut tenir compte dans de telles circonstances.<sup>176</sup> Par ailleurs, une entente avec droit de reprise n'est pas opposable aux parties qui ne sont pas signataires.<sup>177</sup>

Dans le cas de très grands ensembles de données, les parties au litige pourraient envisager une entente avec droit de reprise plus stricte, pouvant notamment inclure des exigences restreintes en matière de méthodologie de recherche avant la divulgation. Toutefois, un tribunal doit approuver ce type d'entente avec droit de reprise pour assurer sa force exécutoire.

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.<sup>178</sup> Le Groupe de travail recommande que les tribunaux tiennent compte de cette preuve lorsqu'ils évaluent si des mesures raisonnables ont été prises dans le cadre d'un examen de l'application du secret professionnel.

### **Commentaire 9.b.** Protection des informations confidentielles

Des préoccupations relatives à la confidentialité peuvent surgir lorsqu'il est question d'informations commerciales sensibles ou confidentielles susceptibles d'être dévoilées dans le cadre du processus de divulgation de la preuve électronique. Il est possible de demander une ordonnance de protection pour préserver la confidentialité d'informations divulguées. Les ordonnances de protection permettent d'assurer l'équilibre entre les valeurs concurrentes de procédures judiciaires transparentes et accessibles et de l'intérêt du public dans un processus judiciaire équitable, et les risques graves de porter atteinte aux intérêts commerciaux d'un ou de plusieurs plaideurs.

---

<sup>176</sup> *Nova Chemicals (Canada) Ltd. v. Ceda-Reactor Ltd.*, 2014 ONSC 3995 (CanLII).

<sup>177</sup> *Hopson v. Mayor of Baltimore*, 232 FRD 228 (D Md 2005) (WL Can).

<sup>178</sup> Feng C. Zhao, Douglas W. Oard et Jason Baron, *Improving Search Effectiveness in the Legal E-Discovery Process Using Relevance Feedback* (document présenté à la 12<sup>e</sup> Conférence internationale sur l'intelligence artificielle et le droit [ICAIL09 DESI Workshop] [2009]); Maura R. Grossman et Gordon V. Cormack, *Technology-Assisted Review in E-Discovery Can Be More Effective and More Efficient Than Exhaustive Manual Review* (2011), 17 :3 Rich JL & Tech 11.

L'arrêt de principe à cet égard est celui de l'affaire *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*,<sup>179</sup> concernant un contrôle judiciaire demandé par un organisme environnemental, Sierra Club, contre une société de la Couronne, Énergie atomique du Canada ltée (« ÉACL »), d'une décision pour la construction et la vente à la Chine de réacteurs nucléaires. Sierra Club sollicitait l'annulation de la décision du gouvernement fédéral de fournir une aide financière à ÉACL. Au cœur de cette décision se trouvaient des rapports confidentiels relatifs à l'évaluation environnementale par les autorités chinoises qu'ÉACL cherchait à protéger par une ordonnance de confidentialité. La demande d'ÉACL a été rejetée par la Section de première instance de la Cour fédérale<sup>180</sup> et le pourvoi a été rejeté par tous les juges, sauf un, de la Cour d'appel fédérale.<sup>181</sup> En appel devant la Cour suprême du Canada, ÉACL a finalement réussi à obtenir gain de cause. La Cour suprême a émis des conclusions unanimes :

On ne doit [accorder une demande d'ordonnance de confidentialité] que (1) lorsqu'elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour un intérêt important, y compris un intérêt commercial, dans le contexte d'un litige, en l'absence d'autres options raisonnables pour écarter ce risque, et (2) lorsque ses effets bénéfiques, y compris ses effets sur le droit des justiciables civils à un procès équitable, l'emportent sur ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté d'expression qui, dans ce contexte, comprend l'intérêt du public dans la publicité des débats judiciaires. Trois éléments importants sont subsumés sous le premier volet de l'analyse. Premièrement, le risque en cause doit être réel et important, être bien étayé par la preuve et menacer gravement l'intérêt commercial en question. Deuxièmement, l'intérêt doit pouvoir se définir en termes d'intérêt public à la confidentialité, mettant en jeu un principe général. Enfin, le juge doit non seulement déterminer s'il existe d'autres options raisonnables, il doit aussi restreindre l'ordonnance autant qu'il est raisonnablement possible de le faire tout en préservant l'intérêt commercial en question.<sup>182</sup>

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

---

<sup>179</sup> *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)* [2002], 2 RCS 522, 2002 CSC 41 (CanLII).

<sup>180</sup> *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)* (1999), 1999 CarswellNat 2187 (FCTD).

<sup>181</sup> *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)* (2000), 2000 CarswellNat 3271 (FCA).

<sup>182</sup> Voir la note principale relative à l'arrêt *Sierra Club* : note 179, *supra*.

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

Les ordonnances de confidentialité, les règles de procédure provenant du droit civil ou de la common law peuvent limiter la divulgation de renseignements personnels et d'informations commerciales de nature délicate. Le Canada et ses provinces possèdent, à divers degrés, un cadre législatif complet sur la protection de la vie privée<sup>183</sup> régissant la collecte, l'utilisation et la divulgation de renseignements personnels,<sup>184</sup> dans les secteurs public et privé. Ces lois auront inévitablement une incidence sur le processus de communication de la preuve. Les questions relatives à la protection de la vie privée peuvent survenir dans un vaste éventail de contextes et peuvent concerner des tiers.

Les tribunaux ne se sont pas montrés favorables aux objections de communiquer des renseignements pertinents qui sont fondées sur la législation en matière de protection de la vie privée. Cependant, les tribunaux tiennent compte des questions de confidentialité lorsqu'ils évaluent si la portée des demandes d'administration de la preuve est trop vaste ou s'il convient de protéger des renseignements personnels non pertinents.<sup>185</sup>

Il est important de noter que la règle de présomption d'engagement,<sup>186</sup> à savoir la règle de l'engagement implicite, s'applique uniquement au processus d'administration de la preuve; elle ne fournit pas de protection de la vie privée en soi. Par exemple, en Ontario, la règle de présomption d'engagement ne s'applique qu'aux éléments de preuve obtenus dans le processus d'administration de la preuve, et ne s'applique pas spécifiquement aux éléments de preuve déposés auprès du tribunal ou mentionnés lors d'une audience. Par ailleurs, il est possible d'obtenir une ordonnance judiciaire pour alléger les impératifs de conformité à la règle de présomption d'engagement.<sup>187</sup>

---

<sup>183</sup> 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, c. 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.

<sup>184</sup> Un « renseignement personnel » désigne habituellement tout renseignement à propos d'une personne dont l'identité est connue ou pourrait être déterminée.

<sup>185</sup> Voir *Dosanjh v. Leblanc* 2011 BCSC 1660 (CanLII).

<sup>186</sup> En général, la règle de présomption d'engagement interdit aux parties de divulguer des éléments de preuve et des renseignements obtenus au cours du processus d'administration de la preuve, mais hors du cadre du litige.

<sup>187</sup> *Règles de l'Ontario*, note 10, 30.1.01, *supra*.

### Commentaire 9.c.i. Médias sociaux

Les parties doivent déterminer si le contenu et les fichiers dans les médias sociaux sont pertinents, puis s'il convient de les conserver et de les répertorier dans un affidavit ou une liste de documents. Un tribunal peut ordonner la divulgation de données privées des profils et des pages des médias sociaux d'une partie lorsque ces renseignements sont pertinents et que la valeur probante de l'information justifie l'atteinte à la vie privée et le fardeau de la communication.<sup>188</sup> Le seul fait qu'une partie ait une présence sur les médias sociaux ne signifie pas que les aspects privés d'un compte soient présumés pertinents.<sup>189</sup> Par exemple, dans l'affaire *Bishop v. Minichiello*, les défendeurs ont demandé le dépôt du disque dur du demandeur pour déterminer le temps que celui-ci consacrait à la consultation de Facebook.<sup>190</sup> L'ordinateur du demandeur était utilisé par tous les membres de sa famille. Pour protéger le droit à la vie privée des membres de la famille, le tribunal de l'Ontario a ordonné aux parties de sélectionner ensemble un expert indépendant pour examiner le disque dur. Dans l'arrêt *Fric v. Gershman*,<sup>191</sup> la Cour suprême de la Colombie-Britannique a également cherché à protéger la vie privée de tiers lorsqu'elle a ordonné la communication de certaines photos publiées sur la page du profil Facebook du demandeur. Le tribunal a autorisé le demandeur à modifier les photos avant la divulgation afin de protéger la vie privée des autres personnes qui y figuraient. Toujours dans *Fric*, le tribunal a refusé d'ordonner la divulgation de commentaires provenant de Facebook, mais a déterminé que si ces commentaires existaient, la valeur probante de ces informations l'emportait sur l'intérêt divergent de protéger les réflexions personnelles du demandeur et de tiers.<sup>192</sup>

Au besoin en fonction des circonstances, il convient de recueillir et de communiquer le contenu et les fichiers dans les médias sociaux à l'aide de méthodes de criminalistique informatique adéquates. Il arrive que les captures d'écran et les versions imprimées, par exemple, ne fournissent pas de données fiables.<sup>193</sup>

En général, un avocat n'est pas autorisé à avoir de contact avec une partie adverse représentée sans la présence de son avocat. Tout avocat qui consulte les médias sociaux d'une partie adverse doit garder cette règle à l'esprit. Le site des médias sociaux peut informer la partie adverse que l'avocat a

---

<sup>188</sup> Voir *Leduc v. Roman*, 2009 CanLII 6838 (ON SC); *Frangione v. Vandongen*, 2010 ONSC 2823 (CanLII); *Murphy v. Perger*, [2007] OJ No 5511 (WL Can), *McDonnell v. Levie*, 2011 ONSC 7151 (CanLII) et *Casco v. Greenhalgh*, 2014 CarswellOnt 2543 (Master).

<sup>189</sup> *Schuster v Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada*, [2009] OJ No 4518 (WL) (ON SC); *Stewart v. Kemptster*, 2012 ONSC 7236 (CanLII), *Garacci v. Ross*, 2013 ONSC 5627 (CanLII); *Conrod v. Caverley*, 2014 NSSC 35 (CanLII).

