

Annexe A

1. Définitions

1.1. Dans la présente règle :

- a. On entend par « document » les informations portées sur un support sous quelque forme que ce soit; cela comprend les documents technologiques et l'information sur un support technologique.
- b. On entend par « document technologique » les informations portées sur un support faisant appel à une technologie numérique.
- c. Un « document technologique » comprend un document créé en format papier qui a été transféré sur un support faisant appel à une technologie numérique.
- d. On entend par « technologique » la création, l'enregistrement, la transmission ou le stockage sous forme numérique ou sous une autre forme intangible par les moyens technologiques, magnétiques ou optiques ou par une méthode similaire.

Observations

La définition de « document technologique » est intentionnellement large et ne restreint d'aucune façon la définition de « document » contenue dans les lois et les règles de procédure civile actuelles. La définition ne contient pas d'exemples précis de ce que comprend le terme « document » afin d'éviter que certains types d'informations portées sur un support quelconque ne soient pas qualifiés de « documents » et pour laisser une place aux différents types d'information et de supports. De plus, la définition vise à rester neutre quant au type de technologie utilisée pour consigner l'information.

Un « document technologique » peut renvoyer à un seul dossier dans une base de données ou à l'ensemble de la base de données; il peut faire référence au contenu d'un fichier technologique ou au contenu du fichier ainsi que de l'ensemble des métadonnées se rapportant à ce dossier.

Seules les « informations portées sur un support » entrent dans la définition du mot « document ». Conformément à cette définition, le témoignage oral est un exemple d'information non portée sur un support. Les informations stockées dans la mémoire permanente ou semi-permanente d'un ordinateur sont considérées comme étant des « informations portées sur un support ».

Le comité a envisagé de ne pas utiliser le terme « document »; cependant, par souci de cohérence avec toutes les lois et règles de procédure civile, nous avons opté pour une définition élargie du terme « document technologique ».

2. Proportionnalité

2.1 La Cour et les parties doivent appliquer cette règle de façon proportionnelle, eu égard :

- a. à la nature et à la portée du litige;
- b. à l'importance et à la complexité des questions en litige, des intérêts et des montants en jeu;
- c. à la pertinence des documents technologiques disponibles;
- d. à l'incidence des documents technologiques sur le processus décisionnel de la Cour dans chaque instance;
- e. aux coûts, au fardeau et aux délais que les parties ou des tierces parties devront assumer afin de gérer les documents technologiques, selon l'importance et la complexité de l'instance et la somme en litige.

2.2 La Cour peut modifier, avec le consentement des parties ou sur requête de l'une d'elle, une exigence prévue par cette règle afin d'assurer l'application du présent principe de proportionnalité.

Observations

Le projet de règle comprend une section distincte sur la proportionnalité, en raison de son importance en tant que principe directeur de l'administration de la preuve technologique et les instances technologiques.

Le volume d'informations portées sur support technologique (IST) a eu des répercussions importantes sur les obligations relatives à la preuve. Comme cela a été reconnu dans *Les Principes de Sedona Canada concernant l'administration de la preuve électronique (deuxième édition, 2015)* (« les Principes » ou individuellement « le Principe »), en l'absence d'une telle approche, les coûts excessifs liés à l'administration de la preuve électronique pourraient faire obstacle à la résolution équitable d'un litige. Ces règles visent à être harmonisées aux Principes ainsi qu'aux commentaires. Toutes les personnes impliquées dans le processus d'administration de la preuve technologique devraient tenir compte de ces Principes.

Le principe de proportionnalité entraîne généralement une réduction, plutôt qu'un élargissement, de la portée de la pertinence et du volume de la preuve. Dans certains cas, la proportionnalité pourrait cependant nécessiter un élargissement de l'étendue des documents divulgués ou produits par les parties.

Le Principe n° 2 prévoit que la Cour et les parties devraient appliquer cette règle de manière proportionnelle, eu égard à (i) la nature et la portée du litige; (ii) l'importance et la complexité des questions en litige, des intérêts et des montants en jeu; (iii) la pertinence de l'IST disponible; (iv) l'incidence de l'IST sur le processus décisionnel de la Cour dans chaque instance; et (v) aux coûts, au fardeau et aux délais que les parties devront assumer afin de gérer l'information sur support technologique.

