

Université de Montréal

**La communication de la preuve civile au préalable dans les
litiges commerciaux internationaux**

par Élisabeth Lesage-Bigras

Faculté de droit

Mémoire présenté
en vue de l'obtention du grade de *Legum Magister* (L.L.M.)
en Droit (Maîtrise)
option droit privé

Novembre, 2019

© Élisabeth Lesage-Bigras, 2019

Résumé

Dans l'ère économique actuelle où les transactions commerciales, propulsées par l'omniprésence des technologies de l'information, se font de plus en plus à l'échelle mondiale, les risques de conflits juridiques de nature internationale augmentent considérablement. Les entreprises québécoises faisant plus fréquemment affaire avec des partenaires étrangers, les litiges d'aujourd'hui confrontent les parties et leurs représentants à des dilemmes légaux nouveaux qui les forcent à interagir avec des cultures judiciaires, autres que québécoises, et ce, particulièrement lors de la communication au préalable de la preuve civile.

Nous nous pencherons donc sur l'analyse des divers enjeux légaux soulevés par ce processus afin de relever les considérations pratiques auxquelles seront soumises les parties à un conflit commercial international institué devant les tribunaux québécois. Ainsi, à l'aide d'un cas hypothétique, nous effectuerons l'étude des régimes procéduraux québécois, tant général que particulier, de communication de la preuve civile internationale, les restrictions applicables à la procédure ainsi que son encadrement supranational.

Puis, nous étudierons l'impact des technologies de l'information sur le régime québécois de communication au préalable de la preuve civile en mettant l'accent tout particulièrement sur la dématérialisation de la preuve civile internationale, les changements législatifs de la réforme du Code de procédure civile et la protection des renseignements personnels.

Mots-clés : Preuve civile, procédure civile, droit international privé, preuve technologique, litiges internationaux, droit commercial international, protection des renseignements personnels

Abstract

In the current economic era, where business transactions are more than ever globalized due to the increasing use of technologies, the risks of legal conflicts being international in nature are now higher. Since businesses from Québec are now frequently making transactions with foreign partners, litigation nowadays confronts parties and their lawyers with new legal dilemmas, forcing them to interact with different judicial cultures other than Québec's, especially during the pre-trial discovery and disclosure process.

We will then analyze the many legal challenges resulting from this procedure to address the practical considerations that subject the parties of an international litigation instituted in front of Québec's tribunals. Therefore, with the help of a hypothetical, we will study Québec's general and specific procedures of discovery and disclosure of international civil evidence, its restrictions and the international legal frame surrounding it.

Also, we will discuss the impact of technologies on Québec's pre-trial discovery and disclosure process focusing on the dematerialization of civil evidence, the legislative modifications of the reform of the Québec Code of Civil Procedure, and the protection of personal data.

Keywords: Civil evidence, civil procedure, private international law, electronic evidence, international litigation, international business law, protection of personal data.

Table des matières

Résumé	i
Abstract	ii
Table des matières.....	iii
Liste des sigles et des abréviations	vi
Remerciements	viii
Introduction	1
Partie I — La communication de la preuve civile lors d’un litige international	6
Chapitre I : Le régime québécois de communication de la preuve civile	6
A. Principes généraux de la communication de la preuve.....	7
I. La recherche de la vérité.....	7
II. Le devoir de coopération	9
III. La proportionnalité	14
IV. La bonne foi.....	18
V. La pertinence.....	20
B. Les modalités et l’étendue de la communication au préalable de la preuve civile	24
I. Le régime d’interrogatoire préalable	25
II. La portée de la communication des documents en la possession des parties	28
III. La portée de la communication des documents en la possession des tiers	31
IV. Restrictions et procédure distincte de communication des documents.....	33
Conclusion du Chapitre I.....	36
Chapitre II : La communication de la preuve civile internationale	38
A. Fondement théorique de la commission rogatoire : La courtoisie internationale	38
I. Le principe de la courtoisie internationale.....	39
II. L’entraide judiciaire internationale et la coopération interétatique.....	42
B. Historique et fonctionnement de la commission rogatoire	47
I. Historique de la commission rogatoire	47
II. L’objectif et les conditions d’ouverture de la commission rogatoire	50
III. L’étendue de la commission rogatoire.....	53
IV. La procédure régissant la commission rogatoire	57

C.	Les restrictions à la communication de la preuve transfrontalière.....	63
I.	Les fondements des lois dites « de blocage ».....	64
II.	Lois de blocage — illustrations.....	72
i.	France : La loi du 26 juillet 1968	73
ii.	Grande-Bretagne : <i>Protection of Trading Interests Act (1980)</i>	80
iii.	Québec : la <i>Loi sur les dossiers d'entreprises</i>	84
	Conclusion du chapitre 2 :.....	90
	Chapitre III : Encadrement international de la communication de la preuve civile transfrontalière.....	92
A.	Les ententes bilatérales	93
B.	La Convention de La Haye du 18 mars 1970	96
I.	Objectif et contenu de la Convention de La Haye du 18 mars 1970.....	96
II.	L'accueil et la réception de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 par les États signataires	100
C.	Le Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale	104
I.	L'objectif et les conditions d'application du Règlement (CE) n° 1206/2001	105
II.	La mise en œuvre du Règlement (CE) n° 1206/2001	107
D.	Les Principes ALI-UNIDROIT de procédure civile transnationale.....	112
I.	L'objectif des Principes ALI-UNIDROIT de procédure civile transnationale.....	113
II.	Accueil et résultats des Principes ALI-UNIDROIT	117
	Conclusion du chapitre 3	121
	Partie II – Les impacts de la dématérialisation de la preuve sur le processus de communication de la preuve civile internationale.....	123
	Chapitre IV : La communication de la preuve technologique.....	123
A.	La distinction entre le processus de communication et de transmission de la preuve technologique.....	125
B.	Les principaux objectifs de la <i>Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information</i>	127
C.	Les principes généraux et les notions de base.....	130

I.	La neutralité technologique.....	131
II.	L'équivalence fonctionnelle.....	134
III.	Le document technologique	137
IV.	L'intégrité et l'authenticité du document technologique	141
D.	La transmission des documents technologiques	152
I.	Les modes de reproduction des documents : la copie et le transfert	152
i.	L'original.....	153
ii.	La copie.....	155
iii.	Le transfert	156
II.	Le mécanisme de transmission de documents technologiques	159
	Conclusion du chapitre 4.....	171
Chapitre V : Les considérations pratiques découlant de la dématérialisation de la preuve sur le processus de communication		173
A.	La réforme du C.p.c. et les technologies de l'information	174
I.	Le principe d'interprétation : article 26 C.p.c.	175
II.	Le témoignage à distance : article 279 C.p.c.	179
III.	La commission rogatoire : article 499 C.p.c.	184
IV.	La notification technologique : articles 110 et 133 C.p.c.	187
B.	Sécurité des données et communication de la preuve civile transfrontalière	196
I.	La protection des données personnelles et le commerce international.....	197
II.	Le régime canadien et québécois de transferts transfrontaliers de données personnelles et la communication de la preuve civile	203
III.	Les transferts transfrontaliers de données personnelles en provenance de l'Europe vers le Canada.....	210
IV.	Les transferts transfrontaliers de données personnelles en provenance des États-Unis vers le Canada.....	214
	Conclusion du Chapitre V	216
	Conclusion.....	218
	Table de législation.....	227
	Table de la jurisprudence	230
	Bibliographie	234

Liste des sigles et des abréviations

Art. : Article

A.C.p.c. : Ancien Code de procédure civile

Al. : alinéa

C.c.Q. : Code civil du Québec

C.N.U.D.C.I. : Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

C.p.c. : Code de procédure civile

C.P.V.P. : Commissariat à la protection de la vie privée du Canada

F.R.C.P. : Federal Rules of Civil Procedure

L.C.C.J.T.I. : Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information

L.C.P. : Loi sur certaines procédures

L.D.E. : Loi sur les dossiers d'entreprises

L.P.R.P.D.É. : Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques

L.P.R.P.S.P. : Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé

M^e : Maître

P.T.I.A. : Protection of Trading Interest Act

Etc. : Et cætera

À ma famille,

Remerciements

Je tiens d'abord et avant tout à remercier ma directrice de mémoire la professeure Catherine Piché pour sa très grande disponibilité et ses judicieux conseils. Votre aide a été essentielle pour la rédaction de ce mémoire et je vous en suis très reconnaissante.

Je souhaite aussi remercier mes parents et toute ma famille pour le soutien indéfectible qu'ils m'ont procuré tout au long de mes études.

De plus, je tiens à mentionner le programme de recherche *MITACS* et toute l'équipe du projet de recherche *Accès au droit et à la justice (ADAJ)* de la Faculté de droit de l'Université de Montréal pour l'expérience de stage en milieu pratique qui a permis d'enrichir ma réflexion et d'approfondir l'analyse de mon sujet. Enfin, je dois souligner la contribution des fonds *J.A.-Louis Lagassé* et *Juliette-Barcelo* pour les bourses d'étude qui m'ont soutenue financièrement.

Introduction

La mondialisation des échanges économiques est dorénavant une réalité pratique du monde des affaires. Phénomène économique provoqué par une circulation mondiale accrue des personnes, des biens et des informations, il force les législations internationales à composer avec des dilemmes nouveaux. Forte de l'évolution fulgurante des technologies de l'information, la mondialisation a rapidement progressé pour être celle que nous connaissons aujourd'hui en propulsant l'internationalisation du commerce :

« Il est clair que la globalisation économique n'aurait pas progressé aussi rapidement sans le renfort de l'Internet et des technologies de l'information. Ces technologies favorisent l'intégration économique nationale et l'émergence d'un seul espace économique global, puisqu'elles permettent aux opérateurs économiques de participer à la mondialisation des finances, des marchés monétaires, obligataires etc. »¹

Ainsi, comme les entreprises sont dorénavant en contact constant avec des entreprises provenant de divers régions et pays, elles côtoient différentes cultures d'affaire et d'entreprise, mais surtout différentes cultures judiciaires. Ce faisant, la mondialisation fait naturellement ressortir les tensions juridiques entre les divers régimes étatiques, et ainsi, augmente le risque de litiges internationaux entre les acteurs économiques².

Or, un conflit international survenant entre deux entreprises n'étant pas domiciliées dans le même pays affecte le domaine de la procédure judiciaire ainsi que la question des régimes

¹ Karim BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2015, p. 87.

² Claude EMANUELLI, *Le droit international privé québécois*, 3^e éd., coll. « La collection bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, n° 10, p. 8.

applicables qui ne sera cependant pas visée par ce mémoire. En effet, les activités économiques ne sont plus concentrées en un seul endroit et les parties au litige se voient dans l'obligation de naviguer les exigences de plusieurs régimes juridiques.

Par ailleurs, puisque les technologies entraînent dorénavant le partage et la libre circulation des informations, les rapports économiques sont de plus en plus dématérialisés ce qui affecte grandement l'économie mondiale, mais aussi la preuve judiciaire³. Incidemment, un des impacts de ce phénomène sur le droit judiciaire privé est que la quantité de preuves sur support technologique a grandement augmentée au cours des dernières années⁴. De ce fait, la preuve judiciaire est constituée, de plus en plus, sans réel support « physique », ce qui cause une certaine décentralisation du droit judiciaire privé, notamment du fait que la preuve est accessible maintenant pratiquement partout. Par conséquent, la partie souhaitant avoir accès à ces éléments de preuve devra conjuguer divers facteurs en provenance de plusieurs régimes juridiques.

Il résulte de ce constat que les conflits internationaux suscitent des dilemmes légaux considérables. À notre avis, une des étapes les plus affectées par la mondialisation et les technologies de l'information est en fait le processus de communication de la preuve civile. En effet, le droit judiciaire étant profondément ancré dans la tradition juridique du pays où la procédure judiciaire est instituée, l'obtention des preuves à l'international a toujours été largement entravée par les tensions entre les différents régimes. Ainsi, maintenant que la preuve

³ Geneviève CAMMAS et Richard ROUTIER, « La “globalisation” du droit des affaires ? », Dr. 21 2001.E004.1 en ligne : <<https://www.revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/er20010119cammas.pdf>>, 1.

⁴ K. N. RASHBAUM, M. F. KNOUFF, D. MURRAY, « Admissibility of Non-U.S. Electronic Evidence », 18-3 *RICH. J.L. & TECH.* 1, 3 (2012) (HeinOnline).

est progressivement plus technologique, les demandes de communication sont aussi de plus en plus nombreuses ce qui ne fait qu'exacerber les différences entre les systèmes juridiques⁵. En effet, le processus de communication garantissant les exigences d'admissibilité de la preuve à l'audience, les parties doivent à la fois respecter les conditions légales du tribunal où la procédure judiciaire est inscrite et conjuguer avec les exigences et la réglementation du pays dans lequel la preuve désirée se situe.

De ce fait, le présent mémoire cherchera à démontrer et analyser le processus de communication de la preuve civile dans le cadre d'un conflit international. L'objectif du mémoire est donc d'effectuer une analyse critique des régimes d'encadrement de cette procédure et d'offrir une vision d'ensemble des défis, enjeux ainsi qu'outils législatifs internationaux dont fait l'objet le processus de communication de la preuve civile transfrontalière.

Afin de mieux situer le contexte factuel du mémoire, nous croyons opportun de traiter de la procédure de communication de la preuve civile par l'entremise d'un cas hypothétique. Nous sommes d'avis que nous pouvons mieux circonscrire la discussion ainsi étant donné l'ampleur significative du sujet. Par conséquent, tout au long du mémoire, nous supporterons notre analyse en faisant référence à un conflit hypothétique entre une entreprise québécoise et une entreprise étrangère institué devant les tribunaux québécois et se trouvant en phase préalable à l'instruction où la collecte initiale de preuve n'a pas encore été effectuée. Ce faisant, les étapes de communication pour dépôt et production de la preuve à l'audience ne seront pas analysées

⁵ Noëlle LENOIR, « La collecte des preuves dans le cadre des procédures judiciaires : L'amorce d'un dialogue entre la France et les États-Unis ? », L.P.A. 2014.111.6, n° 10 (PDF) (Lextenso).

par notre mémoire, et ce, tout comme les demandes de préservation de la preuve n'étant pas applicable aux faits du présent cas. Par ailleurs, nous concentrerons l'objet du cas hypothétique au droit commercial international.

Nous sommes conscients de la nature quelque peu particulière de la situation factuelle, les conflits commerciaux internationaux étant majoritairement réglés devant les cours arbitrales. Néanmoins, nous sommes d'avis que le processus de communication de la preuve civile internationale dans le cadre d'un litige devant une instance nationale offre des possibilités d'analyse intéressantes considérant les changements actuels dans l'environnement juridique québécois et international. Par conséquent, le présent mémoire se concentrera sur les principales considérations pratiques à respecter par les parties à un tel litige se trouvant en phase exploratoire.

De plus, aux fins du présent mémoire, les notions de preuve civile « internationale » et preuve civile « transfrontalière » seront utilisées sans distinction. De façon incidente, nous ne distinguerons pas non plus entre une communication ou une transmission « internationale » et une communication ou une transmission « transfrontalière ». Dans tous les cas, nous référerons à l'action de communiquer (ou transmettre) une preuve se trouvant dans un pays X vers le Québec et du Québec vers un pays X. Nous sommes conscients des diverses interprétations et définitions de ces notions, or dans le cadre de notre mémoire, les deux seront synonymes de la même situation factuelle.

Ainsi, ce mémoire est structuré en deux parties. Afin de refléter les conflits brièvement introduits ci-haut et de par la nature du cas pratique, la première partie se concentrera sur le régime de communication de la preuve civile tant au Québec qu'à l'international. Au cours de

cette première moitié, nous aborderons tant la procédure générale du système québécois que celle s'appliquant à la communication de la preuve civile transfrontalière. De plus, cette partie sera l'occasion de traiter des principales restrictions et obstacles que les parties auront à faire face lorsqu'il est nécessaire d'effectuer une collecte de preuves à l'étranger.

Ensuite, la seconde partie du mémoire sera consacrée à l'impact des technologies de l'information sur le processus de communication de la preuve civile internationale. En fait, puisque la technologie a une importance si manifeste sur le monde des affaires et sur les procédures, nous croyons qu'il est essentiel d'analyser de plus près les conditions et l'encadrement législatif à suivre par les parties dans le cadre de la communication de la preuve technologique que ce soit les impacts pratiques de l'emploi de la technologie sur la réforme des régimes procéduraux ou ceux sur la sécurité des échanges de preuve contenant de renseignements personnels.

Partie I — La communication de la preuve civile lors d'un litige international

Chapitre I : Le régime québécois de communication de la preuve civile

Si la communication de la preuve est un enjeu particulier dans le cadre de litiges internationaux, c'est en grande partie à cause de la diversité de règles fondant les régimes de communication de la preuve. Dans le cadre de notre cas hypothétique, les procédures judiciaires sont instituées devant les tribunaux québécois, et donc, selon le Code civil du Québec (ci-après « C.c.Q. »), les règles procédurales québécoises s'appliquent tant à l'entreprise québécoise qu'à l'entreprise étrangère⁶. Ainsi, le premier chapitre du mémoire se penchera sur le régime québécois de communication de la preuve civile afin d'analyser les exigences judiciaires s'imposant tant à la partie québécoise qu'étrangère. Pour ce faire, l'analyse des principes généraux entourant l'étape de communication est primordiale afin d'introduire les fondements du régime (A). De plus, comme la situation factuelle du présent mémoire fait état d'un litige se trouvant en phase préalable ou exploratoire du litige, nous nous concentrerons sur le processus de communication des pièces et éléments de preuve avant l'instruction, c'est-à-dire la collecte de la preuve (B).

⁶ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 3132.

A. Principes généraux de la communication de la preuve

Les principes généraux fondant le régime procédural québécois sont nombreux. Nous proposons donc de se concentrer sur ceux étant les plus significatifs au régime de communication de la preuve. En fait, il est crucial de traiter de ces notions, parce que, comme nous le verrons à travers le mémoire, la plupart de ces principes se retrouvent dans les outils d'encadrement législatif de la communication de la preuve civile à l'international. De ce fait, puisque les procédures sont instituées au Québec, il a lieu de délimiter la version québécoise de ces notions. Nous traiterons ainsi en premier lieu du principe de la recherche de la vérité (I), afin d'expliquer le fondement du droit judiciaire québécois, pour par la suite analyser le principe de coopération entre les parties, consacré depuis peu dans le nouveau Code de procédure civile (ci-après « C.p.c. ») (II). Puis, nous développerons ensuite sur le principe de proportionnalité (III), de bonne foi (IV) et de pertinence (IV) qui forment ensemble les bases judiciaires limitant le processus de communication de la preuve.

I. La recherche de la vérité

L'administration de la preuve québécoise étant d'inspiration anglo-américaine, le système de preuve contradictoire et accusatoire a permis à une longue tradition de pratiques du droit axées sur la confrontation, ou *Fight theory*, à s'installer et perdurer au sein de notre système judiciaire⁷. Cette vision « sportive » du litige, comme la présente l'auteur Gavin MacKenzie, entraîne de potentiels abus de la part des parties surtout dans la phase de la communication de

⁷ Samuel WEX, « Judicial Intervention: the 'Truth' Theory Versus the 'Fight' Theory », (1974) 34-3 *R. du B.* 200, 220 et 223 et Henry L. MOLOT, « Non-Disclosure of Evidence, Adverse inferences and the Court's Search for Truth », (1973) 10 *Alta. L. Rev.* 45 (HeinOnline).

la preuve⁸. En fait, « [t]he untoward effects of the adversary system's preoccupation with gamesmanship and contentiousness include [...] discovery abuses »⁹.

Théorie fortement critiquée par les auteurs et la jurisprudence, la *Fight Theory* a tranquillement été concurrencée par la théorie de la recherche de la vérité. Contrairement à la vision « sportive » qui « by its very nature glosses over the truth when it does not suit the party's purpose »¹⁰, la recherche de la vérité encadre et restreint plutôt les possibilités d'abus dans le processus de communication¹¹. En effet, l'auteur Henri L. Molot, résume l'impact de la recherche de la vérité sur l'évolution des règles de procédure et sur le système « adversarial », comme ayant permis une meilleure accessibilité aux sources de la preuve :

« This “fight” theory, as Jerome Frank described it, has been purposefully modified in favor of the “truth” theory [...] by rules of procedure that not only underline disclosure to the parties of the facts and law that are in issue but permit the parties, through the discovery process, to have access to many of the sources of these allegations of facts.¹²»

De ce fait, la recherche de la vérité est l'objectif ultime du processus civil¹³. Or, le système judiciaire québécois est de nature accusatoire et contradictoire ce qui se solde en une participation moins active des juges dans la recherche de la vérité, où il incombe aux parties de

⁸ Gavin MACKENZIE, *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline*, 3e ed., Toronto, Carswell, 2001, p. 2-3 et 2-4.

⁹ *Id.*, p. 2-3.

¹⁰ S. WEX, préc., note 7, 221.

¹¹ H. L. MOLOT., préc., note 7, 46.

¹² *Id.*

¹³ G. MACKENZIE, préc., note 8, p. 2-12.

présenter les éléments de preuve¹⁴. Ainsi, pour réduire les risques d'abus liés à la relative impassibilité du juge¹⁵ et à la maîtrise du dossier par les parties, et pour améliorer l'efficacité et la productivité des tribunaux, le législateur lors de la réforme du C.p.c. a instauré des devoirs venant restreindre la liberté du plaideur¹⁶. Dans le cadre du présent mémoire, un des plus pertinents est sans nul doute le nouveau devoir de coopération codifié à l'article 20 C.p.c.

II. Le devoir de coopération

S'il s'agit d'une nouveauté dans le nouveau C.p.c., il serait mentir que d'affirmer que le concept l'est tout autant que sa codification. Bien au contraire, lors des années 1970, la coopération entre les parties servait déjà d'instrument à la mise en place de la théorie de la recherche de vérité en restreignant l'applicabilité de la théorie « combative » du droit :

« However, if we are to accept the present adversary system as one of the premises of the trial process, [...] then it will be desirable to encourage the most complete disclosure of relevant facts to one's opponent who then will be in a better position to test the strength of his own case against the one he must meet from the other side. [...] Consequently, to hold back any relevant facts is to deny the fact finder some measure of ability to discover "the truth". »¹⁷

En fait, le régime québécois étant d'inspiration anglo-américaine, comme mentionné, il y a lieu de se tourner vers les enseignements des juristes américains afin de comprendre l'origine et la fonction primaire de la notion. Dès les années 1940, le juge américain Jerome Frank faisait

¹⁴ Léo DUCHARME et Charles-Maxime PANACCIO, *L'administration de la preuve*, 4^e éd., coll. « La collection bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, n° 11, p. 7 et n° 13, p. 9.

¹⁵ G. MACKENZIE, préc., note 8, p. 2-5.

¹⁶ Catherine PICHÉ (dir.) et Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 5^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, n° 48, p. 24.

¹⁷ H. L. MOLOT, préc., note 7, 46 et 47.

part de l'importance cruciale de l'accès à l'intégralité de la preuve pertinente et utile au litige et non juste celle ne favorisant qu'une partie de façon individuelle¹⁸. Le Juge Frank maintient que le système « adversarial » laissant une trop grande place à l'individualisme, ne peut atteindre l'objectif de la recherche de la vérité, car le juge n'est pas en mesure d'évaluer toute la preuve¹⁹. Qualifiant ce système de « laissez-faire légal » (« *Legal laissez-faire* »), les tribunaux se trouvent donc dans l'impossibilité, selon lui, de juger de façon équitable²⁰.

Ainsi, l'éveil vers une coopération accrue entre les parties a augmenté progressivement pour mener, en 2016, à l'entrée en vigueur de la codification de ce devoir par le législateur québécois. L'article 20 C.p.c. est une réponse directe et l'aboutissement, selon nous, des nombreux questionnements soulevés par les auteurs mentionnés ci-haut :

« **20.** Les parties se doivent de coopérer notamment en s'informant mutuellement, en tout temps, des faits et des éléments susceptibles de favoriser un débat loyal et en s'assurant de préserver les éléments de preuve pertinents.

Elles doivent notamment, au temps prévu par le Code ou le protocole de l'instance, s'informer des faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et des éléments de preuve qu'elles entendent produire. »²¹

La réforme du C.p.c., visant une plus grande efficacité des tribunaux²², a permis la codification de cet article qui, à notre avis, détient un potentiel immense. En effet, selon les auteurs Benoît Émery et Denis Ferland, l'article 20 C.p.c. « en s'inspirant de droit collaboratif

¹⁸ J. FRANK, *Courts on Trial: myth and reality in American justice*, p. 92 (1969).

¹⁹ *Id.*, p. 80.

²⁰ *Id.*, p. 88.

²¹ *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 20.

²² *Id.*, disposition préliminaire.

favorisant un débat loyal, est susceptible transformer substantiellement l'administration traditionnelle de la justice favorisant le débat contradictoire, "adversarial" [...] contraire à l'objectif du procès civil de la découverte de la vérité»²³. Dans le même ordre d'idée, le professeur Frédéric Bachand écrit que « [s]i l'on revient d'abord sur cette idée, qui se trouve au cœur du modèle de common law du procès conçu comme un combat, force est de constater qu'elle est difficilement conciliable avec le devoir de coopération que consacre le nouveau Code.»²⁴ Même discours de la part de l'auteur Luc Chamberland pour qui « cette nouvelle disposition est appelée à jouer un rôle crucial dans le Code »²⁵ puisqu'« un important devoir de coopération est imposé aux parties, et par le fait même à leur procureur, afin de réduire les coûts, les délais et aussi accroître l'accessibilité à la justice. »²⁶

Par ailleurs, si la ministre de la Justice qualifie l'article 20 C.p.c. comme la reprise d'une « règle actuellement implicite du droit procédural qui fonde plusieurs dispositions relatives à la communication de la preuve »²⁷, il reste que l'obligation, maintenant explicite, d'information démontre, selon nous, la volonté du législateur d'arrêter de façon définitive les procès par embuscade ou *trial by ambush*, et donc, de minimiser les risques d'abus au stade préalable de la

²³ Denis FERLAND et Benoît ÉMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 1, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, n° 1-183, p. 69.

²⁴ Frédéric BACHAND, « La justice civile et le nouveau *Code de procédure civile* », (2015) 61-2 *McGill L.J.* 447, 456.

²⁵ Luc CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations – Volume 1 (Art. 1 à 390)*, 3^e éd., vol. 1, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, art. 20, p. 203.

²⁶ *Id.*

²⁷ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires de la ministre de la Justice. Code de procédure civile, chapitre C-25.01*, Montréal, SOQUIJ, Wilson & Lafleur, 2015, p. 38.

communication de la preuve civile. En effet, cette obligation continue « en tout temps »²⁸ des parties, englobe « non seulement des faits au dossier, mais [tout] autre élément susceptible de favoriser un débat loyal »²⁹, en plus de « l'obligation de s'informer des faits sur lesquels reposent leurs prétentions et de préserver les éléments de preuve pertinents, lesquels pourraient comprendre les éléments de preuve favorable à la partie adverse. »³⁰

Ainsi, dans le cadre de notre cas pratique, la partie tant québécoise qu'internationale aura l'obligation d'informer, de communiquer et de préserver les éléments de preuve pertinents afin de permettre le meilleur déroulement des procédures.

L'article 20 C.p.c. vise donc à anéantir tout potentiel d'abus dans le cadre de la communication de la preuve comme détaillé par les auteurs Frank, Wex, Molot et MacKenzie pour ne nommer qu'eux. Or, tel que le constate M. MacKenzie, il y a un vide au niveau des sanctions en cas de manquement à la divulgation et communication de la preuve³¹, ce qui est toujours aussi véridique à notre avis.

En réalité, l'absence de sanction explicite en cas de non-respect de l'obligation de l'article 20 C.p.c., autre que l'inférence négative en cas de destruction de preuve³², crée un certain vide juridique qui ne permet pas, selon nous, de complètement répondre à la volonté législative de limiter au maximum les abus liés à la communication de la preuve civile. Bien

²⁸ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 20.

²⁹ L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations – Volume 1 (Art. 1 à 390)*, 3^e éd., vol. 1, préc., note 25, art. 20, p. 203.

³⁰ *Id.*

³¹ G. MACKENZIE, préc., note 8, p. 2-6.

³² *Mag Energy Solutions inc. c. Falconer Cloutier*, 2016 QCCS 2830, par. 62.

entendu, si cette spoliation est faite sur des documents visés par une ordonnance de préservation de la preuve, la situation est différente et l'outrage au tribunal pourra être reconnu en plus de l'inférence négative, comme édicté dans l'arrêt *Mag Energy Solutions Inc*³³. Par contre, il reste que, dans la plupart des cas, aucune sanction « sévère » et clairement dissuasive n'est mise en place, ce que nous déplorons.

Ainsi, la force du changement qu'est celui d'avoir codifié de façon explicite les obligations d'information et de préservation de la preuve est quelque peu atténuée par le manque de sanction. Par conséquent, l'état du droit dépeint par la juge Bélanger dans l'arrêt *Jacques c. Ultramar Ltée*³⁴ perdure pour le moment. En effet, comme la juge l'écrit, au sein du système judiciaire québécois « une partie qui devrait raisonnablement être consciente de la nécessité ou de l'importance d'une preuve pour la partie adverse n'agirait pas de bonne foi en altérant ou la détruisant, en tout ou en partie. »³⁵ En d'autres mots, si les parties de notre cas ne respectent pas

³³ *Id.*, par. 64.

³⁴ *Jacques c. Ultramar Ltée*, 2011 QCCS 6020.

³⁵ *Id.*, par. 21. Par ailleurs, la juge résume au par. 26 l'état du droit face à la préservation de la preuve :

« [26] L'état du droit au Québec serait donc le suivant :

1. Il n'existe aucune obligation explicite de préserver la preuve dans un dossier litigieux, pas plus qu'il n'existe d'obligation de produire à l'adversaire une liste de documents pertinents au litige.
2. L'obligation implicite de préserver la preuve existe et découle d'une obligation générale de bonne foi ; en conséquence, cette obligation couvrirait les cas les plus graves de spoliation seulement.
3. La maxime *omnia praesumuntur contra spoliatorem* (toutes choses sont présumées contre le spoliateur) a trouvé une application fort limitée jusqu'à maintenant.
4. L'obligation implicite de conservation de la preuve, basée sur la bonne foi, a comme conséquence que lorsqu'une partie se départit par erreur ou de bonne foi d'une preuve, aucune inférence négative ne peut en découler.
5. La bonne foi se présume et apporter la preuve de la mauvaise foi constitue un lourd fardeau.

leur obligation de coopération et détruisent des preuves qui n'étaient toutefois pas soumises à une ordonnance de préservation, elles seront considérées comme étant de mauvaise foi et le juge à l'instance pourra tirer de cet acte une inférence négative.

Bref, l'article 20 C.p.c. codifie un devoir de coopération et de transparence entre les parties qui permet d'encadrer, de façon continue, notre système contradictoire et accusatoire, et de le rediriger vers la réelle découverte de la vérité. Par contre, tel que la Cour d'appel du Québec dans le jugement *Amaya inc. c. Derome*³⁶, le confirme, « on its own, article 20 does not create an independent right to disclosure. »³⁷ Ce qui veut dire que les parties de notre litige doivent se soumettre à d'autres principes généraux, comme la proportionnalité.

III. La proportionnalité

Dans le cas de notre mémoire, la proportionnalité se présente comme un article venant délimiter les éléments de preuve que la partie, tant étrangère que québécoise, pourra demander à être communiqués. Ce principe restreint ainsi la portée et l'étendue de la communication de la preuve civile internationale d'où sa grande importance. Codifié à l'article 18 du C.p.c., le

6. La conséquence à la spoliation est une inférence négative et l'inférence négative n'a pas conduit, jusqu'à maintenant, au rejet d'un recours ou d'une défense, après une audition au fond.

7. En l'absence d'une obligation formelle de conserver la preuve et en présence d'une obligation implicite de ce faire, si une personne désire obtenir une ordonnance formelle de conserver la preuve, c'est au moyen d'une ordonnance d'injonction ou d'une demande de sauvegarde qu'elle doit procéder et selon les critères spécifiques prévus par ces recours. »

³⁶ *Amaya inc. c. Derome*, 2018 QCCA 120.

³⁷ *Id.*, par. 104.

principe de proportionnalité constitue une autre pierre angulaire du droit procédural québécois visant, entre autres, à faire progresser la recherche de la vérité³⁸ :

« 18. Les parties à une instance doivent respecter le principe de proportionnalité et s'assurer que leurs démarches, les actes de procédure, y compris le choix de contester oralement ou par écrit, et les moyens de preuve choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigé, proportionnés à la nature et à la complexité de l'affaire et à la finalité de la demande.

Les juges doivent faire de même dans la gestion de chacune des instances qui leur sont confiées, et ce, quelle que soit l'étape à laquelle ils interviennent. Les mesures et les actes qu'ils ordonnent ou autorisent doivent l'être dans le respect de ce principe, tout en tenant compte de la bonne administration de la justice. »³⁹

Si le principe de la proportionnalité est un des plus importants⁴⁰ dans le système de justice civile québécois, il lui est aussi unique⁴¹, selon la professeure Catherine Piché, principalement parce qu'il « repose, à la fois, sur les épaules des avocats et sur celles des juges »⁴². Ainsi, il lui est unique parce qu'il s'applique de façon continue à toutes les étapes du procès, il doit être interprété largement par les tribunaux et il peut mener, en cas de non-respect, à une condamnation pour abus de procédure⁴³. Le caractère temporel de la proportionnalité oblige toutefois les avocats et les juges, et ce, à toutes les différentes étapes du litige⁴⁴. Ce

³⁸ Catherine PICHÉ, *Droit judiciaire privé*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2014, p. 121; D. FERLAND et B. ÉMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 1, préc., note 23, n° 1-151, p. 56; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, p. 4 et par. 30.

³⁹ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 18.

⁴⁰ *Gervais-Tétrault (Succession de) c. Tétrault*, 2007 QCCS 3037, par. 80.

⁴¹ Catherine PICHÉ, « La proportionnalité procédurale : une perspective comparative », (2009-10) 40 *R.D.U.S.* 551, dans C. PICHÉ, *Droit judiciaire privé*, préc., note 38, p.111, aux pp. 120 et 121.

⁴² *Id.*, à la p. 121.

⁴³ *Id.*, aux p. 122 et 123.

⁴⁴ *Audace Technologies inc. c. Canimex inc.*, 2006 QCCS 28, par. 12.

faisant, les représentants de la partie étrangère de notre cas seront tout autant soumis au respect de ce principe que les ceux de la partie québécoise.

En effet, l'objectif de la proportionnalité, dans la perspective de communication de la preuve, est de « réduire la durée et les coûts des interrogatoires préalables à l'instruction et des procès lorsque le litige est, par exemple, peu complexe. »⁴⁵ La proportionnalité inclut ainsi les actes précédant l'instruction, c'est-à-dire la phase exploratoire du litige⁴⁶, comme dans le cadre de notre mémoire.

En réalité, l'article 18 C.p.c. n'est pas de droit nouveau. Il est la nouvelle codification des articles 4.1 et 4.2 de l'ancien Code de procédure civile⁴⁷ (ci-après « A.C.p.c. »). La différence majeure entre les deux versions a trait à la portée de cette dernière. À vrai dire, l'article 18 C.p.c. a une portée plus large, selon les commentaires de la ministre de la Justice, afin d'inciter « tous les intervenants à rechercher une meilleure adéquation entre la nature et la finalité d'une action en justice et les moyens disponibles pour l'exercer. »⁴⁸

La proportionnalité s'inscrit ainsi dans le cadre d'une justice dite « pratique », selon la jurisprudence⁴⁹. En effet, il s'agit d'une justice « qui tient compte des intérêts de tous incluant ceux de la bonne marche et de l'économie du système judiciaire, lequel accorde une importance

⁴⁵ L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations – Volume 1 (Art. 1 à 390)*, 3^e éd., vol. 1, préc., note 25, art. 18, p. 179.

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25, art. 4.1 et 4.2.

⁴⁸ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 27, p. 36.

⁴⁹ *Corporation Sun Media c. Gesca*, 2012 QCCA 682.

désormais capitale à la proportionnalité »⁵⁰. Comme il appert de l'arrêt *Ungava*⁵¹, le but apparent de l'article 18 C.p.c. est de trouver, au sein des procédures, un équilibre entre l'objectif de favoriser « la poursuite et la progression du dossier dans les meilleurs délais, en particulier afin de s'assurer que la preuve puisse être conservée et que les témoins puissent être entendus dans les meilleurs délais »⁵², et « celui de ne pas en engager les parties dans des procédures à l'aveuglette »⁵³.

Ainsi, le principe de proportionnalité serait, selon les tribunaux, un guide de conduite puisque « the rule of proportionality enunciated at [article] 4.2 C.C.P. is not a substantive right but rather a guiding principle in the conduct of proceedings and in the case management by the court »⁵⁴. Cet énoncé de la Cour d'appel du Québec réfère à l'arrêt de principe de la Cour suprême du Canada *Marcotte c. Longueuil (Ville de)*⁵⁵, rendu en 2009. Cette affaire porte sur le refus d'autoriser une action collective portant sur la contestation de la validité d'un règlement municipal pour motifs, entre autres, de non-respect du principe de proportionnalité⁵⁶. La Cour suprême, dans son opinion majoritaire rédigée par le Juge Lebel, a mis en lumière quelques éléments de la proportionnalité québécoise, tels que l'équilibre, mais surtout le lien avec la bonne foi : « [43] [...] Ce principe veut que le recours à la justice respecte les principes de la

⁵⁰ *Id.*, par. 8.

⁵¹ *Ungava Exploration inc. c. Québec (Procureure générale)*, 2016 QCCS 4711.

⁵² *Id.*, par. 67.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Telus Mobilité v. Comtois*, 2012 QCCA 170, par. 28.

⁵⁵ *Marcotte c. Longueuil (Ville de)*, 2009 CSC 43.

⁵⁶ *Id.*, p. 3 et 4, et par. 41.

bonne foi et de l'équilibre entre les plaideurs et n'entraîne pas une utilisation abusive du service public que forment les institutions de la justice civile. »⁵⁷

Par conséquent, la proportionnalité entraîne non seulement une meilleure accessibilité de la justice en minimisant les abus et les prolongations inutiles des recours, mais impose aussi une norme comportementale, soit le respect de la bonne foi. De ce fait, la partie internationale de notre cas se voit donc, tout comme la partie québécoise, dans l'obligation d'agir de bonne foi en tout temps afin de permettre le déroulement efficace des procédures. Par exemple, les parties à notre litige devront porter une attention particulière au nombre de documents demandés et d'interrogatoires préalables à effectuer aux fins de communication, entre autres.

IV. La bonne foi

Cependant, il y a lieu de se demander ce que la bonne foi exige concrètement dans le cadre de la communication de la preuve civile. Comme la partie internationale de notre cas pratique est soumise à la bonne foi par l'entremise du principe de proportionnalité, cette notion a une importance particulière dans le cadre de la communication de la preuve transfrontalière. De ce fait, la bonne foi partage un lien intrinsèque avec tous les principes fondant la communication de la preuve.

La bonne foi procédurale, codifiée à l'article 19 alinéa 2 C.p.c.⁵⁸ ne constitue, en réalité, qu'« une autre modalité du principe de la proportionnalité ([article] 18) et du devoir de

⁵⁷ *Id.*, par. 43.

⁵⁸ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 19, al. 2 : « Elles doivent veiller à limiter l'affaire à ce qui est nécessaire pour résoudre le litige et elles ne doivent pas agir en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive ou déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi. »

coopération ([article] 20)»⁵⁹. En fait, ce type de bonne foi, aux dires des auteurs Ferland et Émery, « s'ajoute ainsi expressément à l'obligation de bonne foi en droit substantif et incite les parties à éviter l'abus de la procédure »⁶⁰, ou dans le cas présent, les abus reliés à la communication de la preuve.

En fait, selon les commentaires de la ministre de la Justice, l'article 19 alinéa 2 C.p.c. inculque un « devoir pour les parties de coopérer pour limiter l'affaire à ce qui est nécessaire pour résoudre leur litige de manière à appuyer les tribunaux dans leur mission de gestion et à éviter certaines dérives. »⁶¹ En d'autres mots, par le principe de la maîtrise du dossier par les parties (article 19 C.p.c.), la proportionnalité et la bonne foi procédurale viennent ensemble restreindre, encore une fois, la possibilité d'abus en matière de communication de la preuve civile.