<sup>190</sup> 2009 BCSC 358 (CanLII), autorisation d'interjeter appel pour une divulgation supplémentaire rejetée, 2009 BCCA 555 (CanLII).

<sup>191</sup> *Fric v. Gershman*, 2012 BCSC 614 (CanLII).

<sup>192</sup> *Fric v. Gershman*, 2012 BCSC 614 (CanLII), paragr. 75, citant *Dosanjh v. Leblanc and St. Paul's Hospital*, 2011 BCSC 1660.

<sup>193</sup> 2013 CanLII 3574 (ON LRB).

consulté le contenu. En outre, toute consultation au-delà des pages accessibles au public et toute interaction avec la partie adverse, par exemple par courrier électronique ou par « demande d'amitié » (statut « ami » dans un site), pourrait contrevenir à la règle interdisant les contacts.

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

Le droit à la vie privée d'un employé qui utilise du matériel informatique appartenant à son employeur (par exemple, un ordinateur de bureau, un ordinateur portable, une tablette ou un téléphone) continue de faire l'objet d'une détermination en fonction de faits particuliers. Dans *R. c. Cole*, la Cour suprême du Canada a confirmé que les employés ont des droits limités en matière de protection de la vie privée lorsqu'ils utilisent des appareils informatiques fournis par l'employeur.<sup>194</sup> La Cour a jugé que les employés peuvent avoir des attentes raisonnables à l'égard de la protection de leur vie privée lorsque l'utilisation du matériel à des fins personnelles est permise ou raisonnablement prévue. La propriété d'un bien et les politiques de l'employeur sont des considérations pertinentes, mais elles ne sont pas déterminantes quant à la protection de la vie privée dans certaines circonstances. Toutefois, dans *International Union of Elevator Constructors, Local 50 v. Otis Canada Inc.*,<sup>195</sup> la Commission des relations de travail de l'Ontario a conclu que, si un employé choisit d'utiliser un véhicule d'entreprise à destination et en provenance de son domicile, il n'est pas interdit à l'entreprise d'utiliser des dispositifs technologiques pour le suivi du véhicule en tout temps.

Les droits de l'employeur relatifs à ses informations exclusives et confidentielles coexistent avec ceux des employés qui utilisent leur appareil personnel pour le travail (utilisation communément appelée « prenez vos appareils personnels » ou PAP). De nombreux employeurs reconnaissent et acceptent que les membres de leur personnel utilisent des appareils numériques personnels pour accéder aux réseaux d'entreprise. Les sociétés dont les employés utilisent des appareils personnels doivent adopter des politiques PAP qui définissent la propriété des données et fournissent un moyen pour l'organisation d'accéder à ces données au besoin.

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

Les dossiers nécessitant des enquêtes ou des procédures relevant du domaine pénal ou réglementaire soulèvent un certain nombre de questions liées aux droits à la vie privée. La saisie d'éléments de preuve électroniques dans ces dossiers concerne le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives en vertu de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la « *Charte* »).<sup>196</sup>

---

<sup>194</sup> 2012 CSC 53.

<sup>195</sup> *International Union of Elevator Constructors, Local 50 v. Otis Canada Inc.*, 2013 CanLII 3574 (ON LRB).

<sup>196</sup> Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8. Voir *R v. Cole*, 2012 CSC 53 (CanLII).

Lorsque la preuve électronique requise pour une instance fait partie d'une enquête criminelle parallèle, il faut mettre en œuvre les principes et le processus d'examen préalable énoncés dans *D.P. v. Wagg*<sup>197</sup> pour obtenir les ordonnances et les protections judiciaires appropriées, le cas échéant. Avant de divulguer des documents d'enquête criminelle, y compris le contenu des disques durs saisis par les autorités, il faut informer la Couronne et lui donner la possibilité de déterminer si des questions de protection de la vie privée de tiers et d'intérêt public se posent.

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

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

Ces mesures de protection peuvent comprendre des processus de chaîne de possession appropriés, un accès sécurisé et restreint aux données, le cryptage et l'utilisation de mots de passe. Les parties doivent également mettre en œuvre des procédures adéquates pour protéger les données lors de la divulgation et de la réception à la fin d'un projet.

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

À tout le moins, les données doivent être protégées par un mot de passe et, de préférence, au moyen de l'authentification à deux facteurs<sup>198</sup> obligatoire. Les pirates informatiques ont souvent ciblé des cabinets d'avocats, qu'ils considèrent parfois comme des cibles vulnérables. En plus de mettre en place des mesures de sécurité technologiques, il faut restreindre l'accès des données à ceux qui ont besoin d'y accéder et protéger les installations de stockage ainsi que les serveurs informatiques contre tout accès non autorisé.

---

<sup>197</sup> 2004 CanLII 39048 (ON CA) [*Wagg*].

<sup>198</sup> L'identification à deux facteurs exige que l'utilisateur fournisse deux composantes d'identification différentes pour accéder aux informations, comme un mot de passe et une clé USB avec un jeton secret, ou une carte et un NIP.

### Commentaire 9.e. Listes de documents—communication d'informations codées

Dans certains cas, les tribunaux ont exigé de la partie qui communique des documents de fournir aussi les informations provenant du processus d'indexation objective lors du traitement de ses documents.<sup>199</sup> Il ne faut pas confondre la divulgation de certains extraits d'une base de données de soutien au contentieux et la communication du logiciel utilisé pour créer et gérer la base de données, que les tribunaux n'exigent généralement pas.

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

- Dans l'affaire *Wilson v. Servier Canada*,<sup>200</sup> le tribunal accorda la requête du demandeur et ordonna au défendeur, en raison du grand nombre de documents, de fournir les informations provenant du processus d'indexation objective contenues dans leur base de données de soutien au contentieux, afin de permettre la communication utile de la preuve.
- Dans l'affaire *Logan v. Harper*,<sup>201</sup> 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 v. San Jose Mines et al.*,<sup>202</sup> les défendeurs voulaient qu'on leur remette la base de données électronique utilisée par les demandeurs pour préparer la liste de documents. Le tribunal 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.
- Plus récemment, dans l'affaire *Gamble v. MGI Securities Inc.*,<sup>203</sup> la Cour supérieure de justice de l'Ontario a ordonné que tous les fichiers de chargement pertinents du logiciel *Summation* soient communiqués au demandeur en format DVD, à la demande de celui-ci, sans frais de copie excédant le coût d'un DVD vierge. La Cour a ainsi rejeté l'argument

---

<sup>199</sup> Pour une discussion sur l'indexation, y compris une définition de l'indexation objective, voir Introduction, section F.8 (*La technologie de pointe favorise l'organisation, la recherche et l'interprétation des ISE*), *infra*, et la note 27.

<sup>200</sup> *Servier*, note 111, *supra*.

<sup>201</sup> *Logan*, note 125, *supra*.

<sup>202</sup> 2004 BCSC 1653 (CanLII).

<sup>203</sup> 2011 ONSC 2705.

du défendeur qui réclamait que le demandeur assume une partie des coûts de la préparation, de l'indexation et de la numérisation des documents dans la base de données de soutien au contentieux. La Cour a noté que le partage des coûts est justifié en certaines situations, mais que, pour divers motifs, ce n'était pas le cas en l'espèce, notamment parce que le défendeur avait numérisé beaucoup plus de documents que ce qui était finalement considéré comme pertinent et qu'il existait un écart très important entre les capacités financières des deux parties – le demandeur étant un ancien employé de l'entreprise. Il convient également de souligner que la Cour a accepté l'argument du demandeur selon lequel le partage des coûts en l'espèce serait contraire au *Principe 12* de Sedona Canada, qui stipule que les coûts raisonnables liés à la communication, à la collecte et à la consultation des documents divulgués sont normalement assumés par la partie qui communique ceux-ci.<sup>204</sup>

**Principe 10.** Dans le cadre du processus d'administration de la preuve, les parties devraient respecter les règles du forum ou de la juridiction dans lequel ou laquelle se déroule le litige, en tenant compte de l'incidence que toute décision pourrait avoir sur des dossiers connexes se déroulant dans d'autres forums ou juridictions.

Un différend peut donner lieu à des procédures dans différents forums (par exemple, tribunal civil, tribunal pénal, arbitrage, audience administrative ou réglementaire) ou territoires compétents (auprès des gouvernements locaux, provinciaux, fédéraux et étrangers, par exemple aux États-Unis, en Europe, etc.). Même lorsqu'il y a compétence territoriale exclusive, des procédures connexes se déroulent parfois dans des forums auxquels s'appliquent des règles d'administration de la preuve distinctes. Ces procédures peuvent se dérouler simultanément ou à des moments différents.

Dans toute instance, les avocats doivent respecter les règles d'administration de la preuve applicables dans le forum ou la juridiction saisi(e). Les avocats doivent envisager la possibilité qu'il existe des conflits entre les règles applicables dans ces forums ou ces juridictions. Au Canada, 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. À titre d'exemple, en Ontario, il faut communiquer les documents « pertinents » et, en Alberta, il faut communiquer les documents « pertinents et importants ». En outre, au Canada et aux États-Unis, il existe des différences quant à la procédure et au fond dans le processus d'administration de la preuve, ainsi qu'au sein des règles régissant le secret professionnel, la protection de la vie privée et la preuve.

Ainsi, lorsqu'il existe des procédures connexes, les avocats doivent déployer des efforts de bonne foi pour s'assurer qu'il n'y a aucune violation des règles applicables. Pour permettre à leurs clients de prendre des décisions éclairées quant à la façon de procéder, les avocats doivent expliquer à ceux-ci tous les détails du processus d'administration de la preuve au sein du forum ou de la juridiction. Ils doivent adopter une approche proactive, le plus tôt possible dans le cadre d'une instance, pour

---

<sup>204</sup> *Ibid.*

s'assurer que les clients ne se retrouvent pas dans une situation difficile en raison de gestes posés dans un autre forum ou dans une juridiction différente.

