

Cour fédérale



Federal Court

Date : 20200320

Dossier : T-1542-12

Référence : 2020 CF 399

[TRADUCTION FRANÇAISE CERTIFIÉE, NON RÉVISÉE]

Ottawa (Ontario), le 20 mars 2020

En présence de monsieur le juge Barnes

ENTRE :

**CHEF SHANE GOTTFRIEDSON, EN SON
PROPRE NOM ET AU NOM DE TOUS LES
MEMBRES DE LA BANDE INDIENNE
TK'EMLÚPS TE SECWÉPEMC ET LA
BANDE INDIENNE TK'EMLÚPS TE
SECWÉPEMC, CHEF GARRY FESCHUK, EN
SON PROPRE NOM ET AU NOM DE TOUS
LES MEMBRES DE LA BANDE INDIENNE
SEHELTE ET LA BANDE INDIENNE
SEHELTE, VIOLET CATHERINE
GOTTFRIEDSON, DOREEN LOUISE
SEYMOUR, CHARLOTTE ANNE
VICTORINE GILBERT, VICTOR FRASER,
DIENA MARIE JULES, AMANDA DEANNE
BIG SORREL HORSE, DARLENE MATILDA
BULPIT, FREDERICK JOHNSON, ABIGAIL
MARGARET AUGUST, SHELLY NADINE
HOEHNE, DAPHNE PAUL, AARON JOE ET
RITA POULSEN**

demandeurs

et

SA MAJESTÉ LA REINE

défenderesse

ORDONNANCE ET MOTIFS

[1] La Cour est saisie d'un recours collectif institué par les représentants demandeurs en vue d'obtenir des dommages-intérêts pour le préjudice qui aurait été causé par le rôle qu'a joué le Canada dans l'administration des pensionnats, principalement sous forme de privations linguistiques et culturelles. La période visée par l'action s'étend de 1920 à 1979. Il va sans dire que le dossier documentaire afférent aux questions soulevées par les demandeurs est volumineux et qu'il se compose en grande partie d'anciens documents manuscrits et dactylographiés de mauvaise qualité et de faible résolution. Les parties me disent que la production documentaire du Canada devrait atteindre au moins 132 000 documents.

[2] Dans sa forme initiale, la présente requête des demandeurs visait à obtenir une ordonnance obligeant le Canada à produire, en complément de ses productions documentaires, les champs des bases de données connexes et le contenu des champs. Les demandeurs auraient besoin de ces renseignements pour soumettre à des recherches et organiser, de manière efficace et efficiente, le volumineux dossier documentaire de la défenderesse, dont une grande partie ne peut être lue au moyen de la technologie de reconnaissance optique de caractères [ROC].

[3] Pour les besoins de la présente requête, j'accepte l'estimation de Pamela Fontaine selon laquelle, sur les 49 562 documents que le Canada a communiqués initialement, environ 70 p. 100 ne peuvent être lus par la ROC. Sur les 30 p. 100 restants qui sont techniquement lisibles, la fiabilité des résultats variera d'un document à l'autre. Cette variabilité est confirmée par les

échantillons qui ont été soumis à l'analyse de la ROC par Charles Saddington, comme il en a été question aux paragraphes 15 et 16 de son affidavit du 8 janvier 2020.

[4] Il faut reconnaître que les parties ont conclu une entente d'échange électronique de documents établissant un protocole pour la production de documents. Cette entente semble s'inspirer du *Modèle national de règles de pratique pour l'utilisation de la technologie dans les litiges civils* du Conseil canadien de la magistrature [le protocole du CCM].

[5] Le Canada a accepté de rendre disponible un nombre limité de champs primaires, avec le contenu connexe des champs (c.-à-d. date, numéro du document, noms du personnel et des élèves, noms des écoles, régions et autres champs « objectifs » directement liés à un champ primaire comme la pièce jointe, la source, la copie conforme, etc.), mais il refuse d'en produire davantage en raison des préoccupations concernant le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige.