Conformément au Principe n° 5, les parties devraient être prêtes à divulguer toute IST pertinente et **raisonnablement** (caractère gras ajouté) accessible eu égard aux coûts et au fardeau, et, conformément au Principe n° 6, à moins d'une entente entre les parties ou d'une ordonnance du tribunal démontrant la pertinence et le besoin de cette information, une partie ne devrait pas être tenue de chercher et de recueillir les documents technologiques supprimés ou résiduels qui ont été supprimés dans le cadre normal des activités ou selon les normes d'une politique raisonnable de gouvernance de l'information.

3. Champ d'application

3.1 Cette règle s'applique à toute procédure qui exige la divulgation ou la production de documents technologiques.

Observations

Le projet de règle vise à compléter les règles de procédure civile existantes et s'applique chaque fois que des documents technologiques sont produits dans le cadre d'une instance. Si des documents papier (ou d'autres documents non technologiques) et des documents technologiques sont déposés dans le cadre d'une instance, cette règle s'applique à l'ensemble des documents de l'instance.

Il est attendu que des modifications au projet de règle pourraient être nécessaires afin d'assurer la cohérence interne au sein de chaque juridiction. Par exemple, l'Ontario utilise l'expression

« Affidavit of Documents » tandis que l'Alberta utilise plutôt l'expression « Affidavit of Records ».

4. Utilisation de la technologie dans les instances

La Cour peut, sur requête d'une partie, de sa propre initiative ou avec le consentement des parties, ordonner qu'une instance ou toute étape de son déroulement soit menée en ayant recours à la technologie.

Observations

Cette règle confère à la Cour le pouvoir d'exiger que les parties mènent une instance, ou une partie de celle-ci, avec l'aide de la technologie. Ce pouvoir permet également à la Cour d'ordonner aux parties de produire des documents sous forme technologique aux autres parties et à la Cour. En rendant une ordonnance en vertu de la présente règle, la Cour tiendra compte de l'exigence de proportionnalité dans le cadre de l'instance et pourra prendre en considération tout déséquilibre ou inégalité relativement aux ressources à la disposition de l'une ou l'autre des parties.

L'intention est que cette règle soit appliquée à une instance civile, telle que définie dans une juridiction particulière. Il est prévu que l'étape ou les étapes de l'instance inclut les étapes du processus d'enquête préalable (divulgence de documents et interrogatoires oraux), les requêtes, les procédures préparatoires au procès, l'audience ou le procès.

5. Préservation

5.1 Lorsqu'une poursuite peut être raisonnablement anticipée, une partie doit prendre des mesures raisonnables et de bonne foi pour conserver les documents pertinents qui sont en sa possession, sous son contrôle ou sous sa garde, de manière à préserver l'intégrité des documents, y compris l'intégrité des métadonnées, de l'information sur la localisation des documents et des liens entre les documents.

5.2 La Cour peut ordonner à une partie ou à un tiers de conserver un document ou une ou plusieurs catégories de documents dont dispose la partie ou le tiers, ou qui sont sous son contrôle ou sous sa garde.

Observations

Le document technologique est sujet à la destruction et à la modification. La destruction et la modification intentionnelles peuvent survenir dans le cadre de pratique opérationnelle raisonnable, mais également suite à des mesures prises de mauvaise foi. La destruction et la modification involontaires de documents technologiques peuvent être dues à l'incompétence, à une erreur ou à une atteinte à leur sécurité.

En ce qui concerne les documents technologiques, les efforts de préservation raisonnables et de bonne foi ne s'appliqueront pas exclusivement qu'aux documents pertinents. Plus particulièrement, il est important de s'assurer que les métadonnées, l'information sur la localisation des documents technologiques (tel qu'un système, un répertoire ou un dossier) et les liens entre ceux-ci, comme entre un courriel (parent) et ses pièces jointes (enfants), soient également conservés, que les documents technologiques soient finalement produits ou non, en raison de l'importance de ces informations pour fournir un contexte permettant de comprendre les documents technologiques et l'utilisation efficace de la technologie pour filtrer, organiser et examiner des documents technologiques.

Cette règle ne signifie pas que les parties ont besoin de préserver chaque document technologique : la proportionnalité touche le volume et la détermination de ce qui est raisonnable et de bonne foi.

Lorsque les parties ont un droit d'accès aux documents pertinents en la possession d'un tiers, elles sont tenues de prendre des mesures raisonnables et de bonne foi pour essayer de conserver ces documents, par exemple, en écrivant aux tierces parties pour demander que des mesures soient prises en vertu de cette règle afin de conserver les documents.

6. Planification de l'administration de la preuve

6.1 Les parties s'efforcent de s'entendre sur un plan d'administration de la preuve dans les 60 jours suivant la fin de la période désignée pour le dépôt des actes de procédure.

