

COUR DU BANC DE LA REINE DU MANITOBA

DIRECTIVE DE PRATIQUE

LIGNES DIRECTRICES CONCERNANT LA COMMUNICATION PRÉALABLE DE DOCUMENTS ÉLECTRONIQUES

Introduction

Bien que les documents électroniques soient inclus dans la définition de « document » à l'alinéa 30.01(1)a) des Règles de la Cour du Banc de la Reine, la Règle 30 concernant la communication et l'examen de documents n'envisage pas de processus de communication électronique. La communication électronique fait référence à la conservation, l'extraction, la divulgation et la production de documents de sources électroniques.

Les documents électroniques diffèrent des documents papier de nombreuses façons. Les documents électroniques sont maintenant beaucoup plus nombreux que les documents papier. Ils sont également plus faciles à copier et plus difficiles à détruire que les documents papier. Les documents électroniques sont liés à des renseignements de suivi (métadonnées) et peuvent être mis à jour automatiquement, contrairement aux documents papier. Pour avoir accès à un document électronique, un logiciel (qui peut devenir désuet) est nécessaire. Alors que les documents papier peuvent être conservés dans un classeur ou une boîte de rangement, les documents électroniques peuvent résider dans de nombreux endroits comme les disques durs des ordinateurs de bureau, les ordinateurs portatifs, les serveurs, les appareils numériques portatifs et sur des supports de stockage de données comme des disques compacts et des bandes de sauvegarde.

Les parties à des actions où il y a communication électronique devraient consulter le document intitulé « Les Principes de Sedona Canada concernant l'administration de la preuve électronique » et en tenir compte. Le groupe de travail Sedona Canada, composé d'avocats, de juges et de technologues, a consacré seize mois à l'étude approfondie des questions liées à la communication électronique au Canada, et a ensuite élaboré et produit le document exhaustif qui se trouve à l'adresse électronique suivante : <http://www.lexum.com/e-discovery/documents/LesPrincipesdeSedonaCanada200801.pdf>. Un bref énoncé des principes se trouve à l'annexe A.

Les lignes directrices qui suivent incorporent les principes de Sedona Canada concernant l'administration de la preuve électronique.

L'objectif de ces lignes directrices est de guider les avocats, les parties et la magistrature au cours du processus de communication électronique. Nous espérons que les lignes directrices offriront un cadre de travail approprié pour traiter de la façon d'effectuer une communication électronique, fondée sur des normes de pratique que la magistrature et le Barreau peuvent adopter et développer au fil du temps. Les lignes directrices ne sont pas conçues pour être exécutoires, comme le sont les Règles de la Cour du Banc de la Reine, bien qu'elles puissent appuyer l'exécution d'ententes entre les parties ou servir de fondement pour les ordonnances judiciaires. À ce stage, réglementer la façon dont la communication électronique est effectuée par l'édiction de règles détaillées serait improductif. Au moment opportun, au fur et à mesure qu'on acquiert de l'expérience dans ce domaine au Manitoba et ailleurs au Canada, on pourrait élaborer des règles spécifiques à la communication électronique.

Lignes directrices

Portée

Principe 1 : En général, et sous réserve des principes suivants, les documents électroniques qui sont pertinents à tout point en litige dans l'action doivent être divulgués conformément à la Règle 30 de la Cour du Banc de la Reine.

Commentaire :

Les documents électroniques sont inclus dans la définition de « document » à l'alinéa 30.01(1)a) des Règles de la Cour du Banc de la Reine et doivent par conséquent être divulgués conformément à la Règle 30 de la Cour du Banc de la Reine.

Principe 2 : Les obligations des parties quant à la communication et à l'inspection des documents électroniques, y compris les coûts liés à la localisation des documents électroniques, devraient être proportionnels à l'importance et à la complexité des questions en litige et des montants en jeu.

