

LIGNES DIRECTRICES POUR LA COMMUNICATION DES DOCUMENTS ÉLECTRONIQUES EN ONTARIO

A. Introduction : Objet des lignes directrices pour la communication des documents électroniques

Dans son rapport, le Groupe d'étude sur les enquêtes préalables en Ontario a recommandé l'élaboration d'un manuel de meilleures pratiques qui proposerait une ligne de conduite en matière de communication des documents électroniques. Les présentes lignes directrices répondent à cette recommandation¹.

Par « communication des documents électroniques », on entend la préservation, la récupération, l'échange et la production de documents provenant de sources électroniques, sous une forme électronique. Dans les présentes lignes directrices, ce terme englobe également l'utilisation d'outils automatisés pour produire des documents sous une forme électronique, que la version originale soit une copie sur papier ou électronique. Bien que les documents provenant de sources sur papier puissent être produits sous une forme électronique et que des copies papier de documents électroniques puissent être imprimées aux fins de la production, dans le cadre d'un litige, ces activités ne constituent pas en soi une « communication des documents électroniques », au sens où le terme est utilisé de façon générale ou dans les présentes lignes directrices.

L'élaboration de meilleures pratiques pour la communication des documents électroniques n'est pas unique à l'Ontario. Un certain nombre d'autres organismes et ressorts ont mis en œuvre ou publié des lignes directrices semblables desquelles les présentes lignes directrices s'inspirent. Ces modèles sont mentionnés, s'il y a lieu, dans les commentaires.

Les lignes directrices se fondent sur le principe selon lequel les règles existantes enjoignent déjà aux parties de discuter des questions liées à la communication des documents électroniques, parce que la définition du terme « document », dans les règles de droit civil applicables, englobe en outre « des données et des renseignements qui se présentent sous forme électronique »². Toutefois, ces règles et la jurisprudence à ce jour ne fournissent pas d'explication claire sur la *façon* dont les parties et leurs avocats doivent remplir cette exigence. Les présentes lignes directrices contiennent des propositions relatives à la production des documents dans les litiges civils.

La communication des documents électroniques fait déjà partie intégrante du processus d'enquête préalable dans les causes complexes et, de plus en plus dans de nombreux types de litiges moins complexes. Cette pratique s'explique en partie par la définition inclusive du terme « document » mentionnée ci-dessus. Par ailleurs, face aux progrès de

¹ Le Groupe d'étude tient à remercier les membres du Sous-comité d'étude sur la communication des documents électroniques pour leur excellent travail : Sara Blake, Peg Duncan, Martin Felsky, Michael Fraleigh, Derek Freeman, Karen Groulx, Christopher Leafloor, Daniel Pinnington, Mohan Sharma, Glenn A. Smith et Phil Tunley.

² Règles de procédure civile, règle 1.03

la technologie, les avocats ont dû s'abaisser devant la capacité de la technologie à gérer, dans certains cas, la production des documents et à faciliter le processus d'enquête préalable bien plus efficacement que les méthodes traditionnelles de communication des documents sur papier.

Néanmoins, il reste encore de nombreux avocats qui n'ont pas encore reconnu l'importance de la technologie pour le processus d'enquête préalable. La profession demeure encore globalement fidèle aux documents imprimés. Cette attitude, conjuguée à l'absence de directives claires sur l'étendue et la méthodologie de la communication des documents électroniques, révèle que bon nombre d'avocats comprennent mal les obligations de préservation et de production des documents électroniques qui pèsent sur leurs clients, et ne sont pas au courant de la technologie existante qui permet de les récupérer, de les produire et de faire des recherches d'une façon rentable.

Dans le souci de remédier à cette lacune, la Section C ci-dessous expose un certain nombre de principes destinés à guider les avocats, les clients et les magistrats dans le processus de communication des documents électroniques. Ces lignes directrices ont vocation à fournir un cadre de travail approprié pour le déroulement de la communication des documents électroniques, assujettie à des normes que les avocats et les magistrats peuvent adopter et développer avec la pratique. Les lignes directrices ne sont pas destinées à être exécutoires directement, au même titre que les Règles de procédure civile, bien qu'elles puissent renforcer la mise à exécution d'ententes entre les parties ou servir de base à une ordonnance judiciaire. À ce stade, il ne serait pas utile d'élaborer des règles détaillées obligatoires qui ne tiendraient pas compte des différents types de litige ou des nouvelles technologies émergentes. Cela rendrait aussi les règles inutilement complexes et conduirait à davantage de litiges et de motions connexes.

Il est préférable que les présentes lignes directrices se limitent à informer les avocats, les magistrats et le personnel juridique des enjeux liés à la communication des documents électroniques et à proposer des solutions pratiques. Elles ont vocation à soumettre des suggestions pratiques aux membres de la profession, sur la façon de remplir les obligations existantes en matière de préservation et de production des documents pertinents provenant de sources électroniques et d'améliorer la rentabilité du processus d'enquête préalable. Les lignes directrices proposent des solutions pour atteindre des ententes au début du processus d'enquête préalable afin de minimiser les coûts et les retards inutiles.

Les présentes lignes directrices contiennent aussi quelques suggestions d'utilisation des outils électroniques, dans le souci de réduire les coûts et les retards superflus. En dépit de l'apparente complexité de certaines questions liées à la communication des documents électroniques, la technologie offre de plus en plus d'excellentes solutions pour la récupération, le réexamen et la production des documents sous forme électronique. Dans de nombreuses circonstances, la technologie permet de réduire les coûts et la durée des procédures, contrairement aux méthodes de production sur papier.

Afin de comprendre parfaitement les propositions contenues dans le présent document, il serait utile pour certains lecteurs de passer en revue les concepts de base et la terminologie concernant la communication des documents électroniques. La Section B ci-dessous fournit un bref aperçu dans un contexte pratique. Elle expose les étapes du processus de la communication des documents électroniques, et certains termes et concepts importants que les avocats et les juges doivent maîtriser à chaque étape³. Les lecteurs qui connaissent bien cette terminologie et le processus de communication des documents électroniques peuvent passer directement à la Section C.

B. Enjeux et terminologie concernant le processus de communication des documents électroniques

À chaque étape du processus de communication des documents électroniques, les avocats doivent donner des conseils à leurs clients sur des questions portant sur des nouveaux concepts et la nouvelle terminologie, qui font ressortir les principales différences entre la communication des documents électroniques et les traditionnels documents sur papier. À chaque étape, des litiges peuvent surgir au sujet des questions qui nécessitent l'intervention du tribunal. Ainsi, afin de pouvoir régler efficacement ces questions, les avocats et les magistrats doivent se mettre au courant des nouveaux concepts et de la terminologie connexe dans le domaine de la communication des documents électroniques.

La présente section présente quelques concepts importants qui surgissent à chaque étape du processus de communication des documents électroniques.

Les étapes du processus de communication des documents électroniques ne sont pas différentes de celles qui sont suivies pour la communication des documents sur papier. Il s'agit des étapes suivantes :

- (a) **LOCALISATION** des sources potentielles des documents;
- (b) **PRÉSERVATION** des documents potentiellement pertinents;
- (c) **EXAMEN** des documents du point de vue de la pertinence, du privilège, etc.;
- (d) **PRODUCTION** des documents à l'attention des autres parties, aux fins de leur utilisation dans une instance judiciaire.

Ce n'est qu'en comprenant les nouveaux concepts et la terminologie qui interviennent à chacune des étapes de la communication des documents électroniques que les avocats et les juges seront en mesure de prendre des décisions informées, d'éviter des litiges potentiels dans ce domaine ou de les résoudre conformément aux Règles. Il est

³ Pour un glossaire détaillé des termes courants, voir le glossaire de la Sedona Conference® pour la communication des documents électroniques et la gestion des renseignements numériques. Un projet de groupe d'étude de la Sedona Conference® sur la conservation et la production des documents électroniques (WG1) RFP+ Group, mai 2005; consultable sur le site Web de la Sedona Conference (www.thesedonaconference.org).

également fondamental de savoir quand et pourquoi il y a lieu de demander ou d'ordonner la production des documents électroniques, et comment le faire d'une façon qui reste rentable pour les parties.