Or, comme la Cour suprême l'énonce dans l'arrêt *Pétrolière Impériale c. Jacques*⁶², dans la phase dite exploratoire du litige « il y a lieu de favoriser la divulgation la plus complète de la preuve »⁶³. Par contre, la divulgation la plus complète des éléments de preuve ne peut se faire que sous réserve de la pertinence de ces derniers. Ainsi, les parties de notre cas doivent agir de façon à circonscrire le débat à ce qui est nécessaire, dans les procédures comme dans les

⁵⁹ L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations – Volume 1 (Art. 1 à 390)*, 3^e éd., vol. 1, préc., note 25, art. 19, p. 197.

⁶⁰D. FERLAND et B. ÉMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 1, préc., note 23, n° 1-167, p. 63.

⁶¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 27, p. 37.

⁶² *Pétrolière Impériale c. Jacques*, 2014 CSC 66.

⁶³ *Id.*, p. 28.

documents à communiquer, et ne pas délayer l'affaire de façon inutile. De ce fait, la bonne foi ne fait que consolider les notions de coopération et de proportionnalité.

V. La pertinence

Le dernier principe à analyser est certainement un autre des fondements les plus importants du droit judiciaire québécois. La règle de la pertinence a même été qualifiée de règle de justice naturelle par la Cour suprême dans l'arrêt *Université du Québec à Trois-Rivière c. Larocque*⁶⁴. Dans le contexte de notre litige, les deux parties devront limiter leur effort de recherche et de communication à ce qui est pertinent selon le barème du régime québécois. La communication de la preuve internationale se voit donc soumise au principe général qu'est la pertinence de par le fait que les procédures judiciaires ont été instituées devant les tribunaux québécois, d'où son importance dans le cadre du présent litige.

Dans le cadre du régime de droit judiciaire privé du Québec, M^e Claude Marseille traite de ce fondement comme comportant à la fois un principe d'inclusion de la preuve, codifié par l'article de principe 2857 C.c.Q., et un principe d'exclusion qui se trouve codifié à travers le C.p.c.⁶⁵. Les critères de qualification varient selon l'étape de la procédure judiciaire dans laquelle les parties se trouvent⁶⁶.

⁶⁴ *Université du Québec à Trois-Rivière c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471, p. 488 ; Claude MARSEILLE, *La règle de la pertinence en droit de la preuve civile québécois*, coll. « Points de droit », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, n° 1, p. 1 et n° 5, p. 3.

⁶⁵ C. MARSEILLE, *id.*, n° 4, p. 3 et n° 8, p. 5.

⁶⁶ *Id.*, n° 11, p. 6 et n° 119, p. 49 et 50.

Ainsi, il découle que, dans le cadre du *procès*, la pertinence est définie de façon à ce qu'« un fait est pertinent s'il est en litige, s'il tend à démontrer l'existence ou l'inexistence d'un fait en litige ou encore s'il permet au tribunal d'évaluer la recevabilité ou la valeur probante d'un élément de preuve contesté. »⁶⁷

Par contre, la pertinence doit être évaluée selon des critères différents lorsque le litige se trouve en *phase exploratoire du procès* ou lors de la *divulgarion de la preuve*, comme c'est le cas dans le présent mémoire. En effet, à cette étape, la pertinence doit être évaluée non seulement de façon large⁶⁸, mais aussi de façon souple⁶⁹, comme il est nécessaire à ce stade de l'instance d'avoir la divulgation la plus « complète et hâtive des éléments de preuve »⁷⁰.

En fait, lors de la phase exploratoire du litige et dans le contexte de la communication de preuves, « la règle de la pertinence représente une règle d'équilibre procédural qui tend à assurer l'efficacité du processus judiciaire, tout en facilitant la quête de la vérité »⁷¹. De ce fait, cette souplesse doit respecter un minimum de structure afin que la communication ne soit pas une « expédition de pêche »⁷² ou « une recherche à l'aveuglette »⁷³.

⁶⁷ *Id.*, n° 11, p. 6.

⁶⁸ *Pétrolière Impériale c. Jacques*, préc., note 62, par. 30; *Daishowa inc. c. Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec*, [1993] R.J.Q.175 (C.S.), p. 6 et 17.

⁶⁹ C. MARSEILLE, préc., note 64, n° 121, p. 50.

⁷⁰ *Frénette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647, p. 680.

⁷¹ *Pétrolière Impériale c. Jacques*, préc., note 62, par. 31.

⁷² C. MARSEILLE, préc., note 64, n° 123, p. 51.

⁷³ *Pétrolière Impériale c. Jacques*, préc., note 62, par. 31; *Westinghouse Canada Inc. c. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Compagny*, [1993] R.J.Q. 2735 (C.A.), p. 8.

Les demandes de communication doivent donc être « suffisamment précises pour que leur pertinence puisse être appréciée avant le fait. »⁷⁴ En effet, l'arrêt *Westinghouse* en fait bien mention sous la plume du Juge Proulx :

« Une interprétation plus large de la notion de pertinence ne saurait néanmoins permettre, comme le Juge Baudoin l'a déjà fait remarquer, “une recherche à l'aveuglette” dans les dossiers et documents de l'adversaire dans le seul but de bonifier sa cause, d'étayer ses prétentions ou de mettre la main sur une simple source de renseignements additionnels”, ou encore, comme le Juge Nichols l'a affirmé, cette “demande de communication de documents ne devrait pas donner lieu à une investigation de caractère général dans les affaires de l'adversaire”. »⁷⁵

En d'autres mots, les demandes de communication et de divulgation de la preuve en phase exploratoire du litige doivent être précises et démontrer un minimum de pertinence, tout en étant assez larges pour permettre une divulgation et un interrogatoire complets⁷⁶.

De ce fait, le critère de pertinence à utiliser lors de la phase de communication des documents préalables à l'instruction est différent de celui lors du procès. En effet, la jurisprudence est claire, la pertinence dans le cadre de la communication ne doit pas être interprétée comme la pertinence traditionnelle, mais selon la détermination « que la communication de l'écrit est utile, appropriée, susceptible de faire progresser le débat, reposant sur un objectif acceptable qu'il cherche à atteindre dans le dossier, [et] que l'écrit dont il recherche la communication se rapporte au litige »⁷⁷.

⁷⁴ C. MARSEILLE, préc., note 64, n° 123, p. 51.

⁷⁵ *Westinghouse Canada Inc. c. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Compagny*, préc., note 73, p. 8 et 9 (renvois omis).

⁷⁶ *Kruger inc. c. Kruger*, [1987] R.D.J. 11 (C.A.), par. 17.

⁷⁷ *Westinghouse Canada Inc. c. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Compagny*, préc., note 73, p.16; *Industrie GDS c. Carbotech inc.*, 2005 QCCA 655, par. 14 ; *Eagle Globe Management Ltd. c. Bombardier*

Bref, ils découlent de l'analyse que la proportionnalité, la bonne foi et surtout la pertinence illustrent la base théorique de la communication en encadrant et limitant cette dernière aux preuves essentielles. La partie québécoise et internationale devront donc toutes deux porter une attention particulière à ces trois principes tout au long de leur collecte et de leur communication de la preuve, que ces dernières soient effectuées par les véhicules procéduraux généraux de la prochaine section ou par les véhicules particuliers qui seront traités dans le cadre du chapitre II.

Or, un commentaire nous apparaît toutefois nécessaire à la lumière de l'analyse des principes. Chacun des concepts discutés ci-haut représente la conception et la vision québécoise des principes. Étant donné l'aspect international de la situation factuelle du présent mémoire, la partie québécoise pourrait, à notre avis, être confrontée à des versions et des conceptions complètement différentes de ce que sont la coopération, la pertinence, la proportionnalité et la bonne foi. À vrai dire, tout dépendant d'où provient la partie internationale, il se pourrait que certains de ces principes ne fassent, à la rigueur, même pas partie des notions fondamentales de la procédure civile de son système juridique. Ainsi, si la partie étrangère n'engage pas de représentants québécois et opte plutôt pour des avocats de son propre pays, la partie québécoise sera confrontée à une définition différente des principes fondant la communication de la preuve. Donc, même si les procédures sont instituées devant les tribunaux québécois, l'interprétation des notions de coopération, proportionnalité, pertinence et bonne foi, quoique subjective par nature, dépend, dans le contexte d'un conflit international, d'une tradition juridique autre que

inc., 2010 QCCA 938, par. 15 et C. MARSEILLE, préc., note 64, n° 119, p. 49 et 50, citant *Westinghouse Canada Inc. c. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Compagny*, préc., note 73.

celle du tribunal saisi. Ce faisant, les conceptions québécoises de ces principes peuvent s'avérer, dans certains cas, inapplicables à cause du choc de culture judiciaire entre les deux parties.

B. Les modalités et l'étendue de la communication au préalable de la preuve civile

Si la communication des documents doit toujours se faire en gardant en tête ces fondements du droit judiciaire privé québécois, elle doit aussi respecter les modalités particulières de communication de la preuve pour que les éléments et les pièces conservent leur recevabilité en preuve. En réalité, il y a lieu de faire la distinction entre la phase de communication préalable à l'instruction, soit la phase exploratoire, et celle de production des éléments de preuve et des pièces à produire à l'instance. La différence principale entre les deux étapes résulte en la qualification des documents, car en phase préalable, il ne s'agit pas « d'en forcer la production, mais d'en prendre communication »⁷⁸. Il faut donc « distinguer la communication de la production d'un écrit. »⁷⁹ De ce fait, dans le cadre du présent mémoire, puisque le cas pratique est au stade préalable de l'instance, nous nous concentrerons sur l'analyse des modalités de la communication pour cette étape seulement.

Ce faisant, la communication préalable des documents peut être faite par deux moyens, soit l'interrogatoire préalable et la procédure autonome⁸⁰. L'interrogatoire préalable ayant été réformé par le nouveau C.p.c., nous analyserons d'abord le nouveau régime (I) en nous

⁷⁸ D. FERLAND et B. ÉMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 1, préc., note 23, n° 1-1750, p. 688.

⁷⁹ C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, préc., note 16, n° 683, p. 539.

⁸⁰ D. FERLAND et B. ÉMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 1, préc., note 23, n° 1-1749, p. 687.

concentrant sur la portée de la communication des documents en possession des parties (II) et des tiers (III). À l'occasion de cette sous-section, nous analyserons seulement les demandes en provenance de personnes tierces situées au Québec, puisque le mécanisme de communication de la preuve en possession de tiers situés à l'international sera plutôt discuté au Chapitre II. Puis, la section se concentrera ensuite à traiter de la procédure autonome de communication de la preuve civile (IV).

I. Le régime d'interrogatoire préalable

Ainsi donc, le nouveau C.p.c. a aussi réformé de nombreux processus, dont la procédure de l'interrogatoire préalable se trouvant aux articles 221 à 230 C.p.c. L'article 221 C.p.c., regroupant pour sa part les articles 396.2, 397, 398 et 405 de l'A.C.p.c.⁸¹, établit le cœur même de la procédure :

« 221. L'interrogatoire préalable à l'instruction, qu'il soit écrit ou oral, peut porter sur tous les faits pertinents se rapportant au litige et aux éléments de preuve qui les soutiennent ; il peut également avoir pour objet la communication d'un document. Il ne peut être fait que s'il a été prévu dans le protocole de l'instance, notamment quant aux conditions, au nombre et à la durée des interrogatoires.

Outre les parties, peuvent aussi être interrogés :

- 1° le représentant, l'agent ou l'employé d'une partie ;
- 2° la victime et toute personne impliquée dans le fait générateur du préjudice lorsque la demande en justice invoque la responsabilité civile d'une partie ;
- 3° la personne pour laquelle une partie agit comme administrateur du bien d'autrui ;
- 4° la personne pour laquelle une partie agit comme prête-nom ou de qui elle tient ses droits par cession, subrogation ou autre titre analogue.

⁸¹ L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations – Volume 1 (Art. 1 à 390)*, 3^e éd., vol. 1, préc., note 25, art. 221, p. 1265.

Toute autre personne peut être interrogée avec son consentement et celui de l'autre partie ou sur autorisation d'un juge, aux conditions que celui-ci précise. Le mineur ou le majeur inapte ne peut être interrogé sans une telle autorisation. »⁸²

Dans son ensemble, le droit antérieur a été repris, selon la ministre de la Justice⁸³. Or, un des changements les plus distincts est sans aucun doute l'abolition de la distinction entre l'interrogatoire avant et après défense⁸⁴. À ce sujet, la ministre a calmé toute crainte en niant toute possibilité de déséquilibre résultant de cette jonction « puisque la discussion sera, pour tous, liée à la pertinence d'un fait ou d'un élément de preuve qui le soutient au regard du litige généralement circonscrit par la demande. »⁸⁵ Les parties à notre cas pratique, tant québécoise qu'étrangère, voient donc l'étape préalable considérablement écourtée et simplifiée, car elles n'auront besoin de demander qu'un seul type d'interrogatoire préalable.

En réalité, il résulte de cette réforme que « tous les faits pertinents en litige et aux éléments de preuve qui les soutiennent »⁸⁶ sont maintenant à inclure au sein d'un interrogatoire. Contrairement à l'ancien régime où l'interrogatoire avant défense était exclusivement réservé « aux seuls écrits se rapportant à la demande »⁸⁷ et l'interrogatoire après défense aux « écrits se rapportant au litige »⁸⁸. La pertinence gagne ainsi en importance, encore une fois, et est un des seuls, sinon le seul, élément à prendre en considération lors de l'autorisation de la

⁸² *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 221.

⁸³ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 27, p. 184.

⁸⁴ *Id.* ; D. FERLAND et B. ÉMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 1, préc., note 23, n° 1-1665, p. 658.

⁸⁵ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 27, p. 184 et 185.

⁸⁶ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 221 al. 1.

⁸⁷ L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 14, n° 1083, p. 425.

⁸⁸ *Id.*, n° 1085, p. 426.

communication⁸⁹. De plus, ce constat s'applique même en cas d'informations confidentielles puisque selon l'arrêt *Pétrolière impériale c. Jacques*, même si « les tribunaux semblent plus prudents au moment d'évaluer la pertinence de documents de nature confidentielle, le concept de pertinence s'apprécie généralement de manière large au cours de la phase exploratoire de l'instance »⁹⁰.

En effet, le fait que la pertinence ait été qualifiée par la Cour suprême, dans l'arrêt *Glegg*⁹¹, de « principe modérateur de la conduite de la preuve civile, y compris au stade de l'interrogatoire préalable »⁹², explique pourquoi le respect des exigences procédurales québécoises, même dans le contexte de la communication internationale de la preuve, demeure important. Les procédures étant devant les tribunaux québécois, la partie internationale est soumise au régime de communication de la preuve du Québec. Ainsi, la réforme du C.p.c. a très distinctement eu un impact sur la portée de l'interrogatoire préalable et de la communication des documents en permettant aux parties de notre cas de demander un interrogatoire préalable pour l'ensemble des documents pertinents aux fins du litige.

⁸⁹ C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, préc., note 16, n° 666, p. 521.

⁹⁰ *Pétrolière Impériale c. Jacques*, préc., note 62, par. 30.

⁹¹ *Glegg c. Smith & Nephew Inc.*, 2005 CSC 31.

⁹² *Id.*, par. 21.

II. La portée de la communication des documents en la possession des parties

Comme énoncé plus haut, la communication a été interprétée de façon large et souple afin de favoriser la plus grande divulgation possible dans le cadre donné de la proportionnalité, de la bonne foi et de la pertinence. La portée des interrogatoires préalables est en réalité claire et très bien résumée par le juge Proulx dans l'arrêt *Westinghouse* :

« En résumé de tous ces arrêts, j'estime que l'on peut en dégager les principes suivants :

1. qu'au stade de l'interrogatoire préalable, tant avant qu'après défense, il y a lieu de favoriser la divulgation la plus complète de la preuve ;
2. qu'à ce stade, comme il s'agit d'une **communication** de la preuve, la preuve divulguée n'est ultimement produite au procès qu'au choix des parties ;
3. que le défendeur doit satisfaire le tribunal non pas de la pertinence de la preuve, au sens traditionnel du mot pris dans le contexte d'un procès, mais que la communication de l'écrit est utile, appropriée, susceptible de faire progresser le débat, reposant sur un objectif acceptable qu'il cherche à atteindre dans le dossier, que l'écrit dont il recherche la communication se rapporte au litige ;
4. que cette communication ne peut constituer une "recherche à l'aveuglette"
5. que l'écrit soit susceptible de constituer une preuve en soi. »⁹³

En d'autres mots, dans notre cas hypothétique, si « tous les faits pertinents au litige »⁹⁴ sont admis dans les interrogatoires préalables par les parties, tous les documents correspondant

⁹³ *Westinghouse Canada Inc. c. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Compagny*, préc., note 73, p. 16.

⁹⁴ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 221 al. 1.

aux critères le sont aussi, qu'ils soient sur support papier ou sur support technologique⁹⁵. Incidemment, les parties y auront théoriquement accès. En fait, de façon préalable à l'instruction, « tout plaideur peut contraindre une partie opposée ou son représentant à lui donner communication de tout document pertinent se rapportant au litige et aux éléments de preuve qui le soutiennent. »⁹⁶

De ce fait, les documents en possession des parties sont astreints à un régime de communication aux conditions précises. Bien que le professeur Ducharme détaille de façon plus extensive les conditions⁹⁷, la professeure Piché, pour sa part, recoupe le tout en deux conditions, soit « que le document existe et que la partie qui désire l'obtenir puisse établir son existence et l'identifier »⁹⁸ et « que le document soit sous la garde ou le contrôle de la personne convoquée. »⁹⁹ Dans les deux cas, l'objectif reste, à notre avis, le même, soit d'obtenir le document pertinent de la bonne personne.

Or, pour ce qui est de *l'existence* du document, il est important de spécifier, selon les auteurs, que si le document n'existe pas, la partie ne peut être tenue à sa communication¹⁰⁰ et ne

⁹⁵ L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 14, n° 1087, p. 427; D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 1, préc., note 23, n° 1-1748, p. 687; *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ, c. C-1.1, art. 3.

⁹⁶ C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, préc., note 16, n° 685, p. 542.

⁹⁷ L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 14, n° 1086, p. 427 : « 1- il doit s'agir d'un écrit qui existe et qui est en la possession de la personne assignée; 2- il doit être pertinent; 3- la demande de communication ne doit pas constituer une recherche à l'aveuglette; 4- le document doit être susceptible de constituer une preuve en soi; et 5- le document ne doit pas bénéficier d'une immunité de divulgation en justice. »

⁹⁸ C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, préc., note 16, n° 686, p. 542.

⁹⁹ *Id.*, n° 686, p. 543.

¹⁰⁰ *Id.* ; L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 14, n° 1089, p. 428.

peut non plus être « requis[e] d'en confectionner un afin d'être en mesure d'en donner communication. »¹⁰¹ Puis, pour ce qui est de la *garde* ou le *contrôle* du document par la partie convoquée, il est primordial, si elle n'a pas le document souhaité en sa possession, qu'elle soit toutefois « en mesure de l'obtenir par des moyens raisonnables. »¹⁰² En effet, il est ici question d'un contrôle qualifié d'immédiat, « ce qui suppose [que le témoin] l'a en main ou qu'il peut se le procurer par des moyens raisonnables, sans dépendre du bon vouloir ou de l'intervention d'autrui. »¹⁰³ La partie convoquée à l'interrogatoire préalable que ce soit la partie internationale ou québécoise, doit seulement communiquer les documents dont elle a possession immédiate ou dont elle peut obtenir possession de façon raisonnable.

En réalité, ces conditions sont logiques si l'on suit les enseignements des tribunaux qui, encore récemment, ont réitéré dans l'arrêt *Lacombe c. Gilbert*¹⁰⁴, que « la demande de documents ne doit pas devenir une source de renseignements additionnels ou donner lieu à une enquête générale dans les affaires de l'adversaire. »¹⁰⁵ Bref, tous les faits pertinents et les documents s'y rapportant sont admissibles lors d'une demande de communication de documents en interrogatoire préalable d'une des parties de notre cas, dès lors que les conditions sont remplies.

¹⁰¹ L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 14, n° 1090, p. 429; C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, préc., note 16, n° 686, p. 543.

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 14, n° 1091, p. 429.

¹⁰⁴ *Lacombe c. Gilbert*, 2017 QCCS 4513

¹⁰⁵ *Id.*, par. 35; voir : *8127018 Canada inc. c. Zagros Development Corporation*, 2017 QCCS 895, par. 42; *Westinghouse Canada Inc. c. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Compagny*, préc., note 73, p. 16.

III. La portée de la communication des documents en la possession des tiers

Les documents possédés par des tiers et leur communication entraînent une autre série de conditions et une autre catégorie de recours à envisager. Si l'article 221 alinéa 2 C.p.c. précise que « l'autorisation du tribunal n'est pas nécessaire pour interroger une autre personne que celles expressément indiquées »¹⁰⁶ si elle y « consent et que l'autre partie ou les autres parties, s'il y en a plusieurs, y consentent également »¹⁰⁷, le but de cet interrogatoire reste, toutefois, le même. De fait, l'interrogatoire d'une partie tierce doit toujours se faire dans le respect des principes fondamentaux de la preuve civile, dont celui de permettre une « plus grande divulgation de la preuve avant le procès dans le but de circonscrire les points qui feront partie de l'instruction éventuelle devant le juge de fond. »¹⁰⁸

Ainsi, le tribunal conserve un certain pouvoir discrétionnaire¹⁰⁹ de contrôle, car il peut autoriser l'interrogatoire¹¹⁰ et il peut aussi « annuler la convocation d'un tiers qui ne respecte pas l'article 221 »¹¹¹. Ce faisant, le juge autorisera cet interrogatoire préalable seulement s'il est démontré qu'il est non seulement pertinent, mais aussi nécessaire et pour quelles raisons¹¹².

¹⁰⁶ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 27, p. 185.

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ D. FERLAND et B. ÉMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 1, préc., note 23, n° 1-1686, p. 666.

¹⁰⁹ *Id.*, n° 1-1692, p. 669

¹¹⁰ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 221 al. 2.

¹¹¹ D. FERLAND et B. ÉMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 1, préc., note 23, n° 1-1683, p. 665.

¹¹² *Id.*, n° 1-1688, p. 667.

Or, lorsqu'il est question de communication de documents, les règles sont quelque peu différentes, car les tribunaux doivent autoriser la communication selon l'article 251 alinéa 2 C.p.c. :

« 251. [...] Le tiers qui détient un document se rapportant au litige ou est en possession d'un élément matériel de preuve est tenu, si le tribunal l'ordonne, d'en donner la communication, de le présenter aux parties, de le soumettre à une expertise ou de le préserver. »¹¹³

Donc, si l'autorisation du tribunal est optionnelle pour l'interrogatoire des tiers en présence des consentements requis, elle est toutefois obligatoire dans le cas de la communication des documents détenus par des tiers au litige¹¹⁴. En effet, que ce soit pour un écrit ou un élément matériel de preuve, la partie de notre cas demandant la communication doit établir, dans sa demande au tribunal¹¹⁵, « l'existence de l'écrit [ou autre] et l'identifier »¹¹⁶, en plus de démontrer, encore une fois, sa pertinence et sa recevabilité en preuve¹¹⁷. Ce n'est donc qu'après avoir obtenu l'autorisation du tribunal que « la partie qui désire la communication de l'écrit doit subséquemment notifier au tiers une citation à comparaître l'enjoignant à produire un document. »¹¹⁸

De ce fait, les articles 221 et 251 C.p.c. reprennent de façon générale les grands principes du droit antérieur¹¹⁹ surtout pour ce qui est de la portée et l'étendue de la communication des

¹¹³ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 251 al. 2.

¹¹⁴ C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, préc., note 16, n° 689, p. 544.

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ *Id.*, n° 688, p. 543.

¹¹⁷ *Id.*

¹¹⁸ *Id.*, n° 689, p. 544.

¹¹⁹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 27, p. 184 et 206.

documents qui demeurent toujours aussi restreintes. En réalité, tout comme la communication de documents détenus par les parties¹²⁰, seuls les documents « se rapportant au litige »¹²¹ peuvent faire l'objet d'une demande de communication, et donc, ils doivent être désignés « avec une précision suffisante »¹²². Le tout étant aussi soumis, tout comme la communication entre parties, aux mêmes conditions édictées par l'arrêt *Westinghouse*, selon le professeur Ducharme¹²³. Bref, si les parties de notre cas peuvent se demander la communication de tout document pertinent, elles doivent toutefois obtenir l'autorisation du tribunal pour recevoir tout document pertinent possédé par les tiers au conflit situés au Québec.

IV. Restrictions et procédure distincte de communication des documents

Ainsi, l'interrogatoire préalable sert de modém primaire à la communication des documents. Or, l'accès à ce dernier est limité aux litiges d'une certaine valeur monétaire. En effet, le nouveau C.p.c. a augmenté la limite aux litiges d'une valeur de 30 000 \$, selon l'article 229 alinéa 1 C.p.c., comparativement à la limite de 25 000 \$ de l'A.C.p.c.¹²⁴. Cependant, une exception à cette interdiction existe « lorsque la valeur de la réclamation ne peut être quantifiée »¹²⁵.

¹²⁰ C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, préc., note 16, n° 666, p. 521.

¹²¹ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 251 al. 2.

¹²² L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 14, n° 1112, p. 439.

¹²³ *Id.*, n° 1113, p. 440.

¹²⁴ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 229 al. 1. Pour le régime de droit antérieur, voir : *Code de procédure civile*, préc., note 47, art. 396.1.

¹²⁵ L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations – Volume 1 (Art. 1 à 390)*, 3^e éd., vol. 1, préc., note 25, art. 229, p. 1323.

En d'autres mots, si l'interrogatoire ne peut être permis en cas de litige d'une valeur inférieure à 30 000 \$, ceci ne veut toutefois pas dire qu'il est impossible d'obtenir la communication de documents de façon préalable à l'instruction. Au contraire, le processus de communication est une procédure qualifiée comme étant « autonome et distincte »¹²⁶, selon les auteurs Benoît Émery et Denis Ferland, et qui « n'est donc pas un accessoire à l'interrogatoire. »¹²⁷ Opinion qui est largement partagée par la doctrine. En effet, tout comme les auteurs précédents, le professeur Ducharme, lors de son analyse des anciens articles 397 et 398 A.C.p.c., entrevoit l'ancienne assignation pour communication des documents « comme une alternative à l'assignation pour interrogatoire. L'emploi de la conjonction “ou” laisse bien voir cependant qu'il s'agit d'une procédure distincte et autonome de l'assignation pour interrogatoire. »¹²⁸

C'est donc à cause de ce caractère distinct et de cette autonomie que le professeur Ducharme écrit que la prohibition des interrogatoires préalables dans les litiges d'une valeur inférieure à 25 000 \$ « ne devrait pas s'appliquer à une assignation qui vise uniquement à obtenir la communication d'un document. »¹²⁹ Il suffit donc que « les documents soient identifiés avec une précision raisonnable. »¹³⁰

¹²⁶ D. FERLAND et B. ÉMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 1, préc., note 23, n° 1-1749, p. 687.

¹²⁷ *Id.*, n° 1-1749, p. 688.

¹²⁸ Léo DUCHARME, « Le nouveau régime de l'interrogatoire préalable et de l'assignation pour production d'un écrit », (1983) 43-4 *R. du B.* 969, 975 ; L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 14, n° 1073, p. 422.

¹²⁹ L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, *id.*, n° 1073, p. 422.

¹³⁰ *Id.*, n° 1075, p. 423.

Ce raisonnement perdure dans le régime actuel. En effet, outre les opinions des auteurs Émery et Ferland relatées plus haut, nous sommes d'avis que les propos du professeur Ducharme sont toujours aussi véridiques. Bien que la formulation de l'article 221 C.p.c. ne contient plus la conjonction « ou » des articles 397 et 398 A.C.p.c., la formulation employée par le législateur conserve la présence du « choix » qui caractérise le processus de communication selon le professeur Ducharme, tel qu'il appert de l'alinéa 1 de l'article 221 C.p.c. :

« **221.** L'interrogatoire préalable à l'instruction, qu'il soit écrit ou oral, peut porter sur tous les faits pertinents se rapportant au litige et aux éléments de preuve qui les soutiennent ; il peut également avoir pour objet la communication d'un document. Il ne peut être fait que s'il a été prévu dans le protocole de l'instance, notamment quant aux conditions, au nombre et à la durée des interrogatoires. »¹³¹ [Nos soulignements]

L'emploi du verbe « peut » concorde avec la pensée et l'analyse du professeur Ducharme et nous sommes d'avis, tout comme lui et les auteurs Émery et Ferland, que le caractère distinct et autonome du processus de communication des documents est maintenu au sein du nouveau C.p.c. L'interdiction de l'article 229 C.p.c. ne s'applique donc pas à la communication de documents dans le cadre des litiges inférieurs à 30 000 \$. Argumenter le contraire viendrait grandement mettre en danger non seulement l'équilibre procédural, mais le processus de justice, car il s'agirait de couper dans la défense et l'argumentation des parties allant ainsi contre les principes fondamentaux et les objectifs mêmes de la communication de la preuve axée sur favoriser la divulgation la plus extensive en phase préalable, tel que déjà mentionné.

Bref, la communication des documents est un processus indépendant de l'interrogatoire préalable ce qui était le cas dans l'A.C.p.c. et ce qui est toujours le cas dans le C.p.c. Ceci a donc

¹³¹ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 221 al. 1.

comme principal résultat que la preuve peut être communiquée entre les parties de notre litige de façon informelle sans nécessairement utiliser l'interrogatoire. La partie québécoise et internationale de notre cas peuvent donc s'entendre à l'amiable pour la communication des preuves.

Conclusion du Chapitre I

Ainsi, dans le cadre d'un litige entre une entreprise québécoise et une entreprise étrangère instituée devant les tribunaux québécois et se trouvant en phase préalable à l'instruction, le régime québécois de communication de la preuve civile, d'inspiration anglo-américaine, impose à la partie internationale ses visions des principes fondamentaux que sont la coopération, la proportionnalité, la pertinence et la bonne foi. En effet, de par le lieu d'institution du conflit, la partie internationale est soumise au régime judiciaire de la partie québécoise. Il résulte donc de l'analyse que, dans tous les cas, les deux parties doivent non seulement agir afin de ne pas entraver indûment les procédures, mais elles doivent aussi faire en sorte de demander la communication de documents pertinents, nécessaires et utiles à l'avancement du débat. Ainsi, le régime québécois, axé sur la divulgation complète en phase exploratoire, est donc empreint à la fois d'une certaine souplesse, ayant pour but de permettre une meilleure efficacité des procédures judiciaires, et d'une rigueur se traduisant dans les conceptions restrictives des principes fondamentaux.

Ce faisant, les parties à un conflit international institué devant les cours québécoises devront user du nouveau régime d'interrogatoire préalable qui permet le partage de tous documents nécessaires, utiles et pertinents. Or, le caractère autonome du processus de

communication de la preuve permet aux parties de s'entendre aussi à l'amiable pour les documents à communiquer.

Toutefois, de façon générale, il est possible de noter que le processus de communication de la preuve n'a pas complètement été transformé par la réforme et que ce dernier reflète plutôt une volonté législative de porter une attention particulière à l'efficacité des procédures. Ce souhait législatif est d'autant plus nécessaire vu le contexte mondial actuel où la rapidité des échanges commerciaux, et donc, des litiges en découlant, entre en conflit avec la relative lenteur des systèmes procéduraux nationaux.

Chapitre II : La communication de la preuve civile internationale

En matière de conflit international, l'élément étranger de ce type de litige suscite de nombreux questionnements quant à l'obtention de la preuve à communiquer. Bien que les parties de notre cas devront se fonder sur le régime énoncé dans le Chapitre I, lorsqu'elles doivent obtenir communication de preuves se situant à l'international, elles feront appel à un autre véhicule procédural, soit la commission rogatoire. En effet, la procédure du cas hypothétique étant instituée devant les tribunaux québécois, l'entreprise québécoise devra former une commission rogatoire pour obtenir la communication des preuves se trouvant dans le pays de la partie étrangère. Le présent chapitre fera donc l'étude du fondement théorique de ce véhicule procédural, soit la courtoisie internationale (A), afin d'en analyser l'historique et le fonctionnement (B). Par la suite, nous traiterons des principales restrictions limitant la partie internationale de notre cas dans la communication de la preuve transfrontalière (C).

A. Fondement théorique de la commission rogatoire : La courtoisie internationale

Le principe de courtoisie internationale est le fondement même de tout outil de coopération internationale, dont la commission rogatoire¹³². En fait, comme décrit l'auteur Eugène Schaeffer, « [en] matière civile et commerciale [...] on trouve [...] un terrain privilégié d'entraide entre les autorités de pays différents au nom de ce qu'on appelle la courtoisie

¹³² *Pro Swing Inc. c. Elta Golf inc.*, 2006 CSC 52, par. 43 ; Denis FERLAND et Benoît ÉMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 2, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, n° 2-836, p. 293.

internationale »¹³³. Les parties de notre cas feront ainsi appel à ce principe lorsque la preuve désirée ne se trouve pas au Québec. Tout en traitant du principe même (I), la présente section approfondira les sous-notions d'entraide et de coopération judiciaire internationale (II) afin de compléter les fondements théoriques soumettant les parties devront dans le cadre de la communication de la preuve.

I. Le principe de la courtoisie internationale

La conception dite moderne du principe de courtoisie internationale nous provient des États-Unis du XIXe siècle qui, dans sa forme initiale, « s'appu[yait] sur le principe de réciprocité et “sur le sentiment des inconvénients qui résulteraient d'une doctrine contraire, et d'une sorte de nécessité morale de rendre la justice, de façon que justice nous soit rendue en retour”. »¹³⁴ Ainsi, la courtoisie internationale, ou le principe d'« *international comity* » dans le système de common law, se définit comme la considération donnée à une nation étrangère et à sa loi lors d'une instance judiciaire :

« “[...]La ‘courtoisie’ au sens juridique n’est ni une question d’obligation absolue d’une part ni de simple politesse et de bonne volonté de l’autre. Mais c’est la reconnaissance qu’une nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d’une autre nation, compte tenu à la fois des obligations et des convenances internationales et des droits de ses propres citoyens ou des autres personnes qui sont sous la protection de ses lois...” »¹³⁵

¹³³ Eugène SCHAEFFER, « De la recherche et de l'obtention de preuves à l'étranger en matière de droit civil et des affaires — Coopération et anti-coopération — », *R.J.Pol.Ind.Co.* 1985.39.644, 645 (n° 4).

¹³⁴ C. EMANUELLI, préc., note 2, n° 49, p. 23 et 24 (renvois omis).

¹³⁵ *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, p. 1096, citant *Spencer c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278, p. 283 ; voir : M. T. BURNS, « The Hague Convention on Taking Evidence Abroad: Conflict Over Pretrial Discovery », 7-1 *MICH. J. INT'L LAW* 291, 299 note 49 (1985), en ligne : <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1789&context=mjil>>.

Au Canada, bien que la courtoisie internationale ne soit pas régie par la constitution et qu'elle « ne crée pas d'obligations pour les provinces canadiennes »¹³⁶, elle conserve tout de même une importance significative dans le système judiciaire national. En effet, la Cour suprême canadienne s'est prononcée plusieurs fois afin de réitérer l'impact et de définir les barèmes d'application de la courtoisie internationale. Dans l'arrêt *Morguard*¹³⁷, la Cour adopta même la définition américaine de ce principe, décrite plus haut, la trouvant plus complète¹³⁸. De ce fait, la courtoisie internationale implique de démontrer plus de déférence envers les autres nations certes, mais « elle se fonde également sur des considérations de commodité et même de nécessité. »¹³⁹ Nécessité qui se définit par l'idée de faciliter le plus possible les échanges de façon équitable¹⁴⁰. Par contre, toujours selon la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Pro Swing*¹⁴¹, la « notion de courtoisie n'exige pas que le tribunal saisi accorde une aide plus grande à un justiciable étranger qu'à un justiciable national »¹⁴².

De fait, étant donné l'accroissement des échanges et des transactions, la Cour a reconnu le caractère mouvant de la courtoisie en jugeant qu'elle doit « s'ajuster aux changements de l'ordre mondial »¹⁴³. Or, elle a aussi conclu que malgré cette caractéristique, ce principe doit respecter les principes d'ordre et d'équité « qui assurent à la fois la justice et la sûreté des

¹³⁶ C. EMANUELLI, préc., note 2, n° 276, p. 153.

¹³⁷ *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, préc., note 135.

¹³⁸ *Id.*, p. 1096.

¹³⁹ *Id.*, p. 1078 ; C. EMANUELLI, préc., note 2, n° 51, p. 24.

¹⁴⁰ *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, préc., note 135, p. 1096.

¹⁴¹ *Pro Swing Inc. c. Elta Golf inc.*, préc., note 132.

¹⁴² *Id.*, par. 31.

¹⁴³ *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, préc., note 135, p. 1078 ; C. EMANUELLI, préc., note 2, n° 52, p. 25.

opérations qui doivent servir de fondement à un système moderne de droit international privé. »¹⁴⁴ Il est donc possible de noter une certaine interdépendance entre la courtoisie et les changements mondiaux. En effet, bien qu'il ait été jugé que la courtoisie devait s'adapter aux changements économiques ou commerciaux mondiaux, ces changements nécessitent tout autant l'usage accru de la courtoisie¹⁴⁵. Ce constat cause un engouement certain pour la notion puisque, selon l'auteur Claude Emannuelli, le principe de territorialité des lois, principe phare du droit international privé des pays anglo-saxons, a quelque peu perdu de son importance, et ce, notamment au profit de la courtoisie¹⁴⁶.

Au Québec, la particularité de son droit fait en sorte que la courtoisie internationale n'est pas perçue comme étant autonome¹⁴⁷. De par ses sources tant françaises qu'anglaises, le droit international privé québécois, majoritairement codifié, « n'est pas fondé sur un territorialisme aussi rigoureux que le droit international privé des provinces de common law »¹⁴⁸, mais plutôt sur « la théorie des statuts, qui fait une place à l'application du droit étranger et permet d'envisager la reconnaissance des jugements étrangers de façon plus positive. »¹⁴⁹ En d'autres mots, l'ouverture pour la courtoisie est plus grande, mais limitée aux dictats du C.c.Q. La courtoisie internationale est donc une notion de nature publique c'est-à-dire qu'elle dépend des états. Ce faisant, les parties de notre cas en usant de la commission rogatoire doivent ainsi

¹⁴⁴ *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, *id.*, p. 1097.

¹⁴⁵ *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S., 289, p. 322; C. EMANNUELLI, préc., note 2, n° 52, p. 25.

¹⁴⁶ C. EMANNUELLI, *id.*, n° 11 et 64, p. 10 et 29.

¹⁴⁷ *Id.*, n° 55, p. 26.

¹⁴⁸ *Id.*

¹⁴⁹ *Id.*

impliquer les autorités gouvernementales des deux pays en cause par l'entremise des notions d'entraide judiciaire internationale et de coopération interétatique.

II. L'entraide judiciaire internationale et la coopération interétatique

En effet, au niveau pratique, la courtoisie mène à cette notion d'entraide judiciaire. À vrai dire, l'« octroi de l'entraide au niveau international relève de la courtoisie internationale (*Comitas gentium, international comity*) et non d'une coutume »¹⁵⁰. Ce faisant, l'entraide judiciaire se fonde sur le principe de réciprocité où chaque État accepte « la recherche sur leur territoire de preuves et de renseignements utiles à une procédure entreprise à l'étranger. »¹⁵¹ Ceci génère ainsi la coopération judiciaire interétatique.

Qualifiée de « *practical necessity* »¹⁵², la coopération se divise en deux types, soit la coopération active et la coopération dite passive¹⁵³. L'auteur Emmanuel Schaeffer fournit une explication claire et détaillée des différences entre les deux concepts. Selon ce dernier, on entend par coopération *active*, la coopération où un État, dans le cadre de la recherche de la preuve « accepte que ses propres tribunaux l'entreprennent à la requête d'autorités étrangères. »¹⁵⁴ Le véhicule procédural illustrant le mieux cette forme de coopération est la commission rogatoire qui, dans le contexte, émanera de l'État requérant pour être exécutée sur le territoire de l'État

¹⁵⁰ Danielle GAUTHEY et Alexander R. MARKUS, *L'entraide judiciaire internationale en matière civile*, coll. « Précis de droit Stämpfli », Berne, Stämpfli Éditions SA Berne, 2014, n° 31, p. 12.