Commentaire :

Le concept de proportionnalité est un principe central des Principe de Sedona Canada concernant l'administration de la preuve électronique, qui vise à régler la question des délais et des coûts nuisant à l'accès à la justice. Ce principe est conforme au paragraphe 1.04(1) des Règles de la Cour du Banc de la Reine

dont l'objectif est d'assurer la résolution équitable sur le fond de chaque instance civile, de la façon la plus expéditive et la moins onéreuse.

L'application du principe de proportionnalité dépend, en premier lieu, des parties qui doivent discuter du concept de proportionnalité et essayer de s'entendre quand à son application à une action. Si les parties sont incapables de s'entendre et qu'une partie peut démontrer que la valeur probante vraisemblable d'un document est inférieure aux coûts associés à la localisation du document, la partie ne devrait pas être obligée de localiser le document en question.

Principe 3 : Dans la plupart des cas, l'endroit principal où chercher des documents électroniques devrait être les données actives et tout autre renseignement des parties qui ont été entreposés d'une façon qui anticipait l'utilisation commerciale ultérieure et qui permet encore une recherche et une extraction efficaces.

Commentaire :

L'étendue des recherches requises pour les documents électroniques pertinents doit être raisonnable. Il n'est ni raisonnable ni faisable d'exiger que les parties au litige examinent immédiatement ou toujours les sources possibles de documents électroniques lorsqu'ils les localisent, les conservent ou les produisent dans le cadre du processus de communication.

Pour la plupart des litiges, les documents électroniques pertinents seront ceux que les utilisateurs d'ordinateurs peuvent consulter et ceux qui sont échangés entre les parties dans le cours normal des affaires (données actives). Ce principe comprend également les données d'archives qui sont encore facilement accessibles (les documents électroniques organisés et conservés pour l'entreposage à long terme et la tenue de dossier).

Principe 4 : Une partie ne devrait pas devoir chercher, examiner ou produire des documents qui sont supprimés ou cachés ou des données résiduelles comme des fichiers fragmentés ou écrasés, à moins d'une entente ou d'une ordonnance fondée sur une pertinence ou des besoins démontrés. Dans certaines actions, une partie peut remplir ses obligations quant à la communication et à l'inspection des documents électroniques en utilisant des outils et des processus électroniques comme l'échantillonnage de données, la recherche ou l'utilisation de critères de sélection pour identifier les document les plus susceptibles de contenir des données ou des renseignements pertinents.

Commentaire :

Ce n'est qu'exceptionnellement que des documents électroniques supprimés ou éliminés seront des éléments déterminants dans une cause. Ainsi les données résiduelles ou d'archives n'ont pas besoin d'être conservées à moins d'une entente ou d'une ordonnance judiciaire. Dans une actions où des documents électroniques supprimés ou résiduels peuvent être pertinents, les parties devraient se transmettre cette information l'une l'autre au début du processus afin d'éviter la conservation inutile, la suppression accidentelle ou les plaintes de détérioration.

Les gros systèmes informatiques contiennent de vastes quantités de renseignements, dont la plupart ne sont probablement pas pertinents. Dans certaines actions, il peut par conséquent être peu pratique ou trop onéreux d'examiner tous les renseignements pour déterminer s'ils sont pertinents. Dans de telles circonstances, il est raisonnable que les parties utilisent des techniques électroniques ciblées pour effectuer des recherches dans les sources documentaires électroniques, lors de la collecte de matériel qui fera l'objet d'un examen détaillé pour ce qui est de la pertinence. L'objectif devrait être d'identifier pour un examen détaillé un ou des sous-ensembles de documents électroniques disponibles qui sont le plus susceptibles d'être pertinents.

L'application de ce principe dépend, en premier lieu, des parties qui devraient discuter de l'utilisation de techniques de recherche électroniques ciblées, et essayer de s'entendre sur ce sujet, y compris les critères de recherche à utiliser pour extraire les documents électroniques pertinents.