[6] Au début de la plaidoirie sur la requête, les demandeurs ont réduit la portée de leur demande de réparation en sollicitant, pour le moment, seulement les noms des autres champs utilisés par le Canada et les règles qui ont été appliquées pour remplir ces champs avec du contenu consultable. Malgré cette concession, le Canada a maintenu sa position selon laquelle les renseignements demandés porteraient atteinte à son privilège relatif au litige.

[7] Je ne suis pas d'accord avec les demandeurs pour dire que la présente requête peut être tranchée au titre des articles 222 et 223 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [les

Règles], qui traitent de la portée et de la forme de la production documentaire. Il ne s'agit pas d'un différend au sujet des éléments de preuve que le Canada doit communiquer ou de la forme sous laquelle ils doivent être présentés. Il s'agit plutôt d'un différend portant sur la mesure dans laquelle une partie qui produit un document peut être tenue d'aider la partie destinataire à faire des recherches plus efficacement dans un document volumineux et illisible en reconnaissance optique, tout en assurant la protection du secret professionnel de l'avocat et du privilège relatif au litige.

[8] Dans une grande partie, sinon la plupart, des litiges portant sur des documents, les documents pertinents seront lisibles par machine, et la partie réceptrice pourra appliquer sa propre technologie à la recherche dans le contenu. Le cas qui nous occupe est différent, parce qu'une grande partie de la production du Canada est constituée de dossiers historiques de qualité médiocre et illisibles en reconnaissance optique qui ne peuvent faire l'objet de recherches que par une intervention humaine fastidieuse.

[9] Pendant de longues années, le Canada a examiné, catégorisé et résumé les documents qu'il est maintenant tenu de communiquer aux demandeurs. Ce contenu des champs a été créé par le Canada à des fins de gestion des litiges et des documents. À mesure que les documents étaient examinés, ils ont été codés sous des noms de champs permettant aux examinateurs ultérieurs de sélectionner plus efficacement le contenu et d'y accéder en fonction du codage précédent. Malheureusement, les documents ne semblent pas avoir été codés en fonction du secret professionnel de l'avocat ou du privilège relatif au litige. Par conséquent, le fait d'accorder aux demandeurs libre accès à tout le contenu des champs du Canada risquerait de communiquer

des renseignements confidentiels contenus dans ces entrées. Ce n'est pas un problème négligeable.

[10] Toutefois, la demande de réparation modifiée des demandeurs se limite à la communication de noms de champs supplémentaires et aux règles que le Canada a appliquées pour remplir ces champs avec du contenu consultable. Grâce à ces renseignements, les demandeurs affirment qu'ils peuvent mieux comprendre le système de gestion des documents du Canada en vue d'être plus sélectifs au sujet des documents qui sont susceptibles d'être les plus importants pour la poursuite de leurs actions. Par exemple, s'ils savent qu'il y a quelques champs susceptibles de permettre l'identification de documents très pertinents, le Canada pourrait être en mesure d'identifier pour les demandeurs ces documents originaux sans jamais divulguer le contenu connexe des champs.

[11] Aucune règle ne s'applique directement à la réparation sollicitée par les demandeurs. Toutefois, le protocole du CCM traite de l'utilisation de la technologie en vue de l'« efficacité de la conduite » du litige. L'alinéa 2.6.2 prévoit qu'une partie qui produit des documents électroniques doit prendre des mesures pour permettre l'accès lorsque la partie destinataire n'est pas raisonnablement en mesure de le faire. L'alinéa 4.1.2 dresse la liste des champs par défaut qui doivent être rendus disponibles, avec la liste des documents soumis à une communication préalable d'une partie. Le paragraphe 4.2 prévoit une dérogation à la norme par défaut, sous réserve du respect des normes de résolution attendues. Le sous-alinéa 6.1.4.1 traite du besoin de proportionnalité. Toutefois, le protocole du CCM ne s'attaque pas au problème qui se pose en l'espèce, à savoir l'énorme production qui est principalement illisible par la ROC. Lorsqu'une

production est lisible par la ROC, il n'est évidemment pas nécessaire de produire autre chose que les champs par défaut prévus dans le protocole CCM.