Le processus de collaboration préconisé offre l'occasion idéale de définir et de résoudre tout conflit lié au respect des règles. Lors des négociations relatives au plan d'enquête préalable, les avocats doivent également envisager la coordination des efforts en vue d'éviter le double emploi et de réduire le plus possible les coûts liés à la préservation, à la collecte, à l'analyse et à la communication d'ISE et de documents dans le cadre de tous les dossiers connexes.

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

Lorsque des litiges connexes relèvent d'autres compétences territoriales, les avocats doivent déterminer et envisager les répercussions des divergences touchant les règles de procédure et de fond. Bien que cette liste ne soit pas complète, elle présente quelques questions dont il faut tenir compte dans tout litige transfrontalier :

- i. Procédure.** Les procédures concernant l'échéancier de divulgation, la nécessité des plans d'enquête préalable, ainsi que le processus de gestion des engagements et des refus dans le cadre de l'administration de la preuve comportent souvent des différences importantes.
- ii. Portée de la communication de la preuve.** La portée du processus de communication de la preuve et les obligations en matière de divulgation sont très différentes d'une juridiction à l'autre : certaines autorités imposent l'obligation positive de communiquer des preuves pertinentes, alors que d'autres exigent la communication de documents sur demande écrite.
- iii. Sous la garde, en la possession, sous l'autorité ou sous la responsabilité.** Les obligations en matière de communication englobent parfois les documents qui ne sont pas sous la garde ou en la possession d'une partie, mais qui sont sous l'autorité ou la responsabilité de celle-ci. Il peut s'agir de documents détenus par un tiers fournisseur de services infonuagiques, peut-être dans une juridiction différente. Par exemple, si une partie située au Canada possède des documents pertinents stockés sur un serveur en Europe et peut les récupérer à tout moment en se connectant ou sur demande, ces documents seront probablement assujettis à l'obligation en matière de communication de la preuve.
- iv. Affidavit de documents.** La responsabilité relative au serment ou à l'affirmation solennelle quant à l'intégralité d'une collection de documents communiqués dans le cadre d'une instance est susceptible de varier selon la juridiction et peut avoir une incidence sur les décisions à prendre afin de mettre en place un plan d'enquête préalable respectant le principe de la proportionnalité. Il est possible que les analyses concernant les risques relatifs aux étapes de préservation et de communication des documents de l'avocat soient différentes de celles de son client.

- v. **La présomption d'engagement et l'utilisation ultérieure.** La règle de la présomption d'engagement en vigueur dans de nombreuses provinces canadiennes n'existe pas aux États-Unis. Pour toute utilisation ultérieure des informations divulguées au cours du processus d'administration de la preuve, les avocats doivent tenir compte de la nécessité d'obtenir un consentement ou des ordonnances de protection ou de mise sous scellés. Il est parfois nécessaire de demander des ordonnances dans la juridiction étrangère pour protéger la présomption d'engagement dans le cadre d'un litige transfrontalier.
- vi. **Tiers.** Le processus d'obtention des éléments de preuve et des documents pertinents provenant de tiers varie grandement d'une juridiction à l'autre. Dans les provinces de common law, il est interdit d'interroger les tiers sans autorisation judiciaire préalable et, bien que le tribunal puisse contraindre les tiers à communiquer des documents avant l'instance, le processus pour obtenir une telle ordonnance est très différent de celui de la demande visant les documents d'une partie.
- vii. **Protection de la vie privée et confidentialité.** On constate des différences importantes dans les lois sur la protection de la vie privée adoptées par divers pays. Ces différences touchent notamment les attentes en matière de protection de la vie privée et de confidentialité des employés qui utilisent des appareils et des ordinateurs fournis par l'employeur. Le critère juridique et le processus relatifs à l'obtention d'ordonnances de protection et de mise sous scellés peuvent également varier de façon importante. En outre, il faut tenir compte des obligations en vertu de la législation sur la protection de la vie privée pour les transferts et le traitement transfrontaliers de données.
- viii. **Secret professionnel.** Bien que la plupart des juridictions offrent une certaine protection aux communications entre client et avocat, la reconnaissance et l'étendue d'autres privilèges (par exemple, le privilège relatif au litige ou au « produit du travail », ainsi que la protection des communications avec les avocats internes, des négociations en vue d'un règlement ou fondée sur l'intérêt commun) peuvent comporter d'importantes différences en territoire étranger. La renonciation au secret et l'obligation de l'avocat concernant la divulgation accidentelle de documents couverts par le secret professionnel varient également d'un pays à l'autre. Les avocats doivent être conscients des distinctions entre les règles en matière de secret professionnel afin de ne pas renoncer par inadvertance à celui-ci dans une autre juridiction.
- ix. **Coûts.** Les règles concernant les coûts liés à l'administration de la preuve et à la divulgation, ainsi que les dépens relatifs à une instance diffèrent selon les pays. En outre, la reconnaissance du « transfert de coûts » varie d'un territoire à l'autre.
- x. **Dispositions particulières en matière d'administration de la preuve électronique.** Les juridictions étrangères ont adopté différents protocoles et diverses normes de préservation, et entretiennent des attentes variables en matière d'administration de la preuve électronique. La proportionnalité et les obligations concernant les plans d'enquête préalable ne sont pas des principes communs dans toutes les juridictions. Les sanctions

peuvent varier en sévérité et on constate des différences touchant les activités ou les infractions qui peuvent faire l'objet de sanctions. Certaines instances imposent des exigences particulières en matière de communication de la preuve concernant le format ou la facilité de recherche de documents électroniques. Il importe également de garder à l'esprit que les principes de The Sedona Conference concernant l'administration de la preuve électronique sont différents au Canada et aux États-Unis, car ils reflètent les systèmes et règles juridiques en vigueur dans ces pays.

En outre, dans le cadre d'un litige transfrontalier, il est parfois nécessaire d'obtenir des documents ou des informations à l'extérieur du territoire compétent. La procédure et les tests juridiques pour obtenir ces éléments de preuve peuvent varier. Pour de plus amples informations, les avocats doivent consulter le document *The Sedona Canada Commentary on Enforcing Letters Rogatory*, qui présente un résumé des principales différences dans les règles régissant la preuve dans un contexte transfrontalier au Canada et aux États-Unis.<sup>205</sup>

Le document *The Sedona Conference® International Overview of Discovery, Data Privacy and Disclosure Requirements* fournit également un aperçu des lois en matière d'administration de la preuve et de confidentialité des données dans un certain nombre de pays.<sup>206</sup>

### **Commentaire 10.b. Forums**

On constate parfois des différences quant à la procédure et au fond au sein des forums d'une même compétence territoriale. Un exemple courant concerne les litiges portant sur des allégations de fraude liée aux valeurs mobilières, qui donnent parfois lieu à des procédures de faillite, pénales et réglementaires relevant du même ressort.

Lorsqu'il existe des procédures administratives, réglementaires ou pénales dans le même ressort, les avocats doivent déployer des efforts de bonne foi pour se renseigner sur les différences procédurales et juridiques en matière de divulgation et de protection. Comme dans le cas de la divulgation dans un contexte transfrontalier, les avocats doivent s'assurer que des ordonnances de protection appropriées sont en place et que les consentements requis ont été obtenus avant la divulgation touchant plusieurs forums. L'adoption d'une approche proactive pour obtenir les ordonnances ou les consentements nécessaires contribue à réduire le temps et les coûts de toute coordination requise.

### **Commentaire 10.b.i. Preuve saisie et documents relatifs aux enquêtes criminelles ou**

---

<sup>205</sup> The Sedona Conference, *The Sedona Canada Commentary on Enforcing Letters Rogatory Issued by an American Court in Canada : Best Practices & Key Points to Consider* (version publique pour commentaires, juin 2011), en ligne : The Sedona Conference < [https://thesedonaconference.org/publication/The\\_Sedona\\_Canada\\_Commentary\\_on\\_Enforcing\\_Letters\\_Rogatory\\_Issued\\_By\\_an\\_American\\_Court\\_in\\_Canada](https://thesedonaconference.org/publication/The_Sedona_Canada_Commentary_on_Enforcing_Letters_Rogatory_Issued_By_an_American_Court_in_Canada) >.

<sup>206</sup> The Sedona Conference, *International Overview of Discovery Data Privacy and Disclosure Requirements* (2009), en ligne : The Sedona Conference < [https://thesedonaconference.org/publication/International\\_Overview\\_of\\_Discovery\\_Data\\_Privacy\\_and\\_Disclosure\\_Requirements](https://thesedonaconference.org/publication/International_Overview_of_Discovery_Data_Privacy_and_Disclosure_Requirements) >.

## réglementaires

Les documents d'enquête criminelle englobent un vaste éventail d'éléments de preuve par la contrainte, dont la divulgation non appropriée peut porter atteinte aux droits à la vie privée et au secret professionnel, au système de justice pénale, à l'immunité de la Couronne et à l'administration de la justice. La saisie d'éléments de preuve électroniques dans le cadre d'une enquête criminelle ou réglementaire présente des enjeux éventuels relatifs au droit de l'accusé à un procès équitable<sup>207</sup> et en vertu de l'article 8 de la *Charte*. Les dispositions du *Code criminel* concernant les mandats, les perquisitions et les saisies peuvent s'appliquer à la preuve saisie.<sup>208</sup>

La portée des documents saisis en vertu d'un mandat ou d'une autre contrainte réglementaire est souvent beaucoup plus vaste que celle de la divulgation lors d'une procédure civile. Lorsque la preuve électronique requise pour une instance fait partie d'une enquête criminelle parallèle, il faut mettre en œuvre les principes et le processus d'examen préalable énoncés dans *D.P. v. Wagg*<sup>209</sup> pour obtenir les ordonnances judiciaires appropriées, le cas échéant, afin de protéger les droits relatifs à la vie privée et au secret professionnel.<sup>210</sup> Avant de divulguer des éléments de preuve obtenus par enquête criminelle, le processus défini dans l'arrêt *Wagg* exige d'informer la Couronne pour lui donner la possibilité de déterminer si des questions de protection de la vie privée de tiers et d'intérêt public se posent.<sup>211</sup>

Par ailleurs, les organismes de réglementation ont le pouvoir d'ordonner la communication de la preuve par l'application de dispositions législatives en vigueur.<sup>212</sup> En plus d'exercer un pouvoir de contrainte, les organismes de réglementation dirigent parfois la divulgation et l'utilisation ultérieure

---

<sup>207</sup> Voir *Kelly v. Ontario*, [2008] OJ No 1901, 91 OR (3d) 100 (CanLII) (ON SC). L'affaire *Kelly* portait notamment sur la saisie d'un ordinateur dans une enquête sur la pornographie juvénile et les allégations selon lesquelles la saisie et la divulgation entre les forums violaient les droits garantis par la *Charte*. Voir aussi les décisions connexes *College of Physicians and Surgeons of Ontario v. Peel Regional Police*, 2009 CanLII 55315 (ON SCDC), et *Kelly v. Ontario*, 2014 ONSC 3824 (CanLII) [*College of Physicians*].