(i) Localisation des documents électroniques

La première question qui se pose est de savoir quels documents doivent être localisés, dans les limites de la définition prévue par les Règles de « données et des renseignements qui se présentent sous forme électronique ».

D'une façon générale, on parle de documents « électroniques » s'ils existent dans un support qui ne peut être lu qu'en utilisant un ordinateur, contrairement à des documents qui peuvent être lus sans l'aide d'un ordinateur. Il est également généralement accepté que cette définition englobe de nombreux types de « documents » électroniques, comme par exemple des courriels, des pages Web, des fichiers de traitement de texte et des bases de données qui sont stockées sur un ordinateur⁴. Toutefois, la définition et la jurisprudence suggèrent toutes deux qu'une vaste gamme de données et de renseignements électroniques pourraient également être visés dans certains cas. Les limitations aux documents visés ne relèvent pas autant des distinctions techniques que des critères de pertinence.

La prochaine question évidente est de savoir quels systèmes informatiques possède le client, ou possédait à l'époque visée, qui seraient susceptibles de contenir des données ou des renseignements pertinents. Là aussi, selon la nature de l'affaire, la réponse peut englober des systèmes d'entreprise ou des réseaux, ainsi que des ordinateurs personnels (ordinateurs de bureau, ordinateurs portables et appareils portatifs), et même des composants individuels et leurs supports, comme les puces mémoires, les disques magnétiques (disques durs ou mous), les disques optiques (DVD ou CD) et les cassettes magnétiques.

La variété de matériel et de supports existants peut être problématique pour les avocats, les clients et les tribunaux. Par exemple :

- Certains documents peuvent être utilisés par des témoins, d'autres être stockés dans différents secteurs ou services, et les documents peuvent se présenter sous divers formats électroniques différents;
- Des copies des mêmes documents peuvent être stockées à divers endroits dans l'exercice des activités ordinaires : par exemple, un courriel envoyé d'une personne à une autre dans un système en réseau peut être sauvegardé par l'expéditeur et par le destinataire sur leurs ordinateurs respectifs, et d'autres copies peuvent être conservées par le système à diverses fins;

⁴ THE SEDONA PRINCIPLES: Best Practices Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production. Projet du groupe d'étude de la Sedona Conference[®] sur les meilleures pratiques relatives à la conservation et la production des documents électroniques; publié en janvier 2004.

- Il arrive que des documents électroniques pertinents, même ceux qui ont été créés par des systèmes qui étaient autrefois courants, deviennent inaccessibles avec le temps parce que des composants de logiciel ou de matériel manquent ou sont obsolètes;
- Dans certains cas, le volume des données peut atteindre des proportions énormes, tant en raison de l'utilisation répandue des systèmes informatiques et de leur capacité de stockage croissante, que de leur impact sur le comportement des gens et des organismes : par exemple, le courriel n'a pas seulement remplacé les traditionnelles communications sur papier, telles que des lettres et des notes de service, dans de nombreux cas, il a également remplacé bon nombre d'échanges informels qui n'étaient pas documentés suffisamment par le passé, tels que des appels téléphoniques et même des conversations informelles.

Pour toutes ces raisons, il peut être plus difficile de localiser et de rassembler des documents électroniques aux fins d'un litige que des documents sur papier. L'intervention du personnel des services de TI des clients est souvent nécessaire pour mener à bien cette étape.

Pour assurer l'exécution efficace des recherches, les avocats doivent aussi comprendre les différentes sources de documents qui existent dans les systèmes informatiques d'un organisme donné et leurs objets. À ce stade, il est essentiel de s'entretenir avec le personnel des services TI ou des consultants dans ce domaine. Si l'avocat connaît la terminologie employée, il peut éviter bien des problèmes et erreurs. Par exemple, les documents électroniques utilisés couramment à des fins commerciales ou personnelles, comme le traitement de texte, les tableurs, les bases de données et les courriels, peuvent se trouver à plusieurs emplacements électroniques différents et sous divers formats. Une recherche complète doit également tenir compte des différentes sources suivantes :

- « **données actives** » : Il s'agit des données que les parties utilisent actuellement pour leurs opérations quotidiennes. Ce type de données est généralement facile à retrouver et consulter en utilisant les systèmes existants. Toutefois, parce que ces données sont activement utilisées, les avocats et les tribunaux peuvent se trouver confrontés au besoin de préserver l'intégrité de ces données aux fins du litige, de concevoir et de gérer des recherches pour éviter toute interruption des activités, et de trier les renseignements pertinents et non pertinents.
- « **données d'archives** » : Il s'agit des données organisées et entretenues en vue d'un stockage à long terme et de la tenue des dossiers. Certains systèmes permettent aux utilisateurs de récupérer directement des données d'archives, alors que d'autres nécessitent un matériel ou un logiciel spécial et l'intervention du personnel des services de TI⁵.

⁵ The Sedona Conference® Glossary For E-Discovery And Digital Information Management. Projet du groupe d'étude de la Sedona Conference® sur les meilleures pratiques relatives à la conservation et la production des documents électroniques (WG1) RFP+ Group, mai 2005.

- « **données de secours** » : Il s'agit de données semblables aux données d'archives, sauf qu'elles renvoient à une copie exacte des données du système, qui sert de source pour la récupération en cas de panne du système ou de catastrophe. Les données de secours sont généralement stockées séparément des données actives. Elles se distinguent des données d'archives tant sur le plan de la méthode que de la structure de stockage qui reflètent ses utilisations prévues. Elles ne sont généralement pas accessibles à des utilisateurs d'ordinateur habituels, et exigent une intervention spéciale (et souvent coûteuse) pour les rendre « lisibles ».

Les données d'archives et les données de secours constituent toutes deux des données et des renseignements électroniques recueillis dans un but particulier et peut-être à un moment donné. Cet objectif et les dates de création des données n'ont pas forcément un rapport avec le litige, et leur pertinence et exactitude doivent être évaluées dans cette perspective.

Les avocats et les magistrats devraient également savoir que certaines sources électroniques, telles que des pages Web ou des applications de base de données, sont continuellement mises à jour au fur et à mesure que de nouveaux renseignements sont affichés sur le site ou ajoutés au système. Il est important de localiser rapidement les documents, pour éviter que la copie active disponible soit différente des données telles qu'elles existaient à la date pertinente pour le litige. Les avocats devraient être prêts à demander à leurs clients de leur indiquer quelles versions disponibles constituent les meilleures preuves aux fins du litige.

Les documents les plus souvent demandés et produits dans un litige sont ceux qui ont été créés par des logiciels de traitement de texte, tableurs, courriels et autres programmes courants. Ces documents sont régulièrement utilisés et échangés dans des opérations commerciales et privées. Comme indiqué ci-dessus, il est normalement assez facile de reconnaître et de localiser ces documents. Toutefois, lorsqu'ils discutent avec le personnel TI, les avocats doivent savoir que beaucoup d'autres sortes de renseignements et de données existent dans les systèmes informatiques, et il faut en tenir compte pour évaluer leur pertinence. Il peut s'agir de documents moins conviviaux, comme des pages Web, des fichiers historiques de navigation qui retracent les mouvements d'un utilisateur entre les sites Web et les pages sur Internet, les registres d'utilisation des téléphones cellulaires et bien d'autres types de renseignements stockés sur des appareils informatiques dans leurs opérations quotidiennes. La plupart des utilisateurs ne savent même pas que ces documents existent.

Par ailleurs, il peut y avoir des données ou des renseignements cachés concernant des documents électroniques qui devraient être pris en compte, en particulier si un document soulève des problèmes de source ou d'authenticité. La jurisprudence suggère que des données ou renseignements qui sont facilement compilés en un format consultable, sur écran ou sur papier, entrent potentiellement dans la définition de « document », au sens de la règle 30.01 des Règles de procédure civile. Là aussi, il est essentiel de bien comprendre les concepts et la terminologie concernés.