[12] La Cour suprême de la Colombie-Britannique a élaboré une directive de pratique semblable concernant la preuve électronique. Ce document comprend également une disposition habilitante autorisant la Cour à ordonner à une partie de faciliter l'accès à ses documents si la partie destinataire n'est pas [TRADUCTION] « raisonnablement en mesure » de le faire (voir l'affidavit de Deanna Wissman, à la pièce B, p. 4, alinéa 2.9.2).

[13] L'idée qu'une partie puisse avoir une obligation positive d'aider la partie adverse à mieux gérer et comprendre une production volumineuse de documents bénéficie également d'un certain appui jurisprudentiel.

[14] Dans *Bronson c Hewitt*, 2007 BCSC 1705, 75 BCLR (4th) 124, la Cour suprême de la Colombie-Britannique s'est penchée sur le problème d'une production documentaire importante et désorganisée. La partie lésée a demandé et obtenu une ordonnance obligeant la partie divulgatrice à réorganiser les documents chronologiquement et à distinguer les originaux des copies. Pour conclure qu'une production de documents doit être présentée d'une manière qui pratique pour la partie destinataire, la Cour suprême s'est fondée sur plusieurs précédents, notamment *Canadian Engineering & Surveys (Yukon) Ltd c Banque Nationale de Paris (Canada)*, (1995) 43 CPC (3d) 277 (CBR ALB), conf. par (1996), 8 CPC (4th) 190 (CA ALB), et *GWL Properties Ltd c WR Grace & Co of Canada Ltd*, [1993] BCJ No 1062, 14 CPC (3d) 74 (CS CB). Cette dernière décision traite de l'obligation de produire

[TRADUCTION] « une divulgation significative, fiable et complète ainsi qu'une aide efficace pour extraire les documents produits [...] ».

[15] La décision rendue dans *Wilson c Servier Canada Inc*, [2003] OJ No 157, 119 ACWS (3d) 915 (CS ON), est encore plus pertinente, car la Cour supérieure de justice a reconnu une obligation plus importante que celle acceptée par le Canada en l'espèce :

[TRADUCTION]

[8] La tâche de la partie demanderesse de chercher à obtenir une production significative a été rendue particulièrement difficile par l'approche générale de la partie défenderesse à l'égard du litige. En partant du simple principe, exprimé par l'avocat principal de la partie défenderesse, que le litige est un processus adversatif, la partie défenderesse n'a généralement pas coopéré et a exigé que la partie demanderesse présente une requête à presque toutes les étapes de l'instance pour faire avancer l'affaire.

[9] Je m'oppose à cette affirmation. Contrairement à d'autres caractéristiques du processus de litige civil en Ontario, la communication de documents se fait aux termes d'une obligation unilatérale de la part de chaque partie de divulguer tous les documents pertinents qui ne sont pas assujettis à un privilège. L'approche avouée de l'avocat de la partie défenderesse est contraire à l'esprit même de cette étape importante du processus judiciaire.

[10] Selon cette approche contraire, la partie défenderesse a soutenu en premier lieu que les CD-ROM et la base de données électronique (utilisée conjointement avec le système de traitement juridique des données de Summation) que l'avocat de la partie défenderesse avait préparés à grands frais pour ses propres documents (afin d'organiser de manière utile les documents divulgués dans ses affidavits) ne devaient pas être communiqués à la partie demanderesse. Plus tard, au cours d'une conférence préparatoire, la partie défenderesse a fourni un index en format Word, mais l'avocat de la partie demanderesse a affirmé que les documents volumineux n'étaient tout simplement pas consultables. La production de documents volumineux sous une forme qui n'offre pas un accès utile n'est pas acceptable. *Solid Waste Reclamation Inc c Philip Enterprises Inc* (1991), 2 OR (3d) 481

(Div gén). Un différend en cours a abouti à la présentation d'une requête par la partie demanderesse le 12 juillet 2002.

L'ordonnance du 2 août 2002 concernant la production du Canada.

[11] En réponse à une requête présentée le 12 juillet 2002 par la partie demanderesse, après de longues observations, la Cour a ordonné que la partie défenderesse communique à la partie demanderesse les champs objectifs de sa base de données électronique concernant sa production.