¹⁵¹ E. SCHAEFFER, préc., note 133, 646 (n° 4).

¹⁵² Laura ERVO, *International Cooperation and Evidence in the Nordic, Baltic and Former Socialist Countries; Continental Europe and Common Law Europe*, II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Salamanca, Espagne, 10 octobre 2019 (Présentation PowerPoint), diapositive 30.

¹⁵³ E. SCHAEFFER, préc., note 133, 646 (n° 5).

¹⁵⁴ *Id.*, 646 (n° 6).

requis¹⁵⁵. Ce type d'exécution repose après tout sur la bonne volonté des deux États¹⁵⁶. Ce constat explique pourquoi il s'agirait, selon M. Schaeffer de la forme de coopération « qui a surtout fait l'objet d'accords internationaux, voire d'une systématisation généralisée »¹⁵⁷. Courant que nous examinerons plus en détail au sein du Chapitre III du présent mémoire. Les parties de notre cas feront donc appel à ce type de coopération lorsque la partie québécoise demandera la formation d'une commission rogatoire à être exécutée par les tribunaux de la partie internationale.

Or, coopération ne veut pas dire obligation. Le tribunal de l'État requis n'a pas à accepter d'exécuter la demande de l'État requérant et peut la refuser à la condition toutefois qu'il ait des motifs crédibles et justifiés. À vrai dire, selon M. Schaeffer, il existe six motifs qui permettent à l'État requis de ne pas exécuter une commission rogatoire soit : le manque de preuve concernant l'authenticité de la commission, la transmission irrégulière de cette dernière, l'absence de réciprocité de l'autre État en cause, l'exécution de la commission viendrait outrepasser le pouvoir judiciaire de l'État requis, en plus d'entraîner une atteinte à sa souveraineté ou à sa sécurité, et finalement, d'être contraire à son ordre public¹⁵⁸. Bien entendu, les deux derniers motifs, soit l'atteinte à la sécurité, la souveraineté et l'ordre public de l'État, sont de nature exceptionnelle¹⁵⁹.

¹⁵⁵ *Id.*

¹⁵⁶ *Id.*

¹⁵⁷ *Id.*, 650 (n° 16).

¹⁵⁸ *Id.*, 656 (n° 41).

¹⁵⁹ *Id.*, 656, 657 (n° 43 et 44).

En d'autres mots, la coopération active permet d'exécuter la commission rogatoire, ou autres demandes de recherche de preuves, par l'entremise de l'action des deux tribunaux. Ce faisant, l'État de la partie internationale de notre cas devra justifier sa décision si elle en vient à refuser de coopérer avec les tribunaux québécois.

La coopération *passive*, quant à elle, implique une action plus officieuse de la part de l'État requérant lorsque ce dernier souhaite exécuter une commission rogatoire dans l'État requis. En effet, comme M. Schaeffer l'explique, le deuxième type de coopération se caractérise par l'emploi des ressources diplomatiques ou consulaires de l'État requérant afin d'effectuer la recherche de la preuve, et ce, sans que l'État requis ait nécessairement été prévenu¹⁶⁰. Par conséquent, sous l'égide de la coopération passive, la recherche de preuve ou la commission rogatoire peut très bien s'effectuer de façon officielle ou officieuse¹⁶¹. À cet effet, la partie québécoise de notre cas usera de ce type de coopération lorsqu'elle exécutera sa commission rogatoire par les autorités diplomatiques ou consulaires canadiennes.

Le champ d'application de ce deuxième type de coopération s'évalue selon deux critères distincts, soit « celui de la personne du mandataire et celui de la finalité du renseignement recherché »¹⁶². Cependant, ce dernier critère se définit « que d'après le système juridique du requérant »¹⁶³.

¹⁶⁰ *Id.*, 646 et 650 (n° 5 et 17).

¹⁶¹ *Id.*, 646 (n° 5).

¹⁶² *Id.*, 650 (n° 17).

¹⁶³ *Id.*, 650 (n° 18).

Par contre, la coopération passive est difficile à mettre en place pour certains États. En effet, plusieurs d'entre eux refusent catégoriquement « que des agents diplomatiques ou consulaires exécutent sur leur territoire des commissions rogatoires pour le compte de leurs juridictions nationales »¹⁶⁴. D'autres permettent cette coopération, mais seulement si « la commission rogatoire ne vise que des ressortissants relevant de la nationalité du consul. »¹⁶⁵ Bref, la coopération passive demeure sujette à la position de l'État requis sur cette pratique. Ce faisant, la partie québécoise de notre cas devra vérifier si l'État de la partie internationale permet ce type de coopération et sous quelles conditions avant de faire une demande à cet effet aux tribunaux québécois.

Conséquemment, comme l'écrivent les auteurs Le Berre et Pataut, la coopération judiciaire internationale est la meilleure façon d'effectuer une recherche de preuve efficace en cas de refus des parties de coopérer :

« Lente, parfois critiquée, la coopération judiciaire internationale mise en place par les textes internationaux semble pourtant constituer le meilleur cadre pour une recherche efficace et satisfaisante de preuve sur le territoire étranger, lorsque les parties ne procèdent pas à l'administration de la preuve elles-mêmes. »¹⁶⁶

En effet, malgré tout, la recherche et la communication de la preuve transfrontalière peuvent toujours se faire dans le cadre d'un accord commun des parties¹⁶⁷. Après tout, « [d]irect taking of evidence may only take place if it can be performed on a “voluntary basis” without “the need

¹⁶⁴ *Id.*, 652 (n° 25).

¹⁶⁵ *Id.*, 652 (n° 26).

¹⁶⁶ Youna LE BERRE et Étienne PATAUT, « La recherche de preuves en France au soutien de procédures étrangères au fond », (2004) 1 *R.D.A.I.* 53, 69 (HeinOnline).

¹⁶⁷ *Id.*, 54 et 55.

for coercive measures”. »¹⁶⁸ Ce faisant, la partie québécoise de notre cas ne devra faire une demande pour la formation d’une commission rogatoire dans l’État de la partie internationale que si l’entreprise internationale refuse de coopérer.

Or, nous nous devons toutefois de réitérer notre commentaire concernant les principes de coopération du Chapitre I pour la courtoisie et l’entraide judiciaire internationales. En effet, il semble que cette fois c’est la partie québécoise qui sera confrontée à une définition différente de la courtoisie et de la coopération. La version de ces principes provenant du système juridique de la partie internationale pourrait ne pas impliquer la même étendue et la même portée que la version québécoise. De ce fait, la partie québécoise, si autorisée à former une commission rogatoire, devra se soumettre aux définitions de l’État requis sans quoi elle ne pourra obtenir la preuve désirée. Ainsi, comme la communication de preuves par commissions rogatoires dépend fortement de l’État requis, la partie québécoise devra concilier son régime avec celui de la partie internationale. Selon nous, si la coopération est inexistante entre les deux parties, la procédure de communication sera grandement entravée d’où l’importance pour la partie québécoise de prendre connaissance du degré d’ouverture de l’autre État face à ce type de procédure.

¹⁶⁸ L. ERVO, préc., note 152, diapositive 10.

B. Historique et fonctionnement de la commission rogatoire

À vrai dire, dès qu'un litige comporte un élément d'extranéité, certains éléments de preuve se trouveront nécessairement dans des pays différents. Ainsi, le seul véhicule procédural permettant à la partie québécoise de notre cas de récupérer ces éléments de preuve est la commission rogatoire. Bien que le régime de cette procédure ait grandement changé depuis la réforme du C.p.c. (I), les parties pourront toujours en user à condition qu'elles respectent les conditions d'ouverture (II), l'étendue (III) ainsi que les étapes procédurales à suivre pour son accomplissement (IV).

I. Historique de la commission rogatoire

De ce fait, avant la réforme du C.p.c., les dispositions régissant l'octroi d'une commission rogatoire se trouvaient à la fois au sein de l'A.C.p.c. et au sein d'une loi particulière, soit la *Loi sur certaines procédures*¹⁶⁹ (ci-joint « L.C.P. »). À vrai dire, la section VI de la L.C.P. portait sur la commission rogatoire émanant d'un tribunal étranger, alors que les articles 426 à 437 A.C.p.c. étaient plutôt consacrés à la commission émanant des tribunaux québécois¹⁷⁰.

Dès 2016 toutefois, le nouveau C.p.c. a entraîné des changements considérables sur le processus d'octroi et le fonctionnement des commissions rogatoires. En fait, le législateur les a, à notre avis, grandement simplifiés. Même si de façon générale, les auteurs Émery et Ferland qualifient, avec raison, les modifications du C.p.c. de « changements de forme »¹⁷¹ puisqu'elles

¹⁶⁹ *Loi sur certaines procédures*, RLRQ, c. P-27.

¹⁷⁰ *Id.*, section VI; voir : *Code de procédure civile*, préc., note 47, art. 426 à 437.

¹⁷¹ D. FERLAND et B. ÉMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 2, préc., note 132, n° 2-837, p. 294.

reprennent en grande partie les règles de l’A.C.p.c.¹⁷², certaines d’entre elles sont en réalité plus que considérables.

D’abord, bien que nous ne les traiterons pas en profondeur étant donné la situation factuelle du présent mémoire, la L.C.P. et son régime concernant les commissions rogatoires émanant des tribunaux étrangers ont tous deux été complètement incorporés au sein du C.p.c., entraînant par le fait même l’abrogation complète de la loi¹⁷³. Toutes les dispositions régissant le processus de commissions rogatoires qu’elles soient d’origine étrangère ou québécoise se trouvent dorénavant au sein du C.p.c.

Puis, une autre modification importante a trait à la rédaction des articles régissant la commission rogatoire québécoise où le législateur s’est directement inspiré non seulement de la *Loi assurant l’application de l’entente sur l’entraide judiciaire entre la France et le Québec*, mais aussi de la *Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l’obtention des preuves à l’étranger en matière civile ou commerciale*, et ce, même si le Canada n’est pas un pays signataire¹⁷⁴. En procédant ainsi, le législateur a directement suivi la recommandation du Comité

¹⁷² Luc CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations— Volume 2 (Art. 391 à 836)*, 3^e éd., vol. 2, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, art. 499, p. 2191.

¹⁷³ D. FERLAND et B. ÉMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 2, préc., note 132, n° 2-837, p. 293.

¹⁷⁴ *Loi assurant l’application de l’entente sur l’entraide judiciaire entre la France et le Québec*, RLRQ, c. A-20.1; *Convention de La Haye sur l’obtention des preuves à l’étranger en matière civile ou commerciale*, 18 mars 1970, en ligne : <<https://assets.hcch.net/docs/41558329-d3e0-44ce-94ec-e827a1feff20.pdf>> ; voir : L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations— Volume 2 (Art. 391 à 836)*, 3^e éd., vol. 2, préc., note 172, art. 499, p. 2192; MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 27, p. 370; COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *Une nouvelle culture judiciaire*, Québec, Ministère de la justice, Juillet 2001, en ligne : <<http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/bs43285>>, p. 219; QUÉBEC,

de révision de la procédure qui, à cause de la mondialisation importante des échanges commerciaux, recommandait, dans son rapport de 2001, d'harmoniser les règles québécoises avec celle provenant de l'international :

« Aussi, il semble nécessaire d'adapter nos règles de procédure aux conventions internationales applicables en l'espèce, notamment la *Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale* conclue le 18 mars 1970. Bien que cette convention ne soit pas en vigueur au Canada, les règles qu'elle énonce sont néanmoins d'intérêt puisque de nombreux États avec lesquels le Québec entretient des relations commerciales y sont parties. »¹⁷⁵

De ce fait, le législateur québécois a voulu harmoniser le processus interne de commission rogatoire avec les normes internationales dans le but de simplifier le processus. Cette volonté législative a donc pour effet, dans notre cas, d'uniformiser en quelque sorte la procédure québécoise avec celle de la partie internationale; tout dépendant du pays où elle réside. Ce faisant, comme les pratiques administratives de la commission rogatoire sont dorénavant similaires à celles de la partie internationale, les deux parties auront une meilleure compréhension du processus ce qui augmentera par le fait même l'efficacité des procédures. De ce fait, bien que les parties soient soumises au régime québécois, la réforme du C.p.c. permet à la partie internationale d'avoir plus de repères dans le système juridique québécois.

ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, 1^{re} sess., 40^e législ., 25 novembre 2013, « Étude détaillée du projet de loi n^o 28 – *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* (18) », 17h10, p. 48 (format PDF) (M. St-Arnaud).

¹⁷⁵ COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *id.*

II. L'objectif et les conditions d'ouverture de la commission rogatoire

Si le C.p.c. offre un régime de commission rogatoire plus en lien avec les normes internationales, il reste à se questionner sur les conséquences de ces changements sur les conditions d'ouverture de ce mécanisme. Or, puisque les procédures de notre cas sont instituées devant les tribunaux québécois, nous concentrerons notre analyse sur les exigences applicables à la commission rogatoire en provenance du Québec. En effet, comme la demande de commission rogatoire sera effectuée par la partie québécoise de notre cas, nous sommes en présence d'une commission rogatoire émanant des tribunaux québécois pour être exécutée dans le pays de la partie internationale.

En fait, il faut d'abord mentionner que le but ultime d'une commission rogatoire est de recueillir la preuve se trouvant ailleurs qu'au Québec ou dans « un lieu trop éloigné de celui où la cause pendante »¹⁷⁶. Ainsi, il s'agit de collecter à la fois des témoignages et, depuis la réforme de 2016, des éléments de preuve et de la documentation divers¹⁷⁷. C'est donc à partir de cet objectif que le législateur a prévu le régime applicable à la formation d'une commission rogatoire, codifié à l'article 499 C.p.c. :

¹⁷⁶ C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, préc., note 16, n° 712, p. 560.

¹⁷⁷ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 27, p. 369; L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif—Code de procédure civile : Commentaires et annotations— Volume 2 (Art. 391 à 836)*, 3^e éd., vol. 2, préc., note 172, art. 499, p. 2191 et 2192; D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 2, préc., note 132, n° 2-835, p. 293; Stefan MARTIN, « La mise en œuvre au Québec des commissions rogatoires émanant d'un tribunal étranger » dans Sylvette GUILLEMARD (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Alain Prujiner : études de droit international privé et de droit du commerce international*, coll. « C.É.D.É. », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 279, à la page 280.

« 499. Le tribunal peut, sur demande des parties, nommer un commissaire pour interroger une personne ou recueillir un élément de preuve dans un État étranger s'il est convaincu qu'il n'est pas possible de le faire à l'aide de moyens technologiques.

Si la demande vise une personne qui a son domicile ou réside dans un État étranger, le tribunal peut donner une commission rogatoire soit à toute autorité compétente de cet État, soit aux autorités diplomatiques ou consulaires canadiennes. La décision est, si l'État étranger le requiert, accompagnée d'une traduction faite aux frais de celui qui veut procéder à l'interrogatoire.

La commission pour l'interrogatoire d'une personne en service actif dans les Forces armées canadiennes en dehors du Québec est adressée au juge-avocat général pour être exécutée par la personne qu'il désignera. »¹⁷⁸

De par la rédaction de l'article, il est dorénavant confirmé que le recours à la commission rogatoire ne se fait qu'en cas de refus, par l'autre partie, de collaborer volontairement, que ce soit en refusant de témoigner en personne ou à distance, ou en refusant de communiquer les éléments de preuve désirés¹⁷⁹. Par conséquent, l'article a comme principale conséquence de réduire l'utilité des commissions rogatoires en matière de litige interprovincial puisque « le nouveau Code comprend maintenant des dispositions permettant aux tribunaux québécois de citer à comparaître comme témoin une personne résidant dans une autre province ou territoire du Canada ([articles] 497 et 498 [C.p.c.]). »¹⁸⁰ Tout porte donc à croire que les commissions rogatoires seront maintenant réservées à des litiges purement internationaux, comme celui de notre cas hypothétique.

¹⁷⁸ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 499.

¹⁷⁹ L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations— Volume 2 (Art. 391 à 836)*, 3^e éd., vol. 2, préc., note 172, art. 499, p. 2191; *Elkin c. Ellier*, 1993 CanLII 3668 (QC C.A.), par. 5.

¹⁸⁰ L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations— Volume 2 (Art. 391 à 836)*, 3^e éd., vol. 2, *id.*, art. 499, p. 2192.

Par ailleurs, le législateur a aussi restreint l'emploi de la commission dans les cas où le témoin se trouve dans une région éloignée du Québec¹⁸¹. En effet, les articles 295 et 296 C.p.c., prévoyant le témoignage hors tribunal, encadrent cette procédure en demandant à la cour de juger s'il est plus opportun de recueillir le témoignage et les documents avec un moyen technologique ou en désignant un commissaire¹⁸². À l'instar de l'article 499 C.p.c., l'article 296 C.p.c. prévoit l'usage des moyens technologiques, mais contrairement à ce dernier, l'article 296 C.p.c. ne prévoit pas que le juge doit d'abord évaluer l'emploi des moyens technologiques avant de penser à nommer un commissaire. La discrétion du juge est donc plus grande dans le cadre de l'interrogatoire hors tribunal que dans le cadre de la demande de commissions rogatoires.

En effet, cette restriction constitue la grande innovation du C.p.c. face aux dispositions de la commission rogatoire émanant du Québec. À vrai dire, selon l'article 499 alinéa 1 C.p.c., qui doit être lu en parallèle avec le principe général de l'article 26 C.p.c.¹⁸³, il ne peut y avoir nomination d'un commissaire que si le tribunal « est convaincu qu'il n'est pas possible de le faire à l'aide de moyens technologiques. »¹⁸⁴ Nous analyserons davantage cette transformation dans le Chapitre V et supposerons que, pour les fins du présent chapitre, les moyens

¹⁸¹ *Id.*

¹⁸² *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 295 et 296; L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations— Volume 2 (Art. 391 à 836)*, 3^e éd., vol. 2, *id.*, art. 499, p. 2192; MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 27, p. 233.

¹⁸³ L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations — Volume 2 (Art. 391 à 836)*, 3^e éd., vol. 2, préc., note 172, art. 499, p. 2193.

¹⁸⁴ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 499 al. 1; voir : C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, préc., note 16, n^o 712, p. 560 et 561.

technologiques ne peuvent être utilisés pour la commission rogatoire. Dans ce cas, la partie québécoise devra prouver au tribunal que l'octroi d'une commission rogatoire est non seulement utile et ne retardera pas de façon indue le litige, mais aura une influence sur le déroulement du litige¹⁸⁵. De plus, la partie québécoise devra aussi démontrer que, tant la commission rogatoire que la preuve souhaitée, sont toutes deux pertinentes et nécessaires en plus de ne pas être abusives¹⁸⁶.

Une fois les conditions remplies, la jurisprudence établit que le tribunal québécois devra autoriser la demande et former la commission rogatoire¹⁸⁷. La discrétion du tribunal est donc concentrée dans l'évaluation des conditions d'ouverture de la commission rogatoire¹⁸⁸ et s'éteint une fois les critères remplis.

III. L'étendue de la commission rogatoire

Or, la pertinence et la nécessité ne définissent pas seulement les conditions d'ouverture de la commission rogatoire, mais aussi la portée autorisée de cette dernière¹⁸⁹. En réalité, le C.p.c., en permettant la collecte de documents écrits, codifie la pratique de l'A.C.p.c. et étend,

¹⁸⁵ D. FERLAND et B. ÉMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 2, préc., note 132, n° 2-842, p. 295; *Elkin c. Ellier*, préc., note 179, par. 10.

¹⁸⁶ *Paysystems Corporation c. BBG Communications inc*, 2006 QCCS 5354, par. 11 et 13; L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 14, n° 1376, p. 542; C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, préc., note 16, n° 713, p. 562.

¹⁸⁷ *Mourinha c. Les immeubles Durante Ltée*, 1986 CanLII 3902 (QC C.A.), par. 9, L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, *id.*, n° 1377, p. 543; C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, *id.*, n° 713, p. 561.

¹⁸⁸ *Elkin c. Ellier*, préc., note 179, par. 7.

¹⁸⁹ L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 14, n° 1371, p. 541.

par le fait même, l'étendue du véhicule procédural¹⁹⁰. En effet, cette collecte d'éléments de preuve n'est pas entièrement nouvelle puisque, comme le professeur Ducharme l'écrit, même si « l'article 426 [A.]C.p.c. n'en fait pas mention expressément, la commission rogatoire peut avoir pour objet l'obtention d'un document, pourvu qu'il s'agisse d'un document pertinent. »¹⁹¹ Ainsi, tant le mécanisme général de la commission rogatoire que la collecte incidente des documents souhaités par la partie québécoise doivent respecter les principes généraux, énoncés au Chapitre I du présent mémoire, sans quoi leur admissibilité et leur recevabilité en preuve pourraient être contestées.

De plus, la commission rogatoire ne vise que certains d'individus. Ces catégories de personnes pouvant être appelées à être interrogées sont toutefois identiques à celles du régime général québécois, car la commission rogatoire s'étant tant aux tiers qu'aux parties de l'instance¹⁹².

Par ailleurs, la commission rogatoire est tout autant autorisée pour l'exécution d'un interrogatoire préalable que pour les témoignages à l'instance¹⁹³. En effet, les articles régissant l'interrogatoire préalable « permet[tent] d'assigner toute personne qui n'est pas partie au litige

¹⁹⁰ *Id.* ; MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 27, p. 369; L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations— Volume 2 (Art. 391 à 836)*, 3^e éd., vol. 2, préc., note 172, art. 499, p. 2192 et 2193; C. EMANUELLI, préc., note 2, n^o 575, p. 390 et 391.

¹⁹¹ L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 14, n^o 1371, p. 541.

¹⁹² *Mourinha c. Les immeubles Durante Ltée*, préc., note 187, par. 10; D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 2, préc., note 132, n^o 2-839, p. 295.

¹⁹³ *Bell c. Molson*, 2008 QCCS 992, par. 57.

quel que soit le lieu de sa résidence. »¹⁹⁴ Par conséquent, il a été jugé dans l'arrêt *Bell*¹⁹⁵ que l'on « ne devrait pas empêcher les lettres rogatoires pour [les] interrogatoires hors cour si le dépôt des dépositions est assuré. »¹⁹⁶ Ce faisant, puisque notre cas est en phase préalable, la partie québécoise pourra former une commission rogatoire pour interroger préalablement la partie internationale ou un tiers résidant à l'étranger.

Bien que la portée de la commission rogatoire soit similaire à celle du régime général québécois, elle est toutefois soumise à une condition supplémentaire. Effectivement, lorsque la commission rogatoire vise l'exécution d'un interrogatoire préalable, elle ne peut être autorisée sans que les deux parties y consentent au préalable¹⁹⁷. Cette exigence s'explique par le fait que toutes preuves recueillies lors d'une commission rogatoire, que ce soit pour un interrogatoire préalable ou un témoignage à l'instance, font automatiquement partie de la preuve au dossier de cour; faisant ainsi exception au cadre normatif régulier de l'interrogatoire préalable¹⁹⁸. Par conséquent, si la commission rogatoire est demandée par la partie québécoise de notre cas afin d'exécuter un interrogatoire préalable, elle devra d'abord s'assurer d'obtenir le consentement de la partie internationale.

¹⁹⁴ *Stikeman c. Danol Holding inc.*, 1991 CanLII 3726 (QC C.A.), par. 8.

¹⁹⁵ *Bell c. Molson*, préc., note 193.

¹⁹⁶ *Id.*, par. 57.

¹⁹⁷ C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, préc., note 16, n° 712, p. 561; L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 14, n° 1370, p. 540 et 541.

¹⁹⁸ C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, *id.*; L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, *id.*; D. FERLAND et B. ÉMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 2, préc., note 132, n° 2-849, p. 297; *Bell c. Molson*, préc., note 193, par. 57.

Or, cette exigence de consentement entrave, à notre avis, le processus d'obtention de la preuve internationale. En effet, comme le refus initial de la partie internationale à coopérer oblige la partie québécoise à demander la formation d'une commission rogatoire, il y a peu de chance, à notre avis, que la partie québécoise puisse parvenir à obtenir le consentement de l'entreprise étrangère pour l'exécution d'un interrogatoire préalable. Bien que nous croyions que la condition est justifiée, nous sommes d'avis que si la partie internationale refuse de coopérer pour la communication de la preuve sur une base volontaire, il sera très difficile pour la partie québécoise d'obtenir son consentement pour l'interrogatoire préalable par commission rogatoire. De fait, cette condition risque d'entraver substantiellement le processus de communication au préalable de la preuve transfrontalière.

En outre, la portée des interrogatoires et des témoignages à recueillir lors de la commission est circonscrite par la possibilité, pour une partie, de demander au tribunal de « joindre à la commission des interrogatoires et contre-interrogatoires. »¹⁹⁹ De façon similaire au nouveau régime d'interrogatoire préalable de l'article 228 C.p.c., le commissaire nommé pour recueillir la preuve, « réserve les objections à la preuve, les parties conservant le droit de les faire valoir devant le tribunal. »²⁰⁰ De ce fait, le commissaire peut aussi poser toutes questions pertinentes lors des interrogatoires²⁰¹.

¹⁹⁹ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 502 al. 1; C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, *id.*, n° 716, p. 562; D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 2, préc., note 132, n° 2-848, p. 296.

²⁰⁰ *Code de procédure civile*, *id.*, art. 502 al. 2.

²⁰¹ *Id.*

Par ailleurs, même si l'introduction des pièces et éléments de preuve se fait sans objection, les parties conservent tout de même le droit de contester leur admissibilité. À vrai dire, selon l'arrêt *Widdrington*²⁰², l'admissibilité des pièces introduites sans objection demeure sous le contrôle du juge : « Même en l'absence d'objection, le tribunal demeure maître du contrôle de la pertinence de la preuve [...] »²⁰³ Ce faisant, même si les parties de notre cas obtiennent les documents souhaités en phase préalable, le juge peut tout de même refuser leur production à l'instance.

IV. La procédure régissant la commission rogatoire

De ce fait, si la partie québécoise de notre cas est autorisée à former une commission rogatoire, elle devra toutefois respecter les indications du tribunal quant à son déroulement. À cet égard, les étapes procédurales requises dans le cadre d'une demande de commission rogatoire sont énoncées à l'article 499 alinéa 2 C.p.c. Ce nouvel alinéa de droit nouveau²⁰⁴ prévoit que lorsque la personne visée par la demande se trouve à l'extérieur du pays « le tribunal peut donner une commission rogatoire soit à toute autorité compétente de cet État, soit aux autorités diplomatiques ou consulaires canadiennes. »²⁰⁵

L'article nous indique donc qu'il existe deux façons d'effectuer une commission rogatoire provenant du Québec. La première nécessite l'action des tribunaux étrangers, c'est-à-

²⁰² *Widdrington (Succession de) c. Wightman*, 2011 QCCS 1786.

²⁰³ *Id.*, par. 102.

²⁰⁴ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 27, p. 370; L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations— Volume 2 (Art. 391 à 836)*, 3^e éd., vol. 2, préc., note 172, art. 499, p. 2194.

²⁰⁵ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 499 al. 2.

dire, cette première option « permet aux tribunaux québécois de demander à l'autorité étrangère compétente d'exécuter une commission rogatoire »²⁰⁶; et la seconde méthode fait plutôt appel « aux autorités diplomatiques ou consulaires canadiennes. »²⁰⁷

En faisant appel aux autorités étrangères compétentes pour exécuter la commission rogatoire, les tribunaux québécois et la partie québécoise de notre cas devraient consulter, ou du moins, vérifier les conditions et exigences de formation d'une commission rogatoire dans le pays de la partie étrangère, avant d'émettre une ordonnance²⁰⁸. En fait, la partie québécoise est même obligée de vérifier les conditions de l'État requis afin de s'assurer que les lettres rogatoires émanant du tribunal québécois sont conformes aux règles de communication de la preuve de cet État étranger, selon l'arrêt *Conseil québécois sur le tabac et la santé*²⁰⁹.

Après tout, en procédant ainsi, le tribunal québécois demande l'aide de l'autorité étrangère du pays de la partie internationale, ou du tiers à l'international, afin de contraindre le ou les témoins à venir témoigner lors de la commission « sous la supervision d'un commissaire désigné par le tribunal québécois »²¹⁰. L'efficacité de la procédure serait donc grandement réduite si les règles encadrant la commission ne correspondaient pas à celles du pays requis.

²⁰⁶ L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations— Volume 2 (Art. 391 à 836)*, 3^e éd., vol. 2, préc., note 172, art. 499, p. 2194.

²⁰⁷ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 499 al. 2.

²⁰⁸ *Mulrone c. Canada (Procureur général)*, EYB 1996-86853, p. 6.

²⁰⁹ *Conseil québécois sur le tabac et la santé c. JTI-MacDonald Corp.*, 2011 QCCS 2376, par. 51 à 54.

²¹⁰ L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations— Volume 2 (Art. 391 à 836)*, 3^e éd., vol. 2, préc., note 172, art. 499, p. 2191 et 2192.

Ceci expliquerait donc, selon la doctrine, pourquoi le législateur n'a pas indiqué de façon expresse les divers documents et informations à fournir à l'autorité étrangère :

« Aucun détail n'est donné quant à l'identité de l'autorité compétente de l'État étranger, quant au contenu précis de la demande ou aux documents qui doivent l'accompagner. L'absence de telles indications s'explique par le fait que ces paramètres sont susceptibles de varier selon les règles applicables à l'exécution de commissions rogatoires dans chacun des États étrangers et en fonction de traités internationaux conclus par le Canada. »²¹¹

Incidentement, comme le pouvoir de contrainte des États étrangers constitue le principal avantage de ce mode d'exécution de la commission rogatoire, l'ordonnance québécoise doit respecter les pratiques de l'État requis²¹². En effet, selon l'auteure Meyer-Fabre, le pouvoir coercitif de l'État requis est le plus grand avantage de la commission rogatoire exécutée par ce dernier : « Lorsqu'il reçoit une commission rogatoire, c'est donc non seulement son appareil judiciaire, mais également son pouvoir coercitif que l'État requis est tenu de mettre au service de la justice étrangère. »²¹³ La partie québécoise a donc besoin de l'État requis, car en cas de défaut de la part du témoin étranger, soit la partie internationale ou le tiers à l'étranger, de venir témoigner lors de la commission rogatoire, le commissaire ne détient aucun pouvoir de contrainte²¹⁴.

²¹¹ *Id.*, à la p. 2194.

²¹² *Mulroney c. Canada (Procureur général)*, préc., note 208, p. 6 et 8.

²¹³ Nathalie MEYER-FABRE, « L'obtention des preuves à l'étranger », dans *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 16^e année, 2002-2004, Paris, Éditions Pedone, 2005, p. 199, en ligne : <https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1140-5082_2005_num_16_2002_1147>, à la p. 202.

²¹⁴ L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 14, n° 1391, p. 548.

De ce fait, si le tribunal québécois fait plutôt appel aux autorités diplomatiques et consulaires canadiennes pour l'exécution de la commission, elle ne pourra plus compter sur l'aide de l'État requis pour convoquer le témoin. En effet, nulle part dans le C.p.c. n'est-il spécifié la procédure à suivre pour convoquer le témoin résidant à l'étranger²¹⁵. Donc, si seule une cour québécoise a le pouvoir de contraindre ces citoyens et que « l'assignation à comparaître délivrée dans un État étranger ne peut être exécutée au Québec sans une ordonnance du tribunal, lequel n'est pas tenu d'y donner suite »²¹⁶, il en est fort probablement de même à l'étranger. Par conséquent, la principale difficulté de ce mode d'exécution réside dans le fait que les autorités diplomatiques et consulaires n'ont pas le pouvoir de contraindre un résidant étranger²¹⁷.

En d'autres mots, le tribunal peut choisir de faire exécuter la commission rogatoire par le tribunal de l'État de la partie internationale ce qui lui assure la contraignabilité du témoin, mais le soumet aux règles procédurales de ce dernier. Sinon, le tribunal québécois peut choisir d'exécuter la commission par les services diplomatiques et consulaires canadiens, ce qui assure le respect de règles procédurales québécoises, mais empêchera ce dernier de contraindre le témoin ou la partie étrangère. Ce faisant, le tribunal québécois en procédant par les services diplomatiques, risque de voir sa citation à comparaître rejetée par les tribunaux de la partie ou du témoin étrangers.

²¹⁵ D. FERLAND et B. ÉMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 2, préc., note 132, n° 2-833, p. 292.

²¹⁶ *Id.* ; voir : *Trottier c. Matrox Graphics Inc.*, 2000 CanLII 18244 (QC C.Q.), par. 8.

²¹⁷ N. MEYER-FABRE, préc., note 213, à la p. 203; E. SCHAEFFER, préc., note 133, 652 (n° 27).

Par ailleurs, la commission rogatoire demandée par la partie québécoise de notre cas pourra être exécutée lorsque le tribunal nommera la personne responsable de la collecte de preuve, soit le commissaire²¹⁸. Ce dernier peut être soit l'autorité compétente de l'État étranger ou même le juge québécois responsable de l'instance²¹⁹. Selon la Cour d'appel du Québec, dans son arrêt *Atlantic Sugar Refineries Co.*, en nommant le juge québécois commissaire, ce dernier est mieux à même de trancher les objections sur le vif :

« 139 Le président du tribunal étant le maître du procès, il doit en effet contrôler cette partie du procès qui s'est déroulée hors de sa présence. C'est lui qui décide après coup des oppositions à la preuve et des incidents qui ont pu survenir au cours de l'exécution de la commission rogatoire à laquelle il n'assiste généralement pas. Mais il n'y a pas d'inconvénient à ce que sa décision soit rendue au moment même de la commission rogatoire qu'il accepte de mener personnellement ; il décide alors comme s'il était à l'audience. »²²⁰

Procéder ainsi permet au procès d'être plus rapide, car le juge pourra exercer un contrôle immédiat sur les effets de la commission rogatoire sur le déroulement de l'instance entre nos deux parties.

Par ailleurs, contrairement à l'article 427 A.C.p.c.²²¹, le délai à respecter pour entreprendre une demande de commission rogatoire n'est plus spécifié dans le nouveau C.p.c., ce qui permet à la partie québécoise de notre cas d'entreprendre une commission en tout temps,

²¹⁸ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 500 al. 1.

²¹⁹ D. FERLAND et B. ÉMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 2, préc., note 132, n° 2-840, p. 295; *Atlantic Sugar Refineries Co c. Canada (Procureur général)*, EYB 1978-144510 (C.A.), par. 137.

²²⁰ *Atlantic Sugar Refineries Co c. Canada (Procureur général)*, *id.*, par. 139.

²²¹ L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations— Volume 2 (Art. 391 à 836)*, 3^e éd., vol. 2, préc., note 172, art. 499, p. 2194; *Code de procédure civile*, préc., note 47, art. 427.

et ce, à la discrétion du tribunal²²². Cette nouveauté confirme aussi en quelque sorte qu'une commission rogatoire peut être utilisée dans le cadre d'un interrogatoire préalable.

Cependant, un des éléments les plus importants de la commission rogatoire est la décision même du tribunal. De fait, l'article 500 C.p.c. énonce le contenu de cette dernière qui sert de véritable guide pour le commissaire lors ces fonctions²²³ :

« **500.** La décision qui nomme un commissaire désigne les personnes à interroger et la manière dont elles prêteront serment, donne les instructions nécessaires pour guider le commissaire dans l'exécution de sa mission et fixe le délai dans lequel son rapport devra être fait ; elle peut en outre fixer un montant pour couvrir les frais et déboursés du commissaire et en ordonner le dépôt au greffe par la partie qui a demandé la commission.

La partie qui a demandé la commission ou à défaut, celle qui a concouru à l'obtenir, est tenue de la faire transmettre et exécuter avec diligence. »²²⁴

L'article 500 C.p.c. reprend le droit antérieur²²⁵ et prévoit à son alinéa 2 que « la responsabilité de faire transmettre et exécuter la commission rogatoire incombe d'abord et avant tout à la personne qui en a demandé la tenue »²²⁶. Ainsi, la partie québécoise de notre cas est responsable. Or, celle-ci ne peut d'elle-même transmettre la commission à l'autorité étrangère ou diplomatique dans l'État de la partie internationale. En pratique, la partie québécoise doit plutôt « passer par les autorités centrales ou les personnes qui sont habilitées à faire un cheminement

²²² L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations— Volume 2 (Art. 391 à 836)*, 3^e éd., vol. 2, *id.*

²²³ D. FERLAND et B. ÉMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 2, préc., note 132, n° 2-845, p. 296; C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, préc., note 16, n° 714, p. 562.

²²⁴ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 500.

²²⁵ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 27, p. 370.

²²⁶ L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations— Volume 2 (Art. 391 à 836)*, 3^e éd., vol. 2, préc., note 172, art. 500, p. 2198.

avec les États étrangers »²²⁷, ou par le ministère²²⁸. Par conséquent, même si les lettres rogatoires sont transmises de façon conforme et qu'elles correspondent aux règles de l'État requis en la matière, la partie québécoise devra prendre en considération les restrictions afférentes à la communication de la preuve hors du territoire de ce dernier.

C. Les restrictions à la communication de la preuve transfrontalière

Tout comme dans le cadre du régime général de communication de la preuve, lorsqu'en présence d'une commission rogatoire, la communication de la preuve est limitée. En effet, la restriction la plus importante provient d'une sorte de législation communément appelée loi « de blocage ». De par ces lois, la partie internationale de notre cas peut se voir empêcher de communiquer certains types d'informations à la partie québécoise. Adoptées par des États comme la France, la Grande-Bretagne et le Canada, dont le Québec (II), elles ont toutes comme objectif de bloquer les ingérences étrangères, et plus spécifiquement celles en provenance des États-Unis et causées par leur régime de *discovery* (I). De ce fait, bien que la commission rogatoire en provenance du Québec permette la collecte d'informations, le tout se fait sous réserve de l'existence et l'application des lois de blocage. Les parties de notre cas hypothétique devront donc porter une aussi grande attention à ces législations qu'aux régimes de commission rogatoire étrangers.

²²⁷ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, 1^{re} sess., 40^e législ., 25 novembre 2013, préc., note 174, 17h20, p. 52 (Mme Longtin).

²²⁸ *Id.*, (M. Chamberland).

I. Les fondements des lois dites « de blocage »

Les lois de blocage sont en réalité un produit de la mondialisation des litiges en matière civile et surtout commerciale. Les conflits étant dorénavant internationaux, les chocs entre les cultures judiciaires sont de plus en plus courants, car le fait de rechercher et communiquer des preuves se situant dans un état étranger soulève des risques de conflit de souveraineté²²⁹. L'adoption de ces lois protectionnistes illustre par le fait même les « tensions encore non résolues entre la *common law* et le système de droit écrit qui peuvent naître à l'occasion de procédures internationales. »²³⁰ En effet, comme la communication de preuve est régie par les parties dans les systèmes de *common law*, elle se heurte nécessairement à la tradition civiliste où le juge est responsable du contrôle de la collecte de preuve²³¹.

Ainsi, les lois de blocage ont pour objectif principal, selon l'auteure Burns, de bloquer la transmission de documents lorsque celle-ci est requise par une autorité étrangère : « Several contracting nation have adopted blocking statutes that inhibit or may entirely prohibit disclosure, copying, inspection, or removal, in compliance with requests from foreign tribunals, of documents located within their boundaries. »²³² Or, les lois de blocage peuvent aussi être définies, selon l'auteur Halkerston, comme criminalisant la transmission de certains documents :

²²⁹ N. MEYER-FABRE, préc., note 213, à la p. 199.

²³⁰ Noëlle LENOIR, « L'intérêt de la loi du 26 juillet 1968 et l'obtention des preuves au niveau international : un regain d'intérêt », L.P.A. 2015.13.9., p. 4 (PDF) (Lextenso).

²³¹ N. MEYER-FABRE, préc., note 213, à la p. 199; N. LENOIR, « L'intérêt de la loi du 26 juillet 1968 et l'obtention des preuves au niveau international : un regain d'intérêt », *id.*, p.1 et 2 (PDF); N. LENOIR, « La collecte des preuves dans le cadre des procédures judiciaires : L'amorce d'un dialogue entre la France et les États-Unis? », préc., note 5, n° 8 et 11 (PDF).

²³² M. T. BURNS, préc., note 135, 295.

« A blocking Statute is a statute which criminalizes the provision of information in the course of legal proceedings outside the jurisdiction of the statute unless the provision is through a domestic legal gateway. »²³³

Cette dernière définition soulève une des caractéristiques les plus déterminantes des lois de blocage, soit la conséquence pénale qu'elle impose en cas de défaut des parties. En effet, de façon générale²³⁴, comme l'auteure Burns le caractérise si bien, les lois de blocage « vary in their breadth and applicability, but all carry some form of penal sanction. »²³⁵ Donc, en adoptant ces lois, les gouvernements nationaux souhaitent minimiser les ingérences étrangères dans le processus de collecte de la preuve.