<sup>208</sup> *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46.

<sup>209</sup> *Wagg*, note 197, *supra*.

<sup>210</sup> Il faut également obtenir le consentement de la Couronne dans les procédures réglementaires parallèles, même lorsque l'organisme de réglementation a le pouvoir de contraindre à la divulgation de pièces. Voir *College of Physician and Surgeons of Ontario v. Peel Regional Police*, [2009] OJ No 4091, 98 OR (3d) 301 (CanLII) (ONSCDC).

<sup>211</sup> En Ontario, pour obtenir et faire usage de documents d'enquête criminelle dans une instance civile, il faut présenter une motion au procureur général ou à la procureure générale, conformément à la règle 30.10 des Règles de procédure civile.

<sup>212</sup> Par exemple, les articles 11 à 13 de la *Loi sur les valeurs mobilières de l'Ontario*, LRO 1990, c S.5, et les articles 142 à 144 de la *British Columbia Securities Act*, RSBC, C 418, prévoient l'octroi d'ordonnances d'enquête et la nomination d'un enquêteur et décrivent le pouvoir d'exiger des preuves.

de la preuve par contrainte.<sup>213</sup> Cependant, il importe de noter que, lorsqu'un organisme de réglementation demande l'accès à des documents d'enquête criminelle, il doit également se conformer aux principes généraux énoncés dans *Wagg* et donner à la Couronne la possibilité de soulever toute préoccupation d'intérêt public en opposition à la divulgation.<sup>214</sup>

Les questions en litiges dans des procédures criminelles ou réglementaires transfrontalières exigent une attention particulière aux différentes protections procédurales et contre l'auto-incrimination visant les témoins. Par exemple, au Canada, les témoins bénéficient d'une protection en vertu de l'article 15 de la *Loi sur la preuve au Canada* et des lois provinciales connexes,<sup>215</sup> qui restreignent l'utilisation de témoignages forcés dans d'autres procédures. Dans un contexte transfrontalier, le tribunal peut imposer des conditions à toute ordonnance exigeant les éléments de preuve protégés.<sup>216</sup>

### Commentaire 10.b.ii. Arbitrage

La portée d'une demande de communication de documents est généralement plus restreinte dans les procédures d'arbitrage que dans les litiges devant les tribunaux judiciaires internes.

En particulier, dans le cadre de l'arbitrage international, sous réserve des règles énoncées dans la convention d'arbitrage, les parties sont généralement tenues de communiquer uniquement les documents sur lesquels elles s'appuient et ceux qui répondent aux demandes ciblées de l'autre partie. Il est utile de consulter les *Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* de l'International Bar Association (les Règles de l'IBA)<sup>217</sup> pour définir une norme appropriée en matière de communication de documents dans un processus d'arbitrage. L'article 3 des Règles de l'IBA définit un processus « admirablement clair » pour la transmission des demandes de documents, la communication des documents demandés ou la formulation d'une objection et pour le règlement de tout différend par le tribunal. Qui plus est, ce processus compatible avec les *Principes de Sedona Canada* assure le règlement des différends en misant sur des critères clairs de pertinence et d'importance relative à l'issue du litige, ainsi que des considérations de proportionnalité et du fardeau applicable.<sup>218</sup> Les Règles de l'IBA prévoient qu'une partie demandant la communication de documents dans un

---

<sup>213</sup> Par exemple, la *Loi sur les valeurs mobilières de l'Ontario*, note 212, *supra*, art. 16 à 18 et la *BC Securities Act*, RSBC, 1996 c 418, art. 148 confèrent aux commissions respectives la possibilité de limiter et d'imposer des restrictions à la divulgation ultérieure ou à l'utilisation de la preuve saisie.

<sup>214</sup> *College of Physicians and Surgeons of Ontario v. Metcalf*, (2009) 98 O.R. (3d) 301, 2009 CanLII 55315 (ON SCDC), paragr. 68 à 77.

<sup>215</sup> Loi sur la preuve au Canada, LRC 1985, c C-5; voir aussi Loi sur la preuve en Ontario, LRO 1990 c E.23.

<sup>216</sup> Voir par exemple le principe dans une affaire civile, *Treat America Limited v. Nestlé Canada Inc.*, 2011 ONSC 617 (CanLII); *Treat America Limited v. Nestlé Canada Inc.*, 2011 ONCA 560 (CanLII).

<sup>217</sup> *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (29 mai 2010), en ligne : International Bar Association <[www.ibanet.org](http://www.ibanet.org)> [Règles de l'IBA].

<sup>218</sup> Nigel Blackaby et Constantine Partasides, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5<sup>e</sup> éd. (Oxford : Oxford University Press, 2009), 6.108.

processus d'arbitrage doit formuler sa demande en termes précis, idéalement en indiquant les documents particuliers visés et à tout le moins en mentionnant la catégorie de documents souhaitée. À moins que la possession des documents par l'autre partie soit, en soi, pertinente au litige, seuls les documents qui ne sont pas autrement accessibles par le requérant à partir d'autres sources devraient être demandés.<sup>219</sup>

Bien que la portée de la communication de la preuve dans les procédures d'arbitrage nationales soit souvent comparable à celle des litiges nationaux, la souplesse caractérisant les procédures d'arbitrage permet de restreindre plus facilement la production de documents selon les principes de proportionnalité. En effet, bien que les Règles de l'IBA aient été élaborées dans le contexte de l'arbitrage commercial international, « [TRADUCTION] les Règles fournissent un cadre très utile à la communication et à l'échange de documents dans tout arbitrage, national ou international ».<sup>220</sup>

En ce qui concerne la communication d'informations électroniques, le domaine de l'arbitrage commercial subit les mêmes pressions que celui du litige, comme l'ont constaté les commentateurs.<sup>221</sup> Heureusement, la souplesse inhérente au processus d'arbitrage, lorsque les avocats et les arbitres savent en tirer profit, contribue à la gestion efficace de cet enjeu. Les *Principes de Sedona Canada* fournissent un cadre utile pour traiter ces problèmes dans le contexte de l'arbitrage. En effet, au sujet des *Principes Sedona* de The Sedona Conference,<sup>222</sup> élaborés en fonction des États-Unis, un commentateur a indiqué ce qui suit : « [TRADUCTION] [les *Principes*] reflètent l'importance accordée par les Règles de l'IBA aux principes du caractère raisonnable et de la proportionnalité; ils reconnaissent la nécessité d'éviter les demandes de communication qui imposeraient un fardeau excessif et permettent l'échantillonnage, la recherche et la sélection des données reposant sur des critères visant à satisfaire l'obligation de communication de bonne foi des parties ».<sup>223</sup>

Les parties aux procédures d'arbitrage doivent savoir que, même si la portée de leur obligation de communication est restreinte, il faut tenir compte d'autres procédures éventuelles dans lesquelles l'étendue de cette obligation pourrait être plus vaste. L'intégration de telles procédures dans le plan de projet de la procédure d'arbitrage permet de réaliser des gains d'efficacité et des économies d'échelle. En revanche, les projets de collecte et de traitement des ISE dans le contexte d'un litige

---

<sup>219</sup> Règles de l'IBA, note 217, *supra*, art. 3.

<sup>220</sup> J. Brian Casey, *Arbitration Law of Canada : Practice and Procedure*, 2<sup>e</sup> éd. (Huntington, New York : JurisNet LLC, 2011), p. 204.

<sup>221</sup> Richard D. Hill, *The New Reality of Electronic Document Production in International Arbitration : A Catalyst for Convergence?* (2009) 25 :1 Arb. Intl, p. 87; Robert H. Smit et Tyler B. Robinson, *E-Disclosure in International Arbitration*, (2008) 25 :1 Arb Intl, p. 105.

<sup>222</sup> Voir The Sedona Conference, *The Sedona Principles Addressing Electronic Document Production, Second Edition* (2007), en ligne : < [https://thesedonaconference.org/publication/The\\_Sedona\\_Principles](https://thesedonaconference.org/publication/The_Sedona_Principles) > [*U.S. Sedona Principles*].

<sup>223</sup> Richard D. Hill, *The New Reality of Electronic Document Production in International Arbitration : A Catalyst for Convergence?* (2009) 25 :1 Arb Intl à la p. 93. Voir aussi Nigel Blackaby et Constantine Partasides, Redfern and Hunter on *International Arbitration*, 5<sup>th</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, 6.117 à 6.123.

devraient viser et inclure à la fois les catégories d'ISE susceptibles d'être invoquées et celles pour lesquelles on peut raisonnablement anticiper une demande de divulgation. En général, bien que la portée de la communication soit moindre dans les procédures d'arbitrage, l'envergure initiale de la préservation et de la collecte des données ne sont pas très différentes dans la pratique.

**Principe 11.** Des sanctions devraient être imposées par les tribunaux lorsqu'une partie ne respecte pas ses obligations d'administration de la preuve relatives aux informations sur support électronique et cause ainsi un préjudice sérieux à l'autre partie.