- « **métadonnées** » : Il s'agit des renseignements électroniques qui sont enregistrés dans le système au sujet d'un document particulier, décrivant son format, comment, quand et par qui il a été créé, sauvegardé, évalué ou modifié. Par exemple, la plupart des logiciels de traitement de texte enregistrent qui a créé ou modifié un document, ainsi que les dates et heures des révisions apportées au document. La plupart des logiciels de courriel enregistrent les dates et heures de création, d'envoi, d'ouverture et de sauvegarde des courriels, ainsi que les noms de l'expéditeur et des destinataires directs et cachés. Les utilisateurs ne voient pas toujours ces renseignements qui apparaissent sur la copie imprimée du document dans l'exercice ordinaire des activités. Toutefois, les métadonnées sont facilement accessibles. Elles peuvent être extraites par des recherches ou l'impression si elles sont pertinentes pour le litige. Les métadonnées peuvent concerner directement le litige ou appuyer l'authenticité et l'admissibilité en preuve de documents électroniques auxquels elles se rapportent, si ce point est contesté. En conséquence, il ne faut pas sous-estimer l'importance de ces données⁶.
- « **données résiduelles** » : Il s'agit de tout renseignement qui reste stocké dans un système informatique après que le document a été effacé. L'ordinateur ne vide pas nécessairement le disque ou l'espace mémoire dans lequel le document a été sauvegardé. Il se contente de l'« étiqueter » comme réutilisable par le système. Les données « effacées » ne disparaissent réellement que lorsque cet espace est réutilisé. Ainsi, les documents effacés ou les fragments de documents effacés sont souvent récupérables quelques temps après qu'ils ont été « effacés ». Ces données fournissent des renseignements sur un document, et parfois sur les changements qui ont été successivement apportés au document qui n'existe plus autrement. Ce genre de renseignements n'est récupérable qu'en utilisant des méthodes spéciales, dites « judiciaires », et ils n'ont généralement pas beaucoup d'importance dans un litige.
- « **données dupliquées** » : Elles sont créées lorsqu'un programme logiciel, tel que le traitement de texte, produit périodiquement des documents de secours d'un document ouvert (p. ex., toutes les cinq minutes) pour faciliter la récupération du document en cas de panne de l'ordinateur. Chaque fois que le programme crée un nouveau document de secours, le document de secours précédent est effacé ou étiqueté comme réutilisable.

Les avocats doivent comprendre les différentes sortes de documents électroniques qui existent et leurs caractéristiques, afin d'évaluer leur pertinence et de savoir où les trouver dans un cas donné. Sans les conseils de leurs avocats à ce sujet, les parties à un litige ne seront probablement pas capables de décider quels renseignements et données électroniques sont pertinents à leur litige et de les localiser.

(ii) **Préservation des documents stockés électroniquement**

⁶ The Sedona Conference® Glossary For E-Discovery And Digital Information Management. Projet du groupe d'étude de la Sedona Conference® sur les meilleures pratiques relatives à la conservation et la production des documents électroniques (WG1) RFP+ Group, mai 2005.

Le devoir d'une partie de préserver les documents stockés électroniquement qui sont pertinents à un litige envisagé ou menacé naît dans les mêmes circonstances que pour des documents sur papier.

Cependant, la discussion et la terminologie présentées ci-dessus soulignent certains problèmes particuliers de préservation des documents électroniques et proposent des solutions. La Section C ci-dessous fournit des conseils précis. Voici quelques exemples de problèmes pratiques que peut causer le manque de compréhension du sujet et une liste des solutions existantes :

- Même si les documents électroniques ou les supports qui les contiennent sont considérés comme obsolètes par le client par rapport à ses systèmes existants, il se peut qu'ils soient « récupérables » sous un format lisible par des méthodes spéciales dites « judiciaires ». Les coûts engagés, au moins pour bon nombre des méthodes utilisées couramment, ont baissé au point qu'elles soient rentables dans un nombre croissant de types de litiges différents.
- Des métadonnées pertinentes peuvent exister au moment où un document électronique ou une source est retrouvé, mais être modifiées ou simplement perdues pendant que des copies des documents pertinents sont effectuées aux fins du litige. Ce risque est évitable, car il existe des techniques relativement bon marché pour faire des « copies judiciaires » ou des « images miroir » qui sont spécifiquement destinées à préserver l'intégrité des métadonnées ou à capturer les métadonnées pertinentes des documents sources originaux avant qu'elles ne soient copiées.
- En préservant des documents de site Web, sous format électronique, au lieu de les imprimer simplement à un moment donné, une partie peut, à un coût modique, recréer électroniquement le site Web dans une salle d'audience, dans le but de démontrer dynamiquement les liens pertinents et les caractéristiques spéciales qui formaient le site au moment où le litige est né.
- Des politiques formelles de conservation des documents sont apparues relativement récemment et même aujourd'hui, elles restent rares, sauf dans les grands organismes les plus sophistiqués. Par ailleurs, des bonnes pratiques de travail résultent parfois en la destruction de documents électroniques pertinents : par exemple, l'habitude d'effacer des courriels ou d'omettre de créer des documents de secours afin de libérer de l'espace de stockage. Pour ces raisons, il est souvent nécessaire de s'entretenir rapidement avec le personnel des services de TI afin d'éviter que des documents soient effacés après qu'un litige a été envisagé ou introduit.

Ces exemples illustrent parfaitement l'importance, pour les avocats, les parties et les tribunaux, de comprendre d'abord les caractéristiques des documents électroniques et les concepts et la terminologie liés à la communication des documents électroniques, afin de se conformer à l'obligation de préserver des données et renseignements électroniques aux fins d'un litige.

(iii) Examen des documents électroniques

Les explications fournies ci-dessus au sujet des différences entre les documents électroniques et les documents sur papier s'appliquent également aux méthodes d'examen des documents électroniques aux fins d'un litige.

L'examen des documents électroniques est essentiel, en premier lieu, pour séparer les documents pertinents, qui devraient être produits, des documents non pertinents qui ne devraient pas l'être. Il peut être tout aussi préjudiciable pour les intérêts du client de produire trop de documents électroniques inutiles que de ne pas produire assez de documents pertinents.

Toutefois, le volume et les particularités des documents électroniques peuvent constituer des obstacles à un examen efficace des documents, pour un certain nombre de raisons :

- Bon nombre d'institutions et d'entreprises sauvegardent périodiquement une copie de leur système au complet sur des cassettes de secours, et certaines les conservent pendant très longtemps. Les cassettes de secours peuvent stocker une quantité impressionnante de données, qui peuvent être organisées aux fins de rétablissement après une catastrophe, plutôt que pour l'usage normal. Il faut souvent les reconvertir en un format consultable, avant qu'elles ne soient prêtes pour une recherche ou l'impression aux fins d'évaluer leur pertinence. Le volume et l'organisation des données d'archives et des données de secours, et les coûts de la conversion, peuvent être des obstacles importants à la production, surtout si la restauration nécessite le traitement d'une série complète de cassettes de secours.
- Selon les politiques de conservation des documents mises en place par l'organisme, les documents obtenus (bien que complets et exacts pour l'objectif pour lequel ils ont été stockés) peuvent être incomplets ou insuffisants pour refléter le statut de ces mêmes documents à l'époque pertinente au litige.
- Les documents peuvent aussi contenir des doubles. Les documents électroniques peuvent être facilement reproduits et, comme indiqué ci-dessus, des copies d'un même document peuvent être stockées à différents endroits dans l'exercice des activités courantes. En conséquence, même si un utilisateur a effacé sa copie, il en existe d'autres à d'autres endroits, souvent sans que l'utilisateur le sache.
- Des versions antérieures (dont des ébauches) ou des versions postérieures peuvent encore exister. À moins qu'elles ne soient clairement marquées, ou mieux, à moins que les métadonnées pertinentes aient été préservées, il peut être impossible de distinguer entre la version antérieure et la version postérieure, et de savoir quelle version se rapporte aux dates et aux questions visées par le litige.
- Comme même les métadonnées peuvent, dans certains cas, contenir ou révéler des renseignements protégés, secrets ou confidentiels, un organisme peut décider de les examiner séparément avant de produire les documents.