En fait, l'adoption par les États de ce type d'actes législatifs résulterait, selon l'auteur Schaeffer, d'un mouvement « d'anti-coopération » au sein du droit des affaires internationales²³⁶. M. Schaeffer explique cette tendance législative de trois façons, soit d'abord à cause de la volonté des États de conserver un contrôle sur l'activité économique au sein de leurs frontières²³⁷. En effet, l'évolution économique du secteur des affaires étant de plus en plus transnationale, les entreprises commerciales en viennent à surpasser les États ce qui réduit leur pouvoir, toujours selon M. Schaeffer²³⁸.

²³³ Graeme HALKERSTON, « English disclosure processes and foreign blocking statutes », (2014) 20-9 *Trusts & Trustees* 943, 944.

²³⁴ G. B. BORN, P. B. RUTLEDGE, *International Civil Litigation in United States Courts*, p. 966 (6 ed. 2018).

²³⁵ M. T. BURNS, préc., note 135, 295.

²³⁶ E. SCHAEFFER, préc., note 133, 649 (n° 15).

²³⁷ *Id.*, 648 (n° 11).

²³⁸ *Id.*, 649 (n° 14).

Puis, l'auteur explique aussi cette tendance par la volonté des États de prévenir, notamment, les risques d'abus de la part des agents économiques qui « opèrent, par-delà les frontières étatiques, en conformité avec leurs intérêts de groupe, aussi respectueux et égoïstes que tout intérêt social légitime. »²³⁹ Ainsi, puisque la détermination de la sanction correspondante à l'abus ne peut être effectuée sans la recherche des « renseignements économiques sur le territoire d'un autre État, [...] [ce dernier] pour les raisons précitées, préfère[ra] en interdire l'accès et protéger ses firmes transnationales »²⁴⁰.

Finalement, la dernière raison énoncée par M. Schaeffer a plutôt trait au fondement même des lois de blocage. À savoir, M. Schaeffer explique le mouvement « protectionniste » des États face à la communication de la preuve par la nature agressive et la portée très large des règles américaines en matière de concurrence ou *antitrust*²⁴¹. En fait, l'auteur dénote, avec raison, que ces pratiques ont provoqué une méfiance, voire une hostilité, de la part des autres pays :

« Or, cette traque de renseignements économiques (au sens large) a provoqué l'hostilité pour de multiples raisons : il n'y a pas que des autorités publiques, liées par le secret professionnel, qui auront connaissance des renseignements ; la procédure fédérale peut servir à des entreprises américaines plaignantes ; celles-ci peuvent en prendre connaissance et même les faire rechercher. Ces renseignements ne sont pas "neutres" ; ils peuvent profiter à ceux qui, par ce biais, ont pu percer les secrets d'affaires (techniques, financiers, commerciaux, etc.). »²⁴²

²³⁹ *Id.*, 648 (n° 12).

²⁴⁰ *Id.*

²⁴¹ *Id.*, 649 (n° 13).

²⁴² *Id.*

Toutefois, ce raisonnement n'est pas seulement académique. Au contraire, seulement au Canada, tant la Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *Walsh*²⁴³, que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Hunt*²⁴⁴, ont confirmé que la loi de blocage ontarienne et québécoise visaient à contrôler les ingérences étrangères et surtout celles provenant des États-Unis²⁴⁵.

Donc, la nature des protections fournies par les lois de blocage s'explique par l'ampleur du processus de *discovery* américain. À vrai dire, lorsqu'en présence d'un conflit judiciaire, les parties soumises au droit américain sont investies de très grands pouvoirs d'enquête. En effet, selon les auteurs Born et Rutledge, « [a] basic premise of U.S. civil litigation is that fair, effective dispute resolution requires giving litigants the legal power to obtain largely unhindered access to all information that could be relevant to the resolution of the dispute. »²⁴⁶ Ce faisant, l'objectif derrière le mécanisme de *pre-trial discovery*, soit le mécanisme américain de collecte et de communication de la preuve en phase préalable d'un litige, peut être résumé, toujours selon Born et Rutledge, en trois principaux points :

« [...] (a) narrowing disputed issues in order to focus trial matters of real controversy; (b) permitting the parties wide access to information that they may wish to use as evidence at trial; and (c) obtaining information that will lead to, or facilitate the introduction of, evidence at trial. »²⁴⁷

Ainsi, le processus de « *pre-trial discovery* commence après un acte introductif qui peut être très vague et très général, particulièrement concernant l'allégation des faits. »²⁴⁸

²⁴³ *Walsh c. Gaitan & Cusak*, 1993 CanLII 4101 (QC C.A.).

²⁴⁴ *Hunt c. T&N plc*, préc., note 145.

²⁴⁵ *Walsh c. Gaitan & Cusak*, préc., note 243, par. 7 et 12; *Hunt c. T&N plc*, *id.*, p. 304.

²⁴⁶ G. B. BORN, P. B. RUTLEDGE, préc., note 234, p. 959.

²⁴⁷ *Id.*, p. 960.

²⁴⁸ N. MEYER-FABRE, préc., note 213, à la p. 206.

Au niveau législatif, ce sont les *Federal Rules of Civil Procedure*²⁴⁹(ci-après « F.R.C.P. ») qui définissent la recherche de preuves pour tous les litiges civils de compétence fédérale²⁵⁰. L'étendue et la portée de la recherche et la communication de la preuve se trouveront plus particulièrement aux règles 26 et 34 F.R.C.P. :

« Rule 26. Duty to Disclose; General Provisions. Governing discovery

[...]

(b) Discovery Scope and Limits.

(1) Scope in General. Unless otherwise limited by court order, the scope of discovery is as follows: Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense and proportional to the needs of the case, considering the importance of the issues at stake in the action, the amount in controversy, the parties' relative access to relevant information, the parties' resources, the importance of the discovery in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit. Information within this scope of discovery need not be admissible in evidence to be discoverable. »²⁵¹

« Rule 34. Producing Documents, Electronically Stored Information, and Tangible Things, or Entering onto Land, for Inspection and Other Purposes

(a) In General. A party may serve on any other party a request within the scope of Rule 26(b):

(1) to produce and permit the requesting party or its representative to inspect, copy, test, or sample the following items in the responding party's possession, custody, or control:

(A) any designated documents or electronically stored information—including writings, drawings, graphs, charts, photographs, sound recordings, images, and other data or data compilations—stored in any medium from which information can be obtained either directly or, if necessary, after translation by the responding party into a reasonably usable form; [...] »²⁵².

²⁴⁹ *Federal Rules of Civil Procedure*, 28 U.S.C. Appendix (2019), en ligne: <<https://uscode.house.gov/browse/prelim@title28/title28a/node87/titleV&edition=prelim>>.

²⁵⁰ M. T. BURNS, préc., note 135, 299; G. B. BORN, P. B. RUTLEDGE, préc., note 234, p. 960.

²⁵¹ *Federal Rules of Civil Procedure*, préc., note 249, §26(b)(1); S. S. GENSLER, *Federal Rules of Civil Procedure, Rules and Commentary*, «Rule 26», p. 1 et 3 (PDF) (2019 ed.) (Westlaw).

²⁵² *Federal Rules of Civil Procedure*, *id.*, §34(a)(1) ; S. S. GENSLER, *id.*, « Rule 34 », p. 1 et 3 (PDF).

Ainsi, si la notion de contrôle des règles doit être interprétée de façon libérale par les tribunaux²⁵³, l'article 34 F.R.C.P. ordonne la production de documents, et ce, peu importe leur emplacement :

« There is no inherent geographic limit to a party's possession, custody, or control. A party must produce all documents over which it has the requisite possession, custody, or control regardless of where the documents are physically kept. This includes documents located abroad. »²⁵⁴

Par contre, si la portée et l'étendue de la *discovery* s'appliquaient avant à la preuve admissible au procès et « for material "reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence" »²⁵⁵; se soldant donc en des pouvoirs de collecte pratiquement illimités sur tous les documents disponibles et sous le contrôle des parties²⁵⁶, il n'en est, en principe, plus ainsi. En effet, la règle 26 F.R.C.P. a été amendée en 2015 afin d'ajouter le critère de proportionnalité²⁵⁷. Par conséquent, la portée de la procédure de *discovery* qui permettait, avant 2015, « the discovery of any unprivileged matter that is relevant to the claim or defense of any party (provided the request is not unreasonably cumulative or burdensome) »²⁵⁸, est dorénavant restreinte par l'ajout du principe de proportionnalité, ce qui octroie aux juges une discrétion plus

²⁵³ S. S. GENSLER, *id.*, «Rule 26», p. 16 (PDF); M. T. BURNS, préc., note 135, 300.

²⁵⁴ S. S. GENSLER, *id.*, «Rule 34», p. 8 (PDF).

²⁵⁵ M. T. BURNS, préc., note 135, 300 (renvois omis).

²⁵⁶ N. LENOIR, «La collecte des preuves dans le cadre des procédures judiciaires : L'amorce d'un dialogue entre la France et les États-Unis ? », préc., note 5, n° 9 (PDF); N. MEYER-FABRE, préc., note 213, à la p. 206.

²⁵⁷ S. S. GENSLER, préc., note 251, «Rule 26», p. 17 (PDF)

²⁵⁸ S. C. MCCAFFREY, T. O. MAIN, *Transnational litigation in Comparative Perspective. Theory and application*, p. 437 (2010).

grande²⁵⁹. Par contre, il est difficile, à notre avis, de croire que cet ajout rendra la collecte de preuve américaine aussi restreinte que celle du Québec. En effet, comme M. Gensler en fait état, si la preuve doit être pertinente et proportionnée, la pertinence porte sur toute «“relevant information” – not “relevant evidence” »²⁶⁰ et le critère de proportionnalité, déjà présent en pratique dès les années 1980, n’a pas pour but d’entraîner de nouvelles limites :

« The Committee Note explains that the purpose of the change was not to impose any new limits or alter the parties’ duties but rather to increase awareness of the limits and duties that have existed – but have too often been overlooked or ignored – since 1983. »²⁶¹

De ce fait, nous sommes d’accord avec les auteurs Born et Rutledge qui mentionnent que malgré la portée plus circonscrite de la *discovery*, « litigants in the U.S. courts continue to enjoy relatively expansive discovery rights. »²⁶²

Par ailleurs, la particularité des règles américaines se comprend aussi par l’octroi d’une très grande liberté aux parties pour la constitution de leur preuve. En effet, « U.S. discovery is initiated and largely conducted by the litigants themselves, with little direct judicial supervision. »²⁶³ Le juge a donc un rôle second et n’interviendra seulement qu’en cas de désaccord entre les parties et si l’une d’entre elles refuse de communiquer les documents demandés ; dans ces cas, il détient cependant un large pouvoir discrétionnaire²⁶⁴. Ce faisant,

²⁵⁹ S. S. GENSLER, préc., note 251, «Rule 26», p. 16 (PDF).

²⁶⁰ *Id.*, «Rule 26», p. 18 (PDF).

²⁶¹ *Id.*, «Rule 26», p. 20 (PDF).

²⁶² G. B. BORN, P. B. RUTLEDGE, préc., note 234, p. 960.

²⁶³ *Id.*, p. 961.

²⁶⁴ *Id.* ; N. LENOIR, « La collecte des preuves dans le cadre des procédures judiciaires : L’amorce d’un dialogue entre la France et les États-Unis ? », préc., note 5, n° 10 (PDF); S. C. MCCAFFREY, T. O. MAIN, préc., note 258, p. 438; et P. A. BATISTA, « Confronting Foreign ‘Blocking’ Legislation: A Guide to Securing Disclosure from

l'analyse de ces deux aspects des règles américaines permet d'expliquer pourquoi elles ont mené à la création des lois de blocage.

Plusieurs juridictions, dont celles des cours anglaises, ont fortement critiqué l'empiètement du système américain sur les juridictions procédurales étrangères²⁶⁵. Ces atteintes résultent, en vérité, du fait que les cours américaines jugent, dans la plupart des cas, que la procédure d'entraide judiciaire internationale est trop longue, ce qui les pousse à ordonner, de façon unilatérale, la production des documents²⁶⁶, et ce, conformément aux F.R.C.P. La règle 34 F.R.C.P. permet ainsi aux cours fédérales américaines d'ordonner « both litigants and nonlitigants who are subject to U.S. jurisdiction to bring documents or persons located abroad to the United States for inspection or oral examination. »²⁶⁷

Toutefois, lorsque la partie refuse de fournir les documents demandés aux autorités ou parties américaines en invoquant une loi de blocage, les cours américaines se tournent alors vers le principe de courtoisie internationale pour évaluer l'application des lois étrangères, et ce, même s'il s'agit d'une méthode qualifiée d'incertaine par certains auteurs²⁶⁸. En d'autres mots, en cas d'objection de la partie internationale sur la base de la violation d'une loi de blocage, la

Non-resident Parties to American Litigation», 17-1 *INT'L Law* 61, 82 (1983), en ligne : <<https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3616&context=til>>.

²⁶⁵ A. V. LOWE, « Blocking extraterritorial Jurisdiction: The British Protection of Trading Interests Act, 1980 », 75 *AM J. INT'L L.* 257, 259 (1981) (HeinOnline).

²⁶⁶ G. B. BORN, P. B. RUTLEDGE, préc., note 234, p. 962.

²⁶⁷ *Id.*

²⁶⁸ A. V. LOWE, préc., note 265, 268, 281 et 30; T. P. HARKNESS, R. MOLOO, P. OH, C. YIM, *Discovery in International Civil Litigation : A Guide for Judges*, Federal Judicial Center (2015), en ligne : <<https://www.fjc.gov/sites/default/files/2015/Discovery%20in%20International%20Civil%20Litigation.pdf>>, p. 30.

procédure américaine de *pre-trial discovery* se voit temporairement altérée pour laisser au juge américain le soin de déterminer les intérêts de chacune des parties conformément au F.R.C.P. et à la courtoisie internationale.

II. Lois de blocage — illustrations

Bien que le système américain d'obtention de la preuve ait motivé l'adoption des lois de blocage, il est important de détailler ce qu'elles impliquent en pratique. En fait, les lois de blocage ont comme effet concret de faire obstacle au processus de communication de la preuve transfrontalière. Ce faisant, dans le cadre de notre cas, l'entreprise québécoise cherchant à obtenir certaines preuves chez la partie étrangère pourra être bloquée par ce type de loi. Il est donc essentiel de comprendre leur portée et leur fonctionnement.

À ces fins, nous avons choisi de nous concentrer sur les lois de blocage de deux pays entretenant des relations commerciales avec le Canada et le Québec. Ainsi, nous analyserons le cas de la France, avec sa loi du 26 juillet 1968 (i), et de l'Angleterre, avec sa loi *Protection of Trading Interest Act* 1980 (ii). Puis, nous discuterons aussi de la *Loi sur les dossiers d'entreprises* (iii), loi de blocage québécoise. Or, pour les fins de l'analyse, nous supposerons, tout comme dans la section A du présent chapitre, que la partie québécoise a été autorisée à former une commission rogatoire. De ce fait, bien que la communication de la preuve par ententes à l'amiable demeure possible, la situation factuelle implique ici obligatoirement l'usage de lettres rogatoires ou d'une ordonnance d'un tribunal étranger.

i. France : La loi du 26 juillet 1968

Conséquemment, si la partie internationale de notre cas hypothétique réside en France, elle sera automatiquement soumise à la loi de blocage française. En fait, adoptée le 26 juillet 1968 par le gouvernement français la *Loi n° 68-678 relative à la communication de documents et renseignements à des autorités étrangères dans le commerce maritime*²⁶⁹ (ci-après « Loi n° 68-678 ») est la première version de loi de blocage qui s'appliquait, comme l'indique son nom, principalement au domaine maritime²⁷⁰. En effet, elle avait comme but premier d'interdire à toute personne physique ou morale de communiquer « en quelque lieu que ce soit, à des autorités publiques étrangères, les documents ou les renseignements relatifs aux transports par mer »²⁷¹. Avec cette première loi, le législateur français décréta que toute communication de ce genre était « contraire aux règles du droit international ou de nature à porter atteinte à la souveraineté de l'État français »²⁷². Pour s'assurer du respect de ces dispositions, la loi édictait qu'en cas d'infractions, les sanctions applicables étaient une peine d'emprisonnement et des amendes²⁷³.

Or, les amendements utiles aux fins du présent mémoire ont été effectués en 1980, par la *Loi n° 80-538 du 16 juillet 1980 relative à la communication de documents et renseignements*

²⁶⁹ *Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements à des autorités étrangères dans le domaine du commerce maritime*, J.O. 27 juillet 1968, p. 7267, en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000501326&categorieLien=id>> (ci-après pour les notes « *Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968* »).

²⁷⁰ *Id.*, art. 1.

²⁷¹ *Id.*

²⁷² *Id.*

²⁷³ *Id.*, art. 3.

*d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères*²⁷⁴ (ci-après « Loi n° 80-538 »). En plus de modifier le nom de la loi à son article premier, la Loi n° 80-538 a soumis l'article premier de la Loi n° 68-678 à des changements importants ayant notamment trait à l'étendue et la portée de ses dispositions²⁷⁵. Dorénavant, la loi ne s'applique plus seulement à la communication de documents maritimes, mais à tous « les documents ou les renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique »²⁷⁶. De plus, le législateur a modifié le critère d'infraction pour ne plus seulement être l'atteinte à la souveraineté de la France, mais aussi l'atteinte « à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public »²⁷⁷. Ce faisant, la portée de la Loi n° 80-538 devient excessivement grande.

Cependant, la Loi n° 80-538 a entraîné une autre modification importante en créant un nouvel article pour la Loi n° 68-678, l'article 1^{er} bis, expressément conçu pour restreindre, voire interdire, « à toute personne de demander, de rechercher ou de communiquer »²⁷⁸ les documents de l'article 1 de la Loi n° 68-678. La partie française, sous ces amendements, ne peut donc pas communiquer ces éléments si ces derniers serviront, une fois communiqués, « à la constitution

²⁷⁴ *Loi n° 80-538 du 16 juillet 1980 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères*, J.O. 17 juillet 1980, p. 1799, en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000515863&categorieLien=id> (ci-après pour les notes « *Loi n° 80-538 du 16 juillet 1980* »).

²⁷⁵ *Id.*, art. 1.

²⁷⁶ *Id.*, art. 2 (I).

²⁷⁷ *Id.*,

²⁷⁸ *Id.*, art. 2 (II).

de preuve en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci. »²⁷⁹ Ainsi, le nouvel article 1 de la Loi n° 68-678 vise les demandes de « transmission d'informations par des autorités publiques étrangères »²⁸⁰, comme il découle de l'émission de lettres rogatoires. Or, l'article 1^{er} bis de Loi n° 68-678, pour sa part, vise plutôt les demandes de *pre-trial discovery* et « celles qui, en France ou à l'étranger, adresseraient à une partie ou à un tiers une telle demande ou s'aviseraient de chercher par d'autres biais à se procurer les informations qui les intéressent »²⁸¹. De ce fait, l'entreprise internationale de notre cas, si résidant en France, ne peut, à priori, pas communiquer des informations de nature commerciale à la partie québécoise, et ce, même si elles font l'objet de lettres rogatoires émises par le tribunal québécois. De façon similaire, dans l'éventualité où la partie internationale était en conflit avec une partie américaine, elle ne pourrait pas non plus lui communiquer les informations, et ce, même si elles sont requises dans le cadre du mécanisme de *pre-trial discovery*.

Par ailleurs, la Loi n° 80-538 ajoute que les articles 1 et 1^{er} bis de la Loi n° 68-678, sont applicables « [s]ous réserve des traités ou accords internationaux »²⁸². Ce faisant, la loi de blocage ne s'applique qu'en cas d'absence de conventions internationales ou d'ententes

²⁷⁹ *Id.*

²⁸⁰ N. LENOIR, « L'intérêt de la loi du 26 juillet 1968 et l'obtention des preuves au niveau international : un regain d'intérêt », préc., note 230, p. 2 (PDF).

²⁸¹ *Id.*, p. 3 (PDF) ; N. LENOIR, « La collecte des preuves dans le cadre des procédures judiciaires : L'amorce d'un dialogue entre la France et les États-Unis ? », préc., note 5, n° 15 (PDF).

²⁸² *Loi n° 80-538 du 16 juillet 1980*, préc., note 274, art. 2 ; N. LENOIR, « L'intérêt de la loi du 26 juillet 1968 et l'obtention des preuves au niveau international : un regain d'intérêt », préc., note 230, p. 3 (PDF) ; N. LENOIR, « La collecte des preuves dans le cadre des procédures judiciaires : L'amorce d'un dialogue entre la France et les États-Unis ? », *id.*, n° 15 (PDF).

bilatérales. Cette exception a donc comme effet de contrôler les modes de communications de la preuve en excluant tous ceux ne provenant pas du « canal de la coopération judiciaire internationale. »²⁸³ Par conséquent, si la partie internationale réside en France et se voit demander par une partie américaine de lui communiquer des renseignements de nature commerciale dans le cadre d'un litige, elle aura l'obligation légale de refuser, à moins qu'il existe une entente bilatérale ou une convention internationale en vigueur entre les deux pays. La même logique s'applique aussi à notre cas puisque la partie québécoise pourrait se voir refuser la communication de certaines informations à cause de la nature commerciale du litige et parce que les lettres rogatoires visent une communication « à des autorités publiques étrangères »²⁸⁴, soit le tribunal québécois.

L'objectif de la Loi n°68-678 interdit donc la communication et la recherche de documents par toute personne française ou non, sous peine de sanction pénale²⁸⁵. En fait, selon l'auteur Meyer-Fabre, le législateur français a adopté cette loi dans le but de permettre aux entreprises françaises de légalement refuser de coopérer avec un État étranger : « L'objectif poursuivi par le législateur français était principalement de mettre les entreprises françaises en situation d'invoquer une excuse légale pour se soustraire aux demandes d'informations des autorités américaines. »²⁸⁶

²⁸³ Y. LE BERRE et É. PATAUT, préc., note 166, 56.

²⁸⁴ *Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968*, préc., note 269, art. 1; *Loi n° 80-538 du 16 juillet 1980*, préc., note 274, art. 2.

²⁸⁵ E. SCHAEFFER, préc., note 133, 664 et 648 (n° 63 et 10).

²⁸⁶ N. MEYER-FABRE, préc., note 213, à la p. 208.

Par contre, selon l'auteure Lenoir, l'idée initiale de la Loi n° 68-678 se voulait moins répressive et plus comme un guide vers la bonne procédure à suivre en matière de collecte de preuve transnationale²⁸⁷. À vrai dire, « la véritable vocation de la loi de blocage qui est de parer à tout abus du *discovery* en plaçant les demandes de communication transfrontalière d'informations sous le contrôle du juge »²⁸⁸ ne peut être atteinte, selon l'arrêt de la Cour d'appel de Nancy du 4 juin 2014, lorsque la requête « n'est pas une quête purement formelle d'un quelconque accord pour une communication d'informations mais relève d'une véritable pêche aux renseignements (*sic*) »²⁸⁹.

Or, le véritable résultat de la Loi n° 68-678 n'est pas celui que le législateur avait espéré, car l'accueil de la communauté internationale a été, à dire vrai, froid. Les tribunaux américains, dans l'arrêt *Aérospatiale*²⁹⁰, ont jugé la loi française sans effet « du fait de [son] ineffectivité »²⁹¹. En fait, selon la Cour suprême de l'Iowa, la loi étrangère ne peut empêcher le juge américain d'émettre des ordonnances de communication de la preuve : « [f]oreign nation's "blocking statute" precluding disclosure of evidence does not deprive American court of power

²⁸⁷ N. LENOIR, « La collecte des preuves dans le cadre des procédures judiciaires : L'amorce d'un dialogue entre la France et les États-Unis ? », préc., note 5, n° 13 et 16 (PDF); M. T. BURNS, préc., note 135, 296.

²⁸⁸ N. LENOIR, « L'intérêt de la loi du 26 juillet 1968 et l'obtention des preuves au niveau international : un regain d'intérêt », préc., note 230, p. 5 (PDF).

²⁸⁹ Nancy, 4 juin 2014, n°1335/14 (Dalloz.fr), p. 6 (PDF).

²⁹⁰ *Société nationale industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court for the Southern District of Iowa*, 107 S.Ct. 2542 (1987)

²⁹¹ N. LENOIR, « L'intérêt de la loi du 26 juillet 1968 et l'obtention des preuves au niveau international : un regain d'intérêt », préc., note 230, p. 4 (PDF).

to order a party subject to its jurisdiction to produce evidence even though the act of production may violate the foreign blocking statute »²⁹².

En réalité, c'est la portée de la loi française qui la rend déraisonnable, selon l'auteure Meyer-Fabre²⁹³, car « les termes en sont excessivement larges et elle ne laisse aucune marge d'appréciation ni possibilité d'exemption »²⁹⁴. Conformément à la pensée de l'auteure, la Cour de Chancellerie de l'État du Delaware, dans son arrêt du 21 février 2014 *Activision Blizzard, Inc.*²⁹⁵, malgré une approche plus conciliante face à la loi²⁹⁶, en arrive à la même conclusion que l'arrêt *Aérospatiale* et détermine que la cour « has the power to require foreign litigants like the Vivendi Defendants to respond to discovery conducted under the Court of Chancery Rules. »²⁹⁷ Selon la cour, la portée trop large de la Loi n° 68-678 empêche de prendre connaissance des réels intérêts en jeu : « It does not focus on a specific kind of material, nor does it identify a specific French sovereign interest »²⁹⁸. Ce faisant, les cours américaines ne sont pas en mesure de correctement évaluer la balance des intérêts propres aux critères de la courtoise internationale²⁹⁹.

²⁹² *Société nationale industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court for the Southern District of Iowa*, préc., note 290, 2544.

²⁹³ N. MEYER-FABRE, préc., note 213, à la p. 208.

²⁹⁴ *Id.*

²⁹⁵ *In re Activision Blizzard Inc.*, 86 A.3d 531 (Del. Ch. 2014).

²⁹⁶ N. LENOIR, « La collecte des preuves dans le cadre des procédures judiciaires : L'amorce d'un dialogue entre la France et les États-Unis ? », préc., note 5, n° 7 (PDF).

²⁹⁷ *In re Activision Blizzard Inc.*, préc., note 295, 543.

²⁹⁸ *Id.*, 549.

²⁹⁹ *Id.*, 549 et 550.

De plus, la Loi n° 68-678 manque aussi de crédibilité, car il existe très peu d'applications pratiques condamnant les parties en défaut aux sanctions prévues, ce qui la rend, encore une fois, illégitime selon les auteurs de doctrine et les tribunaux américains et anglais³⁰⁰. En effet, les cours américaines estiment que le risque pour la partie française d'être condamnée lorsqu'agissant en contravention avec la loi de blocage n'est pas assez grand pour qu'il puisse prévenir les juges américains de ne pas l'outrepasser³⁰¹. Le raisonnement est le même pour les cours anglaises qui ont tout autant rejeté les objections fondées sur la Loi n° 68-678 en estimant qu'elle n'entraîne pas de « sufficient risk of prosecution »³⁰². Ainsi, les entreprises françaises n'invoquent pratiquement pas la loi, car elles ne veulent pas se voir imposer les sanctions américaines « d'outrage à la justice et/ou perdre leur procès »³⁰³.

Bref, comme l'écrit M. Schaeffer, la loi de blocage française est un « bouclier d'une valeur incertaine »³⁰⁴. Dans notre cas, si la partie internationale était en conflit avec une entreprise américaine plutôt que québécoise, elle serait fort probablement obligée d'obtempérer à l'ordonnance américaine et de contrevenir à la loi de blocage française puisque les sanctions

³⁰⁰ *Id.* ; G. HALKERSTON, préc., note 233, 952 et 953.

³⁰¹ COMMISSION DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES et COMMISSION DES FINANCES, *Rapport d'information n°4082 sur l'extraterritorialité de la législation américaine*, France, Assemblée nationale, 5 octobre 2016, en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rap-info/i4082.pdf>>, p. 106 ; N. LENOIR, « La collecte des preuves dans le cadre des procédures judiciaires : L'amorce d'un dialogue entre la France et les États-Unis ? », préc., note 5, n° 21 (PDF).

³⁰² G. HALKERSTON, préc., note 233, 953, 946 et 947.

³⁰³ N. LENOIR, « La collecte des preuves dans le cadre des procédures judiciaires : L'amorce d'un dialogue entre la France et les États-Unis ? », préc., note 5, n° 23 (PDF).

³⁰⁴ E. SCHAEFFER, préc., note 133, 666 (n° 69).

américaines qu'elle encoure en n'agissant pas ainsi sont non seulement plus lourdes que celles de la loi de blocage française, mais surtout plus certaines.

Or, loin de là l'idée que la loi est « lettre morte »³⁰⁵. Au contraire, l'Assemblée nationale française souhaite réformer la loi de blocage pour mieux protéger les entreprises françaises et la publication imminente du rapport *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale* nous en apprendra davantage sur les intentions du gouvernement français à cet égard³⁰⁶.

ii. Grande-Bretagne : *Protection of Trading Interests Act (1980)*

Cependant, si la partie internationale est plutôt originaire d'Angleterre, elle devra alors respecter un autre type de loi de blocage. En fait, tout comme la loi française, une première législation de blocage a été adoptée en Angleterre en 1964, la *Shipping Contracts and Commercial Documents Act*³⁰⁷ qui offrait une « protection to British shipowners »³⁰⁸ en interdisant ces derniers de se soumettre à certaines demandes de production de documents provenant d'autorités étrangères :

³⁰⁵ N. MEYER-FABRE, préc., note 213, à la p. 209.

³⁰⁶ Marine BARBONNEAU, « Rapport Gauvain : et revoilà l'avocat en entreprise » Dalloz actualité, 26 mars 2019, en ligne : <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/rapport-gauvain-et-revoila-l-avocat-en-entreprise#.XPYH9S17TPA> ; LE FIGARO et AFP, « Paris veut mieux protéger les entreprises françaises face aux lourdes condamnations américaines », *Le Figaro.fr*, 25 mars 2019, en ligne : <http://www.lefigaro.fr/flash-eco/paris-veut-mieux-protoger-les-entreprises-francaises-face-aux-lourdes-condamnations-americaines-20190325>.

³⁰⁷ *United Kingdom Shipping Contracts and Commercial Documents Act*, 1964 c. 87, dans « *United Kingdom Shipping Contracts and Commercial Documents Act* », 3-5 *INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS* 962 (1964), en ligne : https://www.jstor.org/stable/20689817?seq=2#metadata_info_tab_contents.

³⁰⁸ A. V. LOWE, préc., note 265, 262.

« Thus, the 1964 Act enabled the British Government to forbid compliance with substantive regulations of foreign authorities relating to shipping, and with any foreign orders for the production of evidence, where such regulations or orders related to matters outside the territorial jurisdiction of the foreign state, were addressed to “British businesses,” and infringed British jurisdiction under international law. The Act sought only to secure British jurisdiction, making infringement of that jurisdiction a condition of the exercise of the “blocking” power. »³⁰⁹

Puis, en 1980, le Parlement britannique délaissa cette approche dans sa nouvelle loi *Protection of Trading Interests Act*³¹⁰ (ci-après « P.T.I.A. ») et augmenta la portée des pouvoirs de blocage octroyés aux autorités anglaises: « These powers are wider than those in the earlier Act, in that they relate to measures for the control of international trade (which includes business of any description), and not just shipping regulations. »³¹¹ Par conséquent, l'étendue des nouveaux pouvoirs a permis un changement dans les fondements de la législation. En effet, le critère d'application de la loi a été remplacé par « a reference to measures that “are damaging or threaten to damage the trading interests of the United Kingdom” »³¹². De ce fait, selon l'auteur Lowe, non seulement « action may be taken even in cases where there is no doubt that the foreign authorities have jurisdiction »³¹³, mais la loi octroie aussi un contrôle total au gouvernement britannique sur le processus de communication de la preuve dans le but de préserver les intérêts commerciaux anglais : « [...] the Act adopts the principle that the trading practices of persons carrying on trade in Britain are to be regulated only by, or with acquiescence

³⁰⁹ *Id.*

³¹⁰ *Protection of Trading Interests Act*, 1980 c. 11 (R.-U.), en ligne: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/11/section/2>>.

³¹¹ A. V. LOWE, préc., note 265, 273.

³¹² *Id.*, 274 (renvois omis); voir : *Protection of Trading Interests Act*, préc., note 310, art. 1(1)b).

³¹³ A. V. LOWE, préc., note 265, 274.

of, the British Government, whether or not any other state claims concurrent jurisdiction over them. »³¹⁴

De ce fait, selon l'article 2 P.T.I.A., lorsqu'en présence d'une ordonnance de communication de la preuve émanant d'un tribunal étranger, le Secrétaire d'État a le pouvoir de bloquer toutes demandes si elles portent atteinte à la souveraineté du Royaume-Uni ou « if compliance with the requirement would be prejudicial to the security of the United Kingdom or to the relations of the government of the United Kingdom with the government of any other country. »³¹⁵

À première vue, comme certains auteurs le notent, la loi de blocage anglaise semble avoir une portée plus restreinte, mais une étendue plus grande que celle de la France, car elle ne s'applique que pour les documents dits « commerciaux » et « can be used to bar requests made through the Hague Convention »³¹⁶; convention que nous analyserons lors du prochain chapitre. À vrai dire, nulle part dans le P.T.I.A. ne trouve-t-on la même exception pour les accords internationaux que celle se trouvant dans la Loi n° 68-678.

Or, les deux lois comportent des exigences procédurales plus que similaires. En effet, les demandes de communications lorsque faites en France doivent établir que « les documents demandés sont limitativement énumérés dans la commission rogatoire et ont “un lien direct et précis avec l'objet du litige” »³¹⁷. La situation est la même au Royaume-Uni, car les demandes

³¹⁴ *Id.*

³¹⁵ *Protection of Trading Interests Act*, préc., note 310, art. 2(2)(b)

³¹⁶ M. T. BURNS, préc., note 135, 296 et 297; P. A. BATISTA, préc., note 264, 69.

³¹⁷ Nancy, 4 juin 2014, préc., note 289, p. 6 (PDF); N. LENOIR, «L'intérêt de la loi du 26 juillet 1968 et l'obtention des preuves au niveau international : un regain d'intérêt », préc., note 230, p. 2 (PDF).

ne peuvent être approuvées que si les documents sont jugés pertinents et nécessaires au procès³¹⁸. En d'autres mots, la partie québécoise de notre cas devra respecter les mêmes fondements élémentaires que ceux du régime québécois de la commission rogatoire. Preuve à notre avis que les principes fondamentaux de la communication de la preuve se recourent malgré les différences dans les traditions juridiques.

De plus, si les exigences anglaises confèrent une plus grande discrétion et une plus grande marge d'appréciation au Secrétaire d'État, le but ultime demeure toujours celui de bloquer les pratiques américaines attentatoires à la souveraineté anglaise³¹⁹. Il appert donc que le gouvernement britannique contrôle l'ingérence étrangère en l'astreignant aux mêmes obligations procédurales qui soumettent toutes autres actions civiles purement nationales, car « l'obligation de *disclosure* et le droit d'inspection des documents ne sont mis en œuvre qu'après une définition concise mais précise des allégations et des prétentions respectives des parties. »³²⁰ Ainsi, la partie internationale de notre cas, si anglaise, ne pourra communiquer les documents à la partie québécoise, ou à une partie américaine, si le Secrétaire d'État du Royaume-Uni n'approuve pas la demande et que les documents ou informations souhaités sont jugés non pertinents et nécessaires.

Par ailleurs, comme la partie québécoise fait sa demande par l'entremise de lettres rogatoires émanant des tribunaux québécois, la P.T.I.A. permet au Secrétaire d'État britannique de bloquer « aussi bien les enquêtes officieuses que la recherche de preuves par agents

³¹⁸ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Obtaining Discovery Abroad*, (2d ed. 2005), p. 260

³¹⁹ P. A. BATISTA, préc., note 264, 69.

³²⁰ N. MEYER-FABRE, préc., note 213, à la p. 206.

diplomatiques ou consulaires étrangers ou autres personnes ayant pu être mandatées, ainsi que l'exécution des commissions rogatoires »³²¹. Or, la loi de blocage anglaise permet au Secrétaire de poser ce geste que s'il se trouve dans une des quatre situations suivantes : soit en cas d'atteinte à la souveraineté britannique, à sa sécurité ou à la sécurité des relations interétatiques que le Royaume-Uni entretient³²², dans le cadre d'une action civile ou criminelle « instituted in the overseas country »³²³ et dans le cas d'une partie de pêche³²⁴. Donc, la demande de commission rogatoire et de communication de documents de la partie québécoise pourrait, en théorie, être refusée sous prétexte qu'elle contrevient à la P.T.I.A. De plus, comme la P.T.I.A. ne contient pas d'exception pour les ententes bilatérales ou les accords internationaux, contrairement à la législation française, la partie québécoise de notre cas ne bénéficie pas d'un moyen alternatif pour obtenir la preuve qu'elle souhaite. La partie québécoise doit ainsi faire accepter sa demande par le Secrétaire d'État britannique, sans quoi elle se verra refuser l'octroi de preuves importantes, ce qui affectera grandement le déroulement de la procédure au Québec.

iii. Québec : la *Loi sur les dossiers d'entreprises*

Enfin, le dernier exemple pertinent à notre sujet est la loi québécoise de blocage. Dans le cadre de notre cas hypothétique, comme les procédures sont instituées devant les tribunaux québécois, cette loi est d'une utilité moins grande. Or, à des fins de comparaison, nous croyons important de traiter brièvement de ses conditions d'application, car elle nous permettra de compléter l'analyse des restrictions à la communication de la preuve civile internationale qui

³²¹ E. SCHAEFFER, préc., note 133, 662 et 663 (n° 58).

³²² *Protection of Trading Interests Act*, préc., note 310, art. 2(2); A. V. LOWE, préc., note 265, 275.

³²³ *Protection of Trading Interests Act*, *id.*, art. 2 (3)(a); A. V. LOWE, *id.*

³²⁴ *Protection of Trading Interests Act*, *id.*, art. 2 (3)(b); A. V. LOWE, *id.*

assujettissent nos parties. En effet, malgré la situation factuelle du présent mémoire, la partie québécoise de notre cas demeure, comme nous en discuterons, soumise aux obligations de cette législation.

Adoptée dans les années 1950 pour faire suite à la création en Ontario d'une loi similaire³²⁵, la *Loi sur les dossiers d'entreprises*³²⁶ (ci-après « L.D.E. ») se veut, elle aussi, une réponse aux intrusions américaines³²⁷. En fait, l'étendue et la portée de cette courte loi de cinq articles sont prévues à son article 2 :

« 2. Sous réserve de l'article 3, nul ne peut, à la suite ou en vertu d'une réquisition émanant d'une autorité législative, judiciaire ou administrative extérieure au Québec, transporter ou faire transporter, ou envoyer ou faire envoyer, d'un endroit quelconque au Québec à un endroit situé hors de celui-ci, aucun document ou résumé ou sommaire d'un document relatif à une entreprise. »³²⁸

Le champ d'application de la L.D.E. permet de restreindre les demandes de commissions rogatoires provenant de l'étranger en interdisant « la communication à l'étranger des documents d'entreprise lorsqu'ils sont destinés à être utilisés dans le cadre d'une instance judiciaire. »³²⁹ Par ailleurs, les litiges visés sont aussi limités « aux seules affaires soulevant des considérations d'intérêt public »³³⁰. De ce fait, la L.D.E. ne peut s'appliquer au cas pratique, car les procédures

³²⁵ *Walsh c. Gaitan & Cusak*, préc., note 243, par. 6.

³²⁶ *Loi sur les dossiers d'entreprises*, RLRQ, c. D-12.

³²⁷ Catherine WALSH, « Conflict of laws – Enforcement of Extra Provincial Judgements and *In Personam* Jurisdiction of Canadian Courts: *Hunt v. T&N plc* », (1994) 73 *R. du B. can.* 394, 403 ; S. MARTIN, préc., note 177, aux p. 290 et 291.

³²⁸ *Loi sur les dossiers d'entreprises*, préc., note 326, art. 2.

³²⁹ S. MARTIN, préc., note 177, à la p. 283; D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 2, préc., note 132, n° 2-886, p. 311 et 312.