[12] À mon avis, il est sous-entendu dans un affidavit qu'une partie défenderesse donne un accès réel à ses documents par l'entremise de sa base de données électronique lorsqu'elle en a préparé une. La base de données fonctionne comme un index, qui offre un accès utile aux documents. De l'avis de la Cour, la production de documents suppose un accès utile à ces documents au moyen d'une base de données électronique, à tout le moins lorsque la base de données a déjà été préparée par la partie défenderesse à ses propres fins. (Il n'est pas nécessaire de tenir compte de la situation où il n'existe aucune base de données préparée par la partie défenderesse). Cette approche est particulièrement appropriée lorsqu'une partie se trouve devant quelque 500 000 pages de documents provenant de la partie adverse.

[16] Rien ne me permet de croire que la divulgation des noms des champs ou des règles que le Canada a utilisées pour remplir ces champs avec du contenu lisible créera un risque que les communications entre un avocat et son client soient divulguées. Le Canada prétend toutefois que la divulgation de ces renseignements compromettra son privilège relatif au litige. En particulier, le Canada affirme que la création de noms de champs [TRADUCTION] « reflète sa stratégie à l'égard du litige » et est assimilable à la production de sous-dossiers ou onglets utilisés pour organiser le mémoire d'un plaideur [voir le paragraphe 89 des observations écrites du Canada, dossier de requête de la défenderesse, vol. 3]. Le Canada affirme également que la divulgation de ce type de renseignement pourrait révéler par inadvertance des aspects de sa stratégie de litige

par un soi-disant effet de mosaïque. Il cite l'arrêt *Colombie-Britannique (Attorney General) c Lee*, 2017 BCCA 219, aux par. 39 et 40, 414 DLR (4th) 635, où ce genre de préoccupation a été reconnu et où la divulgation d'une partie d'un fil de communication entre un avocat et son client était censée créer un risque que des renseignements autrement protégés puissent en être déduits.

[17] J'accepte le fait qu'un certain contenu de champ peut relever du privilège relatif au litige du Canada ou contenir des communications entre un avocat et son client. Je ne suis toutefois pas d'accord pour dire que la simple divulgation des noms des champs ou des règles appliquées pour remplir ces champs avec du contenu relève du privilège relatif au litige du Canada. Il s'agit de renseignements purement factuels qui pourraient aider les demandeurs à mieux comprendre comment les documents du Canada ont été organisés et catégorisés. La communication de ces renseignements n'imposera pas un fardeau indu au Canada et ne mettra pas en péril ses intérêts dans le litige.

[18] Il est important de comprendre que le privilège relatif au litige a une portée limitée. Il vise à protéger la zone de confidentialité des avocats en ce qui concerne la stratégie, les observations, les pensées et les opinions relatives aux litiges. Il ne s'applique pas aux éléments de preuve dont la divulgation peut être obligatoire : voir *Blank c Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 RCS 319, et *R c Assessment Direct Inc*, 2017 ONSC 5686, aux par. 10 et 11, 142 WCB (2d) 59.

[19] Les renseignements que le Canada cherche à protéger peuvent être, en tout ou en partie, le produit du travail d'un avocat et être créés en prévision d'un litige. Néanmoins, ils ne relèvent

manifestement pas de la stratégie, des conseils, des observations ou des opinions. Ils visaient plutôt à faciliter la gestion efficace et l'extraction de documents par le Canada et ses avocats.

[20] La question qui demeure est de savoir si, en l'absence d'un pouvoir explicite dans les Règles, la Cour devrait ordonner au Canada de communiquer ces renseignements aux demandeurs. Il faut aborder cette question en gardant à l'esprit les principes de l'économie, de l'équité et de la proportionnalité. En cette ère de production massive de documents, on peut s'attendre à ce que l'antagonisme véhément cède, le cas échéant, à la coopération et à l'efficacité. En réalité, les protocoles du CCM et de la Colombie-Britannique portent tous deux sur l'utilisation de la technologie au service d'une plus grande efficacité dans les litiges. L'article 3 des Règles indique que les Règles doivent être appliquées de manière à obtenir la décision la plus économique possible. Dans son avis à la profession concernant la proportionnalité, la Cour exige également que les plaideurs dans les affaires assujetties à la procédure de gestion de l'instance coopèrent à toutes les étapes d'une action, et en particulier à celle de l'interrogatoire préalable.