Une fois que les fichiers sont rassemblés dans un format consultable, il peut être excessivement long et coûteux d'essayer de retrouver manuellement des documents précis. Selon les documents et la technologie utilisée, cependant, les outils de recherche automatisés peuvent être utiles. Les nouvelles technologies ont considérablement facilité la communication des documents électroniques en permettant de convertir certains documents créés électroniquement d'un format numérique en un autre, en grandes quantités, et souvent à un prix modique. Dans certains cas donc, les avocats et les clients ne se retrouvent plus confrontés à des coûts prohibitifs et à des obstacles technologiques lorsqu'ils doivent examiner des documents électroniques et faire des recherches, surtout dans les nombreuses formes courantes de documents électroniques, comme le courriel.

Dans certains cas, toutefois, même les outils électroniques existants ne permettent pas de procéder, de façon rentable ou opportune, à un examen complet en vue de la production des documents dans le cadre d'un litige. Les avocats et les magistrats, dans ces circonstances, doivent tenter de parvenir à une entente ou de se mettre d'accord sur des modalités qui seront intégrées à une ordonnance judiciaire, et qui ciblent les données et les renseignements les plus pertinents.

(iv) Production des documents sous format électronique

La question que les avocats sont de plus en plus appelés à traiter (et que les tribunaux peuvent être amenés à trancher) est de savoir si les parties peuvent simplement imprimer les données électroniques telles que des courriels, ou si elles sont obligées de les communiquer à la partie adverse sous format électronique. La réponse peut exiger l'examen d'intérêts concurrents⁷.

Afin d'optimiser les avantages de la communication des documents électroniques, les tribunaux et les membres de la profession doivent se familiariser avec diverses questions, comme par exemple : quelles circonstances exigent la production de documents électroniques et non de documents sur papier; comment allouer équitablement les coûts de la production; comment s'assurer que les documents produits par voie électronique sont compatibles avec la technologie utilisée au tribunal pour faciliter la production au procès; comment prévoir une version expurgée des documents protégés et non pertinents sous format électronique; comment procéder à la conservation appropriée des dossiers électroniques.

⁷ Par exemple, de nombreux documents électroniques ne contiennent pas seulement du texte imprimable. Dans une application de base de données, les renseignements individuels n'ont aucune importance s'ils ne sont pas produits dans leur contexte ou environnement, et la capacité de manipuler des renseignements pertinents à l'aide de l'application de logiciel original dans lequel le document a été créé, peut être très utile. Toutefois, une base de données peut souvent contenir des données inutiles, confidentielles et même protégées, aux côtés de données pertinentes, ou il se peut aussi que l'application de logiciel ne soit pas disponible sur le marché ou accessible par des tiers. Dans ces cas, des « rapports » standard ou personnalisés affichant les renseignements pertinents avec le contexte, dans un format consultable, peuvent être générés, sans avoir à produire tout le système.

Ces questions sont grandement tributaires de l'existence de nouvelles technologies, et de leur utilisation croissante par les avocats et les tribunaux. La plupart des logiciels de soutien prévoient l'exportation des documents à produire dans des formats que le destinataire peut intégrer à un outil de soutien de son choix. Bon nombre de ces outils sont conçus pour produire des versions correctement expurgées des documents⁸, pour faciliter la création de champs spéciaux aux fins de la production des métadonnées pertinentes, et pour permettre à l'utilisateur de sélectionner les champs qui seront exportés.

De même, de larges volumes de documents sur papier peuvent être balayés par scanner comme des fichiers images, et échangés sur CD ou par le biais d'un logiciel sur Internet, souvent à des coûts moindres que la photocopie. Cette option est particulièrement utile dans les litiges faisant participer de multiples parties et lorsque les parties ont la possibilité de partager les coûts du balayage. Avec l'aide des outils de logiciels existants, il est plus facile de stocker, d'organiser, de gérer les documents balayés électroniquement et de faire des recherches dans ces documents, que des volumes équivalents de documents sur papier. Ces progrès permettent rapidement de réduire les coûts et les obstacles technologiques pour les affaires entraînant un nombre important de documents, même lorsque les documents sources du client existent sur papier.

Toutefois, l'utilisation de ces nouveaux outils et méthodes est encore limitée, et parfois inconsistante, parmi les avocats et les magistrats. Les présentes lignes directrices ont pour objectif d'encourager l'utilisation de la technologie dans le processus d'enquête préalable, car elle a pour avantage de maîtriser les coûts et d'améliorer l'efficacité du processus d'enquête préalable pour les avocats et les parties.

C. Principes qui devraient guider le processus de communication des documents électroniques

(i) Communication des documents électroniques

Principe 1 : ***Les documents électroniques contenant des données et des renseignements pertinents peuvent être communiqués conformément à la Règle 30.***

Commentaire : Dès qu'un litige est annoncé ou envisagé, il est essentiel que les parties et les avocats ne se limitent pas à des recherches dans les documents sur papier et qu'ils se demandent s'il existe des données et des renseignements électroniques qu'il faudrait produire. Les parties doivent prendre des mesures raisonnables pour localiser et préserver les documents électroniques contenant des données et des renseignements que l'on peut

⁸ L'avocat qui utilise ces outils devrait s'assurer que les suppressions sont insérées de façon permanente dans la copie d'un document produite, et qu'elles ne peuvent pas être « annulées » électroniquement. L'avocat doit aussi s'assurer que, si une version texte intégral ou ROC des documents est également produite, cette version, ainsi que l'image, sont expurgées.

raisonnablement considérer comme pertinents au litige. De plus, les parties devraient se demander quels documents pertinents se trouvent en possession des autres parties, qui devraient être préservés aux fins de la production dans le cadre du litige

Principe 2 : ***Les obligations des parties en rapport avec la communication des documents électroniques varient et dépendent de plusieurs facteurs : (i) les coûts, le travail et le retard qui risquent d'en résulter; (ii) la nature et la portée du litige, l'importance des questions en litige, et les montants en jeu; (iii) la pertinence des documents électroniques existants et à leur importance pour la décision du tribunal dans un cas donné.***

Commentaire : Ce principe est conforme à la Règle 1.04 (1) et à l'objectif de trouver la façon la plus juste, rapide et rentable de régler le litige au fonds.

Même si tous les documents ont été produits sur papier, des versions électroniques des mêmes documents peuvent contenir des métadonnées pertinentes qui risquent de ne pas apparaître sur une version imprimée ou balayée du document. Les métadonnées peuvent être directement pertinentes pour le litige, ou le devenir lorsqu'un différend surgit en rapport avec l'origine ou l'authenticité d'un document. Dans une situation de ce genre, il peut aussi être nécessaire de produire les métadonnées pertinentes sous une certaine forme. Les parties devraient se demander s'il est préférable de produire l'intégralité du document, avec les métadonnées, sous forme électronique⁹.

Au nombre des questions qu'il faut se poser au moment de décider s'il y a lieu d'exiger l'utilisation de techniques judiciaires pour récupérer des sources de secours ou obsolètes, il convient de mentionner non seulement les coûts,

⁹ Exemple d'une affaire où le tribunal a ordonné le recours à des cassettes de secours : la décision américaine *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 2003 W.L. 21087884 (S.D.N.Y. May 13, 2003). Il s'agit d'une action alléguant la discrimination fondée sur le genre et des représailles illégales, où avait été déposée une demande d'obtention d'une ordonnance exigeant de l'UBS qu'elle produise divers courriers électroniques qui n'existaient au moment de la procédure que sur des cassettes de secours et autres supports d'archives. En dépit du fait que l'UBS avait déjà produit approximativement 100 pages de courriels, Zubulake croyait qu'elle en possédait d'autres parce qu'elle-même avait produit approximativement 450 pages de courriels. Le tribunal a conclu que l'UBS devait produire des preuves tangibles du contenu des cassettes de secours sous la forme d'un échantillon. L'UBS a donc reçu l'ordre de produire des courriels de réponse enregistrés sur l'une des cinq cassettes de secours sélectionnées par le plaignant. L'UBS a aussi dû préparer un affidavit détaillant les résultats de sa recherche, ainsi que le temps consacré à la recherche et son coût. Après la production des courriels pertinents provenant des cassettes de secours fournies, l'UBS a reçu l'ordre de restaurer les cassettes de secours et de produire les courriels de réponse contenus dans ces cassettes. L'affaire laisse entendre que lorsqu'une partie utilise des preuves autorisées pour convaincre le tribunal que des documents n'ont pas été produits et que ces documents sont probablement stockés dans un disque dur ou un autre support de stockage des données électronique, comme des cassettes de secours, alors que la partie en possession de l'ordinateur affirme qu'elle a imprimé ou produit tout ce qu'elle avait en sa possession, la seule solution serait d'autoriser l'inspection du support de stockage lui-même ou la restauration des documents stockés sur les cassettes de secours.

la quantité potentielle, la convivialité, la fiabilité et la pertinence des renseignements, mais également les aspects suivants :

- La partie juge-t-elle que les documents provenant de sources électroniques ou sur papier sont raisonnablement complets;
- La partie a-t-elle élaboré des règles en matière d'impression ou de conservation des documents importants sous forme électronique, et l'exécution de ces règles est-elle assurée;
- Les sources de secours et les sources obsolètes sont-elles disponibles et complètes.