³³⁰ S. MARTIN, *id.*, à la p. 291.

sont instituées devant les tribunaux québécois. Par contre, si le conflit avait été inscrit devant le tribunal de la partie étrangère, la partie québécoise aurait été protégée par la L.D.E.

Ce faisant, puisque le but de la L.D.E. est de restreindre la communication de preuves, l'interdiction est interprétée largement à l'article 1 a) L.D.E. en y incluant tout « écrit ou pièce faisant partie des dossiers ou archives d'une entreprise d'affaires »³³¹ ainsi que tout résumé de ces derniers, qu'ils soient internes ou destinés à l'externe³³². Tout comme la P.T.I.A., la L.D.E. ne traite que de documents de nature commerciale et « vise, à l'exception de certaines entités, toutes les entreprises opérant sur le territoire québécois. »³³³ Par contre, comme l'indique l'arrêt *Walsh*, si les documents demandés se trouvent déjà hors de la province, la L.D.E. ne peut s'appliquer³³⁴. À titre d'exemple, si les documents québécois demandés par une partie internationale avaient déjà été communiqués dans le cadre d'une transaction, puisqu'ils sont d'ores et déjà à l'extérieur de la province ils ne peuvent être soumis à la L.D.E.

Par ailleurs, la notion de transmission³³⁵ de documents se doit d'être interprétée de façon très libérale selon la jurisprudence³³⁶. En fait, selon les auteurs Ferland et Émery, « la prohibition

³³¹ *Loi sur les dossiers d'entreprises*, préc., note 326, art. 1 a); *Walsh c. Gaitan & Cusak*, préc., note 243, par. 21; S. MARTIN, préc., note 177, à la p. 292.

³³² S. MARTIN, *id.*; *Pelnar c. Insurance Company of North America*, 1995 CanLII 2982 (QC C.A.), par. 28; *Walsh c. Gaitan & Cusak*, *id.*, par. 23.

³³³ D. FERLAND et B. ÉMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 2, préc., note 132, n° 2-888, p. 313; *Pelnar c. Insurance Company of North America*, *id.*, par. 15 et 25.

³³⁴ *Walsh c. Gaitan & Cusak*, préc., note 243, par. 31.

³³⁵ Aux fins du présent chapitre, les notions de « transmission de documents » et de « communication de documents » ne seront pas différenciées. Cette distinction sera effectuée lors du Chapitre IV, voir : *infra*, p. 124.

³³⁶ S. MARTIN, préc., note 177, à la p. 292.

ne restreint pas uniquement le transfert physique des dossiers à l'étranger, mais toute transmission de renseignements contenus dans les dossiers assujettis à la [L.D.E.]. »³³⁷

De ce fait, l'interrogatoire d'un témoin, selon l'arrêt de la Cour d'appel du Québec *Asbestos*³³⁸, ne peut porter sur les documents interdits de communication par la L.D.E., et ne peut non plus porter sur les informations contenues dans ces documents³³⁹. Ce faisant, la partie québécoise de notre cas, si le conflit était inscrit devant les tribunaux étrangers, serait en quelque sorte protégée de toutes questions de la partie internationale sur la nature commerciale des preuves. Or, il est toutefois permis de poser des « questions qui font appel à la simple connaissance du témoin »³⁴⁰. La définition large de « transmission » va même jusqu'à interdire la consultation des documents du dossier d'entreprise par des avocats étrangers, selon la Cour d'appel du Québec dans *Asbestos* et suivie par la Cour supérieure du Québec dans l'arrêt *Rasidescu*³⁴¹. En d'autres mots, l'interdiction de transmission implique plutôt une interdiction de partage des documents étant donné la définition souple octroyée par les tribunaux³⁴².

Par contre, si la L.D.E. est une « loi remédiate qui a pour objet de remédier à des abus et de procurer certains avantages aux entreprises québécoises »³⁴³, elle ne peut toutefois

³³⁷ D. FERLAND et B. ÉMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 2, préc., note 132, n° 2-889, p. 313.

³³⁸ *Asbestos Corporation Limited c. Eagle Picher Industries Inc*, 1984 CanLII 2830 (QC C.A.).

³³⁹ *Id.*, par. 23.

³⁴⁰ S. MARTIN, préc., note 177, à la p. 292; *Walsh c. Gaitan & Cusak*, préc., note 243, par. 30; *Samson Bélair/Deloitte & Touche c. Teleglobe Communications Corporation*, 2006 QCCA 819, par. 42.

³⁴¹ *Asbestos Corporation Limited c. Eagle Picher Industries Inc*, préc., note 338, par. 24; *Polaris Industries Inc. c. Rasidescu*, REJB 1999-10622 (C.S.), p. 6 et 7; S. MARTIN, *id.*

³⁴² *Polaris Industries Inc. c. Rasidescu*, *id.*, p. 8.

³⁴³ *Id.*, p. 8 citant *Renault c. Bell Asbestos Mines Ltd. et al.*, [1980] n° AZ-80011122, p. 6 (C.A.).

s'appliquer en cas de conflits interprovinciaux³⁴⁴. En effet, la Cour suprême, dans son arrêt *Hunt*, tout en reconnaissant la compétence du législateur québécois d'adopter une telle loi, vient assouplir le régime de la L.D.E. afin de favoriser un plus grand esprit de coopération au sein du pays et dans le but d'unifier les procédures³⁴⁵. La Cour soumet ainsi la L.D.E. aux notions d'ordre et d'équité édictées dans son arrêt *Morguard*³⁴⁶ et la juge inapplicable aux autres provinces³⁴⁷.

Incidentement, la L.D.E. demeure fortement critiquée tant par les tribunaux que par les auteurs de doctrine. Un des principaux reproches qu'on lui réserve concerne le fait qu'elle nuit au processus de commission rogatoire en provenance de l'étranger, car elle est, de par son objet même, contraire aux notions de courtoisie internationale³⁴⁸. Le but de la L.D.E. étant non seulement « d'empêcher le respect d'ordonnances étrangères enjoignant la communication de documents visés »³⁴⁹, mais « de faire ainsi échec à certaines procédures judiciaires prises à l'extérieur du Québec »³⁵⁰, elle est difficilement un exemple de coopération et d'entraide

³⁴⁴ *Hunt c. T&N plc*, préc., note 145, p. 293.

³⁴⁵ *Id.*, p. 320, 322 et 324 ; S. MARTIN, préc., note 177, à la p. 291.

³⁴⁶ *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, préc., note 135; voir : *Hunt c. T&N plc*, préc., note 145, p. 324 et 325.

³⁴⁷ *Hunt c. T&N plc*, *id.*, p. 331; C. EMANUELLI, préc., note 2, n° 90, p. 39. La Cour suprême juge que la loi entrave le déroulement des procédures; voir à cet effet : *Hunt c. T&N plc*, *id.*, p. 327 : « En l'espèce, les moyens choisis visent à refuser inconditionnellement la reconnaissance d'ordonnances et à faire ainsi obstacle aux litiges non seulement dans des pays étrangers, mais dans d'autres provinces. [...] Aucune réserve n'est prévue. Aucun pouvoir discrétionnaire n'est conféré de sorte qu'on ne saurait guère dire que la Loi respect les principes 'ordre et d'équité qui doivent, suivant les principes d'ordre et d'équité qui doivent, suivant le principe de l'arrêt *Morguard*, soutenir les procédures requises pour les litiges qui ont des effets extraprovinciaux. »

³⁴⁸ C. EMANUELLI, *id.*, n° 575 et 90, p. 391, 39 et 40.

³⁴⁹ *Id.*, n° 90, p. 39 ; *Hunt c. T&N plc*, préc., note 145, p. 327.

³⁵⁰ C. EMANUELLI, préc., note 2, n° 90, p. 39.

judiciaire. Par ailleurs, certains évoquent aussi le caractère désuet de la L.D.E., or les tribunaux répondent à cette critique en réitérant que seule une intervention législative peut la réformer³⁵¹. Cependant, le législateur, lors de la réforme du C.p.c. et en dépit de plusieurs interventions à cet effet, a « considéré qu'il valait mieux laisser cette loi telle qu'elle l'est. »³⁵² Ce faisant, la L.D.E. ne fera pas l'objet de modifications pour le moment, ce qui réaffirme d'une certaine façon sa place dans le système judiciaire québécois.

Comparativement aux lois anglaises et françaises, la L.D.E. ne laisse que très peu de pouvoir discrétionnaire aux juges qui doivent l'appliquer. Au Québec, aucune autorité politique, comme le ministre compétent en France ou le Secrétaire d'État au Royaume-Uni³⁵³, ne se penchera sur les demandes de communication de preuves. En effet, cette tâche revient plutôt au juge et au Procureur général qui devront évaluer la demande s'il appert que des dossiers d'entreprises risquent d'être communiqués, en vertu de l'article 4 L.D.E., hors du Québec³⁵⁴. En fait, contrairement aux lois européennes, la loi québécoise ne permet pas la communication des dossiers d'entreprises même si les documents sont en lien direct ou pertinent avec l'objet en litige. Elle interdit de façon catégorique et sans exception toute communication ordonnée par une autorité étrangère. Bref, dès qu'un tribunal étranger émet une ordonnance de

³⁵¹ *Pelnar c. Insurance Company of North America*, préc., note 332, par. 34; *Southern New England Telephone Company c. Zrihen*, 2007 QCCS 1391, par. 35 et 36.

³⁵² D. FERLAND et B. ÉMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 2, préc., note 132, n° 2-885, p. 311.

³⁵³ *Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968*, préc., note 269, art. 2; *Protection of Trading Interests Act*, préc., note 310, art. 2.

³⁵⁴ D. FERLAND et B. ÉMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 2, préc., note 132, n° 2-887, p. 312; *Loi sur les dossiers d'entreprises*, préc., note 326, art. 4.

communication de documents ou informations qui proviennent de dossiers d'entreprises québécois, la partie québécoise a une obligation légale de refuser.

Conclusion du chapitre 2 :

Nous dénotons donc qu'en raison du principe de courtoisie internationale, la coopération judiciaire internationale permet de collecter la preuve que ce soit par l'entremise de la commission rogatoire, avec l'aide des autorités étatiques de l'État requis, ou des autorités diplomatiques. Grand principe de droit international privé, la courtoisie internationale exige la réciprocité entre deux États et a pour but d'améliorer les relations interétatiques et favoriser l'entraide judiciaire. Or, si la communication est possible par l'exécution des commissions rogatoires internationales, elle est toutefois restreinte par les législations dites « de blocage » qui ont comme principal objectif d'empêcher la communication de certaines informations, lorsque celles-ci sont requises par les autorités étrangères, et plus particulièrement américaines. La portée extraterritoriale et la vaste étendue du processus de collecte de preuve américain ont justifié l'adoption de nombreuses lois de blocage dont la législation française, anglaise et québécoise.

Ainsi, la communication de la preuve transfrontalière dans le cadre de notre cas hypothétique passe nécessairement par l'analyse des cadres juridiques en cause et nécessitent une attention particulière aux règles tant procédurales que de blocage de l'État de la partie internationale. Tout dépendant de son lieu de résidence, l'entreprise étrangère pourrait avoir à refuser de communiquer certains documents. La partie québécoise devra donc vérifier s'il existe une loi de blocage applicable au litige et, si c'est le cas, si cette loi contient une exception pour les ententes bilatérales et les conventions internationales. À titre d'exemple, contrairement à la

loi française qui contient une telle réserve, la loi anglaise s'applique sans exception à la partie québécoise.

Or, s'il est possible de percevoir une tendance au changement dans le droit international privé qui semble délaisser le principe de territorialité pour la courtoisie internationale, les réformes se font toujours attendre pour les législations de blocage. Aucune de ces lois ne fait l'objet de projets de réformes pour le moment, ce qui témoigne, à notre avis, de l'hésitation du législateur à délaisser la tangente protectionniste. Néanmoins, nous croyons qu'une réforme reste pertinente. En effet, les lois datent pour la plupart de quelques décennies et sont donc, à certains égards, en retard sur la réalité commerciale mondiale du 21^e siècle. Si nous ne croyons pas que l'abolition de ces lois soit nécessairement la meilleure des options, nous sommes toutefois d'avis qu'une mise à jour des dispositifs en vigueur doit être effectuée afin de vérifier si les mécanismes en place, non seulement, correspondent aux attentes et besoins des systèmes juridiques, mais sont adaptés pour répondre aux nouveaux enjeux entourant la communication de la preuve, comme l'omniprésence des moyens technologiques et le délaissement en pratique de la commission rogatoire en faveur des ententes à l'amiable et des interrogatoires à distance.

Chapitre III : Encadrement international de la communication de la preuve civile transfrontalière

S'il appert des deux premiers chapitres que la communication de la preuve civile, dans le cadre de notre cas, est restreinte au niveau national par le régime québécois et au niveau international par le régime de la partie internationale, la communication même préalable de la preuve est aussi assujettie à un encadrement supranational. En effet, souhaitant instaurer une certaine harmonisation des procédures, les instruments internationaux ont un effet considérable sur les litiges commerciaux internationaux, car ils soumettent les parties à une autre série de conditions procédurales à respecter. Ainsi, le présent chapitre analysera les principaux exemples d'outils supranationaux obligeant, même indirectement, les parties de notre cas pratique, car le cadre normatif érigé par ces textes s'ajoute aux considérations pratiques à évaluer lors de la communication préalable de la preuve internationale. Nous discuterons donc des ententes bilatérales (A), pour ensuite traiter de la *Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale* (B), le *Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale* (B), texte s'appliquant à la partie internationale, et finalement le projet de l'*American Law Institute* et UNIDROIT, les *Principes de procédure civile transnationale* (C).

A. Les ententes bilatérales

D'abord, il est important de traiter des ententes bilatérales avant d'analyser les conventions et règlements européens. En fait, la *Convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale*³⁵⁵ (ci-après « Convention de La Haye ») ne compte pas le Canada parmi les États signataires, ce qui rend le texte inapplicable au sein du pays³⁵⁶. Par conséquent, la partie québécoise n'est pas soumise au régime de la Convention de La Haye, et elle ne peut pas l'appliquer dans le cadre du cas hypothétique du présent mémoire. Par contre, l'influence des dispositions de la Convention de La Haye est tout de même palpable au Québec puisque, comme discuté lors du dernier chapitre, l'article 499 C.p.c. en est directement inspiré³⁵⁷. Ce texte international est donc un outil ayant indirectement un effet sur la communication internationale de la preuve au Québec.

Ce faisant, dans le cadre de notre cas pratique, comme les avocats ne peuvent pas se pourvoir de la Convention de La Haye et ils devront plutôt se tourner vers les ententes bilatérales afin de déterminer s'il existe un encadrement particulier s'appliquant à la communication de la preuve dans le pays de la partie internationale.

En effet, pour que la demande de commission rogatoire soit acceptée par le pays de la partie internationale, nous avons déjà établi que la partie québécoise devra vérifier les conditions de formation d'une commission rogatoire de ce pays en plus de vérifier l'existence d'une loi de blocage. Par contre, il est tout autant impératif pour la partie québécoise de vérifier si le Canada

³⁵⁵ *Convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale*, préc., note 174.

³⁵⁶ *Supra*, p. 47.

³⁵⁷ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 27, p. 370; voir : *supra*, p. 47.

ou le Québec dispose d'une entente bilatérale ou multilatérale avec le pays de la partie internationale qui régit la procédure d'obtention des preuves. Ce mécanisme dictera l'exécution, par la partie québécoise, de la commission rogatoire puisqu'il est plus spécifique que le C.p.c. À cet effet, le Canada a conclu pas moins de vingt-deux ententes d'entraide judiciaire en matière civile et commerciale³⁵⁸. Le Québec pour sa part, détient une entente judiciaire avec la France dont l'exécution est assurée par la *Loi assurant l'application de l'entente sur l'entraide judiciaire entre la France et le Québec*³⁵⁹.

Ce faisant, les ententes bilatérales servent de canal de rapprochement entre deux pays ou régions particulières « where cooperation already exists and where consequently there is a need to cooperate also in the field of legal matters. »³⁶⁰ En fait, selon la professeure Ervo, ces traités ne servent pas nécessairement à l'harmonisation des procédures des pays en cause, mais représentent plutôt « a technical instrument to handle cross-border situations. »³⁶¹

Par exemple, la *Loi assurant l'application de l'entente sur l'entraide judiciaire entre la France et le Québec* prévoit la transmission et la mise en œuvre des commissions rogatoires entre une partie française et québécoise. De fait, selon cette entente, les ministères de la Justice tant français que québécois sont désignés à titre d'autorité centrale qui assure la transmission

³⁵⁸ DIRECTION DU DROIT DES TRAITÉS, « Liste des traités – Résultats de votre recherche », *Affaires Mondiales du Canada*, 21 juillet 2019, en ligne : <<https://www.treaty-accord.gc.ca/result-resultat.aspx?type=10>> ; S. MARTIN, préc., note 177, aux p. 281 à 283.

³⁵⁹ *Loi assurant l'application de l'entente sur l'entraide judiciaire entre la France et le Québec*, préc., note 174.

³⁶⁰ L. ERVO, préc., note 152, diapositive 22.

³⁶¹ *Id.*

des commissions rogatoires³⁶². Incidemment, il est prévu que la demande de commission rogatoire doit être rédigée en français et contenir, entre autres, les questions à poser et les documents précis à transmettre³⁶³. Puis, cette loi prévoit que chacune des parties peut refuser l'exécution de la commission rogatoire seulement si « elle estime qu'elle ne rentre pas dans ces attributions ou qu'elle est de nature à porter atteinte à son ordre public ou à sa compétence. »³⁶⁴ Or, comme il s'agit d'une procédure très rare, il existe très peu d'exemples de mise en application à ce jour.

De ce fait, s'il existe une entente avec le pays de l'entreprise étrangère, ce mode de fonctionnement a préséance sur le régime général. Par contre, si la partie internationale est française, l'existence de l'entente bilatérale entre les deux régions permet de contrer la loi de blocage française, car elle remplit l'exception sur les accords internationaux et les ententes bilatérales. Donc, la partie québécoise et la partie internationale pourront communiquer toute information commerciale, et ce, sans égard à la loi de blocage.

³⁶² *Loi assurant l'application de l'entente sur l'entraide judiciaire entre la France et le Québec*, préc., note 174, Annexe, titre I et Titre III, art. 3.

³⁶³ *Id.*, titre III, art. 4, 4 f) et 4 g)

³⁶⁴ *Id.*, titre III, art. 6.

B. La Convention de La Haye du 18 mars 1970

Conséquemment, au Québec l'usage des ententes bilatérales est obligatoire. Or, la Convention de La Haye, même si inapplicable, a tout de même une incidence directe sur le droit judiciaire québécois et c'est pourquoi la Convention de La Haye constitue le deuxième outil d'encadrement de la communication de la preuve internationale pertinent pour notre cas. En fait, l'analyse de son fonctionnement (I) permettra de mieux comprendre ce qui fonde les limites applicables aux parties du cas pratique. En effet, adoptée le 18 mars 1970, la Convention de La Haye est considérée comme un texte majeur pour l'encadrement international de la communication de la preuve transfrontalière et l'effort d'harmonisation des procédures civiles (II).

I. Objectif et contenu de la Convention de La Haye du 18 mars 1970

L'objectif principal de la Convention de La Haye est d'abord et avant tout de simplifier le mécanisme de transmission des commissions rogatoires internationales³⁶⁵. Elle permet en fait de faciliter la communication transfrontalière de la preuve et l'accès à l'information « in cases where such information was ordinarily not available by subpoena or traditional process. »³⁶⁶ À ce titre, la Convention de La Haye remplit ces fonctions de façon similaire aux ententes bilatérales³⁶⁷. Puis, ce texte a comme but second « to discourage or preempt the taking of

³⁶⁵ E. SCHAEFFER, préc., note 133, 653 (n° 31).

³⁶⁶ P. A. BATISTA, préc., note 264, 79.

³⁶⁷ E. SCHAEFFER, préc., note 133, 653 (n° 31)

evidence within a signatory state's borders without securing local judicial approval or cooperation »³⁶⁸. En d'autres mots, de prévenir les ingérences américaines.

Cependant, la Convention de La Haye ne s'applique qu'aux actes d'instruction ce qui l'empêche, selon l'auteure Meyer-Fabre, de prendre en compte le caractère mobile de la preuve³⁶⁹. De ce fait, malgré l'étendue limitée du champ d'application de la Convention, cette dernière offre trois méthodes distinctes afin d'obtenir la preuve à l'international, toutes fondées sur l'entraide diplomatique et judiciaire³⁷⁰, soit « submission of letters of request, inquiries by diplomatic officers and consular agents, and inquiries by specially appointed commissioners. »³⁷¹ La ressemblance entre l'article 499 C.p.c. et les méthodes de la Convention de La Haye apparaît donc claire à notre avis. Ainsi, si la partie internationale réside dans un pays signataire de la Convention internationale, elle bénéficiera de quelques repères lorsque la partie québécoise effectuera sa demande de commission rogatoire selon le régime québécois puisque les modes d'acquisition de la preuve sont similaires.

Or, l'usage des « *letters of request* », ou lettres rogatoires, n'oblige pas la partie requise de fournir les informations demandées si l'exécution de la demande contrevenait à sa loi nationale en matière de privilège et confidentialité³⁷². Ainsi, selon l'auteure Burns, l'émission des lettres rogatoires dépend de deux facteurs, soit « whether the discovery sought requires

³⁶⁸ M. T. BURNS, préc., note 135, 301.

³⁶⁹ N. MEYER-FABRE, préc., note 213, à la p. 212.

³⁷⁰ N. LENOIR, « La collecte des preuves dans le cadre des procédures judiciaires : L'amorce d'un dialogue entre la France et les États-Unis ? », préc., note 5, n° 17 (PDF).

³⁷¹ M. T. BURNS, préc., note 135, 301; voir : N. MEYER-FABRE, préc., note 213, à la p. 202.

³⁷² M. T. BURNS, *id.*, 293.

infringement of the territorial sovereignty of a foreign nation »³⁷³ et « whether the foreign nation allows adequate discovery to take place within the context of the Hague Convention »³⁷⁴.

De ce fait, l'article premier et second de la Convention de La Haye prévoient la transmission de la commission rogatoire par l'entremise des autorités centrales nommées par chacun des États³⁷⁵. Lors de cette transmission, une liste énonçant les questions et une autre énonçant les documents à communiquer devront, entre autres, être jointes à la demande³⁷⁶. Une fois toutes les conditions remplies, l'État requis ne peut refuser la mise en œuvre de la commission rogatoire que si les demandes « ne sont pas suffisamment explicites sur l'identification et la pertinence des informations demandées »³⁷⁷. Cette dernière condition rappelle donc le mécanisme québécois de commission rogatoire et l'importance du critère de pertinence au sein des demandes de communication de la preuve internationale. Ce faisant, ces motifs s'ajoutent aux deux autres exceptions de l'article 12 de la Convention de La Haye qui permettent le refus lorsque « l'exécution dans l'État requis, ne rentre pas dans les attributions du pouvoir judiciaire »³⁷⁸ et lorsque « l'État requis [juge la demande] de nature à porter atteinte à sa souveraineté ou à sa sécurité. »³⁷⁹

³⁷³ *Id.*, 294.

³⁷⁴ *Id.*

³⁷⁵ *Convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale*, préc., note 174, art. 1 et 2; S. MARTIN, préc., note 177, aux p. 281 et 280.

³⁷⁶ *Convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale*, *id.*, art. 3 al. 2 f) et g); S. MARTIN, *id.*, à la p. 281.

³⁷⁷ N. MEYER-FABRE, préc., note 213, à la p. 207.

³⁷⁸ *Convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale*, préc., note 174, art. 12 al. 1 a).

³⁷⁹ *Id.*, art. 12 al. 1 b); voir : M. T. BURNS, préc., note 135, 295.

Toutefois, selon l'article 12 alinéa 2 de la Convention de La Haye, l'État requis ne peut refuser l'exécution de la commission rogatoire « pour le seul motif que la loi de l'État requis revendique une compétence judiciaire exclusive dans l'affaire en cause »³⁸⁰ ou qu'il « ne connaît pas de voies de droit répondant à l'objet de la demande portée devant l'autorité requérante. »³⁸¹

Par contre, l'article le plus polarisant du traité reste, à ce jour, l'article 23 de la Convention de La Haye. En fait, l'article 23 est une réserve prévoyant la possibilité pour tout État signataire de refuser l'exécution de « commissions rogatoires qui ont pour objet une procédure connue dans les États du Common Law sous le nom de “pre-trial discovery of documents”. »³⁸² Bien que l'article de réserve ne s'applique pas « lorsque les documents demandés sont limitativement énumérés dans la commission rogatoire et ont un lien direct et précis avec l'objet du litige »³⁸³, l'ajout de cet article a suscité des réactions vives au sein de la communauté juridique des États signataires. En effet, certains le trouvaient trop large et ne « reflèt[ant] même pas le souhait de ses initiateurs »³⁸⁴ :

« La réserve est évidemment trop large, parce que l'idée n'était pas d'empêcher la collecte des preuves (*taking of evidence*), mais seulement les *fishing expeditions*, ayant pour objet de partir à la découverte des documents qui pourraient être en possession d'une autre partie à la procédure ou d'un tiers, à un moment où le demandeur n'est pas encore certain de sa cause. »³⁸⁵

³⁸⁰ *Convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, id.*, art. 12 al. 2.

³⁸¹ *Id.*

³⁸² *Id.*, art. 23 ; voir : M. T. BURNS, préc., note 135, 297.

³⁸³ N. LENOIR, « La collecte des preuves dans le cadre des procédures judiciaires : L'amorce d'un dialogue entre la France et les États-Unis ? », préc., note 5, n° 18 (PDF).

³⁸⁴ N. MEYER-FABRE, préc., note 213, à la p. 206.

³⁸⁵ *Id.*

Par ailleurs, certains auteurs déplorent que l'article 23 de la Convention de La Haye ne se limite qu'à la collecte de documents tout en « permettant l'usage des autres instruments d'investigation disponibles. »³⁸⁶ De ce fait, à cause de l'utilisation dite massive, selon Mme Meyer-Fabre³⁸⁷, par certains États de cette clause de réserve, la Convention a quelque peu perdu de son utilité auprès des plus grands États signataires.

II. L'accueil et la réception de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 par les États signataires

En fait, les critiques à l'endroit de l'article 23 de la Convention de La Haye ont été en quelque sorte des précurseurs de l'accueil que l'on réserve dorénavant à ce texte. En effet, particulièrement du côté américain, cet article de réserve a « persuadé les juges et les avocats américains de l'inefficacité des mécanismes d'obtention des preuves prévus par la Convention de La Haye »³⁸⁸; ce qui a ultimement « encouragé les collectes “sauvages” de preuves, menées à l'insu des autorités locales. »³⁸⁹ Ainsi, la réception qu'ont réservée les tribunaux américains à la Convention de La Haye a été plus que déterminante pour le sort qu'on lui réserve et sa place au sein des outils d'encadrement internationaux de la communication de la preuve transfrontalière.

En réalité, les États-Unis ont rapidement jugé que la Convention de La Haye ne leur était pas obligatoire et même qu'elle détenait un rôle subsidiaire aux règles de procédures civiles

³⁸⁶ *Id.*

³⁸⁷ *Id.*

³⁸⁸ *Id.*, à la p. 207.

³⁸⁹ *Id.*

américaines³⁹⁰. Effectivement, la Convention de La Haye a rapidement été jugée comme n'étant pas d'application exclusive, mais plutôt optionnelle³⁹¹ comme il appert de l'arrêt de la Cour suprême américaine, *Aérospatiale*³⁹². Suite à cette décision, le climat jurisprudentiel américain est devenu plus que défavorable à la Convention de La Haye³⁹³. À vrai dire, pour les cours américaines, la Convention de La Haye ne peut être d'application exclusive, car la définir ainsi permettrait, selon l'arrêt *Graco*³⁹⁴, « to view the Convention as an international agreement to protect foreign nationals from American discovery when they are parties properly before American courts. »³⁹⁵ Ainsi, la Cour a préféré concentrer son analyse sur le lieu de la collecte de la preuve, et donc, rendre l'application de la Convention dépendante d'un critère de territorialité, selon l'auteure Burns, où le texte devient applicable « only when discovery activities must be conducted inside of a foreign state's border. »³⁹⁶ Ce faisant, il y a atteinte à la souveraineté d'un État, selon la Cour, seulement « when discovery would take place within its borders. »³⁹⁷ De ce fait, la Cour adopte une définition très large de ce qu'est la collecte de preuve au sein de la Convention :

³⁹⁰ M. T. BURNS, préc., note 135, 307 et 308.

³⁹¹ N. LENOIR, « La collecte des preuves dans le cadre des procédures judiciaires : L'amorce d'un dialogue entre la France et les États-Unis ? », préc., note 5, n° 25 (PDF); N. LENOIR, « L'intérêt de la loi du 26 juillet 1968 et l'obtention des preuves au niveau international : un regain d'intérêt », préc., note 230, p.4 (PDF); N. MEYER-FABRE, préc., note 213, à la p. 210 .

³⁹² *Société nationale industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court for the Southern District of Iowa*, préc., note 290, 2543.

³⁹³ N. MEYER-FABRE, préc., note 213, à la p. 210.

³⁹⁴ *Graco v. Kremlin, inc.*, 101 F.R.D. 503 (N.D. Ill. 1984).

³⁹⁵ *Id.*, 519-520 ; voir : M. T. BURNS, préc., note 135, 301.

³⁹⁶ M. T. BURNS, *id.*

³⁹⁷ *Graco v. Kremlin, inc.*, préc., note 394, 521 (renvois omis).

« This court believes that discovery does not “take place within [a state’s] borders” merely because documents to be produced somewhere else are located there. Similarly, discovery should be considered as taking place here, not in another country, when interrogatories are served here, even if the necessary information is located in the other country. »³⁹⁸

Cependant, cette vision de la Convention n’est pas isolée. En effet, elle a été reprise, entre autres, par l’arrêt *Cooper*³⁹⁹, dans lequel la Cour jugea encore que la Convention était inapplicable lorsque la collecte de preuve devait être accomplie en sol américain⁴⁰⁰. En fait, pour les cours américaines, le but ultime d’une telle interprétation est d’empêcher les compagnies étrangères ayant un siège aux États-Unis de placer les preuves nécessaires dans des filiales internationales et ainsi d’évader la justice américaine⁴⁰¹. Seul l’arrêt de la Cour de Chancellerie du Delaware adopta une approche plus conciliante vis-à-vis de la Convention de La Haye en jugeant que malgré son caractère optionnel, la communication de la preuve devait se faire à la fois selon les règles de la Convention et celles de l’État du Delaware⁴⁰².

Bref, si une partie internationale œuvrant aux États-Unis et provenant d’un pays signataire de la Convention de La Haye est en conflit avec une partie américaine, lorsqu’elle se voit ordonner de communiquer des preuves dans le cadre d’un *pre-trial discovery*, si la preuve est dans ses bureaux à l’international, elle devra se soumettre à l’ordonnance américaine, car les procédures sont instituées devant les tribunaux américains. À titre comparatif, ces définitions des notions de collecte et de communication sont à l’opposé de celles du régime québécois

³⁹⁸ *Id.*

³⁹⁹ *Cooper Industries, Inc. v. British Aerospace, Inc.*, 102 F.R.D. 918 (S.D. N.Y. 1984).

⁴⁰⁰ *Id.*, 920; M. T. BURNS, préc., note 135, 303.

⁴⁰¹ *Cooper Industries, Inc. v. British Aerospace, Inc. id.*

⁴⁰² *In re Activision Blizzard Inc.*, préc., note 295, 551; N. LENOIR, « La collecte des preuves dans le cadre des procédures judiciaires : L’amorce d’un dialogue entre la France et les États-Unis? », préc., note 5, n° 29 (PDF).

puisque l'endroit où se trouve la preuve détermine, au Québec, le régime de collecte et communication applicable. De ce fait, la partie internationale de notre cas, si en conflit avec une entreprise américaine ne peut tirer, à notre avis, pratiquement aucune protection de la Convention de La Haye contre le processus de *discovery* américain.

Incidemment, la réserve de l'article 23 de la Convention de La Haye a grandement handicapé la Convention de La Haye et sa mise en application par les cours américaines. Comme M. Baptista l'énonce « [s]ince virtually all discovery in American litigation is “pretrial”, the Hague Convention offers no meaningful assistance to American litigants seeking pretrial disclosure from French individuals or corporations. »⁴⁰³

Par conséquent, la réception de la Convention de La Haye par les États-Unis a, à notre avis, considérablement réduit l'utilité pratique de la Convention aux yeux des autres pays signataires, comme les pays européens. En fait, puisque les tribunaux américains ont justifié l'utilisation des *pre-trial discovery* en faisant fi de l'article de réserve, le principal avantage de la Convention de La Haye, soit de réguler et restreindre les collectes américaines de preuves, a disparu. Ce faisant, l'utilité et la crédibilité de la Convention ont fortement souffert aux yeux des autres pays signataires.

Ainsi, en dépit du fait que la Convention « n'exclu[t] pas pour autant le recours à d'autres modes de recherche de preuve sur le territoire étranger »⁴⁰⁴, elle est toutefois très peu utilisée en pratique et est délaissée au profit des règlements européens et des ententes bilatérales⁴⁰⁵.

⁴⁰³ P. A. BATISTA, préc., note 264, 68.

⁴⁰⁴ Y. LE BERRE et É. PATAUT, préc., note 166, 58.

⁴⁰⁵ L. ERVO, préc., note 152, diapositive 6.

Cependant, la Convention de La Haye reste, comme l'écrit l'auteure Meyer-Fabre, « un pilier de la coopération judiciaire internationale »⁴⁰⁶.

C. Le Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale

Adopté quelques trois décennies plus tard, le *Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale*⁴⁰⁷ (ci-après « Règlement ») se veut un outil régional ayant comme objectif d'encadrer et de rapprocher les différentes procédures au sein de l'Union européenne. De ce fait, la partie internationale de notre cas, si résidant en Europe, sera soumise aux conditions d'application du Règlement (I) et à son fonctionnement (II) dans l'éventualité où celle-ci se trouvait en conflit avec une autre entité européenne. La présente section vise donc à présenter un autre mécanisme venant structurer le processus de communication de la preuve civile transfrontalière qui, bien que fortement inspiré par la Convention de La Haye⁴⁰⁸, œuvre à une échelle plus réduite que cette dernière. Ceci permettra

⁴⁰⁶ N. MEYER-FABRE, préc., note 213, à la p. 203.

⁴⁰⁷ Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale, *J.O.*, L 174 du 27.06.2001, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001R1206&from=FR>>, p.1 (ci-après pour les notes, « Règlement (CE) n° 1206/2001 »).

⁴⁰⁸ Daniel LEBEAU et Marie-Laure NIBOYET, « Regards croisés du processualiste et de l'internationaliste sur le règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves civiles à l'étranger », *Gaz. Pal.* 2003.051.6, p. 1 (PDF) (Lextenso).

de conclure l'analyse des outils législatifs mis en place pour harmoniser la procédure de communication de la preuve civile transfrontalière.

I. L'objectif et les conditions d'application du Règlement (CE) n° 1206/2001

Le principal motif fondant l'adoption du présent Règlement est de renforcer la coopération et l'entraide judiciaire entre les divers États membres de l'Union européenne afin d'améliorer l'efficacité des procédures civiles⁴⁰⁹. En effet, ce dernier « établit des règles de procédure visant à faciliter l'obtention des preuves »⁴¹⁰. De fait, par l'instauration de ce règlement communautaire, l'« exigence de coopération au sein de l'espace communautaire est bien fortement renforcée. »⁴¹¹

Ainsi, le but principal du Règlement n°1206/2001 est « de s'appliquer aux demandes émanant d'une juridiction d'un État membre et devant s'exécuter sur le territoire d'un autre État membre. »⁴¹² Concernant toute matière civile et commerciale⁴¹³, le Règlement prévoit un mécanisme d'obtention de preuves pouvant être utilisé « dans une procédure judiciaire qui est engagée ou envisagée. »⁴¹⁴ Cette limitation permet ainsi d'« empêcher les demandes manquant

⁴⁰⁹ L. ERVO, préc., note 152, diapositive 9.

⁴¹⁰ COMMISSION EUROPÉENNE et RÉSEAU JUDICIAIRE EUROPÉEN EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE, *Guide pratique pour l'application du Règlement relatif à l'obtention des preuves*, Bruxelles, Commission européenne, en ligne : <<https://e-justice.europa.eu/fileDownload.do?id=ba9ac932-1a76-4498-a1d7-3adc87f9cee0>>, p. 4.

⁴¹¹ Y. LE BERRE et É. PATAUT, préc., note 166, 63.

⁴¹² D. LEBEAU et M.-L. NIBOYET, préc., note 408, p. 2 (PDF) (Lextenso).

⁴¹³ Règlement (CE) n° 1206/2001, préc., note 407, art. 1(1) et D. LEBEAU et M.-L. NIBOYET, *id.*, p. 3 (PDF).

⁴¹⁴ Règlement (CE) n° 1206/2001, *id.*, art. 1(2).

de spécificité et ne décrivant pas avec précision les documents à obtenir ou à examiner. »⁴¹⁵ En d'autres mots, l'application du Règlement dépend de quatre conditions : il faut d'abord que l'État requis soit en présence d'une demande d'exécution d'un acte d'instruction, faite par un État membre, et où les éléments de preuve demandés seront utilisés dans une procédure civile ou commerciale, entamée ou prévue⁴¹⁶. Comme mentionné ci-haut, ces conditions ne font que suivre la tendance législative internationale en matière d'obtention de la preuve à l'étranger puisqu'elles sont toutes très similaires à celles provenant à la fois du régime québécois de commission rogatoire, des ententes bilatérales et de la Convention de La Haye.

En vrai, comme le règlement communautaire constitue généralement « l'instrument législatif le plus puissant »⁴¹⁷ de l'arsenal des normes européennes, le Règlement est considéré comme « une pièce maîtresse du dispositif communautaire »⁴¹⁸. Or, la Cour de justice de l'Union européenne a reconnu que le Règlement a toutefois une application optionnelle et ne constitue en aucune façon un outil exhaustif venant supplanter les autres méthodes d'obtention de la preuve⁴¹⁹. De plus, bien qu'il soit fortement inspiré par les dispositifs de la Convention de La

⁴¹⁵ D. LEBEAU et M.-L. NIBOYET, préc., note 408, p. 4 et 5 (PDF).

⁴¹⁶ COMMISSION EUROPÉENNE et RÉSEAU JUDICIAIRE EUROPÉEN EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE, préc., note 410, p. 5.

⁴¹⁷ Paul KLÖTGEN, « La coopération judiciaire en matière civile et commerciale » dans Phillipe COSSALTER (dir.), *Grenzüberschreitende Zusammenarbeit in der Großregion – La coopération transfrontalière en Grande Région*, Saarbrücken, Éditions juridiques franco-allemandes, 2016, p. 105, en ligne : <<https://www.revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/CT06.pdf>>, à la p. 107.

⁴¹⁸ D. LEBEAU et M.-L. NIBOYET, préc., note 408, p. 1 (PDF).

⁴¹⁹ Séverine MENETREY, « Les modes d'obtention des preuves du Règlement 1206/2001 ne sont pas exhaustifs : CJUE, *Prorail NV c/. Xpedys NV* (C-332/11), 21 février 2013 » dans Gilles CUNIBERTI et Marie NIOCHE (dir.), « Émergence d'un droit international/régional des affaires : Chronique de contentieux international des affaires », (2013) 5 *R.D.A.I.* 487, p. 504, aux p. 504 et 505 (HeinOnline).

Haye⁴²⁰, et ce, tout comme le régime québécois, le Règlement comporte des innovations significatives qui font de lui un outil beaucoup plus pratique que la Convention.

II. La mise en œuvre du Règlement (CE) n° 1206/2001

En fait, le Règlement vient remplacer la Convention de La Haye pour la procédure de communication de la preuve réunissant deux États membres de l'Union européenne⁴²¹. En effet, comme l'écrivent les auteurs Valdhans et Sehnálek « [t]he Regulation is a source of EU law which, in view of the generally known case law of the Court of Justice of the European Union, takes priority over national laws, and thus also over international treaties entered into by the Member States. »⁴²²

Ainsi, à titre d'exemple, si la partie internationale de notre cas était européenne et qu'elle se trouvait en conflit avec une partie ne provenant pas d'Europe, mais d'un pays signataire de la Convention de La Haye, le mécanisme de la Convention s'appliquerait. Par contre, si la partie internationale était plutôt en conflit avec une entreprise européenne, le mécanisme du Règlement aurait préséance sur celui de la Convention de La Haye et celui du régime national. Puis, si l'autre partie ne provenait ni d'Europe ni d'un pays signataire de la Convention de La Haye, la

⁴²⁰ D. LEBEAU et M.-L. NIBOYET, préc., note 408, p. 1(PDF).