Préservation

Principe 5 : Dès qu'il y a possibilité ou menace de litige, les parties devraient immédiatement prendre de bonne foi des mesures raisonnables afin de préserver les documents électroniques pertinents.

- **Les parties devraient discuter du besoin de préserver les métadonnées aussi tôt que possible. Si une partie considère que les métadonnées sont pertinentes, elle devrait immédiatement en aviser l'autre partie.**

Commentaire :

L'obligation de préserver les documents électroniques pertinents s'applique aux deux parties dès qu'il y a possibilité ou menace d'un litige. Cependant, cette obligation n'est pas illimitée. L'étendue de ce qui doit être conservé et les mesures considérées raisonnables peuvent grandement varier selon la nature des plaintes et des documents en jeu. Une enquête raisonnable fondée sur la

bonne foi pour identifier et préserver les données actives et d'archives devrait suffire.

Les « métadonnées » sont des renseignements électroniques qui sont enregistrées par le système au sujet d'un document en particulier, concernant son format, ainsi que comment, quand et par qui il a été créé, sauvegardé, consulté ou modifié. Les parties devraient discuter le plus tôt possible du besoin de conserver les métadonnées et essayer de s'entendre à ce sujet.

Selon les circonstances de la cause, certaines métadonnées peuvent être essentielles ou se révéler totalement inutiles. Par exemple, il y aura des situations où les métadonnées sont nécessaires pour déterminer l'authenticité d'un document ou pour établir les faits substantiels dans un litige. Cependant, dans la plupart des causes, les métadonnées n'auront aucune force probante substantielle. Par exemple, il importe peu habituellement de savoir quand un document a été imprimé ou qui a saisi les révisions.

Principe 6 : En raison de la nature des documents électroniques, les parties devraient considérer si des tiers pourraient être en possession de documents électroniques pertinents et pourraient vouloir aviser de tels tiers quant la nécessité de conserver des documents électroniques le plus tôt que possible dans le processus parce que les documents électroniques peuvent se perdre dans le cours normal des affaires.

Commentaire :

Lorsqu'une partie anticipe qu'un certain document électronique existe ou pourrait exister en possession d'un tiers, qu'il est pertinent à une action et qu'il pourrait être supprimé ou modifié dans le cours normal des affaires, elle peut vouloir aviser la tierce partie de ce fait et demander que des mesures appropriées soient prises pour préserver le document électronique.

Production

Principe 7 : Lorsqu'un document électronique a été préservé sous forme électronique, il peut être produit sous forme électronique si cela (i) fournit des renseignements pertinents plus complets, (ii) facilite l'accès aux renseignements contenus dans le document, par voie de techniques électroniques pour consulter ou utiliser d'une autre façon le document, ou y faire des recherches, dans le processus de litige, (iii) minimise les coûts pour la partie qui fait la production, ou (iv) préserve l'intégrité et la sécurité des données.

Commentaire :

Les parties devraient discuter le plus tôt possible des questions liées à la production de documents électroniques et essayer de s'entendre à ce sujet.

Les parties doivent produire un document électronique en format électronique si, pour toute raison liée au litige, il n'est pas suffisant de produire une version papier ou balayée du document.

On encourage les parties à accepter la production de documents en format électronique lorsque cela peut mener à une conduite plus efficace du litige, y compris lorsque :

- a) une portion importante des documents devant être communiqués se compose de documents électroniques;
- b) le nombre total de documents devant être communiqués excède 1 000 documents ou 3 000 pages.

Pour des conseils sur les formats et les normes de production de documents en format électronique, les parties devraient consulter la directive de pratique intitulée « Ligne directrice sur l'utilisation de la technologie dans les litiges civils » qui se trouvent sur le site Web du tribunal à l'adresse suivante : www.manitobacourts.mb.ca/notices.ntml#qb

Coûts

Principe 8 : En général, les coûts provisoires de la préservation, de l'extraction, de l'examen et de la production des documents électroniques seront assumés par la partie ayant l'obligation de les communiquer. L'autre partie sera responsable des coûts provisoires afin de faire une copie des documents produits pour sa propre utilisation. Dans des circonstances spéciales, il pourrait être approprié que les parties s'entendent sur une répartition provisoire différente des coûts ou que la Cour l'ordonne.