Les parties devraient appliquer les méthodes les plus rentables pour localiser, préserver, examiner et produire des documents électroniques. Il peut être plus facile d'effectuer une recherche dans des documents électroniques que dans des documents imprimés ou balayés, ce qui signifie que la production des documents électroniques peut être plus rentable que la production des documents imprimés.

Les coûts à prendre en compte sont, selon les cas : les honoraires d'avocat et des consultants nécessaires, le matériel, les logiciels ou autres installations ou services requis (i) pour récupérer des documents électroniques ou les rendre consultables; (ii) pour effectuer des recherches dans des documents de divers formats afin d'y retrouver des renseignements pertinents et les séparer des renseignements non pertinents; (iii) pour déterminer si des documents pertinents sont protégés; (iv) pour communiquer les documents aux autres parties; (v) pour les produire en preuve durant l'étape de l'enquête préalable ou de l'instruction. En évaluant le travail et les retards attendus, il faudrait aussi tenir compte du risque que des différends surgissent à n'importe quelle étape du processus.

En examinant la pertinence et l'importance des documents électroniques existants, il faut évaluer leur admissibilité et leur mode de preuve à titre de preuves.

Principe 3 : ***Dans la plupart des cas, les sources principales de documents électroniques devraient se limiter aux données actives des parties, et à tout autre renseignement qui était stocké en prévision d'une future utilisation, et qui peut être facilement recherché et récupéré.***

Commentaire : L'étendue des recherches nécessaires pour retrouver les données et documents électroniques pertinents doit être raisonnable. Il n'est ni raisonnable ni pratique d'exiger que les parties au litige passent en revue immédiatement ou continuellement toutes les sources potentielles de

documents électroniques afin de les localiser, de les préserver et de les produire dans le cadre du processus d'enquête préalable¹⁰. Certaines sources peuvent contenir des documents dupliqués ou des renseignements et des données redondants. D'autres peuvent contenir très peu de documents pertinents, si ce n'est aucun, ou une quantité impressionnante de données et de renseignements qui ne sont pas pertinents au litige.

Ce principe repose sur l'idée que, pour la plupart des litiges, les données et les renseignements les plus pertinents seront ceux qui sont consultables par les utilisateurs d'ordinateur, et ceux qui sont échangés entre les parties, dans l'exercice normal de leurs activités. Il s'agit ordinairement des données actives, mais le principe englobe également des données d'archives qui sont facilement accessibles et pas encore obsolètes. Les parties doivent faire preuve de bon sens et de bonne foi pour localiser les données d'archives actives et actuelles qui pourraient faire l'objet de la communication de documents électroniques.

Toutefois, si une partie sait (ou devrait raisonnablement savoir) que certains renseignements ou données pertinents ne peuvent être obtenus que d'une source autre que des sources de données d'archives actives et existantes, il faudrait au moins préserver cette source et l'indiquer dans l'affidavit de documents pour production éventuelle, en l'absence d'une entente entre les parties ou d'une ordonnance du tribunal.

Principe 4 : ***La partie intimée ne devrait pas être tenue de chercher, d'examiner ou de produire des documents qui sont effacés ou cachés, ou des données résiduelles, telles que des fichiers fragmentés ou écrasés, en l'absence d'une entente ou d'une ordonnance judiciaire fondée sur un besoin démontré ou la pertinence.***

Commentaire : À moins que les parties ne sachent, ou ne doivent raisonnablement savoir, que des données résiduelles ou dupliquées, ou tout autre document qui n'est accessible que par des moyens judiciaires, sont disponibles et pertinentes, il n'est pas besoin de les préserver ou de les produire.

Si ces données sont considérées comme pertinentes, les parties devraient demander leur préservation le plus tôt possible, afin d'éviter qu'elles ne soient effacées accidentellement ou que des allégations de destruction délibérée ne soient portées.

¹⁰ Dans la décision *Dulong c. Consumer Packaging Inc.*, (2000) O.J. 161 (Q.L.), (21 janvier 2000, protonotaire de l'Ontario), le tribunal a jugé que la demande faite à la société défenderesse de chercher un courriel concernant les questions en litige dans tout son système informatique avait été correctement refusée au motif qu'une recherche de cette envergure « serait opprimante eu égard à l'étendue des activités commerciales de la défenderesse ».

(ii) Préservation des documents électroniques

Principe 5 : ***Dès qu'un litige est anticipé ou annoncé, les parties devraient immédiatement prendre des mesures raisonnables et de bonne foi pour préserver les documents électroniques pertinents. Cependant, il n'est pas raisonnable d'attendre des parties qu'elles prennent chaque mesure concevable en vue de préserver tous les documents potentiellement pertinents.***

Commentaire : L'obligation de préserver les documents électroniques pertinents s'applique aux deux parties. Les avocats devraient aviser leurs clients de cette obligation le plus tôt possible, en leur expliquant les étapes qu'il serait prudent ou nécessaire de suivre pour s'assurer que les documents sont « mis en suspens en vue du litige ».

Exemples de mesures à prendre :

- (i) Recueillir toutes les politiques pertinentes en matière de conservation, de préservation, d'archivage et de destruction des documents;
- (ii) Donner des instructions appropriées au personnel, ou au moins aux employés pertinents, pour qu'ils cessent ou suspendent toute activité personnelle qui pourrait causer la destruction ou la modification des documents électroniques pertinents, comme l'effacement des courriels entrés ou archivés;
- (iii) Créer des copies de sources de données actives aux fins du litige, par exemple en créant des copies électroniques de sources ou judiciaires des documents, de façon à préserver les métadonnées potentiellement pertinentes;
- (iv) Cesser ou suspendre l'écrasement des cassettes de secours et toute autre pratique de conservation des documents qui pourrait causer la destruction ou la modification des documents électroniques pertinents dans l'exercice normal des activités.

S'il y a lieu, les politiques de conservation des documents électroniques devraient être partagées afin que les deux parties sachent quels documents électroniques existent encore et quels documents ne sont plus accessibles. À cette fin, il pourrait être nécessaire de divulguer la procédure et le cycle de sauvegarde de secours électronique pour chaque système et la procédure d'archivage des documents électroniques. Les parties devraient également envisager de partager toute la liste disponible de dossiers électroniques stockés ailleurs ou en dehors du système. Le partage d'information aidera

les deux parties à déterminer quels documents doivent être préservés aux fins du litige, et les mesures à prendre pour assurer leur préservation.

Principe 6 : ***Les parties devraient s'aviser mutuellement de préserver les documents électroniques le plus tôt possible, car les documents électroniques peuvent se perdre dans l'exercice normal des activités.***

Commentaire : Lorsque les parties ou les avocats craignent que certains documents électroniques pertinents au litige qui existent ou pourraient exister soient effacés ou modifiés dans l'exercice ordinaire des activités, ils doivent immédiatement en aviser le client ou la partie adverse et demander que des mesures appropriées soient prises pour préserver les documents.

Les avocats devraient également se demander, le plus tôt possible, si des tiers pourraient être en possession de données électroniques pertinentes et, dans l'affirmative, quelles mesures devraient être prises pour les préserver.