Dans certaines circonstances, le non-respect par une partie de ses obligations d'administration de la preuve relatives aux ISE est susceptible de miner la saine administration de la justice. Ainsi, faute de sanctions appropriées dans les cas de destruction intentionnelle, insouciance ou de mauvaise foi, ou la non-communication d'éléments de preuve électroniques, les avantages qu'une partie pourrait tirer d'une telle conduite (p. ex. le rejet des actions déposées contre elle en raison de l'absence de preuve ou la possibilité d'éviter des jugements pécuniaires éventuels) peuvent représenter des incitations inappropriées concernant le traitement des ISE.

Toute non-communication n'est pas nécessairement intentionnelle ni le résultat de mauvaise foi ou de témérité. En raison de l'évolution constante des technologies de l'information, de la volatilité et de l'obsolescence rapide de certaines formes d'ISE, et des complications inévitables 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 le contexte, l'ampleur et l'incidence de tout défaut de préservation et de la non-divulgation, 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.

Dans certains cas, il importe de faire la distinction entre les pénalités imposées à des fins dissuasives à un contrevenant dont la conduite a entraîné la suppression ou la non-communication d'éléments de preuve et les recours mis à la disposition de la partie requérante qui a subi un préjudice, et ce, même si la partie adverse n'avait aucune intention hostile ni mauvaise volonté. Les tribunaux doivent faire preuve de souplesse et adapter les pénalités et les recours en fonction des circonstances particulières.

#### **Commentaire 11.a.** La législation qui régit les cas de suppression de la preuve

Au Canada, dans les provinces de common law, la législation qui régit les cas de suppression d'éléments de preuve (soit la spoliation) poursuit son évolution, particulièrement en ce qui concerne les ISE. Le droit régissant la suppression de la preuve émane du principe « *omnia praesumuntur contra spoliatorem* », qui est un principe du droit de la preuve selon lequel un tribunal peut tirer une

conclusion défavorable à l'égard d'une partie reconnue coupable de la destruction ou de la suppression d'éléments de preuve.<sup>224</sup>

En Nouvelle-Écosse, les *Règles de procédure civile* ont été modifiées pour inclure des dispositions qui énoncent expressément les devoirs de préservation et de divulgation de l'information électronique, ainsi que les conséquences d'un défaut d'exécution.<sup>225</sup>

L'analyse la plus complète de la jurisprudence canadienne relative aux règles de common law sur la suppression d'éléments de preuve se trouve dans l'arrêt *McDougall v. Black and Decker Canada Inc.*<sup>226</sup> Dans cette décision, le tribunal a résumé ainsi le droit canadien sur la spoliation :

- La spoliation désigne actuellement la destruction intentionnelle d'éléments de preuve pertinents dans le cadre d'un litige en cours ou envisagé.<sup>227</sup>
- Le recours principal en cas de spoliation est l'imposition d'une présomption de fait réfractable que la preuve perdue ou détruite nuirait à la cause de la partie spoliatrice. Il est possible de renverser cette présomption en produisant d'autres éléments de preuve qui démontrent que la partie spoliatrice n'avait pas l'intention d'influer sur le litige en détruisant les éléments de preuve ou qui établissent le bien-fondé de sa cause ou l'absence de fondement des moyens invoqués contre elle.
- Même lorsque la destruction des éléments de preuve est involontaire, il existe des recours dans les règles de procédure et découlant du pouvoir inhérent des tribunaux de prévenir les abus de procédure. Ces recours peuvent notamment prendre la forme de l'exclusion des rapports d'expert et le refus des dépens.
- Les tribunaux n'ont pas encore déclaré que la destruction intentionnelle de la preuve constitue un délit intentionnel ni qu'il existe un devoir de préserver la preuve en vertu du

---

<sup>224</sup> *Zabab v. The Governing Council of the Salvation Army in Canada et al.* (2008) CanLII 41827, paragr. 20 (ON SC), citant *Prentiss v. Brennan*, [1850] OJ No 283 (Cour de la Chancellerie du Haut-Canada). Voir aussi *Gladding Estate v. Cote*, 2009 CarswellOnt8102, paragr. 36, 55 ETR (3d) 191 (SCJ) : « [TRADUCTION] Le tribunal tirera une conclusion défavorable uniquement lorsqu'il existe des "preuves de falsification évidentes et tangibles" ».

<sup>225</sup> Les règles 16.13 et 16.15 traitent de la destruction des renseignements électroniques et prévoient que la suppression délibérée ou insouciante de renseignements électroniques pertinents (y compris toute activité connexe) peut être traitée sous le régime de la règle 88 – Abus de procédure. La règle 88 énumère diverses réparations en cas d'abus de procédure, notamment une ordonnance de rejet ou de jugement, une ordonnance visant l'indemnisation de chaque autre partie des pertes subies par suite de l'abus de procédure et des injonctions. *Règles de procédure civile de la Nouvelle-Écosse*, Gazette royale, 19 novembre 2008, en ligne : <[https://www.courts.ns.ca/Civil\\_Procedure\\_Rules/cpr\\_in\\_french.htm](https://www.courts.ns.ca/Civil_Procedure_Rules/cpr_in_french.htm)>.

<sup>226</sup> 2008 ABCA 353 (CanLII), paragr. 29.

<sup>227</sup> Voir aussi *Stibwell v. World Kitchen Inc.*, 2013 ONSC 3354 (CanLII), paragr. 55 et *Blais v. Toronto Area Transit Operating Authority*, 2011 ONSC 1880 (CanLII), paragr. 72.

droit en matière de négligence, bien que ces questions ne soient pas encore résolues dans la plupart des ressorts.

- En général, il est préférable d'aborder au procès les questions visant à déterminer s'il y a eu spoliation et, dans l'affirmative, la réparation appropriée, puisque le juge pourra alors considérer tous les faits et élaborer une solution adéquate.
- Des mesures de réparation avant le procès sont parfois envisagées dans le cas exceptionnel où une partie est particulièrement désavantagée par la destruction d'éléments de preuve. De telles mesures s'inscrivent généralement dans les règles de procédure applicables ou sont exercées en vertu du pouvoir discrétionnaire général des tribunaux relativement aux dépens et à la répression des abus de procédure.

Comme on l'a mentionné, la spoliation n'est pas encore reconnue à titre de délit distinct au Canada.<sup>228</sup> Dans l'arrêt *Endean v. Canadian Red Cross Society*,<sup>229</sup> la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que la spoliation ne crée pas de délit distinct. Cependant, cette question n'est pas réglée dans d'autres provinces et territoires canadiens.

Les tribunaux ont jusqu'ici accordé une attention particulière à la délivrance d'ordonnances préventives, telles les ordonnances Anton Piller ou d'autres ordonnances de préservation plus conventionnelles,<sup>230</sup> pour assurer la conservation des documents dès que possible. Lorsque l'on demande de telles ordonnances en veillant à ce qu'elles soient exécutées et respectées, on assure la conservation des éléments de preuve et on élimine toute possibilité de spoliation.

### **Commentaire 11.b.** Sanctions en cas de spoliation et de non-divulgence

La jurisprudence canadienne concernant les sanctions appropriées en cas de non-respect des obligations en matière de communication de la preuve est limitée, mais elle se développe.<sup>231</sup> Les

---

<sup>228</sup> Voir l'arrêt *Spasic (Estate) v. Imperial Tobacco Ltd.* [2000] OJ No 2690 (ON CA), 49 OR (3d) 699, 2000 CanLII 17170 (CA) (La CSC a refusé l'autorisation de pourvoi). Dans *Spasic*, le défendeur a présenté une requête visant la radiation de certains paragraphes de la déclaration de la demanderesse au motif que ces passages ne révélaient aucune cause d'action raisonnable. Le juge saisi de la requête a accueilli celle-ci en première instance pour les paragraphes concernant les allégations de spoliation en faisant valoir qu'il n'existe aucune cause d'action distincte pour spoliation en Ontario. La Cour d'appel a jugé que les allégations de spoliation ne devaient pas être radiées et qu'il fallait permettre l'instruction de celles-ci, puisque les quelques instances au Canada où l'on avait examiné la question n'avaient fourni aucune conclusion définitive.

<sup>229</sup> [1998] BCJ No 724 (BC CA), 157 DLR (4th) 465 (CanLII).

<sup>230</sup> *CIBC World Markets Inc. v. Genuity Capital Markets*, 2005 CanLII 3944 (ON SC); *Canadian Derivatives Clearing Corp. v. EFA Software Services Ltd.*, 2001 ABQB 425 (CanLII); *Portus Alternative Asset Management Inc. (Re)* (2005), 28 OSC Bull 2670; *XY LLC v. Canadian Topsires Selection Inc.*, 2013 BCSC 780 (CanLII) et *Teledyne Dalsa, Inc. v. BinQiao Li*, 2014 ONSC 323 (CanLII).

<sup>231</sup> Notez qu'il existe une volumineuse jurisprudence sur la question des sanctions en cas de spoliation. Cependant, il faut uniquement considérer la jurisprudence américaine comme une source d'arguments convaincants, puisque les

tribunaux jouissent d'un vaste pouvoir discrétionnaire pour imposer les sanctions appropriées et proportionnelles eu égard à la nature et à la gravité relative de chaque cas de non-divulgence dans le contexte particulier.

Quoique les réparations en cas de spoliation soient généralement envisagées au procès, il est possible d'obtenir lors des procédures préliminaires une réparation dans le cas exceptionnel où une partie est particulièrement désavantagée par la destruction d'éléments de preuve. En règle générale, lorsqu'une réparation est accordée avant le procès, les faits montrent qu'il y a eu conduite délibérée ou que le litige ou l'administration de la justice subiront un préjudice dans la préparation du dossier en vue de l'instruction.<sup>232</sup> Dans des cas de spoliation, les tribunaux ont accordé une réparation avant le procès en appliquant les règles de procédure applicables ou en exerçant leur pouvoir discrétionnaire général en matière de dépens et de prévention des abus de procédure.<sup>233</sup>

Les tribunaux peuvent émettre toute autre ordonnance nécessaire pour sanctionner la conduite des parties de façon appropriée en cas de non-divulgence, en particulier lorsqu'il y a destruction délibérée ou insouciante d'ISE. Les tribunaux canadiens se sont jusqu'ici montrés disposés à ordonner la communication de documents, y compris des ISE,<sup>234</sup> 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)<sup>235</sup> ou tiré des conclusions défavorables.<sup>236</sup> D'autres conditions peuvent être imposées, y compris des restrictions concernant l'utilisation de documents localisés ultérieurement.<sup>237</sup> 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. En l'absence de mauvaise foi ou d'un préjudice important, les membres du Groupe de travail sont d'avis que la radiation d'un acte de procédure est une sanction trop sévère dans la plupart des circonstances.