6.2 Un plan d'administration de la preuve doit être formulé par écrit et doit :

- a. établir la portée de la production de documents;
- b. décrire la méthode utilisée par chaque partie pour identifier et localiser les documents devant être produits;

- c. décrire les documents ou catégories de documents qui ne seront pas divulgués ou produits;
- d. préciser les dates pour l'échange des déclarations sous serment ou des listes de documents;
- e. établir un protocole d'échange de documents, comprenant le format de ceux-ci.

6.3 Si les parties sont incapables de convenir d'un plan d'administration de la preuve, toute partie peut, après la fin de la période désignée pour le dépôt des actes de procédure, faire signifier aux autres parties une liste ou une déclaration sous serment de documents, une copie des documents, qui décrit:

- a. les mesures prises pour préserver les documents pertinents;
- b. les paramètres utilisés pour établir la portée de la production de documents;
- c. la méthode utilisée par la partie pour identifier et localiser les documents pertinents, y compris l'identité des personnes en ayant la garde qui sont recherchées, les critères de recherche utilisés s'il y a lieu, et toute autre méthode de recherche utilisée;
- d. les documents pertinents ou catégories de documents pertinents qui n'ont pas été divulgués au motif que cela ne serait pas proportionnel dans le litige en question.

6.4 Dans les 60 jours suivant la signification de la liste ou de la déclaration sous serment conformément au paragraphe 6.3, toute partie à qui l'on a signifié des documents conformément au paragraphe 6.3 doit signifier sa liste ou sa déclaration sous serment de documents, une copie des documents ainsi qu'une déclaration sous serment qui décrit :

- a. les mesures prises pour préserver les documents pertinents;
- b. les paramètres utilisés pour établir la portée de la production de documents;
- c. la méthode utilisée par la partie pour identifier et localiser les documents pertinents, y compris l'identité des personnes en ayant la garde qui sont recherchées, les critères de recherche utilisés le cas échéant, et toute autre méthode de recherche utilisée;
- d. les documents pertinents ou catégories de documents pertinents qui n'ont pas été divulgués au motif que cela ne serait pas proportionnel dans le litige en question.

6.5 Les déclarations sous serment signifiées conformément aux paragraphes 6.3 et 6.4 doivent être assermentées par une personne connaissant les mesures prises par la partie afin de se conformer à cette disposition.

6.6 Une partie peut demander à la Cour de rendre une ordonnance contraignant une ou plusieurs autres parties à se conformer au plan d'administration de la preuve ou à l'article 6 de la règle, selon les modalités de l'ordonnance. Les parties ne peuvent pas présenter de requête afin de déterminer si les parties se sont efforcées pour convenir d'un plan d'administration de la preuve lorsque des documents sont divulgués ou produits par une partie conformément au paragraphe 6.3.

6.7 Une partie ne renonce pas à ses droits d'enquête de la preuve en présentant une liste ou une déclaration sous serment de documents, une déclaration sous serment et des documents conformément à l'article 6 de la règle.

6.8 De consentement entre les parties ou par ordonnance de la Cour, le plan d'administration de la preuve et l'obligation de divulguer ou produire des documents en vertu de cette règle peuvent être modifiés ou échelonnés pour favoriser l'objectif de la proportionnalité.

Observations

La planification de l'administration de la preuve est essentielle à l'administration efficace de la preuve technologique et s'avère particulièrement utile pour réduire le volume de documents divulgués et produits. Le projet de règle souligne l'importance que les parties entament des discussions dès le début du processus d'administration de la preuve pour l'adapter à l'affaire en cours, eu égard au principe de proportionnalité. Le projet de règle permet également de veiller à ce que le processus de règlement du différend progresse, même en l'absence d'une entente sur les paramètres de l'administration de la preuve.

Le projet de règle accorde aux parties 60 jours après la fin de la période désignée pour le dépôt des actes de procédure pour s'entendre sur le plan de l'administration de la preuve. L'obligation de tenter de négocier une entente sur la planification de l'administration de la preuve ne devrait pas servir à retarder délibérément l'instance. Si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur la planification de l'administration de la preuve au cours de cette période, une partie peut signifier aux autres parties sa déclaration sous serment ou sa liste de documents ainsi qu'une déclaration sous serment exposant les démarches entreprises par la partie et les mesures additionnelles qu'elle prendra pour se conformer à l'obligation de préparer une liste et de produire les documents. La déclaration sous serment doit inclure les paramètres définissant le volume estimé des documents produits par cette partie ainsi qu'une description de la manière dont la partie a identifié et compte

identifier, le cas échéant, les documents pertinents. La déclaration sous serment doit également identifier les documents qui ne seront pas divulgués au motif que cela ne serait pas proportionnel aux exigences de l'instance.