Principe 7 : ***Les parties devraient discuter du besoin de préserver ou de produire des métadonnées le plus tôt possible. Si une partie considère des métadonnées pertinentes, elle doit en aviser immédiatement l'autre partie.***

Commentaire : Selon les circonstances de l'affaire, certaines métadonnées peuvent être essentielles ou complètement inutiles. La pertinence des métadonnées est une question délicate, pour les raisons suivantes : (i) elles sont facilement modifiables, intentionnellement ou accidentellement, par exemple si des « copies » non judiciaires des documents électroniques sont faites aux fins du litige; (ii) elles peuvent être pertinentes soit directement pour une question en litige soit pour tout autre différend concernant l'authenticité, l'admissibilité et la preuve de documents électroniques pertinents auxquels elles sont liées; (iii) parfois, les métadonnées peuvent conduire à des conclusions inexactes, par exemple dans une situation où un document est créé à partir d'un « formulaire » standard, qui identifie l'« auteur » du formulaire, mais pas la personne qui a rédigé le document lui-même ou le document qui en résultera.

Les métadonnées liées à des courriels sont pertinentes, et même nécessaires pour énumérer avec précision des documents dans un affidavit de documents. Les parties devraient normalement s'attendre à ce que ce type de métadonnées soient préservées et produites au litige. Pour bon nombre d'autres types de métadonnées, cependant, ce genre de données est technique, et des techniques judiciaires sont nécessaires pour les extraire. La pertinence de ce type de métadonnées est généralement limitée à des genres particuliers de litige, ou à des documents particuliers : par exemple, l'historique des révisions apportées aux documents peut être pertinent dans une affaire de fraude, ou dans le cas d'un contrat particulier

ou d'autres documents visés par le litige. Il arrive rarement, si ce n'est jamais, qu'une correspondance normale prouve un point contesté.

D'une façon générale, ce n'est que si la partie qui produit sait ou devrait raisonnablement savoir que des métadonnées particulières sont pertinentes au litige, qu'elles doivent être préservées. Toutefois, les parties au litige doivent examiner les réclamations et les défenses avant de décider si des métadonnées sont pertinentes. Les organismes ne devraient pas automatiquement sous-estimer les avantages potentiels de la préservation des métadonnées pour assurer l'authenticité des documents et empêcher la création frauduleuse de preuves¹¹. Les parties et leurs avocats devraient réfléchir dès le début du litige au besoin de préserver et de produire des métadonnées, et être prêts à discuter de cette possibilité avec les parties adverses et leurs avocats.

(iii) Discussions préparatoires à l'enquête préalable entre avocats : définir l'étendue des obligations de communication des documents électroniques

Principe 8 : ***Les avocats devraient se rencontrer, dès que possible et régulièrement, pour discuter de l'emplacement, de la préservation, de l'examen et de la production des documents électroniques. Ils devraient tenter de se mettre d'accord sur l'étendue des droits et obligations de chaque partie en rapport avec la communication des documents électroniques et établir un processus de communication.***

Commentaire : En abordant assez tôt la question de la communication des documents électroniques, les parties au litige se donnent la possibilité de régler tout désaccord avant qu'il ne prenne de l'ampleur. Les points à aborder sont les suivants : (i) la période visée, (ii) l'identité des personnes susceptibles d'avoir créé ou reçu des documents électroniques pertinents au cours de cette période, (iii) les systèmes et supports informatiques qui existaient à cette époque et qui existent toujours, (iv) les documents électroniques qui peuvent et devraient être préservés, (v) les documents électroniques qui peuvent être accessibles et consultés sans trop de frais, (vi) les recherches qu'il faudrait effectuer pour retrouver les documents pertinents, y compris les « mots clés » à utiliser, (vii) sous quelle forme les

¹¹ Nonobstant ce point, il peut être bénéfique sous divers points de vue de préserver d'une façon générale les métadonnées. Premièrement, cela évite tout risque d'allégation de modification volontaire ou accidentelle des preuves. Deuxièmement, la préservation des documents dans leur format électronique original préserve normalement les métadonnées connexes, sans effort ou coût supplémentaire. Troisièmement, l'omission de préserver et produire des métadonnées peut priver la partie qui produit de la possibilité de prouver ou de contester plus tard l'authenticité du document au cas où les métadonnées seraient importantes à cet égard. Enfin, la suppression systématique de certaines métadonnées peut résulter en des coûts additionnels inutiles, alors que la préservation de ces données ne coûte pratiquement rien dans de nombreux cas.

documents pertinents devraient être produits. Certains cas particuliers peuvent soulever d'autres genres de questions.

Il peut être utile de créer des listes de vérification des points à examiner durant une conférence préparatoire à la communication des documents électroniques afin de minimiser les risques de conflit ou de modification ou destruction involontaire des documents électroniques. Les avocats devraient aussi être prêts à aborder ces questions avec le tribunal au début de la procédure, chaque fois que le système de gestion de la cause ou d'autres règles permettent de le faire avant que des conflits ne surgissent.

Il serait bénéfique pour les parties que les avocats se mettent d'accord sur un plan de communication des documents électroniques. Comme ces documents ne sont pas tangibles, il existe plusieurs options de communication des données. Il faut en parler avec les parties et peut-être même avec le tribunal. Les avocats doivent décider comment les documents électroniques seront produits, et établir leur format, leur numérotation et leur entretien. Les avocats peuvent aussi aborder la question de l'admissibilité, de la preuve, des données à expurger et de la suppression des renseignements protégés.

La partie qui demande la production devrait préparer une liste détaillée des renseignements qu'elle recherche, en précisant les sources, le format et le mode de communication des renseignements. Si elle demande des données dans leur format original, elle doit préciser les caractéristiques qui doivent être préservées. Afin de réduire le risque de malentendus, les avocats peuvent décider d'échanger des échantillons de données ou des quantités limitées de données pour s'assurer que ce sont bien les données recherchées, avant d'engager les frais de la production des documents au complet.

La partie qui produit les documents devrait être en mesure de produire un affidavit ou un autre document détaillant le processus d'acquisition des données et décrivant le traitement des données préalable à la production. Par exemple, une partie peut décider de passer au crible les courriels afin de supprimer les renseignements personnels, non pertinents ou dupliqués. Bien que cette étape soit tout à fait appropriée, les parties qui en font la demande doivent savoir quelles normes ont été utilisées pour procéder à l'examen de ces données. Par exemple, des courriels identiques envoyés à différentes boîtes aux lettres sont-ils considérés comme des doubles¹²?

Les parties et les avocats devraient également s'informer sans tarder de tout problème raisonnablement anticipé en rapport avec leurs droits et obligations respectifs ou avec le processus de communication des

¹² "A Practical Guide to Electronic Discovery in Construction Disputes", Howard W. Ashcraft, Jr., Hanson, Bridgett, Marcus, Vlahos & Rudy, San Francisco, É.-U.

documents électroniques. Exemples de points à soulever : (i) la description des données potentiellement pertinentes susceptibles d'être détruites ou modifiées dans l'exercice normal des activités ou à cause de la politique de conservation des documents de la partie, (ii) les limites à l'étendue de la recherche proposée, (iii) toute demande de la partie adverse ou de son avocat jugée excessive, oppressive ou excessivement coûteuse, (iv) la réponse à tout changement proposé à l'allocation normale des coûts.

Les documents électroniques pertinents ou leurs sources qui ne sont plus disponibles devraient être indiqués à l'annexe C de l'affidavit de documents de la partie.

Principe 9 : ***L'étendue de la communication des documents électroniques devrait être définie par les parties et leurs avocats avant de commencer les interrogatoires oraux préalables. À cette fin, il est préférable que les demandes de préservation des documents électroniques présentées par les parties et les réunions préparatoires à la communication entre avocats expliquent le plus précisément possible ce qui est demandé, ce qui est produit et ce qui ne l'est pas, et les raisons des refus.***

Commentaire : Les parties peuvent souvent éviter toute controverse inutile au sujet de questions marginales en discutant dès le début de l'étendue potentielle de la communication et des coûts de la préservation et de la production des documents électroniques pertinents.