---

règles de pratique comportent des différences importantes, notamment quant aux conséquences possibles en matière de dépens en cas de non-divulgence et de spoliation.

<sup>232</sup> *Cheung v. Toyota*, 2003 CanLII 9439 (ON SC); *Western Tank & Lining Ltd. v. Skrobotan*, 2006 MBQB 205 (CanLII).

<sup>233</sup> *McDongall v. Black & Decker Canada Inc.*, 2008 ABCA 353 (CanLII), paragr. 29; voir aussi *Chow-Hidasi v. Hidasi*, 2013 BCCA 73 (CanLII) qui confirme que la spoliation concerne une conduite délibérée (« délibérée » signifie « [TRADUCTION] la connaissance que les éléments de preuve sont nécessaires aux fins d'une action en justice », paragr. 29).

<sup>234</sup> Voir *Spar Aerospace Limited v. Aeroverks Engineering Inc.*, 2007 ABQB 543 (CanLII) : le tribunal a ordonné la communication des disques durs d'une partie.

<sup>235</sup> *Farro v. Nutone Electrical Ltd.* (1990), 72 OR (2d) 637 (CanLII) (CA); *Endean v. Canadian Red Cross Society*, 1998 BCJ No 724, 157 DLR (4th) 465 (CanLII) (BCCA).

<sup>236</sup> *Logan*, note 125, *supra*.

<sup>237</sup> *Jay v. DHL*, 2009 PECA 2 (CanLII).

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 v. Jamz*.<sup>238</sup> Le tribunal y a statué qu'il était approprié de tenir compte notamment des facteurs suivants : 1) l'importance et la nature des actes 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; 6) la probabilité qu'une sanction, autre que le rejet de la demande, mettra un terme au comportement fautif.

Dans *Brandon Heating and Plumbing (1972) Ltd. et al. v. Max Systems Inc.*,<sup>239</sup> 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 de la demanderesse.

### Commentaire 11.c. Réfuter la présomption de spoliation

Au Canada, contrairement aux États-Unis où la règle 37 f) des *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP) prévoit une « absence de sanctions » formelle relative à l'exploitation de bonne foi d'un système d'information électronique qui entraîne la destruction ou la suppression d'éléments de preuve électroniques,<sup>240</sup> il n'existe dans les règles de procédure civile aucune exemption formelle et aucun moyen de défense concernant la spoliation. Toutefois, la jurisprudence de common law canadienne

---

<sup>238</sup> *Zelenski v. Zelenski*, 2004 MBQB 256, 189 Man.R. (2d) 151 (CanLII).

<sup>239</sup> 2006 MBQB 90, 202 Man R (2d) 278 (CanLII).

<sup>240</sup> La règle 37 e) prévoit que, à défaut de circonstances exceptionnelles, un tribunal ne peut imposer des sanctions à une partie pour avoir omis de fournir des ISE perdues dans le cours normal des affaires lorsque celle-ci a agi de bonne foi dans l'exploitation de son système d'information électronique. Cette règle concerne les processus courants de modification, de réécriture et de suppression des informations dans le cadre de l'utilisation normale d'un système d'information électronique, l'objectif étant de distinguer la modification et la réécriture de données qui se déroulent sans directive expresse de l'exploitant du système et sans que celui-ci en soit conscient. Cependant, la jurisprudence américaine indique que les protections en vertu de la règle 37 e) des *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP) aux États-Unis s'appliquent uniquement à l'information perdue dans le cadre de l'exploitation courante d'un système informatique, pourvu que cette exploitation soit réalisée de bonne foi : « [TRADUCTION] L'exigence de bonne foi prévue à la règle 37 f) [renumérotée 37 e) plus tard] signifie qu'une partie ne peut invoquer l'exploitation courante d'un système informatique pour déjouer ses obligations en matière de divulgation en permettant à cette exploitation de se poursuivre afin de détruire des informations précises qui sont stockées et qu'il faut préserver ». Notes du comité concernant l'amendement des règles en 2006, en ligne : [http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule\\_37](http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_37) (en anglais). La règle 37 e) révisée (« Défaut de préserver l'information stockée électroniquement » [avec une rubrique proposée dans laquelle le verbe « Preserve » (préserver) remplace le verbe « Provide » (fournir)] a été approuvée par la Conférence judiciaire des États-Unis et est en attente de l'examen de la Cour suprême au moment de la publication des présentes.

révèle que les tribunaux s'interrogent sur les circonstances dans lesquelles les éléments de preuve ne sont pas disponibles et les parties qui peuvent démontrer que l'impossibilité de présenter des éléments de preuve est le résultat de circonstances raisonnables pourraient réfuter les présomptions favorables à l'imposition de sanctions.<sup>241</sup>

Lorsque la partie intimée affirme qu'un document n'existe plus, le tribunal peut mener une enquête sur les pratiques et les politiques de gestion des documents de cette partie. Par exemple, dans *HMQ (Ontario) v. Rothmans Inc.*, le protonotaire Short a déclaré que les politiques de conservation des documents étaient pertinentes eu égard aux questions soulevées par la requête et « [TRADUCTION] dans la mesure où une telle politique, qui indiquerait si, à tout moment particulier, un type de document précis doit être préservé ou non (et pour combien de temps), est utile ».<sup>242</sup> Au Canada, on conclut généralement que, lorsqu'elle est effectuée dans le cours normal et habituel des affaires, conformément aux exigences réglementaires et statutaires et en l'absence d'une obligation de préservation, l'élimination des documents en vertu d'une politique raisonnable de gestion des documents est valable et permettra de réfuter une inférence de spoliation.<sup>243</sup> En revanche, les tribunaux se sont montrés enclins à tirer des conclusions défavorables dans les circonstances où les parties au litige qui ont omis de communiquer des documents pertinents n'avaient mis en œuvre aucune politique de rétention des documents<sup>244</sup> et lorsqu'une omission de présenter un document était liée à la destruction de celui-ci dans le cadre d'une procédure ad hoc.<sup>245</sup>

De même, lorsqu'une organisation qui a une politique de gouvernance de l'information ou de gestion documentaire pour la conservation des documents ne respecte pas celle-ci et détruit des documents pertinents, il est approprié de mener une enquête distincte à la fois sur le fond et pour déterminer s'il y a eu spoliation.<sup>246</sup>

Les tribunaux canadiens n'ont pas encore abordé la question des parties qui mettent en œuvre une politique de conservation des documents assortie de périodes de rétention délibérément courtes après lesquelles les documents sont détruits, de sorte que la destruction se produit automatiquement avant la naissance d'une obligation de préservation. Lorsqu'une politique est conçue pour faire échec

---

<sup>241</sup> *Leon v. Toronto Transit Commission*, 2014 ONSC 1600 (CanLII) et *Stilwell v. World Kitchen Inc.*, 2013 ONSC 3354 (CanLII).

<sup>242</sup> *HMQ (Ontario) v. Rothmans Inc.*, 2011 ONSC 1083 (CanLII), paragr. 92.

<sup>243</sup> *Stevens v. Toronto Police Services Board*, 2003 CanLII 25453 (ON SC). Voir aussi *Moutsios v. Bank of Nova Scotia*, [2011] QJ No 1014, 2011 QCCS 496 (CanLII), paragr. 19 ; (Madame la juge Picard) : le tribunal a conclu que la politique de la banque de détruire les documents fermés et inactifs après six ans était raisonnable. Le fait de demander à la banque de conserver des certificats de placement garanti pour prouver le paiement de ces certificats forcerait celle-ci à préserver ses documents éternellement, ce qui n'est pas raisonnable.

<sup>244</sup> *Fareed v. Wood*, 2005 CanLII 22134 (ON SC); *Sunderji v. Alterna Savings*, 2010 ONSC 1223 (CanLII).

<sup>245</sup> *Moezzam Saeed Alvi v. YM Inc.* (2003) OJ No 3467, [2003] OTC 799 (ON SC) (CanLII); *Ontario v. Johnson Controls Ltd.* (2002) OJ No 4725, [2002] OTC 950 (CanLII) (ON SC).

<sup>246</sup> *Apotex Inc. v. H. Lundbeck A/S*, [2011] FC 88, 91 CPR (4th) 274 (CanLII).

à la capacité des demandeurs d'obtenir des éléments de preuve et que la partie concernée sait que les documents détruits pouvaient s'avérer pertinents, un tribunal pourrait être enclin à ordonner des sanctions ou des réparations appropriées.

Enfin, dans certains cas, les parties ont numérisé des documents et ne peuvent plus produire les originaux papier. En général, la numérisation des documents n'est pas suffisante pour établir une présomption de spoliation. Aux fins de la détermination de l'admissibilité des documents électroniques numérisés au lieu des originaux papier, certaines juridictions permettent la présentation d'une preuve relative aux normes et aux pratiques exemplaires mises en œuvre par l'organisation dans le contexte de la création et du stockage des documents numérisés.<sup>247</sup>

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

- des renseignements sur la structure de gouvernance de l'information d'une organisation telle qu'elle est représentée dans une cartographie de données;<sup>248</sup>

---

<sup>247</sup> Voir *Loi sur la preuve au Canada*, LRC 1985, c C-5, art. 31.2; *Alberta Evidence Act*, RSA 2000, c A-18 s. 41.4; *Saskatchewan Evidence Act*, SS 2006, c E-11.2, s. 56; *Manitoba Evidence Act*, CCSM c E150, s. 51.3; *Loi sur la preuve de l'Ontario*, L.R.O. 1990, c E.23, 34.1(5.1); *Nova Scotia Evidence Act*, RSNS 1989, c 154, s. 23D; *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ c C-1.1, art. 6.; voir la mention de l'article 23(F) of the *Evidence Act*, RSNS 1989, c 154 dans *Saturley v. CIBC World Markets Inc.*, [2012] NSJ No 313, 2012 NSSC 226, 317 NSR (2d) 388, 2012 NSSC 226 (WL). Ces normes ne sont pas obligatoires. Voici certaines normes communes utilisées par les organisations : Office des normes générales du Canada, en ligne : Services publics et Approvisionnement Canada <<https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/ongc-cgsb/index-fra.html>>; Conseil canadien des normes, CAN/CGSB 72.34-2005 Enregistrements électroniques utilisés à titre de preuves documentaires, en ligne : Conseil canadien des normes <<http://www.scc.ca/en/standardsdb/standards/22952>> (en anglais); Conseil canadien des normes, Microfils et images électroniques – preuve documentaire (CAN/CGSB-72.11-93, modifiée en avril 2000); Organisation internationale de normalisation (ISO), ISO/CD 15489-1 Information et documentation « Records Management », Partie 1 et Partie 2, en ligne : ISO <<http://www.iso.org/>>; Guide pratique ISO/TR15489-2, en ligne : ISO <<http://www.iso.org/>>; ARMA International – *Generally Accepted Recordkeeping Principles*<sup>MD</sup> (*The Principles*<sup>MD</sup>), en ligne : ARMA <<http://www.arma.org>>.