[21] Eu égard au fait que le présent litige fait l'objet d'une gestion de l'instance, et compte tenu du vaste pouvoir conféré par l'article 4 des Règles, la Cour ordonnera au Canada de divulguer aux demandeurs tous les noms de champs qu'il a utilisés dans l'organisation et la gestion de ses documents et, dans la mesure où elles sont connues, les règles que le Canada a utilisées pour remplir ces champs avec du contenu.

[22] Compte tenu de ma conclusion selon laquelle la divulgation des renseignements susmentionnés ne portera pas atteinte au privilège relatif au litige ou au secret professionnel de l'avocat, le Canada est également tenu de divulguer tout contenu de ses affidavits confidentiels qui a trait à la création, l'organisation, la collecte et la gestion de sa base de données relatives à la preuve. Sera exclu de la divulgation le contenu qui serait visé par le privilège, y compris, sans s'y limiter, les paragraphes 14 et 15 de l'affidavit n° 2 de Rosemary Schipizky ainsi que le paragraphe 23 de l'affidavit n° 2 de Deanna Wissman.

ORDONNANCE DANS LE DOSSIER T-1542-12

LA COUR ORDONNE que le Canada divulgue immédiatement aux demandeurs tous les noms de champs qu'il a utilisés dans l'organisation et la gestion de ses documents dans la présente affaire ainsi que, dans la mesure où elles sont connues ou susceptibles de l'être, les règles que le Canada a utilisées pour remplir ces champs avec du contenu.

LA COUR ORDONNE EN OUTRE au Canada de divulguer tout contenu de ses affidavits confidentiels qui a trait à la création, à l'organisation, à la collecte et à la gestion de sa base de données relatives à la preuve, mais excluant le contenu protégé sous la forme de conseils juridiques, ou les opinions, les observations ou la stratégie de ses avocats.

« R. L. Barnes »

Juge

Traduction certifiée conforme
Ce 20^e jour de mai 2020

C. Laroche, traducteur

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-1542-12

INTITULÉ : CHEF SHANE GOTTFRIEDSON, EN SON PROPRE NOM ET AU NOM DE TOUS LES MEMBRES DE LA BANDE INDIENNE TK'EMLÚPS TE SECWÉPEMC ET LA BANDE INDIENNE TK'EMLÚPS TE SECWÉPEMC, CHEF GARRY FESCHUK, EN SON PROPRE NOM ET AU NOM DE TOUS LES MEMBRES DE LA BANDE INDIENNE SEHELTE ET LA BANDE INDIENNE SEHELTE, VIOLET CATHERINE GOTTFRIEDSON, DOREEN LOUISE SEYMOUR, CHARLOTTE ANNE VICTORINE GILBERT, VICTOR FRASER, DIENA MARIE JULES, AMANDA DEANNE BIG SORREL HORSE, DARLENE MATILDA BULPIT, FREDERICK JOHNSON, ABIGAIL MARGARET AUGUST, SHELLY NADINE HOEHNE, DAPHNE PAUL, AARON JOE ET RITA POULSEN c SA MAJESTÉ LA REINE

LIEU DE L'AUDIENCE : TORONTO (ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 14 FÉVRIER 2020

MOTIFS DE L'ORDONNANCE ET ORDONNANCE : LE JUGE BARNES

DATE DES MOTIFS ET DE L'ORDONNANCE : LE 20 MARS 2020

COMPARUTIONS :

John Kingman Phillips
W. Cory Wanless

POUR LES DEMANDEURS

Diane Soroka

POUR LES DEMANDEURS

Lorne Lachance
Mara Tessier
Andrea Gatti
Charmaine De Los Reyes

POUR LA DÉFENDERESSE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Waddell Phillips PC
Toronto (Ontario)

POUR LES DEMANDEURS

Peter Grant Law
Avocats
Vancouver (Colombie-Britannique)

POUR LES DEMANDEURS

Diane Soroka Avocate Inc.
Westmount (Québec)

POUR LES DEMANDEURS

Procureur général du Canada
Vancouver (Colombie-Britannique)

POUR LA DÉFENDERESSE