Dans de nombreux territoires américains, les problèmes liés à la portée de la communication de documents électroniques sont gérés par un processus de demandes écrites de production et de réponses, avant le début des interrogatoires préparatoires à l'instruction. Ce système est très bénéfique et peut éviter de nombreux problèmes, si les demandes et les réponses sont suffisamment détaillées et précises. Ces mêmes avantages peuvent être obtenus par la pratique ontarienne, si les problèmes sont abordés dans les mêmes détails par des demandes de préservation des documents électroniques et des discussions préparatoires à la communication entre les avocats tenues assez tôt, avant de commencer l'interrogatoire oral préalable.

Ces demandes et discussions devraient éviter de recourir à des formules générales qui demandent souvent l'ensemble des courriels, bases de données, documents de traitement de texte ou autres documents électroniques que la partie requérante peut décrire par catégorie. Il est préférable que les avocats ciblent des sources électroniques, des documents ou des périodes précis qui sont considérés comme importants au règlement de l'affaire. En mentionnant des documents électroniques précis et en comprenant quand et pourquoi des versions imprimées ou balayées ne

conviennent pas dans un cas particulier, les parties peuvent éviter les demandes générales et lourdes qui suscitent des objections générales et nécessitent l'intervention du juge.

Les parties devraient également indiquer le format dans lequel les documents électroniques doivent être produits.

Les parties ne devraient généralement pas exiger la production de matériel comme le disque dur d'un ordinateur. Ce sont des supports de stockage des données et ils peuvent être assimilés à des classeurs de rangement électronique. Cependant, seulement dans des circonstances exceptionnelles, les parties peuvent avoir besoin d'inspecter ce matériel. Par exemple, lorsqu'une partie a des motifs raisonnables de croire que des documents (ou des métadonnées concernant ces documents) n'ont pas été produits, et qu'ils sont probablement encore stockés dans le disque dur d'un ordinateur ou dans un autre support de stockage électronique, mais ce point est contesté et la seule solution est l'inspection du support de stockage lui-même, avec les protections qui s'imposent¹³.

Principe 10 : ***Il est possible de remplir l'obligation de produire des documents électroniques pertinents de bonne foi en utilisant des outils et des processus électroniques, tels que des échantillons de données, des recherches ou l'utilisation de critères de sélection, pour trouver les documents les plus susceptibles de contenir des données ou des renseignements pertinents.***

Commentaire : C'est surtout lorsque la recherche de documents électroniques pertinents doit se faire sur de vastes systèmes informatiques, contenant une énorme quantité de renseignements, dont des renseignements probablement inutiles, qu'il peut être peu pratique ou excessivement coûteux de passer en revue tous les renseignements pour vérifier s'ils sont pertinents ou protégés. Dans ces circonstances, il est raisonnable que les parties utilisent des techniques électroniques pour faire des recherches dans des sources de documents électroniques, afin de trouver les renseignements qui seront passés au crible pour vérifier s'ils sont pertinents et protégés. L'objectif devrait être de trouver le sous-ensemble des documents électroniques disponibles jugés les plus pertinents aux fins d'un examen détaillé.

Chaque fois que possible, les parties et les avocats devraient se mettre d'accord sur les méthodes de recherche, les critères de sélection et les termes de recherche qui seront utilisés. En l'absence d'une entente à cet

¹³ Ce type de recours, en cas d'opposition et de désaccord, n'est obtenu que par voie d'ordonnance, en vertu de l'article 101 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, sous la forme d'une injonction conforme à une ordonnance Anton Piller.

égard, les parties pourraient indiquer les limites aux recherches qu'elles ont effectuées et préciser l'étendue des renseignements qu'elles produisent, en mentionnant les sources ou documents qu'elles n'ont pas inclus dans leurs recherches.

(iv) Production des documents électroniques

Principe 11 : ***Les parties devraient se mettre d'accord, au début du processus litigieux, sur le format dans lequel les documents électroniques seront produits. Ils peuvent être produits dans un format électronique qui a les avantages suivants : (i) il permet de fournir des renseignements plus complets, (ii) il facilite l'accès à l'information dans le document, grâce aux techniques électroniques de lecture, de recherche ou d'utilisation des documents dans le processus litigieux, (iii) il minimise les coûts pour la partie qui produit, ou (iv) il préserve l'intégrité et la sécurité des données.***

Commentaire : Les parties doivent produire un document sous format électronique si, pour une raison relative au litige, il n'est pas suffisant de produire une version imprimée ou une version balayée par scanner.

Les parties et leurs avocats devraient privilégier le format électronique qui peut réduire les coûts.

Il est conseillé d'éviter la production d'un nombre élevé de documents dans un format qui est difficilement accessible. Des documents électroniques ne devraient pas être convertis en un autre format aux fins de la production, les versions sur papier ou balayées par scanner y compris, si ces versions rendent plus difficile l'accès aux documents. Lorsqu'une partie possède des documents consultables par recherche, comme une base de données électronique, ce format consultable devrait être remis aux autres parties, dans la mesure du possible. Toutefois, l'utilisation de versions sur papier ou de rapports peut être justifiée dans le cas de documents contenant des renseignements pertinents et non pertinents, si les renseignements pertinents ne peuvent pas être séparés dans un format consultable par recherche.

Dans les affaires mettant en jeu un volume important de documents, il peut être indiqué de numériser les documents ou de les organiser dans un système indexé. Les parties devraient alors convenir d'un protocole et du partage des coûts. Néanmoins, le format choisi devrait être soigneusement contrôlé pour éviter de perdre des renseignements protégés ou de produire des renseignements non pertinents. Comme indiqué, la plupart des logiciels de soutien au contentieux permettent l'exportation de séries de documents à produire, dans des formats importables par le récipiendaire dans l'outil de soutien au contentieux de son choix. Bon nombre de ces outils sont conçus

pour permettre à l'avocat de ne produire que les champs pertinents, avec les images expurgées des documents.

(v) Privilège

Principe 12 : ***Au moment le plus indiqué du processus d'enquête préalable, les parties devraient se mettre d'accord sur des mesures à prendre pour protéger les renseignements confidentiels et des autres objections à la production des documents électroniques.***

Commentaire : La communication des documents électroniques comporte, dans certaines circonstances, un risque plus élevé ou spécial de divulgation involontaire ou accidentelle de renseignements protégés. Exemples cités dans la doctrine et autres exemples anecdotaux :

- La production de volumes élevés de documents électroniques, à des fins de recherche électronique, comme des disques durs d'ordinateur ou des cassettes de secours;
- Une injonction Anton Piller, un mandat de perquisition ou une autre ordonnance imposant la production immédiate de documents à une partie adverse, sans examen préalable pour trouver des renseignements protégés.

Là encore, toutefois, comme ces exemples le laissent entendre, les problèmes de divulgation accidentelle ou involontaire de renseignements protégés ne sont pas nécessairement de nature différente pour la communication des documents électroniques que pour la production de copies papier. Au contraire, le risque est plus grand dans un contexte de divulgation de documents électroniques, simplement en raison du volume d'information en jeu ou de la difficulté à déterminer les renseignements protégés (lorsqu'ils prennent par exemple la forme de métadonnées protégées ou d'annexes d'un document autrement non protégé). Ce risque accru est important, car les conséquences d'une divulgation accidentelle ou involontaire sont graves, potentiellement pour les deux parties, sans compter le risque de disqualification de l'avocat concerné.

Les avocats devraient discuter de la façon de protéger les documents protégés dès le début du litige.

Les avocats devraient également reconnaître le fait qu'en cas de volume élevé des documents électroniques, la recherche des renseignements protégés peut prendre du temps. Les avocats devraient convenir de méthodes d'examen par ordre de priorité, d'une production rationalisée des renseignements non protégés, sans perte du privilège.

Des questions spéciales peuvent surgir dans le cadre d'une demande d'inspecter le matériel comme les disques durs d'ordinateur. Les parties devraient convenir d'une méthode de protection contre toute divulgation de renseignements privés et confidentiels, et de données personnelles protégées, en cas d'inspection de supports de ce genre.