⁴²¹ J. VALDHANS et D. SEHNÁLEK, « The 1970 Hague Convention, The European Union and the 2001 EU Evidence Regulation – Interfaces » dans C.H. VAN RHEE et A. UZELAC (dir.), *Evidence in Contemporary Civil Procedure : Fundamental Issues in a Comparative Perspective*, Cambridge, Intersentia, 2015, p. 337, en ligne : <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/24400AF962E9BFE18F2A8E219A0EA34E/9781780685250c18_p337-362_CBO.pdf/1970_hague_evidence_convention_the_european_union_and_the_2001_eu_evidence_regulation_interfaces.pdf>, à la p. 341.

⁴²² *Id.*

partie internationale de notre cas devra, dans ce cas, se référer soit aux ententes bilatérales ou au régime procédural national applicable au litige, tout dépendant des circonstances.

Hormis le fait que le Règlement remplace la Convention, ce dernier s'en distingue plus particulièrement en créant des avancées importantes sur deux aspects du processus de communication, soit en permettant la transmission et l'exécution directes des demandes d'obtention des preuves.⁴²³

La transmission directe, traitée par l'article 2(1) du Règlement, implique que les demandes peuvent être « transmises directement par la juridiction devant laquelle la procédure est engagée ou devant laquelle il est envisagée de l'engager, [...] à la juridiction compétente d'un autre État membre »⁴²⁴, et ce, afin « de faire procéder à l'acte d'instruction demandé. »⁴²⁵ De par ce nouveau procédé, les demandes de commission rogatoire ou de communication de la preuve, par exemple, ne sont plus acheminées vers les intermédiaires que sont les autorités centrales ou organismes centraux⁴²⁶. En effet, le processus est plutôt « étroitement canalisé, notamment par l'obligation d'utiliser des formulaires pour quasiment toutes les communications que peuvent avoir à s'adresser les juridictions concernées »⁴²⁷. De plus, afin d'éviter les procédures et les délais inutilement longs, le Règlement impose non seulement « une constante

⁴²³ N. MEYER-FABRE, préc., note 213, à la p. 203 et 204.

⁴²⁴ Règlement (CE) n° 1206/2001, préc., note 407, art. 2(1).

⁴²⁵ *Id.*

⁴²⁶ N. MEYER-FABRE, préc., note 213, à la p. 203; D. LEBEAU et M.-L. NIBOYET, préc., note 408, p. 1 (PDF).

⁴²⁷ N. MEYER-FABRE, *id.* ; voir : Règlement (CE) n° 1206/2001, préc., note 407, art. 4.

obligation d'information du juge requérant sur les suites données à sa demande »⁴²⁸, mais aussi un délai maximum d'exécution de la demande de trois mois suivants sa réception⁴²⁹.

Or, l'innovation la plus marquante du Règlement est, selon les auteurs, l'exécution directe de l'acte d'instruction⁴³⁰. En fait, si la communication directe « n'est pas sans rappeler la commission rogatoire internationale ou la procédure de la Convention de La Haye »⁴³¹, le mécanisme d'exécution directe transforme le processus d'entraide judiciaire en permettant au juge de l'État membre requérant de présenter une demande d'autorisation d'exécution à l'organisme central désigné, laquelle ne peut techniquement lui être refusée⁴³². Quoique s'assimilant à l'exécution par commissaire, selon l'auteur Meyer-Fabre, il reste toutefois que ce procédé est purement volontaire, et donc, ne peut être utilisé sans l'accord de toutes les parties⁴³³. De ce fait, à titre d'exemple, la partie internationale de notre cas, si en conflit avec une entreprise européenne, devra s'assurer d'obtenir le consentement de cette dernière pour entamer le processus d'exécution directe.

L'avantage de ce procédé, comme mentionné plus haut, est que les États membres sont dans l'obligation d'exécuter la demande. En effet, l'exécution directe est obligatoire à moins que la demande porte sur une question qui n'entre pas dans le champ d'application du Règlement, qu'elle soit incomplète ou que « l'exécution directe demandée est contraire aux

⁴²⁸ N. MEYER-FABRE, *id.*

⁴²⁹ Règlement (CE) n° 1206/2001, préc., note 407, art. 10(1); N. MEYER-FABRE, *id.*, à la p. 204.

⁴³⁰ N. MEYER-FABRE, *id.* ; D. LEBEAU et M.-L. NIBOYET, préc., note 408, p. 8 (PDF).

⁴³¹ D. LEBEAU et M.-L. NIBOYET, *id.*, p. 6 (PDF).

⁴³² Règlement (CE) n° 1206/2001, préc., note 407, art. 17(1); D. LEBEAU et M.-L. NIBOYET, *id.*, p. 8 (PDF).

⁴³³ N. MEYER-FABRE, préc., note 213, à la p. 204; Règlement (CE) n° 1206/2001, *id.*, art. 17(2); L. ERVO, préc., note 152, diapositive 10.

principes fondamentaux du droit de l'État membre dont ils relèvent. »⁴³⁴ Cependant, comme l'indiquent les auteurs Niboyet et Lebeau, s'il est impossible pour les États de refuser l'exécution directe, l'organisme central de l'État requis peut toutefois soumettre la procédure à certaines conditions pour autant qu'elles ne rendent pas « l'exécution impossible ou vid[e] de tout contenu le droit d'exécution directe. »⁴³⁵

Ce faisant, ces deux innovations ont permis de mettre en place un mécanisme renforçant la coopération judiciaire, et ce, malgré les critiques. En effet, certains auteurs déplorent que le Règlement, pour la procédure d'exécution directe, exclut « toute sanction non seulement directe, mais indirecte du refus d'exécution »⁴³⁶.

En réalité, tant le Règlement que la Convention de La Haye constituent les principaux outils de coopération et, comme le soulève la professeure Ervo, « almost no problems, variant practices or academic debates were reported »⁴³⁷ à leur égard. En fait, dans le cas du Règlement, puisque ce dernier ne reprend pas la réserve de l'article 23 de la Convention de La Haye et que les règles anglaises de *disclosure* sont plus strictes que celles de *discovery* américaines, les réactions dites « de blocage » entre États membres sont éliminées⁴³⁸. En effet, les États-Unis n'étant pas inclus dans le champ d'application du Règlement, une telle exception est inutile.

⁴³⁴ Règlement (CE) n° 1206/2001, *id.*, art. 17(5) ; voir : D. LEBEAU et M.-L. NIBOYET, préc., note 408, p. 8 (PDF); N. MEYER-FABRE, *id.*

⁴³⁵ D. LEBEAU et M.-L. NIBOYET, *id.*

⁴³⁶ *Id.*

⁴³⁷ L. ERVO, préc., note 152, diapositive 36.

⁴³⁸ D. LEBEAU et M.-L. NIBOYET, préc., note 408, p. 5 et 4 (PDF)

Ainsi, la norme européenne a fait ses preuves. En effet, lors du rapport de la Commission européenne du 5 décembre 2007, il a été conclu que la transmission directe des demandes entre juridictions « semble n'avoir posé aucun problème particulier. »⁴³⁹ Même chose pour la procédure d'exécution directe où, malgré un taux d'utilisation faible, la Commission note que « dans les cas où cette possibilité a été utilisée, elle a simplifié et accéléré l'obtention des preuves, généralement sans engendrer de problème particulier »⁴⁴⁰. Toutefois, la Commission remarque que la simplification et l'accélération ont été réussies avec des taux variant selon les États membres⁴⁴¹. Ce faisant, le rapport arrive à la conclusion que l'« application du règlement a dans l'ensemble amélioré, simplifié et accéléré la coopération entre les juridictions pour ce qui est de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale. »⁴⁴² Néanmoins, la Commission déplore le fait que le Règlement ne soit pas assez connu et mis en application par les États membres et explique les retards et délais inutiles par cette méconnaissance⁴⁴³.

Bref, contrairement à la Convention de La Haye, les efforts de coopération du Règlement semblent avoir porté fruit, et ce, en grande partie à cause des innovations permettant le contact direct entre les juridictions des États membres et les délais stricts d'exécution des demandes. Par contre, nous ne pouvons nous empêcher de relever qu'il est certes plus aisé de créer ce type

⁴³⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen sur l'application du règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale*, COM/2007/769/final, Bruxelles, 5.12.2007, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0769&qid=1564754206373&from=FR>>, p. 5.

⁴⁴⁰ *Id.*, p. 6.

⁴⁴¹ *Id.*, p. 7.

⁴⁴² *Id.*

⁴⁴³ *Id.*, p. 7.

de coopération lorsque l'unicité et l'harmonie d'un continent entier en dépendent. À vrai dire, nous croyons que le fait que les pays européens se soient unis rend le Règlement nécessaire pour ne pas entraver la cohérence économique de l'Union. En fait, de par la libre circulation des marchandises, le Règlement apparaît, à nos yeux, comme un instrument assurant la fluidité des procédures. Il est, d'une certaine façon, la suite logique à cette ouverture des frontières. Les pays membres ont donc un incitatif différent d'adopter et de faire bon usage de cet outil législatif à notre avis. Par conséquent, nous notons aussi que, puisque le Règlement ne s'applique qu'aux États membres de l'Union européenne, il élimine nécessairement l'élément problématique se démarquant de l'étude de la Convention de La Haye, soit les ingérences américaines. Ainsi, les chances de succès du Règlement, selon nous, ne pouvaient qu'être meilleures que celles de la Convention de La Haye.

D. Les Principes ALI-UNIDROIT de procédure civile transnationale

Outre les cadres normatifs supranationaux inspirant les divers régimes de communication de la preuve transfrontalière, les parties de notre cas ont accès à un dernier outil d'encadrement procédural. En effet, le projet d'harmonisation de la procédure civile mené par *l'American Law Institute* (ALI) en partenariat avec UNIDROIT (organisme dont fait partie le Canada⁴⁴⁴) offre une perspective nouvelle sur l'harmonisation et l'encadrement des procédures civiles. Partageant un objectif similaire à celui de la Convention de La Haye et du Règlement

⁴⁴⁴ AMERICAN LAW INSTITUTE, UNIDROIT, *ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure* (2006), p. vii (ci-après pour les notes « *ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure* »).

(I), le projet présente une méthodologie différente en permettant entre autres une certaine contractualisation du droit judiciaire privé (II).

I. L'objectif des Principes ALI-UNIDROIT de procédure civile transnationale

Né d'une collaboration entre un juriste américain et un juriste italien⁴⁴⁵, le projet de *Principes de procédure civile transnationale*⁴⁴⁶ (ci-après « Principes ») débute, d'abord et avant tout, par le constat des deux avocats que « les coûts et soucis résultant d'un conflit juridique peuvent être limités grâce à la réduction des différences entre les systèmes juridiques. »⁴⁴⁷ Ainsi, les deux auteurs ont voulu rédiger des « règles que tous les pays intéressés pourraient adopter pour la solution des litiges relatifs aux échanges internationaux. »⁴⁴⁸ Ce projet d'harmonisation a été créé autour de l'idée d'équité et avec l'intention de rassurer le plaideur se trouvant « à agir ou se défendre devant une juridiction d'un État qu'il connaît peu et dont les pratiques procédures

⁴⁴⁵ Michele TARUFFO, « La genèse et la finalité des règles proposées par l'*American Law Institute* », dans Philippe FOUCHARD (dir.), *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2001, p. 19, à la page 19, n° 9.

⁴⁴⁶ ALI/UNIDROIT *Principles of Transnational Civil Procedure*, préc., note 444.

⁴⁴⁷ Frédérique FERRAND, « La procédure civile internationale et la procédure civile transnationale : L'incidence de l'intégration économique régionale », (2003) 8-1-2 *U.L.R.* 397, 422 (n° 34) (HeinOnline).

⁴⁴⁸ *Id.* ; voir : Rolf STÜRNER, « Règles transnationales de procédure civile ? Quelques remarques d'un Européen sur un nouveau projet commun de l'*American Law Institute* et d'UNIDROIT », (2000) 52-4 *R.I.D.C.* 845, en ligne : <https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2000_num_52_4_18632>, 846.

pourraient être très éloignées de celles qu'il connaît dans son pays »⁴⁴⁹. Ainsi, les Principes bâtissent « une assise commune du procès transnational en matière commerciale »⁴⁵⁰.

En fait, puisque le projet ne vise que les litiges commerciaux internationaux, il constitue ainsi un type de procédure juridique spécialisée⁴⁵¹. Dès lors, le projet se veut « une réponse à l'inadaptation actuelle des droits judiciaires privés aux litiges transnationaux »⁴⁵², en instituant un système de procédures civiles uniformes à l'échelle mondiale⁴⁵³. Par conséquent, bien que l'objectif ultime soit « the creation of a utopian harmony among the procedural laws of civil law and common law countries »⁴⁵⁴, la philosophie pratique ayant inspiré la création des Principes se trouve plutôt dans la création d'un processus transparent favorisant le développement du commerce : « The objective of this Project, by making a more transparent proceeding, is the encouragement of international commercial relations. »⁴⁵⁵ Dans le cadre de notre cas pratique, les parties pourraient se prémunir des Principes parce qu'elles correspondent au public cible. En effet, elles sont toutes deux des entreprises et font l'objet d'un conflit commercial international.

⁴⁴⁹ F. FERRAND, « La procédure civile internationale et la procédure civile transnationale : L'incidence de l'intégration économique régionale », *id.*, 423 (n° 35).

⁴⁵⁰ *Id.*, 429 (n° 45).

⁴⁵¹ Konstantinos D. KERAMEUS, « Scope of Application of the ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure », (2004) 9-4 *U.L.R.* 847, 851 et 853 (n° 5, 8 et 9) (HeinOnline).

⁴⁵² « Principes et Règles de procédure civile transnationale — Colloques sur le projet ALI/UNIDROIT », (2003) 8-3 *U.L.R.* 668, 669 (HeinOnline).

⁴⁵³ Antonio GIDI, « Notes on Criticizing the Proposed ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure », (2001) 6-4 *U.L.R.* 819, 819 (HeinOnline).

⁴⁵⁴ *Id.*, 826.

⁴⁵⁵ *Id.*, 820.

En bref, les Principes offrent un système procédural complet qui décrit « les grands traits communs entre les différents systèmes de procédure »⁴⁵⁶, afin de créer « une base pour des réformes nationales futures de la procédure civile »⁴⁵⁷. Elles se veulent donc un modèle pour les États qui souhaitent réformer leur droit judiciaire en un système « accepté au niveau mondial. »⁴⁵⁸

Ainsi, les Principes constituent une sorte d'analyse comparative. En effet, comme l'auteur Kerameus l'écrit, « a valuable infrastructure was provided on the basis of a reasonable and well-balanced comparative treatment of common law (preponderantly U.S.) and civil law jurisdictions. »⁴⁵⁹ Puisque l'obstacle le plus grand au rapprochement des divers systèmes de procédure est les différences entre les traditions civilistes et de common law⁴⁶⁰, les Principes tentent de tirer avantage des points forts de chaque système tout en y équilibrant les points faibles⁴⁶¹. Pour ce faire, le projet a été développé de façon à inclure à la fois les Principes, servant

⁴⁵⁶ « Principes et Règles de procédure civile transnationale – Colloques sur le projet ALI/UNIDROIT », préc., note 452, 668.

⁴⁵⁷ Frédérique FERRAND, « Les Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile pour les litiges transnationaux en matière commerciale », (2006) 1 *R.D.A.I.* 21, 23 (n° 5) (renvois omis) (HeinOnline).

⁴⁵⁸ « Principes et Règles de procédure civile transnationale – Colloques sur le projet ALI/UNIDROIT », préc., note 452, 669.

⁴⁵⁹ K. D. KERAMEUS, « Scope of Application of the ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure », préc., note 451, 857.

⁴⁶⁰ Stephen GOLDSTEIN, « The Proposed ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure: the Utility of Such a Harmonization Project », (2001) 6-4 *U.L.R.* 789, 793 (HeinOnline).

⁴⁶¹ A. GIDI, préc., note 453, 826.

de guides et standards⁴⁶², et un certain nombre de règles,⁴⁶³ qui, après un certain débat entre les rédacteurs⁴⁶⁴, constituent des « exemples d'illustration des Principes »⁴⁶⁵. D'une certaine façon, il appert des Principes qu'ils ont été créés dans le but d'adoucir les différences entre le système de common law américain et le reste des systèmes juridiques en combinant les deux types de traditions. Nous croyons donc que les Principes partagent l'objectif des autres outils d'encadrement internationaux, tels que la Convention de La Haye, les ententes bilatérales et le Règlement, mais utilisent une méthodologie complètement différente pour y arriver en inventant un système entier d'administration de la preuve.

Néanmoins, le plus grand défi du Projet réside dans son application⁴⁶⁶. Effectivement, bien que les Principes aient un rôle supplétif, ils peuvent à la fois être, soit adoptés par les législations nationales, choisis par les parties comme système de procédure régissant leur litige, traités comme étant une loi transnationale ou simplement un projet académique⁴⁶⁷. De ce fait, les options d'application sont plus nombreuses que les réponses des rédacteurs rendant le

⁴⁶² S. GOLDSTEIN, préc., note 460, 797; H. Patrick GLENN, « The ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure as Global Standards for Adjudication », (2004) 9-4 *U.L.R.* 829, 829 (HeinOnline).

⁴⁶³ Frédérique FERRAND, « Les “Principes” relatifs à la procédure civile transnationale sont-ils autosuffisants ? – De la nécessité ou non de les assortir de “Règles” dans le projet ALI/UNIDROIT », (2001) 6-4 *U.L.R.* 995, 997 (HeinOnline).

⁴⁶⁴ Loïc CADIET, « The ALI-UNIDROIT project: from transnational principles to European rules of civil procedure: Public Conference, opening session, 18 October 2013 », (2014) 19-2 *U.L.R.* 292, 294 (HeinOnline).

⁴⁶⁵ F. FERRAND, « Les Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile pour les litiges transnationaux en matière commerciale », préc., note 457, 22 (n° 3).

⁴⁶⁶ K. D. KERAMEUS, « Scope of Application of the ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure », préc., note 451, 857

⁴⁶⁷ H. P. GLENN, préc., note 462, 843 et 839; F. FERRAND, « Les Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile pour les litiges transnationaux en matière commerciale », préc., note 457, 28 et 29 (n° 22).

véritable mode d'application des Principes incertain et causant donc, à notre avis, une difficulté notable pour les juristes et les États intéressés.

En d'autres mots, les parties de notre cas pourraient, à défaut de l'adoption par le législateur québécois des Principes, s'entendre pour que ceux-ci constituent le fondement procédural du conflit. En procédant de la sorte, les parties pourraient théoriquement délaisser le régime québécois de communication de la preuve civile pour être uniquement régies par celui des Principes. Or, l'absence d'exemple pratique à cet effet nous permet de douter de son acceptabilité par les tribunaux québécois.

II. Accueil et résultats des Principes ALI-UNIDROIT

Étant donné l'ampleur du projet, la réaction de la communauté juridique internationale a été vive et divisée. En effet, si certains juristes croient qu'une harmonisation partielle de la procédure civile internationale est nécessaire afin de soutenir les conventions internationales en place⁴⁶⁸ ainsi que pour diminuer, voire éliminer, les incertitudes juridiques dans les litiges internationaux⁴⁶⁹, plusieurs autres n'en sont pas autant convaincus. En fait, puisque le projet vise « à acquérir une valeur universelle »⁴⁷⁰ en englobant « tous les systèmes de procédure »⁴⁷¹, certains remettent en question la faisabilité même du projet⁴⁷². Pour appuyer leur point de vue,

⁴⁶⁸ Konstantinos D. KERAMEUS, « Some Reflections on Procedural Harmonisation: Reasons and Scope », (2003) 8-1-2 *U.L.R.* 443, 446 (HeinOnline).

⁴⁶⁹ A. GIDI, préc., note 453, 826.

⁴⁷⁰ « Principes et Règles de procédure civile transnationale – Colloques sur le projet ALI/UNIDROIT », préc., note 452, 669.

⁴⁷¹ *Id.*

⁴⁷² A. GIDI, préc., note 453, 821.

ces derniers invoquent le fait que « le droit de la procédure civile est trop ancré dans chaque culture juridique pour que l'on puisse atteindre une unification mondiale. »⁴⁷³ Ceci démontre ainsi une certaine résistance « expressed in terms of loyalty to existing features of national civil procedure or in terms of opposition to transnational sources, or both. »⁴⁷⁴ D'autres auteurs s'interrogent plutôt sur la nécessité ou l'utilité des Principes⁴⁷⁵, principalement parce qu'ils ne s'adressent qu'aux grandes entreprises et corporations internationales⁴⁷⁶.

Or, le projet est aussi critiqué pour les choix faits quant au contenu des procédures⁴⁷⁷. En réalité, le principal point de discordance entre les juristes, majoritairement américains et européens, se trouve, sans réelle surprise, dans le mécanisme de communication de la preuve s'apparentant à la procédure de *discovery* américaine⁴⁷⁸. À vrai dire, le processus de *discovery* des Principes ALI-UNIDROIT prévoit l'échange de toutes les preuves « pertinentes pour le litige et non couvertes par une obligation de confidentialité »⁴⁷⁹, et permet en plus au tribunal d'ordonner la production de toutes preuves « raisonnablement identifiées qui se trouvent en possession ou sous le contrôle d'une partie ou — si cela apparaît nécessaire et justifié — d'un tiers. »⁴⁸⁰

⁴⁷³ R. STÜRNER, préc., note 448, 851.

⁴⁷⁴ H. P. GLENN, préc., note 462, 829.

⁴⁷⁵ A. GIDI, préc., note 453, 821.

⁴⁷⁶ *Id.*, 820; Spyridon VRELLIS, « Major Problems of International Civil Procedure as Compared to the ALI/UNIDROIT Principles and Rules », (2003) 56-1 *R.H.D.I.* 91, 96-98 (HeinOnline).

⁴⁷⁷ A. GIDI, préc., note 453, 821.

⁴⁷⁸ *Id.*

⁴⁷⁹ *ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure*, préc., note 444, Principe 16.1, p. 83.

⁴⁸⁰ *Id.*, Principe 16.2, p. 83.

De ce fait, l'existence de la procédure de la communication sous la forme d'une *discovery* quelque peu diluée, représente la « marque évidente de l'influence américaine dans la genèse du projet »⁴⁸¹, selon la communauté européenne. Toutefois, selon les auteurs américains, comme le processus est « a phased process of exchange »⁴⁸², il élimine le caractère distinctif de la procédure civile américaine⁴⁸³, et donc, la compétition entre les divers systèmes de droit judiciaire privé⁴⁸⁴. À vrai dire, l'auteur Parker, dans son analyse économique du Projet, argumente que de supprimer la diversité des normes procédurales est négatif, car cette dernière « provides more opportunity to develop rules that are suitable for either general, special, or localized application. »⁴⁸⁵ Ainsi, toujours selon l'auteur, « it is still more efficient to allow the disputing parties a choice of systems »⁴⁸⁶, et incidemment, agir de façon inverse, notamment par l'entremise du projet, affecterait l'efficacité des procédures transnationales⁴⁸⁷. Par conséquent, si les parties de notre cas avaient convenu de l'application des Principes, elles auraient été soumises toutes deux à une procédure de communication de la preuve ne s'apparentant à aucun de leur système national respectif et mélangeant les traditions juridiques.

⁴⁸¹ Gabriele MECARELLI, « Quelques réflexions en matière de *discovery* », (2001) 6-4 *U.L.R.* 901, 907 (HeinOnline).

⁴⁸² H. P. GLENN, préc., note 462, 836.

⁴⁸³ J. S. PARKER, *Comparative Civil Procedure and Transnational 'Harmonization': A Law-and-Economics Perspective*, 11th Travemunder Symposium on the Economic Analysis of Procedural Law, Travemunde, Allemagne, 8 janvier 2009, George Mason University Law and Economics Research Paper Series no. 09-03, en ligne: <http://ssrn.com/abstract_id=1325013>, p. 3, 11 et 12.

⁴⁸⁴ *Id.*, p. 30.

⁴⁸⁵ *Id.*, p. 32.

⁴⁸⁶ *Id.*

⁴⁸⁷ *Id.*

Or, indépendamment des critiques, force est de constater que le projet, comme l'affirme M. Parker, « has a substantial descriptive value as a source of comparative analysis of civil procedure »⁴⁸⁸. Les Principes sont avant-gardistes, car il n'existe à ce jour que très peu d'efforts d'harmonisation⁴⁸⁹. Cette rareté s'explique par le fait que le droit procédural, comme le constate avec raison M. Kerameus, « in spite of its functional connection to substance, governs the exercise of judicial powers »⁴⁹⁰. Ainsi, il est indéniable que le projet, quoiqu'ambitieux⁴⁹¹, demeure une contribution significative à l'avancement du droit judiciaire international⁴⁹², en ce qu'il est « the first major attempt to effect a synthesis of western procedural techniques, on a world-wide basis »⁴⁹³.

Bref, que la communauté juridique américaine accepte ou non l'idée selon laquelle le « projet ALI/UNIDROIT poursuit l'ambition de réformer en profondeur la procédure civile américaine, par l'introduction de limitations objectives à l'impact des règles de *discovery* sur le contentieux transnational »⁴⁹⁴, il est indéniable que les Principes émergents de cet exercice constituent une source d'enseignements riches⁴⁹⁵. Ils sont, à notre avis, un modèle pratique axé sur l'efficacité des procédures judiciaires internationales. En effet, ces derniers contribuent à

⁴⁸⁸ *Id.*, p. 2.

⁴⁸⁹ *Id.*, p. 11.

⁴⁹⁰ K. D. KERAMEUS, « Some Reflections on Procedural Harmonisation: Reasons and Scope », préc., note 468, 448.

⁴⁹¹ F. FERRAND, « La procédure civile internationale et la procédure civile transnationale : L'incidence de l'intégration économique régionale », préc., note 447, 429 (n° 45).

⁴⁹² H. P. GLENN, préc., note 462, 845.

⁴⁹³ *Id.*

⁴⁹⁴ G. MECARELLI, préc., note 481, 911.

⁴⁹⁵ H. P. GLENN, préc., note 462, 842.

démystifier « the historic dichotomy between adversarial and investigative types of procedure, only one of which historically could command loyalty. »⁴⁹⁶ De fait, malgré le scepticisme grandissant face à l’harmonisation des systèmes judiciaires résultant des mouvements populistes⁴⁹⁷, nous croyons, tout comme l’auteur Mecarelli, que le projet constitue « une formidable occasion d’approfondissement de la connaissance scientifique des systèmes judiciaires nationaux et de leurs rapports avec les dimensions transculturelles de la justice civile. »⁴⁹⁸

Conclusion du chapitre 3

Pour conclure ce chapitre, malgré le fait que la communication de la preuve transfrontalière est un sujet profondément ancré dans les droits nationaux, un certain encadrement supranational a tout de même été mis en place pour réguler, faciliter et même modéliser la procédure civile internationale. Le présent chapitre se voulait donc l’occasion de présenter les exemples les plus importants de régulation du processus de communication de la preuve civile transfrontalière afin d’analyser les considérations pratiques qui influencent le conflit commercial entre les parties de notre cas. Ainsi, que ce soit la Convention de La Haye, où la procédure d’obtention de la preuve a inspiré le législateur québécois lors de la réforme du C.p.c., la transmission et l’exécution directes des demandes offertes par le Règlement européen qui facilitent la communication de la preuve de la partie internationale de notre cas lorsque cette dernière est en conflit avec une entité européenne, ou que ce soit le Projet ALI-UNIDROIT qui

⁴⁹⁶ *Id.*

⁴⁹⁷ L. CADIET, préc., note 464, 294.

⁴⁹⁸ G. MECARELLI, préc., note 481, 914.

permet aux parties d'un conflit commercial international de choisir une procédure unifiée de communication de la preuve civile, l'objectif principal ressortant de ces efforts est le même, soit l'amélioration de l'efficacité du processus de collecte et communication de la preuve civile internationale.

Par contre, force est de reconnaître qu'en pratique, et dans notre cas hypothétique, les ententes bilatérales seront mieux à même de répondre aux besoins des parties. En effet, comme le Canada n'est pas un pays signataire de la Convention de La Haye, la partie québécoise et le tribunal québécois devront respecter les exigences de l'entente bilatérale existant entre le Québec, ou le Canada, et le pays de la partie internationale. S'il n'existe pas de tels accords, les parties seront soumises aux règles et restrictions énumérées au Chapitre II du présent mémoire. Or, l'évolution de l'économie mondiale étant propulsée par l'emploi des technologies de l'information, ces cadres normatifs sont maintenant confrontés à une preuve se trouvant sur des supports technologiques. Donc, les parties et les gouvernements doivent adapter leurs pratiques lorsqu'en présence de telles preuves.

Partie II – Les impacts de la dématérialisation de la preuve sur le processus de communication de la preuve civile internationale

Chapitre IV : La communication de la preuve technologique

Le contexte mondial d'aujourd'hui ne peut s'expliquer sans mentionner l'augmentation toujours grandissante de la rapidité des échanges économiques et l'évolution fulgurante des technologies de l'information. Cette montée en puissance des technologies a comme principale conséquence de forcer l'obsolescence des outils d'encadrement de la preuve et de la procédure civile. En réalité, la mondialisation des échanges marque de façon majeure le monde juridique en poussant une communauté traditionnellement conservatrice vers des changements en profondeur dans la structure même de la preuve⁴⁹⁹.

Un des facteurs de changement à cet égard est sans aucun doute l'avènement de la preuve sur support technologique. Dans le cadre de notre cas hypothétique, comme les parties ne résident pas dans le même pays et que les éléments de preuve ont fort probablement comme support une technologie quelconque (par exemple : un document *Word*, *PDF*, un courriel, etc.), elles devront communiquer une preuve qui est dite technologique. Incidemment, comme les procédures de notre cas se déroulent devant les tribunaux québécois, la partie internationale sera

⁴⁹⁹ Claude FABIEN, « La preuve par document technologique », (2004) 38 *R.J.T.* 533, 539 ; Vincent GAUTRAIS, « Afin d'y voir clair : Guide relatif à la gestion des documents technologiques : Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (L.R.Q. c. C-1.1) », Québec, Fondation du Barreau du Québec, 2005, en ligne : <https://www.fondationdubarreau.qc.ca/wp-content/uploads/2016/10/Guidetech_allége_FR.pdf>, p. 5 ; François SÉNÉCAL, *L'écrit électronique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 63.

encore une fois soumise au régime québécois applicable à la communication de la preuve technologique.

À cet effet, au Québec, le législateur a adopté la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*⁵⁰⁰ (ci-après « L.C.C.J.T.I. ») afin d'encadrer l'utilisation des technologies de l'information dans le système procédural québécois. La communication de la preuve civile nécessitant, par la nature même du procédé, une circulation des documents, les parties devront s'assurer de collecter la preuve « selon les limites fixées par le législateur. »⁵⁰¹ Ce chapitre sera donc l'occasion de faire ressortir les objectifs du régime de la L.C.C.J.T.I. (B), les principes et notions générales (C) essentiels à la compréhension des exigences entourant la communication des preuves technologiques (D). Toutefois, les parties de notre cas devront d'abord distinguer la notion de communication, de celle de transmission (A) afin de répondre à toutes les attentes du législateur québécois.

⁵⁰⁰ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 95.

⁵⁰¹ Nicolas W. VERMEYS, *Droit codifié et nouvelles technologies : Le Code civil*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 213.

A. La distinction entre le processus de communication et de transmission de la preuve technologique

En fait, d'après l'ouvrage des professeurs Gautrais et Trudel, il y a une distinction claire entre le processus de communication et celui de transmission des documents. Étant donné le sujet du présent mémoire, cette dernière est, pour le moins, cruciale. À vrai dire, dans le cadre de notre conflit hypothétique, cette distinction complexifie le processus en obligeant les parties à respecter les exigences du mécanisme de transmission pour que la communication soit légale. En effet, il est impératif pour les parties de porter une attention particulière à la transmission afin de garantir que la preuve communiquée puisse être admissible et recevable une fois la phase préalable terminée.

Ainsi, selon les professeurs, la communication n'équivaut pas à la transmission du document, car la communication « implique de conférer un contrôle sur celui-ci. Cela suppose de permettre à l'entité à qui l'on communique – le destinataire – de prendre connaissance du document. »⁵⁰² Ce faisant, il est entendu que la communication est réelle seulement si le destinataire peut prendre connaissance de l'information contenue dans le document : « Communiquer un renseignement ou un document implique de conférer un droit de prendre connaissance de la teneur du document ou du renseignement. »⁵⁰³

⁵⁰² Vincent GAUTRAIS et Pierre TRUDEL, *Circulation des renseignements personnels et web 2.0*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, en ligne : <<https://www.lccjti.ca/doctrine/gautrais-v-et-trudel-p-circulation-des-renseignements-personnels-et-web-2-0/#ancre221>>, p. 98.

⁵⁰³ *Id.*, p. 105.

Par contre, la transmission d'un document implique « bien davantage le caractère “mécanique” de la connexion entre un point “A” à un point “B” »⁵⁰⁴. Toujours selon les auteurs, l'action de transmettre un document n'a trait qu'à « une opération technique pouvant éventuellement emporter communication. »⁵⁰⁵

En d'autres mots, le processus de transmission englobe le processus de communication⁵⁰⁶ en référant à l'opération mécanique d'expédier les informations et les documents, alors que la communication implique l'octroi d'une autorisation au destinataire de prendre connaissance de ladite information contenue dans le document. Comme le résumant les auteurs, « alors que la communication s'attache à l'information [...], la transmission concerne davantage le support qui “porte” ladite information. »⁵⁰⁷

Aux fins du présent mémoire, comme les parties de notre cas se transmettent des éléments de preuve dans le but de permettre à l'autre partie de prendre connaissance du contenu, elles ne font pas que transmettre les données, elles les communiquent. De ce fait, la distinction entre les deux concepts sera effectuée tout au long du chapitre, mais l'objectif de la transmission demeure toujours de communiquer les informations.

⁵⁰⁴ *Id.*, p. 102.

⁵⁰⁵ *Id.*, p. 103.

⁵⁰⁶ *Id.*, p. 105.

⁵⁰⁷ *Id.*

B. Les principaux objectifs de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*

Adoptée en 2001, la L.C.C.J.T.I. se veut une réponse à l'augmentation de la création de la preuve sur support technologique⁵⁰⁸. Ayant comme principal objectif « de permettre, de favoriser et d'encadrer la preuve par *document technologique* »⁵⁰⁹, la L.C.C.J.T.I., sans révolutionner le droit⁵¹⁰, crée un régime complet édictant « des normes pour le transfert, la conservation, la consultation et la transmission des documents »⁵¹¹. Chacune d'entre elles ayant été créées afin d'encourager, de faciliter, voire favoriser, l'utilisation des technologies de l'information⁵¹².

La L.C.C.J.T.I. vise trois principaux objectifs soit, selon le professeur Gautrais, celui de « [s]upprimer les barrières juridiques qui existaient dans certains textes législatifs ou réglementaires »⁵¹³, de « [p]réciser certains principes généraux afin d'assurer une gestion

⁵⁰⁸ Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^e éd., LexisNexis, Montréal, 2018, n° 7, p. 9; Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, « La preuve des documents technologiques » (2010) 22-2 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 267, en ligne : <<https://www.lespci.ca/articles/v22/volume-22-numero-2/la-preuve-des-documents-technologiques/>>, 269.

⁵⁰⁹ C. FABIEN, préc., note 499, 546.

⁵¹⁰ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 30, p. 29.

⁵¹¹ C. FABIEN, préc., note 499, 538.

⁵¹² *Id.*, 539 et 540.

⁵¹³ V. GAUTRAIS, « Afin d'y voir clair : Guide relatif à la gestion des documents technologiques : Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (L.R.Q. c. C-1.1) », préc., note 499, p. 5; voir : V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 33, p. 32.

sécritaire des documents technologiques»⁵¹⁴, et finalement de «[s']assurer que les technologies de l'information soient utilisées en respectant les principes fondamentaux attachés aux droits des personnes»⁵¹⁵. Incidemment, comme les auteurs Jean-François De Rico et Patrick Gingras le résumant, la L.C.C.J.T.I. a « pour objectif d'assurer la cohérence des règles de droit et leur application aux communications effectuées au moyen de documents sur supports technologiques. »⁵¹⁶

Or, la L.C.C.J.T.I. est la mal-aimée du cadre législatif québécois⁵¹⁷. Largement critiquée par la communauté juridique comme étant « trop technique », et ce, principalement à cause de la contribution des experts en technologies de l'information à sa rédaction⁵¹⁸, la majorité des juristes peinent à la comprendre, comme en fait état le professeur Fabien :

« La nouvelle Loi est difficile à lire et à comprendre. Elle comporte des lacunes et des illogismes. Elle utilise un vocabulaire parfois mal défini et instable. Elle emprunte des

⁵¹⁴ V. GAUTRAIS, « Afin d'y voir clair : Guide relatif à la gestion des documents technologiques : Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (L.R.Q. c. C-1.1) », *id.*; voir : V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, *id.*, n° 34, p. 33.

⁵¹⁵ V. GAUTRAIS, « Afin d'y voir clair : Guide relatif à la gestion des documents technologiques : Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (L.R.Q. c. C-1.1) », *id.*, p. 6.

⁵¹⁶ Jean-François DE RICO et Patrick GINGRAS, « Les premiers pas de la procédure technologique : regard technologique sur le nouveau *Code de procédure civile* », (2016) 21 *Lex electronica* 1, en ligne : <<https://www.lex-electronica.org/articles/volume-21/les-premiers-regards-de-la-procedure-technologique-regard-technologique-sur-le-nouveau-code-de-procedure-civile/>>, 5.

⁵¹⁷ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 26, p. 24.

⁵¹⁸ Antoine GUILMAIN, « Le nouveau *Code de procédure civile* au prime des technologies de l'information », (2014) 73 *R. du B.* 471, 476 (CAIJ); C. FABIEN, préc., note 499, 542; V. GAUTRAIS, « Afin d'y voir clair : Guide relatif à la gestion des documents technologiques : Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (L.R.Q. c. C-1.1) », préc., note 499, p. 7.

métaphores au langage de l'informatique, sans faire l'effort de les traduire en langage proprement juridique. »⁵¹⁹

Cependant, la critique n'est pas seulement doctrinale, mais aussi jurisprudentielle⁵²⁰. En effet, les tribunaux « se réfèrent rarement à ce texte législatif et, le cas échéant, l'interprètent de manière hasardeuse »⁵²¹, alors que les auteurs « proposent des analyses sensiblement différentes sur l'esprit et la lettre de la LCCJTI, parfois même [de façon] contradictoire. »⁵²²

La L.C.C.J.T.I. est néanmoins une loi québécoise à part entière et mérite maintenant plus que jamais d'être clairement définie et analysée par les tribunaux et les praticiens du droit québécois. À notre avis, il en est d'autant plus important dans le contexte d'un conflit international, où la preuve technologique sera de plus en plus majoritaire, comme nous l'observerons dans le Chapitre V. Ce faisant, dans un arrêt récent de la Cour d'appel du Québec, *Benisty c. Kloda*⁵²³, la Cour a interprété de façon explicite certains éléments de la L.C.C.J.T.I., dont la place même de cette dernière au sein du corpus législatif québécois. En jugeant l'appel d'un litige entre un conseiller financier et son client, la Cour d'appel du Québec a tranché sur l'admissibilité en preuve des enregistrements audio de certaines conversations téléphoniques⁵²⁴. La difficulté de la tâche reposait notamment en ce que les enregistrements avaient fait l'objet de

⁵¹⁹ C. FABIEN, *id.*, 610.

⁵²⁰ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 28, p. 26 (renvois omis).

⁵²¹ A. GUILMAIN, préc., note 518, 476.

⁵²² *Id.*

⁵²³ *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608.

⁵²⁴ *Id.*, par. 40.

nombreuses manipulations⁵²⁵. Ainsi, le contexte factuel du cas imposait une analyse détaillée des principales exigences de la L.C.C.J.T.I.