Après avoir reçu la déclaration sous serment ou la liste de documents, une partie doit y donner suite, en l'absence d'un plan convenu, dans un délai de 60 jours. Une liste des documents pouvant être produits et une copie des documents doivent être signifiées simultanément.

L'une ou l'autre des parties peut demander à la Cour de rendre une ordonnance obligeant une partie à se conformer aux obligations découlant du présent paragraphe.

Un protocole d'échange de documents technologiques comporte des dispositions visant à faire en sorte que les documents technologiques et les déclarations sous serment ou listes de documents soient reçus dans des formats utilisables de façon à pouvoir être examinés efficacement, et que les documents privilégiés produits par inadvertance soient retournés. Un protocole peut inclure:

- a. le format sous lequel les documents seront produits aux autres parties, y compris le format du ou des fichiers contenant la liste des documents et du ou des fichiers contenant les documents technologiques;
- b. le format de la liste des documents privilégiés et non privilégiés;
- c. toute entente de récupération de documents privilégiés;
- d. la méthode d'accès aux documents en cours de production;
- e. les champs de métadonnées qui doivent être fournis relativement aux documents technologiques en cours de production; et
- f. les caractéristiques techniques relatives aux documents technologiques de chacune des parties.

Il a été décidé que ces exigences particulières ne seraient pas incorporées au projet de règle par souci de simplification et pour que la règle puisse facilement s'adapter aux avancées technologiques. Lorsqu'il n'est ni raisonnable ni pratique de produire une copie d'un document technologique, la partie qui doit produire le document peut le rendre disponible via un dépôt sécurisé hébergé sur Internet ou par d'autres moyens.

7. Obligation de divulguer et de produire des documents

Portée et modes de divulgation

7.1 Les parties ont une obligation continue de divulguer de bonne foi à toutes les autres parties, par voie de liste ou de déclaration sous serment:

- a. les documents sur lesquels la partie produisant les documents a l'intention de se fier; et
- b. tous les documents pouvant être utilisés par une partie pour prouver ou réfuter un fait substantiel dans les actes de procédure.

Divulgation de documents privilégiés et autres documents protégés

7.2 Sauf entente contraire, les documents dont le contenu est privilégié ou autrement protégé par la loi doivent être divulgués, y compris la raison pour laquelle le privilège ou la protection est invoquée ainsi que, dans la mesure du possible et sans compromettre le privilège ou la protection, suffisamment de renseignements permettant aux autres parties de déterminer si la prétention au privilège est fondée ou non.

7.3 Rien dans la présente règle n'oblige une partie à renoncer à un privilège ou à communiquer ou produire un document ou toute autre information protégée par un privilège.

Portée et moyens de production

7.4 Les parties ont l'obligation continue de produire à toutes les autres parties, dans un format accessible et intelligible, tous les documents divulgués conformément aux paragraphes 7.1a) et b).

7.5 Sur demande à la Cour, si elle est d'avis qu'une partie a omis un document pertinent de sa liste ou de sa déclaration sous serment ou qu'une revendication de privilège pourrait être infondée, la Cour peut :

- a. ordonner la tenue d'un interrogatoire concernant la divulgation de documents;
- b. ordonner la divulgation d'un document, d'une partie d'un document, ou d'une ou de plusieurs catégories de documents;
- c. examiner le document afin d'établir sa pertinence ou de décider si la prétention au privilège est fondée;
- d. rendre toute ordonnance qu'elle juge proportionnelle et juste.

Observations

Le projet de règle sur la divulgation et la production de documents établit un équilibre entre la pertinence et la proportionnalité en limitant l'obligation continue de divulgation aux documents qui peuvent avoir une incidence sur des questions substantielles plutôt qu'à l'ensemble des documents pertinents. Pour éviter une interprétation injuste de la règle, un devoir de « bonne foi » a été ajouté à l'obligation.

La divulgation des documents doit être faite au moyen d'une liste ou d'une déclaration sous serment et devrait également comprendre les documents pour lesquels un privilège ou une autre protection juridique est revendiqué. Il faut divulguer suffisamment d'informations sur les documents protégés pour permettre à la partie destinataire de déterminer si la demande est raisonnable. Étant donné que la création de ce « registre de privilèges » peut être coûteuse, les parties peuvent convenir de lever cette obligation, par exemple lorsqu'il n'y a pas de différend à l'égard de privilèges.

