



COURT OF QUEEN'S BENCH FOR
SASKATCHEWAN

COUR DU BANC DE LA REINE
DE LA SASKATCHEWAN

AFFAIRES CIVILES – DIRECTIVE DE PRATIQUE N^o 1

LIGNES DIRECTRICES SUR L'INVESTIGATION INFORMATIQUE

RÉFÉRENCE : CIV-DP N^o 1

Ancienne référence : Directive de pratique n^o 6 émise le 1^{er} septembre 2009

Entrée en vigueur : Le 1^{er} juillet 2013

Introduction

1. Bien que les documents électroniques soient visés à la définition de « document » qui est énoncée à la règle 17-1 des *Règles de la Cour du Banc de la Reine*, la partie 20 desdites *Règles* portant sur l'investigation et l'inspection de documents ne prévoit pas le processus d'investigation électronique (l'« investigation informatique »), qui fait référence à la conservation, à l'extraction, à la divulgation et à la production de documents provenant de sources électroniques, qui sont aussi parfois présentés sous forme électronique.
2. Les documents électroniques diffèrent des documents papier à divers égards. D'une part, ils sont maintenant plus nombreux et plus faciles à reproduire, et d'autre part, il est plus difficile d'en disposer qu'il ne l'est des documents papier. Les documents électroniques se rattachent au suivi des données (métadonnées) et peuvent être mis à jour automatiquement, contrairement aux documents papier. Pour consulter un document électronique, il faut disposer d'un programme informatique (qui peut devenir obsolète). Alors que les documents papier peuvent être conservés dans un classeur ou un coffret de sûreté, les documents électroniques peuvent loger à de nombreux endroits tels que le disque dur d'un ordinateur de bureau, un ordinateur portable, un serveur, un appareil numérique de poche ou un support de données, tel qu' un CD ou une bande de sauvegarde.
3. Les parties aux actions en justice donnant lieu à l'investigation informatique devraient consulter le document intitulé « The Sedona Canada Principles Addressing Electronic Discovery » (les principes de Sedona Canada concernant l'investigation informatique) et en tenir compte. Le Groupe de travail « Sedona Canada », qui se compose d'avocats, de juges et de technologues, a passé seize mois à étudier avec soin les questions relatives à l'investigation informatique au Canada, et en se fondant sur cette étude attentive, il a élaboré et produit ce document complet qui peut être consulté à l'adresse suivante : <https://lexum.com/e-discovery/documents/SedonaCanadaPrinciples01-08.pdf> (en anglais seulement).

4. Conformément à la règle 5-7 des *Règles de la Cour du Banc de la Reine* les lignes directrices énoncées ci-dessous, qui incorporent les principes de Sedona Canada, ont pour objet de s'appliquer à la divulgation, à l'investigation et à l'inspection des documents électroniques, sauf dans le cas où ils contredisent expressément les *Règles de la Cour du Banc de la Reine*. À ce jour, cependant, l'un des concepts qui est ressorti de l'étude de l'investigation informatique au Canada, c'est que les règles traditionnelles ayant trait à la pertinence des documents ne peuvent pas s'appliquer uniformément à l'investigation informatique. Voilà pourquoi les lignes directrices incorporent une nouvelle norme en matière de divulgation de l'investigation informatique, que nous pouvons assimiler à la pertinence directe proportionnelle.
5. Les lignes directrices ont pour objet d'orienter les avocats, les parties et le pouvoir judiciaire dans le cadre du processus d'investigation informatique. Il est prévu que les lignes directrices fourniront le cadre approprié quant à *la méthode* à utiliser pour procéder à l'investigation informatique, en fonction des normes que la magistrature et le barreau peuvent adopter et développer au fil du temps en matière de pratique. À ce stade-ci, il pourrait être contreproductif de rendre obligatoire une méthode d'investigation informatique en édictant des règles détaillées. En temps voulu, au fur et à mesure que nous acquerrons de l'expérience dans ce domaine en Saskatchewan et dans les autres territoires de compétence canadiens, il deviendra possible d'élaborer des règles propres à l'investigation informatique.

M.D. Popescul, juge en chef

ANNEXE À LA DIRECTIVE DE PRATIQUE CIV-DP N^o 1

LIGNES DIRECTRICES

Portée

Principe n^o 1 : En règle générale, et sous réserve des principes exposés ci-dessous, les documents électroniques qui sont pertinents à une question soulevée dans une action en justice doivent être communiqués conformément à la partie 5 des *Règles de la Cour du Banc de la Reine*.

Observation :

Les documents électroniques sont visés à la définition de « document » qui est énoncée à la règle 17-1 des *Règles de la Cour du Banc de la Reine*. Par conséquent, ils doivent être communiqués conformément à la partie 5 des *Règles de la Cour du Banc de la Reine*.