Par conséquent, la Cour conclut d'abord que, puisque la L.C.C.J.T.I. est plus récente que le C.c.Q. et qu'elle est de nature plus spécialisée, elle « doit avoir préséance sur les dispositions du Code qui ont une portée générale. »⁵²⁶ De ce fait, les critères prévus par la L.C.C.J.T.I. et ses régimes spécifiques s'additionnent à ceux du C.c.Q., certes, mais sont prioritaires⁵²⁷. Les parties de notre litige international doivent donc remplir les conditions de la L.C.C.J.T.I. avant celles du C.c.Q., pour s'assurer d'effectuer une transmission et une communication légale.

C. Les principes généraux et les notions de base

La L.C.C.J.T.I. instaure ainsi un régime de preuve technologique axé sur le respect de certains principes fondamentaux, tels que la neutralité technologique (I) et l'équivalence fonctionnelle (II). Véritable porte d'entrée de la L.C.C.J.T.I., ces deux principes constituent la fondation nécessaire à la compréhension des notions élémentaires que sont les documents technologiques (III) et l'intégrité (IV). Chacun de ces concepts est crucial pour la mise en application des exigences du mécanisme de transmission des documents s'appliquant aux parties de notre cas hypothétique, et ce, indépendamment du fait que les procédures soient en phase préalable et que les preuves puissent être dans un pays étranger.

⁵²⁵ *Id.*, par. 45.

⁵²⁶ *Id.*, par. 78 ; voir : Patrick GINGRAS et François SÉNÉCAL, « *Benisty c. Kloda* : cinq enseignements de la Cour d'appel du Québec en droit des technologies de l'information », (2018) 77 *R. du B.* 273, 273, 283 et 284 (CAIJ).

⁵²⁷ F. SÉNÉCAL, préc., note 499, p. 106; Nicolas W. VERMEYS, préc., note 501, p. 212.

I. La neutralité technologique

Ce faisant, la neutralité technologique est un des principes directeurs de la L.C.C.J.T.I.⁵²⁸ qui « ne privilégie pas le support utilisé pour préserver ou communiquer l'information »⁵²⁹. Ainsi, comme résumé par le professeur Vermeys, il « découle de cette idée de ne pas discriminer entre les supports le principe de “neutralité technologique”. »⁵³⁰

Constituant un des « fondements importants des nouvelles dispositions sur la preuve »⁵³¹, la neutralité technologique n'est toutefois pas une création québécoise. En effet, la notion provient plutôt du principe de non-discrimination de la *Loi type sur le commerce électronique* de la C.N.U.D.C.I., datant de 1996⁵³². Au Québec, la L.C.C.J.T.I. ne fournit pas de définition claire⁵³³. Par contre, la version adoptée par la législation québécoise a une portée plus large que celle de la Commission parce qu'elle prévoit non seulement la non-discrimination des supports technologiques, mais aussi parce qu'elle a « l'objectif de rendre une disposition de la loi à l'épreuve du temps »⁵³⁴. De ce fait, bien que la neutralité technologique soit une notion dans son

⁵²⁸ C. FABIEN, préc., note 499, 548 et 549.

⁵²⁹ Michel TÉTRAULT, *La preuve électronique en droit de la famille : ses effets sur le praticien*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 143.

⁵³⁰ N. W. VERMEYS, préc., note 501, p. 197.

⁵³¹ *Id.* ; V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 508, 279; V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 109, p. 97.

⁵³² F. SÉNÉCAL, préc., note 499, p. 65; C. FABIEN, préc., note 499, 549; voir : COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Loi type sur le commerce international et Guide pour son incorporation avec article 5 bis tel qu'ajouté en 1998*, Nations Unies, New York, 1999, en ligne : <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/05-89451_ebook.pdf>.

⁵³³ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 109, p. 97.

⁵³⁴ F. SÉNÉCAL, préc., note 499, p. 66.

essence versatile et polyvalente, selon le professeur Gautrais⁵³⁵, la version québécoise se définit selon deux conceptions, comme l'écrit l'auteur Antoine Guilmain, soit la conception active, traitant de la non-discrimination des supports, et la conception passive, prévoyant qu'aucune technologie n'est favorable⁵³⁶. En d'autres mots, non seulement la loi ne devrait pas imposer l'emploi d'une technologie ou d'un support particulier⁵³⁷, mais elle devrait être « suffisamment claire et précise et [...] ne devrait pas être trop abstraite, risquant alors que l'incertitude n'entraîne de l'insécurité juridique. »⁵³⁸

L'effet concret et réel de ce principe a donc trait à la valeur juridique du document. En effet, cette dernière est indépendante du support dont fait usage le document⁵³⁹. Ce « désintéressement du cadre technologique par le législateur »⁵⁴⁰, comme il appert de la doctrine, entraîne ainsi, comme principale conséquence, que le document technologique, comparativement à un document sur support papier, a la « même “valeur juridique” dès lors qu'il “respecte [...] les mêmes règles de droits”. »⁵⁴¹ Par ailleurs, bien que la neutralité ne soit pas explicite dans la L.C.C.J.T.I. ni parmi les articles du C.c.Q., elle se déduit toutefois des articles 2837 C.c.Q., ainsi que des articles 2 et 5 L.C.C.J.T.I., ce qui lui confère le titre de

⁵³⁵ Vincent GAUTRAIS, *Neutralité technologique. Rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Les Éditions Thémis, Montréal, 2012, p. 32.

⁵³⁶ A. GUILMAIN, préc., note 518, 476; *Dell Computer Corp c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, par. 95.

⁵³⁷ F. SÉNÉCAL, préc., note 499, p. 69; N. W. VERMEYS, préc., note 501, p. 197.

⁵³⁸ F. SÉNÉCAL, *id.*, p. 70.

⁵³⁹ M. TÉTRAULT, préc., note 529, p. 143.

⁵⁴⁰ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 111, p. 99; V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 508, 280.

⁵⁴¹ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, *id.*, n° 110, p. 98; V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, *id.*, citant la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 95, art. 5 al. 2.

principe de rédaction législative⁵⁴². Seul le titre de la section VI du Chapitre premier de l'écrit du C.c.Q. fait expressément mention du principe en référant aux « supports de l'écrit et de la neutralité technologique »⁵⁴³. Conséquemment, comme l'écrit le professeur Gautrais, si la neutralité technologique s'applique au support, comme discuté, elle s'applique aussi à « la distinction entre divers documents technologiques (liée à la technologie) »⁵⁴⁴.

Néanmoins, si la technologie n'est pas en tant que telle « neutre, par nature »⁵⁴⁵, selon M^e Sénécal, la neutralité permet toutefois de protéger « le justiciable contre l'envahissement forcé de la technologie en lui donnant le droit de refuser le document technologique et d'exiger le document papier ([article] 29 [L.C.C.J.T.I.]) »⁵⁴⁶. Or, de par ce droit, la L.C.C.J.T.I. n'est pas par le fait même entièrement neutre puisque « le papier bénéficie d'un traitement quelque peu préférenciel (*sic*) »⁵⁴⁷, selon le professeur Vermeys. La neutralité technologique est donc utile aux parties de notre cas, car elle leur permet à la fois de choisir le support qu'elles préfèrent et de refuser d'utiliser celui qui ne leur convient pas.

Ainsi, malgré ce constat, depuis l'instauration de la L.C.C.J.T.I., les tribunaux ne peuvent cependant « refuser de reconnaître un document du seul fait qu'il est sur un support

⁵⁴² V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, *id.*, n^o 112, p. 99; V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, *id.*, 279 et 281; A. GUILMAIN, *préc.*, note 518, 484; M. TÉTRAULT, *préc.*, note 529, p. 143; N. W. VERMEYS, *préc.*, note 501, p. 197.

⁵⁴³ Voir section VI du Chapitre premier de l'écrit, se trouvant au sein du Titre deuxième sur les moyens de preuve du Livre septième de la preuve du *Code civil du Québec*, *préc.*, note 6.

⁵⁴⁴ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, *préc.*, note 508, n^o 114, p. 100 citant V. GAUTRAIS, *Neutralité technologique. Rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, *préc.*, note 535, p. 15.

⁵⁴⁵ F. SÉNÉCAL, *préc.*, note 499, p. 63.

⁵⁴⁶ C. FABIEN, *préc.*, note 499, 549.

⁵⁴⁷ N. W. VERMEYS, *préc.*, note 501, p. 198.

technologique. »⁵⁴⁸ Ce faisant, en dépit du manque de neutralité de la technologie qui peut sembler contre-productif, force est de constater que l'instauration de ce principe, comme le dénotent avec raison les auteurs Gautrais et Gingras, « encourage [...] l'utilisation de tout support ou toute technologie qui respecte les règles de droit. »⁵⁴⁹ En fait, la neutralité technologique permet, à notre avis, de démocratiser, d'une certaine façon, l'usage des technologies par les parties qui n'ont plus à justifier leurs emplois. Selon nous, l'usage des technologies de l'information est ainsi normalisé par l'application de ce principe. Or, la neutralité technologique « constitue un principe que l'on ne peut souvent pas dissocier de l'équivalence fonctionnelle »⁵⁵⁰.

II. L'équivalence fonctionnelle

En réalité, l'équivalence fonctionnelle met en pratique le principe de neutralité technologique⁵⁵¹ en étant le « moyen retenu pour [la] réaliser »⁵⁵². Concrètement, cette notion permet de prioriser la fonction première du document plutôt que son support (technologique versus papier), afin de qualifier son régime de recevabilité en preuve⁵⁵³. Il faut ainsi analyser le document en fonction « des finalités d'une disposition ou d'un régime législatif »⁵⁵⁴.

⁵⁴⁸ V. GAUTRAIS, « Afin d'y voir clair : Guide relatif à la gestion des documents technologiques : Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (L.R.Q. c. C-1.1) », préc., note 499, p. 8.

⁵⁴⁹ V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 508, 281.

⁵⁵⁰ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 109, p. 98; voir : V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, *id.*, 279.

⁵⁵¹ F. SÉNÉCAL, préc., note 499, p. 72.

⁵⁵² C. FABIEN, préc., note 499, 550.

⁵⁵³ *Id.*,

⁵⁵⁴ F. SÉNÉCAL, préc., note 499, p. 84.

L'équivalence fonctionnelle permet donc aux documents, l'« interchangeabilité des supports et des technologies qui les portent, et ce, en leur offrant de conserver la “même valeur juridique”. »⁵⁵⁵ Par conséquent, comme défini par le professeur Gautrais, « un document sur support donné sera jugé équivalent dès lors qu'il remplit [...] les mêmes fonctions que celui sur un autre support. »⁵⁵⁶ De ce fait, peu importe le choix des parties de notre cas, le support du document à transmettre et à communiquer, que celui-ci soit technologique ou physique, aura la même valeur juridique⁵⁵⁷. Cependant, ces documents auront la même valeur uniquement s'ils ont la même finalité⁵⁵⁸, « qu'ils portent la même information, que leur intégrité soit assurée et qu'ils “respectent tous deux les règles de droit qui les régissent” »⁵⁵⁹.

Incidentement, selon le professeur Fabien, l'équivalence fonctionnelle peut être comprise de deux façons⁵⁶⁰. La première, qualifiée de définition étroite par le professeur, prévoit que « [d]eux documents sont équivalents s'ils ont comme fonction de véhiculer la même

⁵⁵⁵ V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 508, 278; voir : V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 132, p. 110 et 111.

⁵⁵⁶ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, *id.*, n° 189, p. 148.

⁵⁵⁷ Patrick GINGRAS et Jean-François DE RICO, « La transmission des documents technologiques », dans *XXe Conférence des juristes de l'État 2013 – XXe Conférence*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2013, p. 409, en ligne : <https://www.lccjti.ca/files/sites/105/2013/04/Patrick-Gingras_Jean-François-De-Rico1.pdf>, à la page 416 ; V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, *id.*, n° 132, p. 110 et 111; V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 508, 278 et 279; *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 95, art. 29.

⁵⁵⁸ F. SÉNÉCAL, préc., note 499, p. 72 et 73.

⁵⁵⁹ V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 508, 277; V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 132, p. 110, citant tous deux la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 95, art. 9.

⁵⁶⁰ C. FABIEN, préc., note 499, 550.

information, même si leur forme est différente. »⁵⁶¹ Puis, la seconde, qualifiée de plus large, est « implicite dans l'aménagement de la Loi »⁵⁶² et prévoit « une méthode de qualification par “assimilation”. Le document technologique reçoit la qualification correspondant au moyen de preuve dont il accomplit la fonction et auquel il est alors assimilé. »⁵⁶³

Ces interprétations se trouvent toutes deux au sein de la L.C.C.J.T.I., le législateur n'a donc pas fait un choix définitif entre les deux. Par conséquent, le principe d'équivalence fonctionnelle prévoit que les documents technologiques ne forment pas une nouvelle catégorie de moyen de preuve, mais plutôt, comme le définit à juste titre le professeur Fabien, un « support “caméléon” [prenant] la couleur et la forme du moyen de preuve auquel il ressemble. »⁵⁶⁴

C'est donc dans cette perspective qu'il faut comprendre et aborder le principe d'équivalence fonctionnelle, c'est-à-dire, comme un principe assimilant le document à sa finalité ou à sa fonction plutôt que son support⁵⁶⁵. Ainsi, si un document technologique remplit les mêmes fonctions et contient les mêmes informations que le document papier, il est considéré comme étant égal et équivalent⁵⁶⁶. De par cette conception, les parties de notre cas, une fois la communication complétée, devront évaluer la preuve non pas par rapport à leur support, mais selon ce qu'elles entendent faire de cette preuve. Il s'agit d'analyser l'objectif à atteindre avec chaque preuve et l'introduire selon le régime de preuve correspondant. À savoir, est-ce que le

⁵⁶¹ *Id.*

⁵⁶² *Id.*

⁵⁶³ *Id.*, 551.

⁵⁶⁴ *Id.* ; voir : C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, préc., note 16, n° 484, p. 352.

⁵⁶⁵ F. SÉNÉCAL, préc., note 499, p. 72, 73 et 84; M. TÉTRAULT, préc., note 529, p. 144.

⁵⁶⁶ V. GAUTRAIS, « Afin d'y voir clair : Guide relatif à la gestion des documents technologiques : Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (L.R.Q. c. C-1.1) », préc., note 499, p. 8.

document sur support technologique est un écrit, un témoignage, un aveu ou un élément matériel? Seul le contenu peut l'indiquer, d'où l'importance pour les parties de se fier à l'information plutôt qu'au support. Or, si l'équivalence fonctionnelle est le critère d'application de la neutralité technologique, le critère d'intégrité est celui de l'équivalence fonctionnelle⁵⁶⁷.

III. Le document technologique

Cependant, puisque l'intégrité a trait aux documents technologiques, il y a d'abord lieu de définir ce qu'est un document technologique. Comprendre cette notion est essentiel dans le contexte de la communication de la preuve internationale de notre cas, car l'utilisation de plus en plus élevée des supports technologiques pour les éléments de preuve soumet les parties à des conditions de transmission encore plus spécifiques. De plus, comme les dernières sous-sections du chapitre et la L.C.C.J.T.I. font état des notions de « documents », de « supports » et « d'information », il est primordial de clarifier ces derniers avant d'entreprendre l'analyse de la notion d'intégrité.

En fait, il appert du principe d'équivalence fonctionnelle que le document technologique n'est pas un nouveau moyen de preuve, mais plutôt « une forme sous laquelle peuvent se présenter les moyens de preuve que le législateur reconnaît déjà, soit l'écrit, le témoignage, l'aveu et l'élément matériel. »⁵⁶⁸ Concrètement, le document technologique, de par l'article 3 L.C.C.J.T.I., « renvoie à l'idée que, pour être consommable ou consultable, une information doit être portée par un support. »⁵⁶⁹ Par conséquent, le document technologique, notion centrale de

⁵⁶⁷ F. SÉNÉCAL, préc., note 499, p. 119.

⁵⁶⁸ M. TÉTRAULT, préc., note 529, p. 145.

⁵⁶⁹ N. W. VERMEYS, préc., note 501, p. 186.

la L.C.C.J.T.I., comprend deux composantes, soit l'information et le support⁵⁷⁰. La réunion de ces deux éléments permet la création d'un document avec lequel il est possible de « qualifier le moyen de preuve. »⁵⁷¹ Les notions d'information et de support sont donc distinctes l'une de l'autre⁵⁷².

Ainsi, le premier élément du document, *l'information*, est soumis à certaines conditions. En effet, qualifiée comme la substance, c'est-à-dire, le contenu et la raison d'être du document, l'information doit toutefois répondre aux exigences de l'article 3 alinéa 1 L.C.C.J.T.I. en s'assurant d'être délimitée, structurée, ainsi qu'intelligible⁵⁷³. Le *support*, second élément, est défini quant à lui comme « l'élément sur lequel une information réside »⁵⁷⁴ ou comme la « base “concrète” qui porte l'information. »⁵⁷⁵ De ce fait, il est de la responsabilité du support de « déterminer si le document est technologique ou non. »⁵⁷⁶

⁵⁷⁰ F. SÉNÉCAL, préc., note 499, p. 106 ; V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 181, p. 139; V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 508, 271 et 273 ; J.-F. DE RICO et P. GINGRAS, préc., note 516, 7; C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, préc., note 16, n° 478, p. 345; *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 95, art. 3 al. 1.

⁵⁷¹ V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, *id.*, 272 ; voir aussi N. W. VERMEYS, préc., note 501, p. 186.

⁵⁷² F. SÉNÉCAL, préc., note 499, p. 134.

⁵⁷³ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 190 et 191, p. 148 et 149; V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 508, 271; J.-F. DE RICO et P. GINGRAS, préc., note 516, 7; N. W. VERMEYS, préc., note 501, p. 186; C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, préc., note 16, n° 482, p. 351; *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 95, art. 3 al. 1.

⁵⁷⁴ N. W. VERMEYS, *id.*, p. 197.

⁵⁷⁵ V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 508, 271; voir : V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 187, p. 146.

⁵⁷⁶ V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, *id.*, 272; V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, *id.*, n° 187, p. 147.

À cet égard, lorsqu'en présence d'un support technologique, deux autres composantes s'ajoutent : le support physique, soit ce qui soutient l'information, et la technologie⁵⁷⁷. En effet, comme en fait état le professeur Gautrais, la notion de document technologique est décomposée au sein de la L.C.C.J.T.I. en quatre éléments distincts : le support, l'information, la technologie et le format ; les deux derniers étant, selon ce dernier, indistincts⁵⁷⁸. Ainsi, si le support physique est l'élément matériel du document⁵⁷⁹, la technologie est plutôt définie comme étant l'ensemble des « savoirs théoriques et pratiques de nature scientifique dans le domaine de la préparation, de la circulation et la conservation de l'information ». »⁵⁸⁰ Puis, la technologie, tout comme le format, peuvent être compris comme étant les « éléments structurants qui assurent l'intelligibilité de l'information portée par un support technologique. »⁵⁸¹ À cet effet, le professeur Gautrais donne l'exemple d'un document « PDF » où le support physique serait le document alors que la technologie ou le format serait plutôt le logiciel, soit l'extension « .pdf »⁵⁸². Dans le cadre de notre cas hypothétique, dès lors que le support du document devant être communiqué par l'une ou l'autre des parties est de nature technologique, le document est automatiquement technologique.

⁵⁷⁷ V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, *id.*, 274.

⁵⁷⁸ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 185, p. 145.

⁵⁷⁹ V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 508, 274; voir : V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, *id.*, n° 199, p. 154.

⁵⁸⁰ V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, *id.*, 275 ; V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, *id.*, n° 198, p. 154 (renvois omis).

⁵⁸¹ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, *id.*, n° 200, p. 156; V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, *id.*

⁵⁸² V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, *id.*, n° 198, p. 154.

Toutefois, malgré son importance, le support n'est pas, selon les auteurs, le seul facteur à « avoir une incidence sur la qualification du moyen de preuve »⁵⁸³. En fait, la question de qualification prend une dimension tout autre lorsqu'en présence de documents technologiques. Étant donné le mécanisme d'assimilation, le document technologique peut être considéré comme tous les moyens de preuve, de l'écrit à l'élément matériel, selon sa finalité⁵⁸⁴. Ainsi, comme le régime de preuve applicable au document technologique est « emprunté directement au moyen de preuve dont il accomplit la fonction »⁵⁸⁵, et que la « recevabilité d'un élément de preuve dépend de la recevabilité du moyen de preuve qui lui sert de support, laquelle dépend du fait que cet élément vise à prouver »⁵⁸⁶, les tribunaux sont au pris avec un véritable casse-tête se répercutant sur le processus de communication des preuves.

En réalité, l'ajout de la notion de document technologique au sein du régime de preuve québécois, pose problème, principalement, quant à sa recevabilité et sa fiabilité⁵⁸⁷, selon le professeur Fabien :

« En modifiant le droit de la preuve pour y faire pénétrer le document technologique, le législateur devait prendre soin de l'intégrer en respectant les principes de base et la cohérence interne du système. S'il a relativement bien réussi quant à sa recevabilité comme moyen de preuve et quant à l'appréciation de sa force probante, il a eu plus de difficulté à bien intégrer le document technologique dans deux autres volets importants : sa recevabilité quant aux conditions préalables de fiabilité et, à un degré moindre, le problème de la preuve du document technologique. »⁵⁸⁸

⁵⁸³ V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 508, 273.

⁵⁸⁴ F. SÉNÉCAL, préc., note 499, p. 109; N. W. VERMEYS, préc., note 501, p. 211 et 212.

⁵⁸⁵ C. FABIEN, préc., note 499, 559.

⁵⁸⁶ *Id.*

⁵⁸⁷ *Id.*, 542.

⁵⁸⁸ *Id.*, 569.

Or, puisque ces problématiques sont fortement liées à la question d'intégrité, nous proposons d'examiner la question plus en profondeur lors de la prochaine sous-section du chapitre.

Donc, comme la force probante et le régime de preuve applicable au document technologique correspondent au moyen de preuve se rattachant à la finalité de ce dernier⁵⁸⁹, l'objectif ultime que les parties de notre cas devront atteindre lorsqu'en présence de documents technologiques sera de s'assurer de préserver la même valeur juridique que son équivalent papier en maintenant leur intégrité⁵⁹⁰.

IV. L'intégrité et l'authenticité du document technologique

Autre pierre angulaire de la L.C.C.J.T.I., l'intégrité représente l'ultime condition à remplir par les parties de notre cas hypothétique afin de garantir l'admissibilité en preuve des documents technologiques transmis et communiqués⁵⁹¹. Bien qu'en théorie la L.C.C.J.T.I. impose une obligation d'intégrité pour tout type de document, « son application semble limitée aux seuls documents technologiques par l'article 2838 C.c.Q. »⁵⁹² L'importance de l'intégrité au sein du régime québécois de la preuve technologique est telle que son non-respect lors de l'étape de transmission et de communication pourrait mener au refus des tribunaux québécois de produire à l'instance des documents technologiques envoyés. Par ailleurs, la notion d'intégrité prend aussi dimension autre dans le cadre d'un conflit international, car afin de

⁵⁸⁹ *Id.*, 609 ; M. TÉTRAULT, préc., note 529, p. 146.

⁵⁹⁰ C. FABIEN, *id.*, 548 ; M. TÉTRAULT, *id.*

⁵⁹¹ V. GAUTRAIS, « Afin d'y voir clair : Guide relatif à la gestion des documents technologiques : Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (L.R.Q. c. C-1.1) », préc., note 499, p. 9 ; F. SÉNÉCAL, préc., note 499, p. 119.

⁵⁹² N. W. VERMEYS, préc., note 501, p. 199.

permettre un déroulement efficace des procédures, tant au niveau du temps que des coûts, les parties doivent nécessairement utiliser des moyens technologiques lors de la communication préalable de la preuve.

De ce fait, l'intégrité est définie à la fois dans le C.c.Q. et dans la L.C.C.J.T.I. Les articles 2839 C.c.Q. et 6 L.C.C.J.T.I. indiquent tous deux que l'intégrité d'un document, par exemple, « est assurée, lorsqu'il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue. »⁵⁹³ Cette définition réunit donc les deux composantes du document technologique, soit *l'information*, en devant éviter d'« être altérée et maintenue dans son intégrité »⁵⁹⁴ et le *support*, en imposant qu'il « procure [au document] la stabilité et la

⁵⁹³ *Code civil du Québec*, préc., note 6, art. 2839 al. 1 : « L'intégrité d'un document est assurée, lorsqu'il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue.

Lorsque le support ou la technologie utilisé ne permet ni d'affirmer ni de dénier que l'intégrité du document est assurée, celui-ci peut, selon les circonstances, être reçu à titre de témoignage ou d'élément matériel de preuve et servir de commencement de preuve »; *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 95, art. 6 : « L'intégrité du document est assurée, lorsqu'il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue.

L'intégrité du document doit être maintenue au cours de son cycle de vie, soit depuis sa création, en passant par son transfert, sa consultation et sa transmission, jusqu'à sa conservation, y compris son archivage ou sa destruction. Dans l'appréciation de l'intégrité, il est tenu compte, notamment des mesures de sécurité prises pour protéger le document au cours de son cycle de vie »; voir : J.-F. DE RICO et P. GINGRAS, préc., note 516, 28; C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, préc., note 16, n° 491, p. 357; V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 229, p. 176.

⁵⁹⁴ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, *id.*, art. 6 al. 1.

pérennité voulue »⁵⁹⁵. Ce faisant, en respectant ces deux conditions cumulatives, le document technologique acquiert une valeur juridique⁵⁹⁶. Par conséquent, le critère d'intégrité ne dépend pas de la forme du document⁵⁹⁷, car l'intégrité « à préserver n'est pas celle des données constituant le document, qui immanquablement changeront avec toute migration, mais bien celle du contenu informationnel que représente ces données binaires – bref, le contenu humainement intelligible »⁵⁹⁸. En fait, la non-altération, selon le professeur Gautrais, est « souvent envisag[e] comme l'élément essentiel pour définir l'intégrité »⁵⁹⁹.

Puis, l'alinéa 2 de l'article 6 L.C.C.J.T.I. révèle que l'intégrité est une obligation continue qui exige son maintien tout au long du cycle de vie du document technologique, c'est-à-dire « depuis sa création, en passant par son transfert, sa consultation et sa transmission, jusqu'à sa conservation, y compris son archivage ou sa destruction. »⁶⁰⁰ Cet énoncé révèle ainsi que l'intégrité est conçue selon un rapport de temps, comme il appert de l'article 19 L.C.C.J.T.I. traitant de la conservation des documents⁶⁰¹. De fait, tel qu'illustré par M^e Sénécal, lorsque traitant de l'intégrité, les parties de notre cas doivent « s'assurer que l'information originelle n'a

⁵⁹⁵ *Id.* ; voir : M. TÉTRAULT, préc., note 529, p. 146 et 148; V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 229 et 230, p. 176 et 177.

⁵⁹⁶ F. SÉNÉCAL, préc., note 499, p. 134; V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, *id.*, n° 229, p. 177; V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 508, 297.

⁵⁹⁷ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, *id.*, n° 231, p. 178.

⁵⁹⁸ F. SÉNÉCAL, préc., note 499, p. 122.

⁵⁹⁹ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 229, p. 177.

⁶⁰⁰ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 95, art. 6 al. 2; voir : M. TÉTRAULT, préc., note 529, p. 146 et 147; C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, préc., note 16, n° 491, p. 358.

⁶⁰¹ F. SÉNÉCAL, préc., note 499, p. 120.

pas été altérée depuis sa création»⁶⁰², en prenant soin de l’apprécier en fonction des « circonstances et de la sensibilité des informations contenues dans le document. »⁶⁰³

Toutefois, le législateur prévoit, tant à l’article 2840 C.c.Q. qu’à l’article 7 L.C.C.J.T.I.⁶⁰⁴, une présomption d’intégrité portant sur le support du document technologique. À ne pas confondre avec une présomption du *document technologique* comme elle a longtemps été perçue⁶⁰⁵, l’article 7 L.C.C.J.T.I., et par le fait même l’article 2840 C.c.Q., traite exclusivement du support utilisé pour porter l’information et de son environnement⁶⁰⁶. Les deux notions étant distinctes, le législateur prévoit seulement la présomption sur le support et non son contenu⁶⁰⁷. Cette présomption de « fiabilité technologique », comme la décrit la Cour d’appel

⁶⁰² *Id.*, p. 126.

⁶⁰³ V. GAUTRAIS, « Afin d’y voir clair : Guide relatif à la gestion des documents technologiques : Loi concernant le cadre juridique des technologies de l’information (L.R.Q. c. C-1.1) », préc., note 499, p. 18.

⁶⁰⁴ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l’information*, préc., note 95, art. 7 : « Il n’y a pas lieu de prouver que le support du document ou que les procédés, systèmes ou technologies utilisés pour communiquer au moyen d’un document permettent d’assurer son intégrité, à moins que celui qui conteste l’admission du document n’établisse, par prépondérance de preuve, qu’il y a eu atteinte à l’intégrité du document. » ; *Code civil du Québec*, préc., note 6, art. 2840 : « Il n’y a pas lieu de prouver que le support du document ou que les procédés, systèmes ou technologies utilisés pour communiquer au moyen d’un document permettent d’assurer son intégrité, à moins que celui qui conteste l’admissibilité du document n’établisse, par prépondérance de preuve, qu’il y a eu atteinte à l’intégrité du document. »

⁶⁰⁵ Voir notamment C. FABIEN, préc., note 499, 572; Léo DUCHARME, « De l’incohérence et de l’impossibilité d’application du régime dérogatoire en matière de preuve des documents technologiques », (2016) 75 *R. du B.* 319, 330 (n°14) (CAIJ).

⁶⁰⁶ P. GINGRAS et F. SÉNÉCAL, « *Benisty c. Kloda* : cinq enseignements de la Cour d’appel du Québec en droit des technologies de l’information », préc., note 526, 286; V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 251, p. 191; V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 508, 299.

⁶⁰⁷ *Benisty c. Kloda*, préc., note 523, par. 100 et 102; P. GINGRAS et F. SÉNÉCAL, « *Benisty c. Kloda* : cinq enseignements de la Cour d’appel du Québec en droit des technologies de l’information », *id.*; N. W. VERMEYS, préc., note 501, p. 200; V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, *id.*, n° 251, p. 192.

du Québec⁶⁰⁸, « exempte seulement la partie désireuse de déposer en preuve un document technologique de démontrer que le *support* du document employé ou que la technologie utilisée assure l'intégrité de l'information portée par le support technologique »⁶⁰⁹. De ce fait, cette exemption de preuve a pour but de « faciliter l'usage des technologies de l'information lors de la présentation d'un document technologique en preuve. »⁶¹⁰ Les parties de notre cas n'ont donc pas à faire la preuve du « **“support du document ou [...] les procédés, systèmes ou technologies utilisés”** ». ⁶¹¹ Pour résumer, nous nous référons aux propos de M^e Sénécal, selon lequel, l'« intégrité vise à opérer un rattachement à l'état du document tel qu'il était au moment de sa création. »⁶¹² Par conséquent, les parties de notre cas n'ont pas à prouver que le logiciel ou le support utilisé est intègre et est capable d'assurer l'intégrité (c'est-à-dire l'environnement), mais elles devront cependant faire la preuve que le contenu est intègre.

Or, la preuve du document technologique ne peut se faire uniquement par la preuve de l'intégrité de l'information : « L'intégrité est une condition nécessaire, mais non suffisante à sa recevabilité. »⁶¹³ En fait, lorsqu'il est question de prouver le document technologique, il faut faire la distinction entre l'authenticité et l'intégrité de ce dernier. Comme M^e Sénécal le prévoit

⁶⁰⁸ *Benisty c. Kloda*, *id.*, par. 100 ; P. GINGRAS et F. SÉNÉCAL, « *Benisty c. Kloda* : cinq enseignements de la Cour d'appel du Québec en droit des technologies de l'information », *id.*, 287 ; V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, *id.*, n° 245, 251 et 256, p. 187, 191, 192 et 196.

⁶⁰⁹ V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, *préc.*, note 508, 299.

⁶¹⁰ *Id.*

⁶¹¹ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, *préc.*, note 508, n° 258 et 251, p. 197 et 192 citant *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, *préc.*, note 95, art. 7.

⁶¹² F. SÉNÉCAL, *préc.*, note 499, p. 130.

⁶¹³ *Id.*, p. 132.

en analysant l'écrit technologique, la présomption de fiabilité technologique des articles 7 L.C.C.J.T.I. et 2840 C.c.Q., n'entraîne pas « une dispense de faire la preuve de l'authenticité de l'écrit »⁶¹⁴, car la notion d'intégrité n'est, en réalité, qu'une composante de la notion d'authenticité⁶¹⁵. Ainsi, toujours selon M^e Sénécals, la preuve d'un écrit, technologique ou non, « se fait en vertu du même régime et sa recevabilité reste sujette à une preuve distincte d'authenticité. »⁶¹⁶ Nous souscrivons donc à l'opinion de M^e Sénécals, selon laquelle, il s'agit là d'une indication claire que les notions d'authenticité et d'intégrité sont distinctes et non équivalentes⁶¹⁷.

Ainsi, l'authenticité, au sein du droit de la preuve de façon générale, requiert d'établir la provenance du document et son intégrité, ou comme l'explique le professeur Gautrais, la cumulation de deux conditions, soit « **1**) le lien avec l'auteur et **2**) l'intégrité du document »⁶¹⁸. Ce faisant, lorsqu'en présence d'un écrit technologique, les parties du cas pratique devront s'assurer, d'une part, de l'identité de l'auteur, en déterminant par exemple la provenance de la signature, et de l'autre, que le document technologique détient la même information que lorsqu'il a été créé⁶¹⁹.

⁶¹⁴ *Id.*

⁶¹⁵ *Id.* ; M. TÉTRAULT, préc., note 529, p. 148; V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 239, p. 184.

⁶¹⁶ F. SÉNÉCAL, *id.*, p. 133.

⁶¹⁷ *Id.*, p. 132.

⁶¹⁸ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 240 et 237, p. 184, 185 et 183.

⁶¹⁹ *Id.*, n° 240, p. 184 et 185; V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 508, 296; C. FABIEN, préc., note 499, 571 et 572.

De plus, en présence d'un élément matériel technologique ou d'un témoignage, les parties de notre cas hypothétique devront plutôt se référer aux conditions des articles 2855 C.c.Q. et 2874 C.c.Q. exigeant aussi tous deux une preuve distincte d'authenticité⁶²⁰. À cet effet, l'arrêt *Benisty*, établit que pour faire une telle preuve selon ces moyens de preuve, les parties devront prouver les modalités de confection, soit la détermination de l'auteur, de l'objet et du processus de confection de l'élément (Qui ? Quoi ? Comment ?)⁶²¹. Puis, les parties devront aussi faire la preuve de l'intégrité du contenu de l'élément matériel ou du témoignage, en s'assurant que l'information n'est pas altérée. Or, dans le cas d'un enregistrement, les parties devront démontrer que ce dernier est « intelligible, audible, compréhensible ; suffisamment pour que les propos ou les images puissent être appréciés et les personnes reconnues. »⁶²²

En fait, que l'on soit en présence d'un écrit, d'un témoignage ou d'un élément matériel, le document technologique est admissible à condition de faire l'objet d'une preuve distincte

⁶²⁰ *Code civil du Québec*, préc., note 6, art. 2855 : « La présentation d'un élément matériel, pour avoir force probante, doit au préalable faire l'objet d'une preuve distincte qui en établit l'authenticité. Cependant, lorsque l'élément matériel est un document technologique au sens de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (chapitre C-1.1), cette preuve d'authenticité n'est requise que dans le cas visé au troisième alinéa de l'article 5 de cette loi. » ; art. 2874 : « La déclaration qui a été enregistrée sur ruban magnétique ou par une autre technique d'enregistrement à laquelle on peut se fier, peut être prouvée par ce moyen, à la condition qu'une preuve distincte en établit l'authenticité. Cependant, lorsque l'enregistrement est un document technologique au sens de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (chapitre C-1.1), cette preuve d'authenticité n'est requise que dans le cas visé au troisième alinéa de l'article 5 de cette loi. »

⁶²¹ *Benisty c. Kloda*, préc., note 523, par. 107 ; V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 582, p. 434 et 435.

⁶²² *Benisty c. Kloda*, *id.*, par. 109 ; V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, *id.*, n° 585, p. 437 et 438 ; *Cadieux c. Service de gaz naturel de Laval Inc.*, 1991 CanLII 3149 (QC C.A.), p. 5 ; *Guilbault c. Pelletier*, 2006 QCCS 3616, par. 41.

d'authenticité qui permet de prouver l'identité de son auteur et l'intégrité de son contenu. Or, les dispositions de la L.C.C.J.T.I. nous permettent de constater que cette preuve s'étend aussi à l'aveu extrajudiciaire fait par document technologique, comme un enregistrement par exemple⁶²³. En effet, si le document technologique se définit en fonction de sa finalité et non de son support, nous observons donc que peu importe le moyen de preuve utilisé par ce dernier, la preuve distincte d'authenticité devra être fournie afin de permettre la recevabilité des éléments de preuve. Ce faisant, dans notre cas, les deux parties devront toujours s'assurer d'avoir les informations nécessaires pour faire cette preuve d'authenticité, et ce, même lors de la phase préalable, afin de s'assurer de la recevabilité des documents. En effet, si elles n'ont pas les bonnes informations ou s'il s'avère que le contenu est altéré, elles ne pourront bâtir leur dossier.

La règle étant claire, qu'en est-il de l'exception? En fait, la preuve d'authenticité est obligatoire seulement si les parties sont dans la situation prévue par l'article 5 alinéa 3 L.C.C.J.T.I. :

« Le document dont le support ou la technologie ne permettent ni d'affirmer, ni de dénier que l'intégrité en est assurée peut, selon les circonstances, être admis à titre de témoignage ou d'élément matériel de preuve et servir de commencement de preuve, comme prévu à l'article 2865 du Code civil. »⁶²⁴

Incidentement, les articles 2855 et 2874 C.c.Q. prévoient aussi que la preuve d'authenticité n'est nécessaire que lorsque le support ne permet « ni d'affirmer, ni de dénier que

⁶²³ *Code civil du Québec*, préc., note 6, arts. 2867 et 2868.

⁶²⁴ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 95, art. 5 al. 3; voir : *Code civil du Québec*, *id.*, arts. 2839 al. 2, 2855 et 2874.

l'intégrité en est assurée »⁶²⁵. Pour l'écrit, l'article 2839 alinéa 2 C.c.Q. reprend plutôt les termes de l'article 5 alinéa 3 L.C.C.J.T.I.⁶²⁶. Article ayant fait couler beaucoup d'encre, il a fallu l'arrêt de la Cour d'appel du Québec *Benisty*, pour éclaircir, encore une fois, le fond de la situation :

« [122] La partie qui présente un enregistrement audio à titre de témoignage (2874 C.c.Q.) ou un élément matériel (2855 C.c.Q.) est dispensée de faire une preuve distincte de son authenticité *uniquement lorsque le support ou technologie employée permet d'affirmer que l'intégrité du document est assurée, par exemple en présence des métadonnées.* »⁶²⁷

De ce fait, dès lors que le « support ou la technologie » permet de constater que l'intégrité est complète, la preuve d'authenticité n'est pas nécessaire⁶²⁸. Toutefois, bien que la Cour d'appel du Québec reconnaisse qu'une preuve par métadonnées peut remplir les exigences d'une preuve distincte d'authenticité, comme prévu ci-haut, certains auteurs ne sont pas entièrement d'accord avec cette conclusion. En effet, les métadonnées, selon M^e Gingras et M^e Sénécal, « ne sont pas, en soi, une source d'informations fiable d'emblée, et ce, de la même façon que la date inscrite sur un document papier n'atteste pas de sa propre véracité. »⁶²⁹ Ainsi, toujours selon ces derniers, bien que les métadonnées collectent des informations essentielles, elles « doivent faire

⁶²⁵ *Id.*

⁶²⁶ *Code civil du Québec, id.*, art. 2839 al. 2; *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, id.*, art. 5 al. 3.

⁶²⁷ *Benisty c. Kloda*, préc., note 523, par. 122.

⁶²⁸ *Id.* ; *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 95, art. 5 al. 3.