<sup>248</sup> La cartographie de données est une représentation visuelle des mouvements des ISE au sein d'une organisation, du moment de leur création jusqu'à leur destruction définitive dans le cadre d'un programme de gouvernance de l'information et de conservation des documents. La cartographie de données indique comment les personnes au sein de l'organisation communiquent entre elles et avec des parties externes. Lorsqu'elle est complète, la cartographie de données fournit aux services juridiques et informatiques des renseignements sur les employés, les processus, la technologie, les types de données et les secteurs d'activité, ainsi que les emplacements physiques et virtuels des données à l'échelle de l'organisation. La cartographie de données est un guide qui comprend des informations sur les stratégies de rétention des données et les programmes de gestion de contenu d'entreprise; elle indique les serveurs qui contiennent des données pour différents services ou domaines fonctionnels de l'organisation.

- des lignes directrices concernant la rétention et la destruction systématiques d'ISE et de documents papier, ainsi que les modifications qu'il faut apporter à ces lignes directrices en cas de litige;
- les processus de mise en œuvre d'un avis de préservation, notamment les mesures de vérification de la conformité;
- les processus d'audit des pratiques informatiques pour prévenir la prolifération des données (sauvegardes redondantes, utilisation de liens vers des documents plutôt que des pièces jointes, etc.) et pour institutionnaliser d'autres saines pratiques de conservation des documents;
- des lignes directrices sur l'utilisation des médias sociaux dans le contexte de l'entreprise.

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

Des politiques efficaces en matière de gouvernance de l'information et de gestion documentaire permettront de dresser pour le tribunal un portrait plus précis du coût et du fardeau lorsque les parties souhaitent refuser de nouvelles demandes de divulgation ou demander le transfert des coûts à la partie destinataire, le cas échéant. Un examen détaillé des politiques de gouvernance de l'information et de conservation des documents dépasse la portée de ce document. Nous invitons les lecteurs à consulter le document *The Sedona Conference's Commentary on Information Governance*.<sup>249</sup>

**Principe 12.** Les coûts raisonnables liés à toutes les phases d'administration des informations sur support électronique devraient en général être assumés par la partie qui communique les informations. Dans de rares cas, il peut s'avérer approprié que les parties s'entendent sur une répartition différente des coûts à titre provisoire, ou obtiennent une ordonnance du tribunal à cet effet.

Dans la plupart des provinces et des territoires du Canada, les coûts liés à la communication d'éléments de preuve sont généralement assumés par la partie qui doit les communiquer; tout autre partage des coûts n'a généralement lieu qu'à la fin du litige, lorsque la partie déboutée peut être

---

<sup>249</sup> The Sedona Conference, *Commentary on Information Governance* (décembre 2013), en ligne : The Sedona Conference < [https://thesedonaconference.org/publication/Commentary\\_on\\_Information\\_Governance](https://thesedonaconference.org/publication/Commentary_on_Information_Governance) > (en anglais).

condamnée au paiement total ou partiel des dépens de la partie gagnante,<sup>250</sup> ce qui, en général, comprend la répartition des coûts liés à la communication des documents électroniques. Mentionnons, par contraste, que, dans le cadre de la communication de documents papier, la partie destinataire assume traditionnellement les coûts immédiats de la divulgation, tels que les frais de photocopie, de reliure et de livraison.

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. 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 nuire à l'accès à la justice de cette partie en l'empêchant de poursuivre sa cause jusqu'au procès. Pour ces motifs, il serait en général raisonnable que la partie qui exige de tels efforts paie, à tout le moins à titre provisoire, la totalité ou une partie des coûts. On recommande aux parties de tenir compte de ces enjeux au moment de négocier le plan d'enquête préalable.<sup>251</sup>

---

<sup>250</sup> Par exemple, l'article 3.1 des instructions sur la pratique *Practice Direction Regarding Electronic Evidence* (juillet 2006), en ligne : The Courts of British Columbia <[http://www.courts.gov.bc.ca/supreme\\_court/practice\\_and\\_procedure/electronic\\_evidence\\_project.aspx](http://www.courts.gov.bc.ca/supreme_court/practice_and_procedure/electronic_evidence_project.aspx)>. La directive 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*. Voir aussi *Doncet v. Spielo Manufacturing Inc.*, 2012 NBQB 324 (WL). Il s'agissait d'une évaluation du mémoire de dépens afférents à l'action et à l'appel, soumis par les intimés. Avant le procès, le tribunal avait émis une ordonnance de production de documents prescrivant aux intimés de permettre aux appelants d'accéder au système informatique de Spielo. Le juge saisi de la motion était conscient, au moment d'émettre l'ordonnance, du coût et de l'étendue potentiels de l'opération. Lors de l'audience sur la motion, ce coût avait été estimé à 40 000 \$, mais le coût final fut établi à 22 966,81 \$. Malgré l'argument des appelants selon lequel les intimés auraient pu respecter l'ordonnance en employant une méthode assortie d'un coût moindre, le greffier a accordé aux intimés l'ensemble des frais liés au rapport de l'expert-conseil en informatique. Bien que les intimés étaient la partie qui communiquait les documents et avaient donc, par conséquent, engagé les frais découlant de la phase préliminaire, ils avaient finalement eu gain de cause et avaient droit au remboursement de ces frais par les appelants, conformément à l'approche traditionnelle relative à la communication de la preuve. Voir également *Bank of Montreal v. 3D Properties*, [1993] SJ No 279, 111 Sask. R 53 (WL) (QB), paragr. 30 : « [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 ».

<sup>251</sup> Voir l'article 6 des instructions *Practice Direction Regarding Electronic Evidence* (juillet 2006), en ligne : The Courts of British Columbia <[http://www.courts.gov.bc.ca/supreme\\_court/practice\\_and\\_procedure/electronic\\_evidence\\_project.aspx](http://www.courts.gov.bc.ca/supreme_court/practice_and_procedure/electronic_evidence_project.aspx)>. Ces instructions recommandent aux parties d'examiner la question de la répartition des coûts liés à la recherche et à la communication des ISE.

Au Canada, dans certaines circonstances, les tribunaux sont habilités à ordonner la répartition des coûts relatifs à la communication d'ISE.<sup>252</sup> Le Groupe de travail recommande que les tribunaux tiennent compte des questions suivantes lors de toute décision visant une ordonnance provisoire pour la répartition des coûts liés à la communication d'ISE :

1. L'information est-elle raisonnablement accessible d'un point de vue technique, et ce, sans fardeau excessif et coûts indus?
2. Dans quelle mesure la demande, telle qu'elle conçue, permettra-t-elle de trouver les informations pertinentes?
3. Quelle est la probabilité de trouver des informations importantes et utiles?
4. Les informations sont-elles accessibles à partir d'autres sources, par exemples dans les témoignages et les demandes d'admission et d'aveux ou auprès de tiers?
5. S'agit-il d'un cas de 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? Quel est le motif de l'inaccessibilité des informations?
6. Quel est le coût total de la divulgation (y compris les frais estimés pour le traitement et la révision des documents récupérés) par rapport au montant en litige?
7. Quel est le coût total de la divulgation (y compris les frais estimés pour le traitement et la révision des documents récupérés) par rapport aux ressources à la disposition de chacune des parties?
8. Quelle est la nature du fardeau incombant à la partie qui communique les documents (par exemple, la perturbation des activités de l'organisation, la perte du temps de production des employés et d'autres coûts de renonciation)?

---

<sup>252</sup> Par exemple, voir *Warman v. National Post Company*, 2010 ONSC 3670 (CanLII). Le protonotaire a conclu que les honoraires de l'expert-conseil responsable de l'analyse judiciaire d'un sous-ensemble restreint de données provenant du disque dur des demandeurs seraient payés initialement par les défendeurs qui demandent la divulgation des données, ces dépens relevant du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Par ailleurs, dans *Borst v. Zilli*, 2009 CanLII 55302 (ONSC), le tribunal a statué que la requête des demandeurs visant l'examen des données électroniques des défendeurs était similaire à une requête d'inspection de biens en vertu de la règle 32 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario. Les demandeurs devaient donc assumer les coûts de cet examen par un expert-conseil en informatique indépendant. Le tribunal a ordonné que les honoraires d'un avocat indépendant, responsable de l'examen des documents pour une analyse de l'application du secret professionnel et de la pertinence, soient partagés par les parties, étant donné que cette révision aurait pu être effectuée par l'avocat des défendeurs, mais que les demandeurs avaient rejeté cette option.