Lorsqu'une partie utilise une base de données structurée pour organiser et examiner les documents, la divulgation devrait être faite par voie technologique et les métadonnées disponibles peuvent être utilisées pour identifier les documents. La divulgation devrait idéalement être accompagnée des documents technologiques et liée à eux pour faciliter la consultation.

Si une partie ayant reçu une liste de documents estime que la divulgation est incomplète, elle peut demander à la Cour de rendre une ordonnance exigeant une production plus complète. Il est prévu que certaines juridictions choisiront possiblement de modifier cette partie du projet de règle afin de refléter la pratique actuelle qui consiste à obliger la production de documents additionnels.

En ce qui concerne la production, la règle prévoit que tous les documents divulgués doivent également être produits, à l'exception de ceux qui sont assujettis à un privilège ou à une autre protection juridique.

8. Coûts de la divulgation et de la production de documents

Coûts

8.1 Les frais raisonnables engagés par une partie pour produire et recevoir des documents conformément à la présente règle peuvent être réclamés lorsqu'ils sont nécessaires et appropriés, y compris les frais pour recourir à des consultants internes ou externes lorsque cela est raisonnable.

8.2 Dans l'évaluation des coûts payables à ou par une partie pour la divulgation et la production de documents, la Cour peut tenir compte :

- a. de la mesure dans laquelle une partie a utilisé la technologie d'une manière raisonnable pour favoriser le règlement rapide, juste et moins coûteux du différend au mérite;
- b. des modalités du plan administration de la preuve, le cas échéant;
- c. du défaut d'une partie à consentir de manière raisonnable à un plan d'administration de la preuve;
- d. des délais occasionnés par une partie dans la négociation ou la mise en œuvre d'un plan d'administration de la preuve ou à l'égard de toute autre étape prévue par la présente règle;
- e. de tout autre facteur que la Cour estime approprié.

Frais provisoires

8.3 À tout moment, la Cour peut rendre une ordonnance provisoire en ce qui concerne les coûts se rapportant à la production de documents, y compris une ordonnance obligeant une partie à payer, sans délai, la totalité ou une partie des coûts engagés par une autre partie relativement à la production de documents ou à une étape ou un processus dans la production ou la réception des documents. Pour décider s'il y a lieu de rendre une telle ordonnance provisoire, la Cour peut tenir compte des facteurs suivants :

- a. si l'information est raisonnablement accessible d'un point de vue technique sans contraintes ou coûts excessifs;
- b. la mesure dans laquelle la demande vise spécifiquement à obtenir des documents pertinents;
- c. la probabilité de trouver des informations importantes et utiles;

- d. la disponibilité de ces informations provenant d'autres sources, y compris les témoignages, les demandes d'aveux ou les tierces parties;
- e. le défaut de la part d'une partie de produire des documents pertinents qui semblent avoir existé, mais qui ne sont plus disponibles ou facilement accessibles, et les raisons expliquant ce manque d'accessibilité;
- f. le coût total de la production (y compris les coûts estimés de traitement et d'examen de documents récupérés) relatif au montant en litige;
- g. le coût total de la production (y compris les coûts estimés de traitement et d'examen de documents récupérés) relatif aux ressources disponibles de chaque partie;
- h. les autres contraintes imposées à la partie devant produire les documents, y compris les perturbations pour l'organisation, le temps perdu des employés et autres pertes d'opportunité;
- i. la capacité relative de chaque partie à contrôler les coûts et son intérêt à le faire;
- j. l'importance des questions en litige;
- k. les avantages relatifs de l'obtention des informations pour chacune des parties.

8.4 Toute indemnisation provisoire peut être modifiée par la Cour au moment de l'attribution finale des dépens dans l'affaire.

Observations

Le projet de règle vise à s'harmoniser avec les règles et la jurisprudence actuelles. Comme pour tous les autres aspects de ces règles, les Principes de Sedona Canada devraient être pris en considération. Ceux-ci confirment que les coûts raisonnables de l'administration de la preuve technologique peuvent être réclamés à titre de frais juridiques ou de débours, selon le cas, et que la Cour peut considérer tout facteur qu'elle juge approprié.

La pratique générale liée à la production de documents technologiques est que la partie productrice assume les frais de traitement et de production. Des dispositions précises ont été ajoutées au paragraphe 8.3 afin de permettre expressément à la Cour de rendre une ordonnance provisoire pour les coûts ou une ordonnance de transfert de coûts. Toute indemnisation provisoire peut être modifiée au moment de l'attribution des dépens dans l'affaire.