Principe n^o 2 : Les obligations des parties en matière d'investigation et d'inspection des documents électroniques, y compris le coût associé à leur localisation, devraient être proportionnelles à l'importance et à la complexité des questions soulevées dans l'action en justice, ainsi qu'au montant en cause.

Observation :

Le concept de proportionnalité est un précepte fondamental des *Règles de la Cour du Banc de la Reine* (paragraphe 1-3 (4) des Règles de la Cour du B. R.) et des principes de Sedona Canada concernant l'investigation informatique. Ce concept, qui a été adopté dans les règles de procédure de la plupart des cours supérieures du Canada, a été associé à une réaction face aux retards et aux coûts qui entravent l'accès à la justice.

En tout premier lieu, l'application de ce principe est tributaire des parties, qui devraient s'entretenir du concept de proportionnalité et s'efforcer de s'entendre sur son application à une action en justice. Si les parties ne parviennent pas à s'entendre, et que l'une d'elles peut démontrer que le coût connexe à la localisation d'un document l'emporte sur la valeur probante probable de ce document, la partie ne devrait pas être obligée de le localiser.

Principe n° 3 : Dans la plupart des cas, le principal emplacement où chercher des documents électroniques devrait être la base de données actives d'une partie, ainsi que l'ensemble des renseignements qui ont été stockés aux fins d'un futur usage professionnel, s'il permet encore d'effectuer des recherches et de récupérer des documents de manière efficace.

Observation :

La portée des recherches nécessaires pour retrouver des documents électroniques pertinents doit être raisonnable. Il n'est ni raisonnable ni possible d'exiger que les litigants recensent toujours ou immédiatement toutes les sources potentielles de documents électroniques dans le cadre de la localisation, de la conservation et de la production de ces documents pendant le processus d'investigation.

Pour la plupart des litiges, les documents électroniques pertinents seront ceux qui sont à la disposition des utilisateurs informatiques, ou qu'ils peuvent consulter, ainsi que ceux qui sont échangés par les parties dans le cadre normal des activités professionnelles (données actives). Ce principe vise également les données d'archivage (documents électroniques classés et stockés à long terme, notamment aux fins de la tenue de dossiers) qui sont encore faciles à consulter.

Principe n° 4 : À défaut d'entente ou d'ordonnance fondée sur la pertinence et le besoin démontrés, une partie ne devrait pas être tenue de chercher, d'examiner ou de produire des documents qui sont supprimés ou cachés, ou encore des données résiduelles telles que les fichiers fragmentés ou écrasés. Lors de certaines actions en justice, une partie pourra honorer ses obligations se rattachant à l'investigation et à l'inspection de documents électroniques en utilisant des outils et des processus électroniques tels que l'échantillonnage de données, la recherche ou l'utilisation de critères de sélection pour cerner les documents qui seront les plus susceptibles de renfermer des données ou des renseignements pertinents.

Observation :

Les documents électroniques supprimés ou effacés ne seront pertinents que dans des cas exceptionnels. À ce titre, il n'est pas nécessaire de conserver ou de produire les données résiduelles ou réitérées, sauf en cas d'entente ou d'ordonnance de la Cour. Dans une action en justice où les documents électroniques supprimés ou résiduels peuvent s'avérer pertinents, une partie devrait communiquer cette information à l'autre dès le début du processus, afin d'éviter la conservation inutile, la suppression par inadvertance et/ou les requêtes pour spoliation.

Les gros systèmes informatiques renferment une quantité volumineuse de données, dont une grande partie est probablement non pertinente. Par conséquent, dans le cadre de certaines actions en justice il peut s'avérer peu pratique ou trop dispendieux de vérifier la pertinence de toutes les données. En pareilles circonstances, il est raisonnable pour les parties d'utiliser des techniques électroniques ciblées pour effectuer des recherches dans les sources des documents électroniques, afin de recueillir ceux dont la pertinence fera l'objet d'un examen détaillé. L'objectif devrait consister à cerner, aux fins d'un examen détaillé, un ou des sous-ensembles de documents électroniques disponibles qui sont fort probablement pertinents.

En tout premier lieu, l'application de ce principe est tributaire des parties, qui devraient s'entretenir des techniques électroniques ciblées, y compris les critères de recherche à utiliser pour extraire les documents électroniques pertinents, et s'efforcer de s'entendre à ce propos.

Conservation

Principe n° 5 : Dès qu'elles envisagent un litige ou que la menace d'un litige plane, les parties devraient prendre immédiatement des mesures raisonnables et de bonne foi pour conserver les documents électroniques pertinents.