Commentaire :

Ce principe correspond à la pratique suivie actuellement au Manitoba pour ce qui est des coûts liés à la divulgation et à la production de documents. Les circonstances spéciales auxquelles on fait référence dans ce principe pourraient inclure des situations où la divulgation entraîne des coûts extraordinaires pour la partie qui produit comme la divulgation exigeant des recherches médico-légales, du travail de restauration de sauvegarde ou la création de sous-ensembles de données qui n'existent pas dans un environnement d'affaires normal.

Discussion

Principe 9 : Les parties devraient discuter dès que cela est pratique, de façon continue et, dans tous les cas, avant les interrogatoires préalables, au sujet de la localisation, de la préservation, de l'examen et de la production de documents électroniques (dont les mesures visant à protéger l'immunité et la confidentialité et toute autre objection à la production de documents électroniques). Elles devraient également chercher à s'entendre sur la substance des droits et obligations de chaque partie quant à la communication électronique, et sur les procédures requises pour les rendre exécutoire.

Commentaire :

La discussion précoce est un des éléments clés d'une communication électronique efficace pour toutes les parties. En définissant les conflits au sujet des questions de communication électroniques et en essayant de les résoudre tôt dans une action, les parties peuvent éviter des litiges collatéraux onéreux.

Comme l'obligation de discuter est d'importance centrale, on y fait référence dans les commentaires sur les autres principes susmentionnés. Les parties devraient discuter et essayer de s'entendre sur toutes les questions de fond et de procédures concernant la communication électronique, y compris mais sans s'y limiter (i) le concept de proportionnalité et son application à une action, (ii) la pertinence et le besoin de conserver les documents électroniques supprimés ou résiduels et les métadonnées, et le besoin de préserver ou de produire des documents électronique spécifiques en format électronique, (iii) l'utilisation de techniques de recherche ciblées, (iv) les questions liées à la production de documents électroniques y compris le format pour la numérotation et la production de documents et (v) tout changement proposé à la répartition normale des coûts.

Les parties devraient également discuter des questions entourant l'utilisation de la technologie pour la préparation et la gestion des litiges civils à la Cour et essayer de s'entendre à ce sujet . Ce faisant, elles devraient de nouveau consulter la directive de pratique intitulée « Lignes directrices sur l'utilisation de la technologie dans les litiges civils » à laquelle on fait référence dans le commentaire du principe 7 ci-dessus.

Toute entente conclue devrait être consignées par écrit pour référence ultérieure.

Principe 10 : Lorsque les parties sont incapables de s'entendre sur la substance des droits et obligations de chaque partie quant à la communication électronique et sur les procédures requises pour les rendre exécutoires, les parties peuvent, sur

requête, demander une ordonnance ou des directives du tribunal pour régler ces questions. De telles requêtes devraient être entendues en première instance par un conseiller-maître conformément au paragraphe 37.02(2) des Règles de la Cour du Banc de la Reine.

Commentaire :

L'obligation des parties de discuter des questions liées à la communication électronique est une obligation réelle. On s'attend à ce que les parties discutent réellement et essaient sincèrement de s'entendre sur les questions de fond et de procédure liées à la communication électronique avant de déposer une requête telle que décrite dans ce principe.

Entrée en vigueur

Cette directive de pratique entre en vigueur le 1^{er} octobre 2011.

Rédigée par :

Document original signé par :

“G.D. Joyal”

**Monsieur le juge en chef Glenn D. Joyal
Cour du Banc de la Reine du Manitoba**

DATE : Le 20 juin 2011

Annexe A

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

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

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