(vi) Coûts

Principe 13 : ***En règle générale, conformément aux règles concernant la production des documents sur papier, en attendant la décision finale sur l'instance, les coûts intermédiaires de préservation, de récupération, d'examen et de production des documents électroniques seront assumés par la partie qui produit. L'autre partie sera tenue d'assumer le coût des copies des documents produits, à son propre usage. Toutefois, dans des circonstances spéciales, il peut être préférable pour les parties de convenir d'une allocation différente des coûts temporaire, par entente ou par ordonnance judiciaire.***

Commentaire : En Ontario, la présomption traditionnelle est que la partie qui produit est responsable des coûts de l'exécution de ses obligations dans le processus d'enquête préalable. Cependant, une fois que les documents sont prêts à être produits, la partie adverse prend en charge les coûts immédiats de la production des documents à son attention, comme par exemple les coûts de copies, de reliure et de livraison. Tout autre transfert de charges a lieu à la fin du litige. C'est à ce moment-là que la partie perdante peut être tenue de contribuer, entièrement ou partiellement, aux dépens (droits et débours) de la partie gagnante. Aux États-Unis, en revanche, le processus litigieux ne prévoit pas généralement de transfert des charges à la fin du litige, et met davantage l'accent sur le transfert des charges interlocutoire. Ainsi, la jurisprudence et les commentaires traitant des coûts dans ces territoires de compétence devraient être appliqués avec prudence, ou même pas du tout, en Ontario.

La communication des documents électroniques peut s'accompagner de coûts internes élevés pour le client, sans compter les honoraires d'avocats et les dépenses pour tout service sous-traité, tant à l'étape de la localisation et de l'examen des documents électroniques qu'à l'étape de la production. Il pourrait donc devenir important de clarifier les règles relatives aux coûts, afin que les coûts internes liés à la communication des documents soient considérés comme des débours récupérables, dans les cas qui s'y prêtent.

Étant donné que les coûts de la communication des documents électroniques assumés au départ par les parties qui produisent peuvent être élevés, ces parties peuvent adopter des stratégies de contrôle des coûts de

la communication des documents électroniques. Par exemple, la partie qui produit peut décider de limiter, soit par la négociation, soit par des aveux, soit par des motions, l'étendue et la portée de leurs obligations en matière de communication des documents électroniques. Elles peuvent aussi envisager de transférer entièrement ou partiellement les coûts à la partie qui demande les documents. De même, la partie qui produit a la possibilité de signifier à la partie qui demande la production une offre de transaction aux termes de la Règle 49, ou de demander une sûreté pour les dépens afin d'augmenter ses chances de récupérer les montants si elle finit par obtenir gain de cause.

Cependant, étant donné le potentiel d'obtenir une décision d'adjudication intérimaire des dépens dans le contexte de la communication des documents électroniques, la partie demandant la production des documents électroniques devrait examiner attentivement les coûts qu'entraîneraient ses demandes. Si elle finit par obtenir gain de cause, cette partie devrait au moins prendre en charge une partie importante des coûts liés à la communication des documents électroniques.

Conclusion : Le besoin de remanier continuellement les lignes directrices

Comme indiqué dans l'introduction, les lignes directrices devront être remaniées avec le temps au fur et à mesure des progrès technologiques et de l'évolution de la pratique, chez les avocats et les magistrats, en matière de communication des documents électroniques. Il est prévu d'afficher sur Internet, en temps voulu, les modifications aux lignes directrices ainsi que les documents de référence.

Le processus de développement est continu. Les membres du Barreau et les groupes intéressés devront faire preuve de leadership. Il sera particulièrement important d'obtenir les points de vue des groupes d'avocats dans les domaines des lésions corporelles, du commerce, de la propriété intellectuelle et d'autres types de litiges spécialisés. Les magistrats sont aussi invités à participer, par exemple, en fournissant des échantillons d'ordonnances et d'ententes qui ne seraient pas autrement mis à la disposition du public, afin d'illustrer les enjeux et pratiques visés.

ANNEXE A

Principes de Sedona pour la communication des documents électroniques

1. Les données et documents électroniques peuvent être communiqués en vertu de la règle fédérale de procédure civile 34, ou de dispositions légales d'État équivalentes. Les organismes doivent convenablement préserver les données et documents électroniques susceptible d'être raisonnablement considérés comme pertinents au litige.
2. Lorsqu'ils pèsent les facteurs coûts, efforts et besoin de données et de documents électroniques, les tribunaux et les parties devraient appliquer la norme d'évaluation énoncée à la règle fédérale de procédure civile 26 (b) (2) et aux dispositions légales d'État équivalentes, qui imposent de tenir compte de la faisabilité technologique et des coûts réalistes de la préservation, de la récupération, de la production et de l'examen des données électroniques, ainsi que de la nature du litige et de la valeur litigieuse.
3. Les parties devraient se réunir au début du processus d'enquête préalable pour discuter de la préservation et de la production des données et documents électroniques, si ces aspects sont litigieux, et se mettre d'accord sur l'étendue des droits et responsabilités de chaque partie.
4. Les demandes de communication des documents devraient préciser le plus clairement possible les documents et les données électroniques demandés, et les réponses et objections à la communication devraient divulguer l'étendue et les limites des documents produits.
5. L'obligation de préserver les données et documents électroniques exige des efforts raisonnables et de bonne foi en vue de conserver les renseignements qui pourraient être pertinents à un litige en instance ou anticipé. Toutefois, il n'est pas raisonnable d'attendre des parties qu'elles prennent chaque mesure concevable pour préserver toutes les données potentiellement pertinentes.
6. Les parties intimées sont les mieux placées pour évaluer les procédures, les méthodologies et les technologies indiquées pour préserver et produire leurs propres données et documents électroniques.
7. La partie qui demande la production assume la responsabilité, en vertu d'une motion à effets obligatoires de démontrer que les mesures prises par la partie intimée en vue de préserver et produire les données et documents électroniques pertinents étaient insuffisantes.
8. La source principale de données et de documents électroniques aux fins de production devrait se limiter aux données et renseignements actifs stockés en vue d'une utilisation future et se prêtant facilement à la recherche. S'il est nécessaire de faire appel aux cassettes de secours et à d'autres sources de données et

documents, la partie qui demande la production doit démontrer que le besoin et la pertinence de ces données dépassent le coût, les efforts et le dérangement que causeraient la récupération et le traitement des données de ces sources.

9. En l'absence de la preuve d'un besoin spécial et de la pertinence de ces renseignements, la partie intimée ne devrait pas être tenue de préserver, d'examiner ou de produire des données ou documents effacés, abandonnés, fragmentés ou résiduels.
10. La partie intimée devrait prendre des mesures raisonnables pour protéger les privilèges et les objections à la production de données et documents électroniques.
11. La partie intimée peut remplir son obligation de bonne foi de préserver et de produire des données et documents électroniques potentiellement pertinents en utilisant des outils et processus électroniques, tels que des échantillons de données, la recherche ou l'utilisation de critères de sélection, pour localiser les données les plus susceptibles de contenir des renseignements pertinents.
12. À moins que ce soit nécessaire au règlement du litige, il n'y a pas d'obligation de préserver et de produire des métadonnées en l'absence d'une entente entre les parties ou d'une ordonnance judiciaire.
13. En l'absence d'une objection précise, d'une entente entre les parties ou d'une ordonnance judiciaire, les coûts raisonnables de la récupération et de l'examen des renseignements électroniques aux fins de production devraient être pris en charge par la partie intimée, à moins que les renseignements demandés ne soient pas accessibles par la partie intimée dans l'exercice normal de ses activités. Si les données ou le format des renseignements demandés ne sont pas raisonnablement accessibles par la partie intimée dans l'exercice normal de ses activités, alors, en l'absence de circonstances spéciales, les coûts de la récupération et de l'examen de ces renseignements électroniques devraient être transférés à la partie qui demande la production.
14. Des sanctions, dont des conclusions de spoliation, ne devraient être envisagées par le tribunal que si, malgré l'indication d'un devoir de préservation, le tribunal conclut qu'une partie a fait preuve d'une omission intentionnelle ou insouciante de préserver et de produire les données électroniques pertinentes et qu'il y a une probabilité raisonnable que la perte des preuves ait causé un préjudice grave à la partie adverse.