- **Les parties devraient discuter dès que possible de la nécessité de conserver les métadonnées. Une partie devrait être en droit de présumer que ses métadonnées ne sont pas pertinentes, à moins de savoir qu'elles le sont.**
- **Les parties devraient discuter dès que possible de la nécessité de conserver un document électronique sous forme électronique. Une partie devrait être en droit de présumer qu'il lui suffit de conserver une copie imprimée d'un document électronique, à moins de savoir que l'autre partie requiert qu'un document électronique particulier soit conservé sous forme électronique.**

Observation :

L'obligation de conserver les documents électroniques pertinents s'applique aux deux parties dès qu'un litige est envisagé ou que la menace d'un litige plane, toutefois cette obligation n'est pas illimitée. La portée de ce qui doit être conservé et les mesures considérées comme étant raisonnables peuvent varier largement en fonction de la nature des requêtes et des documents en question. Il devrait suffire de demander, à juste titre et de bonne foi, de cerner et de conserver les données actives ou archivées.

Les « métadonnées » sont les données électroniques qui sont enregistrées par le système au sujet d'un document particulier, en ce qui concerne son format, le mode de création, de sauvegarde, de consultation et de modification, ainsi que le moment et l'auteur de ces opérations. Les parties devraient s'entretenir dès que possible de la nécessité de conserver les métadonnées et s'efforcer de s'entendre à ce propos.

Dans le cadre de la plupart des actions en justice, les métadonnées ne seront pas pertinentes. Voilà pourquoi une partie devrait être en droit de présumer que ses métadonnées ne sont pas pertinentes (et qu'il n'est pas nécessaire de les conserver), à moins de savoir qu'elles le sont.

Les parties devraient s'entretenir dès que possible de la nécessité de conserver les documents électroniques sous forme électronique et s'efforcer de s'entendre à ce propos.

Dans le cadre de la plupart des actions en justice, il devrait suffire de conserver des documents électroniques sous forme imprimée ou balayée, et la conservation de copies électroniques de fichiers réels, autrement que dans le cadre des pratiques professionnelles habituelles, ne devrait pas s'avérer nécessaire. Voilà pourquoi une partie devrait être en droit de présumer qu'il lui suffit de conserver une copie imprimée ou balayée d'un document électronique, à moins de savoir que l'autre partie requiert qu'un document électronique particulier soit conservé sous forme électronique.

Principe n° 6 : En raison de la nature des documents électroniques, les parties devraient examiner la question de savoir si des tiers peuvent être en possession de documents électroniques pertinents, et elles pourraient éventuellement envisager d'aviser ces tiers de conserver les documents électroniques dès que possible pendant le processus, puisque les documents électroniques peuvent être perdus dans le cadre normal des activités professionnelles.

Observation :

Dans le cas où une partie prévoit qu'un tiers est ou peut être en possession d'un document électronique particulier qui est pertinent à une action en justice et susceptible d'être supprimé ou modifié dans le cadre normal des activités professionnelles, cette partie pourra éventuellement envisager d'aviser le tiers de ce fait et demander que des mesures appropriées soient prises pour conserver ce document électronique.

Production

Principe n° 7 : Si un document électronique a été conservé sous forme électronique, il peut être produit sous cette forme dans le cas où cela (i) procurerait des renseignements pertinents plus complets, (ii) faciliterait l'accès à l'information dans le document, au moyen de techniques électroniques d'examen, de recherche ou d'utilisation autre du document au cours du processus de litige, (iii) atténuerait les coûts pour la partie qui le produirait ou (iv) préserverait l'intégrité et la sécurité des données.

Observation :

Comme nous l'avons souligné dans l'observation présentée sous le principe n° 5, ci-dessus, en règle générale il n'est pas nécessaire de conserver les documents électroniques sous forme électronique. Cela étant dit, dans le cas où un document électronique a été conservé sous forme électronique, il est également possible de le produire sous cette forme compte tenu des circonstances évoquées au présent principe. Les parties devraient s'entretenir des questions ayant trait à la production de documents électroniques et s'efforcer de s'entendre à ce propos.

Coûts

Principe n° 8 : En règle générale, les frais provisoires de la conservation, de l'extraction, de l'examen et de la production de documents électroniques seront supportés par la partie qui les produit. L'autre partie devra assumer les frais provisoires des copies, destinées à son propre usage, des productions qui en découleront. Dans des circonstances particulières, il peut être approprié que les parties conviennent d'une répartition différente des coûts à titre provisoire, et/ou que la Cour l'ordonne.

Observation :

Le présent principe correspond à la pratique qui est suivie actuellement en Saskatchewan pour ce qui est des coûts associés à la divulgation et à la production de documents. Les circonstances particulières évoquées ici pourraient comprendre les cas où une partie requiert une divulgation donnant lieu à des frais exceptionnels pour l'autre partie, comme une divulgation exigeant des recherches médico-légales, un travail intensif de restauration de données, ou encore la création de sous-ensembles de données qui n'existent pas dans le contexte professionnel habituel.