9. Quelle est la capacité relative de chacune des parties à gérer les coûts? Quels sont les motifs incitant chacune des parties à maîtriser les coûts?
10. Quelle est l'importance des questions en litige?
11. Quels sont les avantages relatifs de chacune des parties à obtenir l'information?<sup>253</sup>

À l'étape de l'enquête préalable, les tribunaux décident souvent de suivre la règle traditionnelle et refusent de transférer les coûts liés à la communication des ISE. Dans *Gamble v. MGI Securities*,<sup>254</sup> le tribunal a ordonné au défendeur de produire ses documents en format CSV et a refusé d'attribuer au demandeur les coûts de ce processus. Dans sa décision, le tribunal mentionné le *Principe 12* de Sedona Canada et la disparité entre la capacité de chacune des parties d'assumer les coûts de la communication de la preuve. De même, dans *GRI Simulations Inc. v. Oceaneering International Inc.*,<sup>255</sup> le tribunal a estimé qu'il n'y avait aucune raison de s'écarter de l'approche traditionnelle de l'attribution des dépens à l'étape de la production. La partie qui communiquait les documents a donc assumé les coûts.

L'administration de la preuve électronique peut entraîner des coûts internes importants pour les clients, ainsi que des honoraires extrajudiciaires et des dépenses pour les services confiés à des entreprises externes. Ainsi, il serait souhaitable de 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. Il faut maintenant considérer les débours à des tiers ou facturés à un client pour la gestion documentaire électronique comme étant standard.<sup>256</sup> Ces coûts pourraient donc être visés par une ordonnance de répartition des coûts.

Puisque les coûts liés à la communication d'éléments de preuve électroniques peuvent être élevés et que le transfert des coûts est relativement rare, les parties doivent adopter des stratégies de gestion des coûts liés à l'administration de la preuve électronique. La mise en œuvre de saines pratiques et de politiques efficaces en matière de gouvernance de l'information constitue la méthode la plus proactive pour réduire les coûts associés à l'administration de la preuve électronique et pour assurer la proportionnalité pendant le processus de divulgation.<sup>257</sup> 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 éventuels,

---

<sup>253</sup> Voir les règles relatives au plan d'enquête préalable et à la proportionnalité dans les *Règles de l'Ontario*, note 10, *supra* (règles 29.1 et 29.2); *Federal Rules of Civil Procedure* 26(b)(2)(B) [États-Unis]; *U.S. Sedona Principles*, note 222, *supra*, Comment 13.a. [États-Unis].

<sup>254</sup> *Gamble v. MGI Securities*, 2011 ONSC 2705 (CanLII).

<sup>255</sup> *GRI Simulations Inc. v. Oceaneering International Inc.*, 2010 NLTD 85 (CanLII). Voir aussi *Veillette v. Piazza Family Trust*, 2012 ONSC 5414 (CanLII).

<sup>256</sup> Voir *Harris v. Leikin Group*, 2011 ONSC 5474 (CanLII).

<sup>257</sup> The Sedona Conference, *Commentary on Information Governance* (décembre 2013), note 249, *supra*.

le plus tôt possible.<sup>258</sup> Par exemple, une partie qui communique des documents pourrait décider de limiter l'étendue de ses obligations en matière de communication de la preuve électronique par négociation, aveux judiciaires ou requêtes. De plus, les parties pourraient envisager la possibilité que les coûts soient assumés en totalité ou en partie par la partie qui reçoit les documents.<sup>259</sup>

Cependant, le transfert des coûts liés à des efforts extraordinaires aux fins de la communication de la preuve ne devrait pas se substituer à une objection bien fondée à de tels efforts. Les efforts extraordinaires pour la communication de la preuve et le transfert des coûts connexes ne devraient être requis que lorsque la partie requérante démontre qu'il existe une justification ou un besoin important. Les tribunaux devraient se montrer dissuasifs à l'égard des demandes représentant un fardeau excessif qui ne sont pas raisonnablement susceptibles de contribuer de façon importante à l'administration de la preuve, et ce, même si la partie requérante est disposée à assumer les coûts.

---

<sup>258</sup> Au Canada, certaines provinces et certains territoires ont adopté des directives pratiques sur la gestion des éléments de preuve électroniques, notamment quant à l'étalonnage des coûts. Voir par exemple *Practice Direction Regarding Electronic Evidence* (juillet 2006), en ligne : The Courts of British Columbia < [https://www.bccourts.ca/supreme\\_court/practice\\_and\\_procedure/practice\\_directions\\_and\\_notices/electronic\\_evidence\\_project/Electronic%20Evidence%20July%201%202006.pdf](https://www.bccourts.ca/supreme_court/practice_and_procedure/practice_directions_and_notices/electronic_evidence_project/Electronic%20Evidence%20July%201%202006.pdf)>; Sandra Potter, *Lignes directrices sur l'étalonnage des coûts*, en ligne : Conseil canadien de la magistrature <[https://www.cjc-ccm.gc.ca/french/news\\_fr.asp?selMenu=news\\_publications\\_fr.asp](https://www.cjc-ccm.gc.ca/french/news_fr.asp?selMenu=news_publications_fr.asp)>.

<sup>259</sup> *Barker v. Barker*, 2007 CanLII 13700 (ONSC). Les défendeurs ont requis une ordonnance visant à faire acquitter par les demandeurs le tiers des coûts liés à la numérisation et à l'indexation des documents, les deux tiers restants devant être partagés également entre la Couronne et les médecins défendeurs. Malgré l'objection des demandeurs, le tribunal a conclu que les bénéfices qu'ils en tireraient justifiaient le partage des coûts liés à la conversion.

## Annexe A—Working Group Series de The Sedona Conference et programme d'adhésion

---

**UNE  
DISCUSSION  
STRUCTURÉE  
VISANT À FAIRE  
PROGRESSER LE  
DROIT DE  
FAÇON JUSTE  
ET RAISONNÉE.**

The Sedona Conference<sup>MD</sup> a été fondée en 1997 par Richard Braman, qui souhaitait contribuer à l'évolution du droit de façon juste et raisonnée. Les principes et les convictions personnelles de Richard représentent les piliers de The Sedona Conference : le professionnalisme, la civilité, l'esprit ouvert, le respect des croyances d'autrui, la réflexion, l'analyse et la conviction d'un processus axé sur le dialogue civilisé et non sur le débat. Sous la direction de Richard, The Sedona Conference réunit des juristes, des avocats, des théoriciens et des experts, qui soutiennent la mission de l'organisation en participant à des conférences et aux travaux de la Working Group Series (WGS). Après une longue et courageuse bataille contre le cancer, Richard est décédé le 9 juin 2014, mais pas avant de voir The Sedona Conference devenir l'institut de recherche et d'éducation non partisan et sans but lucratif consacré à l'étude avancée du droit et de la politique dans les domaines complexes du litige, des lois antitrust et de la propriété intellectuelle.

La WGS a été créée pour poursuivre l'étude approfondie de questions de droit incontournables dans les domaines complexes des lois antitrust, du litige et de la propriété intellectuelle. La WGS s'inscrit dans l'évolution de The Sedona Conference : d'un forum de dialogue de pointe, elle devient un groupe de réflexion ouvert qui aborde certains des problèmes les plus difficiles auxquels fait face notre système juridique actuel.

Un groupe de travail de Sedona est créé lorsque l'on détermine qu'il existe un problème relatif à des « éléments fondamentaux » dans la loi et que les tribunaux et les associations du barreau bénéficieraient de principes neutres et objectifs, de lignes directrices, de pratiques exemplaires ou d'autres commentaires. Les projets des divers groupes de travail sont soumis à un processus d'examen par les pairs qui comprend des membres de la WGS et qui donne lieu, le cas échéant, à un dialogue lors de l'une des conférences de la saison régulière en vue de produire des commentaires faisant autorité, éclairés et équilibrés qui sont ensuite publiés et diffusés.

Le premier groupe de travail a été convoqué en octobre 2002 et s'est consacré à l'élaboration de lignes directrices pour la préservation et la communication des informations sur support électronique. Sa première publication, *The Sedona Principles : Best Practices Recommendations* et les principes abordant la communication de documents électroniques, a été citée favorablement dans de nombreuses décisions judiciaires, ainsi que par des juges, des associations professionnelles et des théoriciens du droit. Au

fil des ans, les publications d'autres groupes de travail ont eu une incidence positive similaire.

Tout juriste, avocat, théoricien, conseiller ou expert intéressé peut se joindre à la *Working Group Series* (WGS). Les membres peuvent participer aux groupes de réflexion, aux équipes de rédaction et aux dialogues des groupes de travail. L'adhésion permet également d'accéder aux projets de pointe de la WGS avec possibilité d'admission anticipée. Pour plus d'informations et pour participer, visitez la rubrique « Groupe de travail » de notre site Web, <https://thesedonaconference.org/wgs>.

**Annexe B—Groupe de travail 7 de The Sedona Conference  
sur les problèmes liés à l'administration de la preuve électronique  
au Canada (« sedona canada » ou « gt7 »)  
—Liste des membres du comité directeur**

---

La liste des membres du comité directeur du Groupe de travail 7 de The Sedona Conference sur les problèmes liés à l'administration de la preuve électronique au Canada (« Sedona Canada » ou « GT7 ») est présentée plus loin. Les renseignements relatifs aux organisations sont indiqués uniquement à des fins d'identification.

Les opinions exprimées dans les publications du GT7 de The Sedona Conference, sauf indication contraire, représentent le consensus des membres de ce groupe. Ils ne représentent pas nécessairement les points de vue individuels des participants ou de leur employeur, de leurs clients ou d'autres organisations auxquelles ils peuvent appartenir, ou les opinions officielles de The Sedona Conference. En outre, les déclarations dans chaque publication du GT7 sont uniquement celles des membres non juristes; elles ne représentent pas l'approbation judiciaire des opinions exprimées ou des pratiques recommandées.

**Membres du comité directeur**

L'honorable Colin L. Campbell, c.r., Amicus Chambers  
James T. Swanson, Burnet, Duckworth & Palmer LLP  
Roger B. Campbell, Hamilton Health Sciences  
Anne Glover, Blake, Cassels & Graydon LLP  
Karen Groulx, Dentons Canada LLP  
Susan Nickle, London Health Sciences Centre  
Crystal O'Donnell, Heuristica Discovery Counsel  
David Outerbridge, Torys LLP  
David N. Sharpe, KPMG LLP  
Susan Wortzman, Wortzmans