Entretiens

Principe n° 9 : Les parties devraient s'entretenir dès que possible, régulièrement et, dans tous les cas, avant les examens de l'investigation, au sujet de la localisation, de la conservation, de l'examen et de la production de documents électroniques (ce qui comprend des mesures visant à protéger le secret professionnel, la confidentialité et les autres oppositions à la production de documents électroniques), et s'entendre sur le fond au sujet des droits et des obligations de chacune des parties en matière d'investigation informatique et de procédures nécessaires pour donner suite à ces droits et obligations. Dans le cas où les parties ne parviendraient pas à s'entendre au sujet des questions entourant l'utilisation de la technologie aux fins de la préparation et de la gestion du procès civil devant la Cour, elles devraient se conformer à la norme par défaut qui est précisée dans le Protocole national générique en lien avec le Modèle national de règles de pratique pour l'utilisation de la technologie dans les litiges civils du Conseil canadien de la magistrature.

Observation :

Les entretiens précoces sont l'une des clés de l'investigation informatique efficace pour toutes les parties. Si elles relèvent les différends concernant les questions liées à l'investigation informatique et s'efforcent de les résoudre à un stade précoce d'une action en justice, les parties peuvent éviter les litiges collatéraux dispendieux qui s'y rattachent.

Compte tenu de l'importance capitale de ce principe, nous faisons renvoi à l'obligation de s'entretenir tout au long des observations sur les autres principes énoncés ci-dessus. Les parties devraient s'entretenir et s'efforcer de s'entendre au sujet de toutes les questions de fond ou procédurales liées à l'investigation informatique, y compris, mais non de façon limitative : (i) le concept de proportionnalité et son application à une action en justice; (ii) la pertinence et la nécessité de conserver des métadonnées et des documents électroniques supprimés ou résiduels, ainsi que la nécessité de conserver et/ou de produire des documents électroniques précis sous forme électronique; (iii) l'utilisation de techniques de recherche électronique ciblées; (iv) les questions liées à la production de documents électroniques, notamment celles de la numérotation et de la production des documents; (v) toute modification de l'allocation des frais.

Les parties devraient s'entretenir des questions entourant l'utilisation de la technologie aux fins de la préparation et de la gestion du procès civil devant la Cour, et s'efforcer de s'entendre à ce propos. Dans le cas où les parties ne parviendraient pas à s'entendre, elles devraient se conformer à la norme par défaut qui est précisée dans le Protocole national générique en lien avec le Modèle national de règles de pratique pour l'utilisation de la technologie dans les litiges civils du Conseil canadien de la magistrature, qu'il est possible de consulter à l'adresse :

[http:// www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/Protocolnationalgeneriqu \(1\) .pdf](http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/Protocolnationalgeneriqu(1).pdf), sous réserve des modifications apportées sur ordonnance de la Cour ou d'une entente conclue entre les parties.

Toute entente conclue devrait être couchée par écrit pour consultation ultérieure au besoin.

Principe n° 10 : Dans le cas où les parties ne parviennent pas à s'entendre sur l'essentiel des droits et obligations de chacune d'elles en matière d'investigation informatique et de procédures nécessaires pour y donner suite, l'une ou l'autre partie peut présenter une demande de comparution devant la Cour conformément à la sous-section 3 de la partie 6 des *Règles de la Cour du Banc de la Reine*, afin que ces questions soient tranchées.

Observation :

L'obligation des parties de s'entretenir des questions liées à l'investigation informatique est une obligation réelle. Les parties doivent s'entretenir réellement et s'efforcer véritablement de s'entendre sur les questions de fond ou procédurales liées à l'investigation informatique avant de rédiger une demande conjointe de conférence postérieure aux plaidoiries, comme il est expliqué au présent principe.

Protocole par défaut concernant l'utilisation de la technologie dans les litiges civils

Les lignes directrices ont pour objet de s'appliquer aux actions en justice qui donnent lieu à une investigation informatique en Saskatchewan, mais elles ne traitent pas de l'utilisation de la preuve électronique. Les parties devraient s'entretenir et s'efforcer de s'entendre au sujet des questions entourant l'utilisation de la technologie aux fins de la préparation et de la gestion d'un litige civil devant la Cour.

Dans le cas où les parties ne parviendraient pas à s'entendre, elles devraient se conformer à la norme par défaut qui est précisée dans le Protocole national générique en lien avec le Modèle national de règles de pratique pour l'utilisation de la technologie dans les litiges civils du Conseil canadien de la magistrature, qu'il est possible de consulter à l'adresse :

<https://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/Modelenationapourlutil.pdf>, sous réserve des modifications apportées sur ordonnance de la Cour ou d'une entente conclue entre les parties.