⁶²⁹ P. GINGRAS et F. SÉNÉCAL, « *Benisty c. Kloda* : cinq enseignements de la Cour d'appel du Québec en droit des technologies de l'information », préc., note 526, 289; et pour une analyse détaillée de la preuve par métadonnées, voir : Patrick GINGRAS et François SÉNÉCAL, « Métadonnées : Plaidoyer pour des mal aimées et des incomprises », (2015) 74 *R. du B.* 249, en ligne : <<https://www.lccjti.ca/files/sites/105/2015/09/GingrasSenecal.pdf>>.

l'objet d'une authentification pour y prêter foi.»⁶³⁰ Par conséquent, avant d'être mises en preuve, elles devraient faire l'objet d'une preuve, elles aussi, distincte d'authenticité afin de pouvoir établir l'intégrité du document dont elles font état⁶³¹. À cet égard, nous sommes d'accord avec les auteurs Gingras et Sénécal et croyons aussi que les métadonnées, bien qu'utiles, ne constituent qu'un des outils à la disposition des parties de notre cas pour s'exempter de la preuve distincte d'authenticité. En effet, tout comme l'écrit les professeurs Piché et Royer, « les métadonnées peuvent permettre d'identifier la date de création du document ou de sa dernière modification »⁶³², mais il est de notre avis qu'elles ne devraient pas être utilisées de façon systématique à moins d'avoir été authentifiées. Elles ne devraient pas non plus être considérées comme le seul moyen permettant de dispenser les parties de la preuve distincte d'authenticité.

Ainsi, il appert de la doctrine et de l'opinion de la Cour d'appel du Québec que « dès lors que des éléments de preuve convainquent de l'intégrité d'un document technologique et de sa source, une preuve indépendante d'authenticité n'est pas requise. »⁶³³ Nous adhérons à cette perception, car il est vrai qu'avec ces éléments la preuve devient inutile. Donc, en théorie, si les parties de notre cas sont en possession des métadonnées ou de tout autre moyen démontrant

⁶³⁰ P. GINGRAS et F. SÉNÉCAL, « *Benisty c. Kloda* : cinq enseignements de la Cour d'appel du Québec en droit des technologies de l'information », préc., note 526, 289.

⁶³¹ *Id.*, 291.

⁶³² C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, préc., note 16, n° 495, p. 362 (renvois omis).

⁶³³ P. GINGRAS et F. SÉNÉCAL, « *Benisty c. Kloda* : cinq enseignements de la Cour d'appel du Québec en droit des technologies de l'information », préc., note 526, 290 et 291; voir : V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 578, p. 432; *Benisty c. Kloda*, préc., note 523, par. 104.

l'identité des auteurs et la non-altération du contenu d'un document technologique, elles n'auront pas à faire une preuve distincte d'authenticité.

Par contre, nous doutons toutefois qu'en pratique les parties puissent se trouver dans une situation l'exemptant de faire cette preuve. En fait, nous ne pouvons nous empêcher de relever que pour prouver qu'une partie n'a pas à faire la preuve distincte d'authenticité, cette dernière doit communiquer, de prime abord, les informations nécessaires à cette preuve, soit l'identité et l'intégrité du document, et donc, elle se trouve à faire indirectement cette preuve distincte. Ce faisant, étant donné que les parties doivent faire la démonstration de l'authenticité pour tenter de s'exempter, il nous apparaît peu probable qu'elles le soient. Ainsi, à moins d'une situation très particulière, nous croyons que les parties de notre cas seront toujours dans l'obligation de faire une preuve distincte d'authenticité.

De ce fait, bien que l'intégrité soit lourdement critiquée par certains auteurs ne la trouvant rien de moins qu'incohérente, inapplicable, en « contradiction avec le principe de neutralité technologique et [n'ayant] pas sa raison d'être »,⁶³⁴ nous sommes d'avis que le caractère incontournable de cette dernière, en ce qui a trait à la recevabilité des éléments de preuve selon l'article 2860 C.c.Q., fait d'elle une condition fondamentale dans le régime de preuve technologique québécois⁶³⁵. Nous ne pouvons donc souscrire à l'idée que l'intégrité est inutile. En effet, nous sommes d'avis que la facilité avec laquelle il est possible pour une personne d'altérer un document technologique à elle seule justifie l'existence de la notion. Nous

⁶³⁴ L. DUCHARME, « De l'incohérence et de l'impossibilité d'application du régime dérogatoire en matière de preuve des documents technologiques », préc., note 605, 329 (n° 8).

⁶³⁵ N. W. VERMEYS, préc., note 501, p. 217, 216 et 218.

souscrivons ainsi pleinement à la vision du professeur Gautrais selon laquelle même s'il « s'agit là d'une faiblesse propre au support numérique, [...] elle n'est aucunement insurmontable »⁶³⁶.

D. La transmission des documents technologiques

Par ailleurs, dans le cadre de notre cas hypothétique, puisque les procédures sont instituées devant les tribunaux québécois, les parties, par la nature internationale du conflit, devront donc nécessairement porter une attention particulière aux exigences entourant la transmission des documents technologiques prévues dans la L.C.C.J.T.I. (II). Étant donné la distinction entre la communication et la transmission des documents, les parties doivent respecter les conditions de ce régime afin de permettre la communication légale de la preuve civile transfrontalière. Or, elles devront aussi s'assurer que le type de documents qu'elles transmettent est tout autant conforme au régime québécois. De ce fait, il faut analyser les divers modes de reproduction de documents permis par la L.C.C.J.T.I., soit la copie et le transfert, puisque l'original des documents peut ne pas être disponible à envoyer au Canada ou à l'international lors de la collecte de preuve (I).

I. Les modes de reproduction des documents : la copie et le transfert

Les modes de reproduction des documents technologiques sont donc importants, car ils ont un impact certain sur l'admissibilité des documents technologiques en preuve⁶³⁷. Ainsi, la L.C.C.J.T.I. prévoit deux modes de reproduction, soit la copie, prévue à l'article 15 L.C.C.J.T.I.,

⁶³⁶ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 8, p. 10.

⁶³⁷ N. W. VERMEYS, préc., note 501, p. 202.

et le transfert, prévu à l'article 17 L.C.C.J.T.I.⁶³⁸, qui s'ajoutent tous deux à la notion d'original de l'article 2860 C.c.Q. La raison d'être de cette distinction provient du fait que « la reproduction d'un document technologique présente plus de variétés que celle des documents sur support papier. »⁶³⁹ Comme la copie est la seule forme de reproduction d'un document papier⁶⁴⁰, la règle de la meilleure preuve nécessite l'obtention de « l'original ou la copie qui légalement en tient lieu »⁶⁴¹. Toutefois, la Cour d'appel du Québec, selon les auteurs Gingras et Sénécal, a adopté une interprétation large de l'article 2860 C.c.Q. qui permet l'inclusion d'un document résultant d'un transfert, et ce, malgré le manque de référence explicite à ce propos⁶⁴². De ce fait, les parties de notre cas peuvent communiquer trois types de documents technologiques, soit l'original (i), la copie (ii) et le transfert (iii).

i. L'original

D'abord, comme écrit à l'article 2860 alinéa 3 C.c.Q., la preuve de l'original peut se faire si le document technologique répond aux trois fonctions de l'article 12 L.C.C.J.T.I.⁶⁴³. Par conséquent, un document sur support technologique est considéré comme un original si son intégrité est assurée⁶⁴⁴ et qu'il a pour but d'établir que le document « 1^o est la source première

⁶³⁸ J.-F. DE RICO et P. GINGRAS, préc., note 516, 8.

⁶³⁹ V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 508, 291.

⁶⁴⁰ V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, *id.*; V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 307, p. 231.

⁶⁴¹ *Code civil du Québec*, préc., note 6, art. 2860 al. 1.

⁶⁴² P. GINGRAS et F. SÉNÉCAL, « *Benisty c. Kloda* : cinq enseignements de la Cour d'appel du Québec en droit des technologies de l'information », préc., note 526, 283; voir : *Benisty c. Kloda*, préc., note 523, par. 134 et suiv.

⁶⁴³ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 288, p. 216; V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 508, 292; N. W. VERMEYS, préc., note 501, p. 216; C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, préc., note 16, n° 510, p. 374.

⁶⁴⁴ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 95, art. 12 al. 1; N. W. VERMEYS, *id.*, p. 217 et 218.

d'une reproduction, [...] 2° présente un caractère unique, [...] [ou] 3° est la forme première d'un document relié à une personne »⁶⁴⁵.

Or, ces fonctions posent quelques difficultés. En effet, M^e De Saint-Exupéry conteste leurs assises en tant que fonctions des documents originaux et les considère plutôt comme « des caractéristiques physiques propres au support papier. »⁶⁴⁶ Dans le cadre du présent mémoire toutefois et à des fins théoriques, dès lors qu'un document technologique répond à une des trois fonctions, il pourra être admis et transmis pour communication à titre d'original. Le but de l'article 12 L.C.C.J.T.I. étant, selon le professeur Gautrais, de « faciliter la mise en preuve des documents technologiques »⁶⁴⁷, il appert de la L.C.C.J.T.I. que le législateur a voulu « éviter qu'un document ne soit mis de côté au seul motif que sa condition d'original ne soit pas satisfaite. »⁶⁴⁸ Donc, dès que les parties de notre cas ont des documents technologiques qui correspondent à une des trois fonctions de l'article 12 L.C.C.J.T.I., elles peuvent les transmettre pour communication à titre d'original.

⁶⁴⁵ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, id.*, art. 12 al. 1.

⁶⁴⁶ Gilles DE SAINT-EXUPÉRY, *Le document technologique original dans le droit de la preuve au Québec*, mémoire, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2012, en ligne : <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/9043/de_Saint-Exupery_Gilles_2012_memoire.pdf?sequence=4&isAllowed=y>, p. 85.

⁶⁴⁷ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 289, p. 218.

⁶⁴⁸ *Id.*, citant *Sécurité des Deux-Rives ltée c. Groupe Meridan construction restauration inc.*, 2013 QCCQ 1301, par. 45.

ii. La copie

La copie, quant à elle, peut être définie comme la « “[r]eproduction d’un document source qui en conserve l’information et la forme” »⁶⁴⁹. Distinguée du transfert par l’article 2841 alinéa 1 C.c.Q., la copie doit se trouver « sur un même support ou sur un support qui ne fait pas appel à une technologie différente »⁶⁵⁰, que le document source. Ceci veut dire que la reproduction du document technologique concerne le contenu, mais aussi « la forme, soit l’agencement de l’information »⁶⁵¹. Ainsi, toute altération entraînera une « atteinte à l’intégrité du document technologique résultant de la copie. »⁶⁵²

Enfin, comme le professeur Gautrais et M^e Gingras l’écrivent, lorsqu’il y a lieu « d’établir que le document constitue une copie, celle-ci devra, sur le plan de la forme, respecter les exigences de l’article 15 al. 3 de la Loi. »⁶⁵³ De ce fait, la copie doit « présenter les caractéristiques qui permettent de reconnaître qu’il s’agit d’une copie, soit par l’indication du lieu et de la date où elle a été effectuée ou du fait qu’il s’agit d’une copie, soit par tout autre moyen. »⁶⁵⁴ Pour son admissibilité, il est important de mentionner que, selon l’article 2841 alinéa 2 C.c.Q., la copie, si certifiée, peut « légalement tenir lieu du document

⁶⁴⁹ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, *id.*, n° 307, p. 232; N. W. VERMEYS, préc., note 501, p. 202, citant V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 508, 285 (renvoi omis).

⁶⁵⁰ *Code civil du Québec*, préc., note 6, art. 2841 al. 1; *Benisty c. Kloda*, préc., note 523, par. 136.

⁶⁵¹ N. W. VERMEYS, préc., note 501, p. 202 citant V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 508, 285; J.-F. DE RICO et P. GINGRAS, préc., note 516, 8 et 9.

⁶⁵² J.-F. DE RICO et P. GINGRAS, *id.*, 8.

⁶⁵³ V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 508, 288.

⁶⁵⁴ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l’information*, préc., note 95, art. 15 al. 3.

reproduit »⁶⁵⁵. Bref, les parties créent des copies dès lors qu'elles reproduisent l'information sur le même support ou la même technologie et font état de la date et du lieu de sa confection.

Par ailleurs, si les parties de notre cas souhaitent utiliser une copie de document technologique, ayant été communiquée en phase préalable, lors l'instance, elles devront s'assurer qu'elle soit certifiée pour conserver, voire augmenter, sa force probante⁶⁵⁶. À notre avis, cette certification devrait être communiquée dès la phase préalable afin de limiter les risques de contestation à l'instance et de permettre un déroulement plus efficace des procédures. Or, le conflit nous concernant est de nature internationale, ce qui veut dire que les pratiques et les méthodes de certification peuvent largement différer d'une tradition juridique à l'autre. Ce faisant, les parties devraient convenir à l'avance de la personne responsable de la certification puisque, comme l'écrit le professeur Gautrais, il appert de l'article 15 alinéa 2 L.C.C.J.T.I., que les parties « se doivent uniquement d'identifier, au préalable, une personne responsable de faire cette opération »⁶⁵⁷.

iii. Le transfert

Finalement, le transfert est le mode de reproduction le plus complexe des trois. Selon l'article 2841 alinéa 1 C.c.Q., il peut être effectué par le « transfert de l'information que porte le document vers un support faisant appel à une technologie différente. »⁶⁵⁸ Ce faisant, le transfert consiste en la reproduction du document sur une technologie différente,

⁶⁵⁵ *Code civil du Québec*, préc., note 6, art. 2841 al. 2.

⁶⁵⁶ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 318, p. 242.

⁶⁵⁷ *Id.*

⁶⁵⁸ *Code civil du Québec*, préc., note 6, art. 2841 al. 1 ; *Benisty c. Kloda*, préc., note 523, par. 136.

majoritairement dans le but de supprimer le document source⁶⁵⁹. En d'autres mots, l'information du document source est transférée sur un support utilisant une technologie différente pour supprimer le document premier ou simplement pour en déplacer l'information⁶⁶⁰. Le transfert implique donc l'interchangeabilité des supports et des technologies, certes, mais aussi un attachement clair à l'information des documents⁶⁶¹.

Toutefois, le transfert obtient une valeur juridique seulement si l'opération de transfert est documentée⁶⁶². En effet, la documentation est utilisée à deux occasions différentes dans le processus du transfert. Dans le cadre de la première, soit lorsque le document source sera supprimé, l'article 17 alinéa 2 L.C.C.J.T.I oblige une documentation pour expliquer l'opération de transfert pour que le document résultant du transfert puisse conserver sa valeur juridique⁶⁶³. De ce fait, la « documentation du transfert s'avère importante, car à défaut de la détenir, le document résultant du transfert n'aura pas la même force probante que le document source. »⁶⁶⁴

⁶⁵⁹ N. W. VERMEYS, préc., note 501, p. 202 citant V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 508, 285; J.-F. DE RICO et P. GINGRAS, préc., note 516, 11; V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 328 et 330, p. 251 et 252.

⁶⁶⁰ N. W. VERMEYS, *id.*, citant V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, *id.*; V. GAUTRAIS, « Afin d'y voir clair : Guide relatif à la gestion des documents technologiques : Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (L.R.Q. c. C-1.1) », préc., note 499, p. 11; V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, *id.*, n° 330, p. 252.

⁶⁶¹ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 95, art. 17; V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, *id.*; F. SÉNÉCAL, préc., note 499, p. 129; N. W. VERMEYS, *id.*, p. 202 citant V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, *id.*, 285.

⁶⁶² *Code civil du Québec*, préc., note 6, art. 2841 al. 2; J.-F. DE RICO et P. GINGRAS, préc., note 516, 10; V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, *id.*, n° 331, p. 254; V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, *id.*, 288.

⁶⁶³ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 95, art. 17 al. 2.

⁶⁶⁴ V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 508, 286.

Ainsi, la documentation permettra de faire état de l'intégrité de l'information du document reproduit⁶⁶⁵, en plus de contenir les mentions prévues à l'alinéa 3 de l'article 17 L.C.C.J.T.I. :

« 17. [...] La documentation comporte au moins la mention du format d'origine du document dont l'information fait l'objet du transfert, du procédé de transfert utilisé ainsi que des garanties qu'il est censé offrir, selon les indications fournies avec le produit, quant à la préservation de l'intégrité, tant du document devant être transféré, s'il n'est pas détruit, que du document résultant du transfert. »⁶⁶⁶

Par ailleurs, bien que cette documentation soit obligatoire dans les cas où les parties souhaitent supprimer le document source⁶⁶⁷, l'article 2841 C.c.Q. prévoit que la documentation est aussi exigée pour que le document résultant d'un transfert puisse « tenir légalement lieu du document reproduit »⁶⁶⁸; et donc, encore une fois, prouver sa valeur juridique⁶⁶⁹.

À vrai dire, l'importance de la documentation est sans égale, car le fait de ne pas la créer conformément aux exigences de l'article 17 L.C.C.J.T.I. est considéré comme « fatal »⁶⁷⁰. En effet, en y faisant défaut, le document reproduit n'aura tout simplement pas la même valeur⁶⁷¹. De plus, même s'il a été reconnu que la création de la documentation de façon contemporaine au litige est un meilleur indicateur de la force probante du document transféré, il est toutefois

⁶⁶⁵ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 336 et 334, p. 257 et 255.

⁶⁶⁶ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 95, art. 17 al. 3.

⁶⁶⁷ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 335, p. 256; V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 508, 290.

⁶⁶⁸ *Code civil du Québec*, préc., note 6, art. 2841 al. 2.

⁶⁶⁹ V. GAUTRAIS et P. GINGRAS, préc., note 508, 290.

⁶⁷⁰ P. GINGRAS et F. SÉNÉCAL, « *Benisty c. Kloda* : cinq enseignements de la Cour d'appel du Québec en droit des technologies de l'information », préc., note 526, 292.

⁶⁷¹ J.-F. DE RICO et P. GINGRAS, préc., note 516, 11.

possible de satisfaire l'exigence de documentation par témoignage après l'opération⁶⁷². La partie internationale de notre cas, si elle n'est pas obligée par son droit national de documenter les processus de reproduction des documents, pourra ainsi fournir une telle documentation après l'exécution du transfert pour autant, à notre avis, qu'elle respecte les obligations des articles 17 L.C.C.J.T.I. et 2841 C.c.Q.

Il résulte donc que les entreprises de notre cas doivent conserver l'intégralité des formats natifs des documents qu'elles détiennent. À notre avis, de par les exigences du transfert, les parties devraient, lors de la communication en phase exploratoire, joindre la documentation avec le document résultant du transfert si le document source est supprimé. En agissant ainsi, les deux parties auront, tout comme dans le cadre des copies, toutes les informations garantissant la valeur juridique de la preuve ce qui aiderait à prévenir, encore une fois, toute contestation.

II. Le mécanisme de transmission de documents technologiques

Si les parties de notre cas doivent répondre aux exigences de trois différents types de documents technologiques, elles doivent aussi satisfaire celles du processus. La communication en phase préalable est très importante pour la suite des procédures judiciaires, car elle permet de s'assurer que les éléments envoyés pourront éventuellement être utilisés devant les tribunaux. Le mécanisme de transmission de la L.C.C.J.T.I. a une importance toute particulière dans le cadre d'un conflit international, car il soumet la partie étrangère à des exigences techniques qui peuvent être tout à fait nouvelles. Comme les procédures de notre cas pratique sont inscrites devant les tribunaux québécois, l'entreprise internationale devra se soumettre à la vision

⁶⁷² *Id.*, p. 293 et 294.

québécoise de ce qu'est la transmission en vue de communication de la preuve technologique, ce qui lui demandera probablement un niveau d'efforts supplémentaires que la partie québécoise.

De fait, les dispositions de la L.C.C.J.T.I. prévues pour encadrer le mécanisme de transmission des documents technologiques visent à « permettre à toute personne qui le désire de recourir au mode de transmission de son choix dans la mesure où celui-ci est approprié au support du document qu'elle souhaite transmettre. »⁶⁷³ Cet objectif prévaut « à moins que la loi ou une convention n'exige l'emploi exclusif d'un mode de transmission. »⁶⁷⁴ À cet effet, comme nous entendons de transmission celle « faisant appel aux technologies de l'information »⁶⁷⁵, la priorité des parties de notre cas sera de recueillir « les données en format natif tout en maintenant leur intégrité au sens de la L.C.C.J.T.I. et du C.c.Q. »⁶⁷⁶

Conséquemment, la transmission, prévue aux articles 28 à 37 L.C.C.J.T.I., fait l'objet d'un encadrement détaillé qui n'a toutefois pas eu la chance d'être interprété de façon extensive par les tribunaux québécois⁶⁷⁷. Malgré ce constat, l'article 28 L.C.C.J.T.I., véritable pierre angulaire du régime, est en fait une application pratique « du principe de neutralité

⁶⁷³ P. GINGRAS et J.-F. DE RICO, préc., note 557, à la p. 413; *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 95, art. 28 al. 1.

⁶⁷⁴ *Id.*

⁶⁷⁵ V. GAUTRAIS, « Afin d'y voir clair : Guide relatif à la gestion des documents technologiques : Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (L.R.Q. c. C-1.1) », préc., note 499, p. 12.

⁶⁷⁶ Dominic JAAR et François SÉNÉCAL, « L'administration de la preuve électronique au Québec ? » dans S.F.P.B.Q., vol. 320, *Développements récents et tendances en procédure civile (2010)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 131, à la p. 159 (CAIJ).

⁶⁷⁷ P. GINGRAS et J.-F. DE RICO, préc., note 557, à la p. 413; à titre d'exemple, en date du 20 août 2019, il n'y a que dix-neuf décisions faisant mention ou traitant de l'article 28 L.C.C.J.T.I.

technologique »⁶⁷⁸. En effet, le processus de transmission pourrait être divisé en trois règles de droit distinctes, selon M^e Gingras et M^e Sénécal, soit, « la non-obligation d'utiliser une technologie ou un support particulier (1), de même que le respect de l'intégrité du document (2) et de la confidentialité des informations transmises (3). »⁶⁷⁹

D'abord, quant à la première règle du processus, soit le *choix du support*, si l'article 28 L.C.C.J.T.I. prévoit la possibilité d'utiliser tout mode de transmission, l'article 29 L.C.C.J.T.I. atténue la règle générale en prévoyant que, non seulement « [n]ul ne peut exiger de quelqu'un qu'il se procure un support ou une technologie spécifique pour transmettre ou recevoir un document »⁶⁸⁰, mais aussi que « nul n'est tenu d'accepter de recevoir un document sur un autre support que le papier ou au moyen d'une technologie dont il ne dispose pas. »⁶⁸¹ Bien sûr, cette disposition, tout comme l'article 28 L.C.C.J.T.I., est applicable sous réserve d'un mode de transmission prévu préalablement par la loi⁶⁸². Ainsi, l'entreprise québécoise de notre cas ne pourrait demander la transmission de la preuve sur un support qui n'est pas détenu par l'entreprise étrangère. D'ailleurs, la partie étrangère ne serait pas non plus tenue d'accepter ce mode de transmission. À la lumière de ce constat, nous croyons qu'afin d'améliorer l'efficacité des procédures, les deux parties doivent s'entendre préalablement sur les modes de transmission à utiliser.

⁶⁷⁸ P. GINGRAS et J.-F. DE RICO, *id.*, à la p. 419.

⁶⁷⁹ *Id.*, à la p. 420.

⁶⁸⁰ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 95, art. 29 al. 1.

⁶⁸¹ *Id.*, art. 29 al. 2.

⁶⁸² *Id.*, art. 29 al. 1 et 28 al. 1 *in fine* ; voir : P. GINGRAS et J.-F. DE RICO, préc., note 557, à la p. 421.

L'analyse de cette première composante du régime reste ainsi une question de fait, selon les auteurs Gingras et De Rico, car elle doit « notamment être considérée en tenant compte de sa situation et des efforts d'accompagnement mis en place par la personne qui requiert l'utilisation d'un tel support ou d'une telle technologie. »⁶⁸³ De ce fait, les parties au litige du présent mémoire ne pourraient pas, par exemple, refuser de transmettre les documents par courriel étant donné les circonstances internationales du conflit et puisque les efforts d'accompagnement seraient minimales. Par ailleurs, comme les deux entreprises communiquaient très certainement par courriels avant le litige, nous ne croyons pas qu'elles puissent refuser leur usage lors des procédures judiciaires, sous réserve d'un changement de circonstances majeur.

Puis, la seconde règle porte sur *l'intégrité*. En fait, il appert de la section précédente que le maintien de l'intégrité est obligatoire même lors de la transmission des documents, car la condition s'étend sur l'entièreté du cycle de vie du document technologique⁶⁸⁴. À cette fin, l'article 30 alinéa 1 L.C.C.J.T.I. prévoit, conformément au régime de la L.C.C.J.T.I., que la valeur juridique du document dépend du maintien de son intégrité lors de la transmission :

« 30. Pour que le document technologique reçu ait la même valeur que le document transmis, le mode de transmission choisi doit permettre de préserver l'intégrité des deux documents. La documentation établissant la capacité d'un mode de transmission d'en préserver l'intégrité doit être disponible pour production en preuve, le cas échéant. »⁶⁸⁵

⁶⁸³ P. GINGRAS et J.-F. DE RICO, *id.*

⁶⁸⁴ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 95, art. 30 al. 1; J.-F. DE RICO et P. GINGRAS, préc., note 516, 28.

⁶⁸⁵ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, *id.*

Ainsi, tout comme dans le cas du transfert, une documentation faisant état du processus de transmission doit être rédigée par les parties de notre cas. De fait, la valeur juridique est conservée à condition que le mode de transmission puisse assurer le maintien de l'intégrité et que l'opération ait été documentée⁶⁸⁶. Les parties de notre cas pratique devront avoir cette documentation en main au cas où une contestation de l'intégrité lors de la transmission soit enclenchée par une des parties. Or, contrairement aux transferts, elle doit être disponible⁶⁸⁷ à transmettre et non obligatoirement jointe au document lors de la transmission. Les parties de notre cas n'ont donc pas, selon nous, à communiquer cette documentation avec la preuve lors de la communication préalable, à moins qu'une des deux parties le requière.

De façon plus particulière, le législateur prévoit à l'alinéa 2 de l'article 30 L.C.C.J.T.I., lorsque la transmission est effectuée par courriels, que le procédé de fragmentation dont fait usage ce mode de transmission n'affecte pas l'intégrité : « Le seul fait que le document ait été fragmenté, compressé ou remisé en cours de transmission pour un temps limité afin de la rendre plus efficace n'emporte pas la conclusion qu'il y a atteinte à l'intégrité du document. »⁶⁸⁸ Ainsi, les parties de notre cas doivent documenter la transmission, sans toutefois s'attarder au processus inné du mode utilisé. À notre avis, cette sorte d'exemption est plus que raisonnable, car documenter une telle procédure entraînerait une charge beaucoup trop lourde pour les parties

⁶⁸⁶ P. GINGRAS et J.-F. DE RICO, préc., note 557, à la p. 424; V. GAUTRAIS, « Afin d'y voir clair : Guide relatif à la gestion des documents technologiques : Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (L.R.Q. c. C-1.1) », préc., note 499, p. 16; Pierre TRUDEL, *Introduction à la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 99.

⁶⁸⁷ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 95, art. 30 al. 1.

⁶⁸⁸ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, *id.*, art. 30 al. 2; voir : P. GINGRAS et J.-F. DE RICO, préc., note 557, à la p. 425; P. TRUDEL, préc., note 686, p. 99.

et entraverait considérablement l'objectif même de la L.C.C.J.T.I. de faciliter l'utilisation des technologies.

De plus, la L.C.C.J.T.I. prévoit une présomption simple d'intégrité pour les documents technologiques provenant des systèmes de l'État et des entreprises civiles qui sont générés par un tiers⁶⁸⁹. Ainsi, un document provenant par exemple du site internet d'une des deux entreprises de notre cas est présumé intègre à condition d'avoir été généré par un tiers au litige⁶⁹⁰. Bref, la valeur juridique d'une preuve technologique sera conservée si les parties de notre cas documentent l'opération de transmission et la capacité du mode de transmission de maintenir l'intégrité du document technologique transmis.

Enfin, la dernière règle de droit du processus de transmission est la *confidentialité des informations*. La L.C.C.J.T.I. oblige les parties, lorsqu'en présence de données sensibles, à son article 34, de garantir un certain degré de sécurité lors de la transmission :

« 34. Lorsque la loi déclare confidentiels des renseignements que comporte un document, leur confidentialité doit être protégée par un moyen approprié au mode de transmission, y compris sur des réseaux de communication.

La documentation expliquant le mode de transmission convenu, incluant les moyens pris pour assurer la confidentialité du document transmis, doit être disponible pour production en preuve, le cas échéant. »⁶⁹¹

Conséquemment, dans le cadre de notre cas, pour évaluer ce qu'est un « moyen approprié », il faut que les parties, tant internationale que québécoise, mettent en place, lors de la transmission,

⁶⁸⁹ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, *id.*, art. 33 ; P. TRUDEL, *id.*, p. 93 et P. GINGRAS et J.-F. DE RICO, *id.*, aux p. 425 et 426.

⁶⁹⁰ P. GINGRAS et J.-F. DE RICO, *id.*, à la p. 425.

⁶⁹¹ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, *préc.*, note 95, art. 34.

un mode de protection proportionnel au degré de confidentialité des documents⁶⁹². L'article détaille donc les conditions et exigences quant à la confidentialité, qui s'ajoutent par le fait même à celles de l'article 30 L.C.C.J.T.I. « pour assurer que le document reçu [ait] la même valeur que le document transmis »⁶⁹³, et donc, pour une communication légale de la preuve.

Or, comme l'écrit le professeur Trudel, seuls certains types de renseignements peuvent être considérés comme confidentiels, dont la plupart sont identifiés par la loi : « [...] l'article 34 ne s'applique pas à des documents considérés confidentiels par des personnes ou des entreprises, mais auxquels la loi n'attribue pas de caractère confidentiel. »⁶⁹⁴ Les parties du cas hypothétique devront donc déterminer les informations confidentielles et les protéger en conséquence. Toutefois, ici aussi, la partie internationale pourra éprouver quelques difficultés. Le régime étant québécois, les informations dites sensibles sont déterminées selon la loi québécoise et non celle du droit national de l'entreprise étrangère. À cet égard, la partie internationale devra donc s'assurer d'avoir des représentants pouvant identifier les informations soumises à cette obligation, sans quoi, nous sommes d'avis qu'elle pourrait compromettre la recevabilité de ses preuves puisque la transmission et la communication seraient non conformes à la L.C.C.J.T.I. et que ses informations ne seraient pas protégées convenablement.

Par ailleurs, la confidentialité des informations nécessite aussi la création par les parties d'une documentation « expliquant le mode de transmission convenu, incluant les moyens pris

⁶⁹² P. GINGRAS et J.-F. DE RICO, préc., note 557, à la p. 426.

⁶⁹³ P. TRUDEL, préc., note 686, p. 105 et 106.

⁶⁹⁴ *Id.*, p. 106.

pour assurer la confidentialité du document transmis»⁶⁹⁵ selon l’alinéa 2 de l’article 34 L.C.C.J.T.I. Or, selon les auteurs Gingras et De Rico, elle serait obligatoire « uniquement lorsque le destinataire invoque une atteinte à la confidentialité des informations communiquées. »⁶⁹⁶ Ainsi, de façon similaire à la seconde règle du mécanisme de transmission, la transmission des informations confidentielles doit être documentée afin de garantir la sécurité de l’échange; mais ne doit pas automatiquement être jointe au document technologique lors de la communication préalable, contrairement à la procédure de transfert. Les parties de notre cas devront donc rédiger la documentation et la conserver de façon à pouvoir la produire à l’instance au besoin, car, pour les fins de la phase préalable, elle ne doit qu’exister.

Cependant, la réelle particularité du régime de transmission provient du fait que le législateur prévoit deux présomptions, soit une présomption d’envoi à l’article 31 alinéa 1 L.C.C.J.T.I. et une présomption de réception à l’article 31 alinéa 2 L.C.C.J.T.I.⁶⁹⁷ :

« 31. Un document technologique est présumé transmis, envoyé ou expédié lorsque le geste qui marque le début de son parcours vers l’adresse active du destinataire est accompli par l’expéditeur ou sur son ordre et que ce parcours ne peut être contremandé ou, s’il peut l’être, n’a pas été contremandé par lui ou sur son ordre.

Le document technologique est présumé reçu ou remis lorsqu’il devient accessible à l’adresse que le destinataire indique à quelqu’un être l’emplacement où il accepte de recevoir de lui un document ou celle qu’il représente publiquement être un emplacement où il accepte de recevoir les documents qui lui sont destinés, dans la mesure où cette

⁶⁹⁵ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l’information*, préc., note 95, art. 34 al. 2; voir : V. GAUTRAIS et P. TRUDEL, préc., note 502, p. 103 et 104.

⁶⁹⁶ P. GINGRAS et J.-F. DE RICO, préc., note 557, à la p. 428.

⁶⁹⁷ P. GINGRAS et J.-F. DE RICO, *id.*, aux p. 428 et 429; V. GAUTRAIS, « Afin d’y voir clair : Guide relatif à la gestion des documents technologiques : Loi concernant le cadre juridique des technologies de l’information (L.R.Q. c. C-1.1) », préc., note 499, p. 16.

adresse est active au moment de l'envoi. Le document reçu est présumé intelligible, à moins d'un avis contraire envoyé à l'expéditeur dès l'ouverture du document. »⁶⁹⁸

En fait, ces présomptions simples⁶⁹⁹ ont toutes deux comme objectif de « faciliter la preuve d'une transmission ou d'une réception »⁷⁰⁰, et ne correspondent donc pas aux « critères de validité de celles-ci. »⁷⁰¹ Ainsi, en vertu de l'article 31 alinéa 1 L.C.C.J.T.I., les documents technologiques sont présumés transmis lorsqu'ils sont envoyés « vers l'adresse active du destinataire »⁷⁰². Dans le cadre de notre cas, il s'agit de l'adresse courriel des avocats du destinataire, soit la partie québécoise ou internationale. Puis, dans le cadre de la présomption de l'article 31 alinéa 2 L.C.C.J.T.I., il appert de la combinaison des articles 28 alinéa 3 et 31 alinéa 2 L.C.C.J.T.I. qu'une adresse spécifique doit d'être indiquée afin de pouvoir s'appliquer :

« C'est donc l'application de la présomption de réception ou de remise à des fins de preuve qui commande l'utilisation d'une adresse spécifiquement identifiée ou mentionnée par le destinataire, et non la possibilité légale de recourir à un mode de transmission technologique. Dans ce dernier cas, l'utilisation de toute adresse où le destinataire peut recevoir un document satisfera à la règle d'équivalence énoncée à l'article 28 LCCJTI. »⁷⁰³

Toutefois, la détermination de l'emplacement est une question de fait qui s'effectue au cas par cas, car, selon les auteurs Gingras et De Rico, « plus l'objet de la transmission

⁶⁹⁸ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 95, art. 31 al. 1 et 2.

⁶⁹⁹ P. GINGRAS et J.-F. DE RICO, préc., note 557, à la p. 437.

⁷⁰⁰ *Id.*, aux p. 428 et 429.

⁷⁰¹ *Id.*

⁷⁰² *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 95, art. 31 al. 1.

⁷⁰³ P. GINGRAS et J.-F. DE RICO, préc., note 557, aux p. 429 et 430.

technologique risque d'engendrer une conséquence grave pour le destinataire, plus la notion "d'emplacement [...]" sera déterminante »⁷⁰⁴.

À ces deux présomptions, s'ajoutent une dernière, soit celle de l'intelligibilité du document reçu, prévue à l'article 31 alinéa 2 L.C.C.J.T.I.⁷⁰⁵. En tenant compte du fait que la transmission technologique « ne permet pas à l'expéditeur de savoir si les outils dont dispose le destinataire lui permettent de prendre connaissance de la teneur du document »⁷⁰⁶, le législateur québécois permet que le mode de transmission, par exemple le courriel, puisse être présumé compréhensible par les systèmes du destinataire et impose au destinataire l'obligation de notifier l'expéditeur en cas contraire⁷⁰⁷.

Par contre, bien que les présomptions de transmission soient explicites, elles ne suffisent pas, en soi, à faire la preuve de la transmission⁷⁰⁸. En effet, la preuve de la transmission constituant « le principal obstacle à l'admission en preuve des transmissions technologiques »⁷⁰⁹, les parties de notre cas doivent impérativement compléter la preuve en prouvant à la fois l'identité de l'expéditeur, pour démontrer qu'il n'y a pas eu d'interceptions ou d'altérations, et la transmission même du document⁷¹⁰. Si l'identité peut être confirmée par

⁷⁰⁴ *Id.*, aux p. 441 et 442.

⁷⁰⁵ P. TRUDEL, préc., note 686, p. 103.

⁷⁰⁶ *Id.*

⁷⁰⁷ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 95, art. 31 al. 2.

⁷⁰⁸ P. GINGRAS et J.-F. DE RICO, préc., note 557, à la p. 435.

⁷⁰⁹ *Id.*, à la p. 430 et 431.

⁷¹⁰ *Id.*, à la p. 431 et 430 ; *Richard c. Gougoux*, 2009 QCCS 2301, par. 76.

aveu, ou autres moyens, selon les auteurs Gingras et De Rico, la preuve de la transmission nécessitera un accusé de réception, comme il appert de l'alinéa 3 de l'article 31 L.C.C.J.T.I.⁷¹¹.

En pratique, dans le cadre de notre litige international, toute transmission sera effectuée à l'adresse convenue entre les parties, c'est-à-dire l'adresse courriel des avocats, sous réserve de toute autre obligation légale. Procéder de la sorte est, à bien des égards, le mode de communication le plus efficace considérant la distance séparant les deux entreprises. Or, dans le cadre d'un litige, M^{es} Dominic Jaar et François Sénécal proposaient, dans leur article datant de 2010 « L'administration de la preuve électronique au Québec ? », une solution visant la collecte de preuves, selon laquelle les parties devraient, dès le début du litige, faire parvenir une « mise en demeure de préservation »⁷¹². En fait, selon les deux juristes, en présence de documents technologiques et en prévision de leur éventuelle transmission et communication, il y avait lieu d'obliger la partie adverse à conserver tout document technologique en détaillant la mise en demeure par rapport « aux attentes de la partie relativement aux documents devant être préservés, à leur format (logiciel) ou support (matériel), à la période qu'ils couvrent, aux personnes qui sont impliquées, aux sujets abordés, etc. »⁷¹³ En agissant ainsi, les parties s'assureraient non seulement de délimiter de façon claire et précise le fond du débat en vue des

⁷¹¹ P. GINGRAS et J.-F. DE RICO, *id.*, aux p. 431 et 436 ; *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 95, art. 31 al. 3 : « Lorsque le moment de l'envoi ou de la réception du document doit être établi, il peut l'être par un bordereau d'envoi ou un accusé de réception ou par la production des renseignements conservés avec le document lorsqu'ils garantissent les date, heure, minute, seconde de l'envoi ou de la réception et l'indication de sa provenance et sa destination ou par un autre moyen convenu qui présente de telles garanties. »

⁷¹² D. JAAR et F. SÉNÉCAL, préc., note 676, à la p. 156.

⁷¹³ *Id.*

interrogatoires, par exemple, mais solidifieraient leur accès aux documents sources pour l'enquête, selon les auteurs⁷¹⁴.

Or, comme le C.p.c., depuis la réforme, prévoit à son article 20 l'obligation de coopération⁷¹⁵, il y a lieu, selon nous, de se demander si une telle mise en demeure serait dorénavant nécessaire. En fait, nous croyons en la vision des auteurs, car nous pensons aussi que si les parties agissaient de la sorte, l'efficacité des procédures en serait grandement améliorée. Toutefois, la question demeure à savoir comment cette situation s'adapterait au contexte procédural actuel.

Les parties devant « s'assurer de préserver les éléments de preuve pertinents »⁷¹⁶, il est de notre avis qu'il serait tout à fait possible pour les deux parties de préciser, comme les auteurs le suggèrent, les documents à conserver, et ce, sans l'envoi d'une mise en demeure. En effet, l'impossibilité d'agir de la sorte serait, à notre avis, contraire, non seulement aux principes de proportionnalité et de coopération entre les parties, mais contreviendrait surtout à un des objectifs du C.p.c., soit celui de l'amélioration de l'efficacité des procédures⁷¹⁷, comme discuté lors du Chapitre I du présent mémoire⁷¹⁸. Ainsi, nous croyons qu'il s'agit d'une solution envisageable si adaptée selon les règles du C.p.c. De plus, lorsqu'en présence d'un conflit international, cette mise en demeure se heurterait à certaines préoccupations de droit international privé qui excèdent l'analyse du présent mémoire. Or, dans un litige transnational,

⁷¹⁴ *Id.* à la p. 156 et 157.

⁷¹⁵ *Supra*, p. 9.

⁷¹⁶ BARREAU DU QUÉBEC, *Guide des meilleures pratiques*, 6^e éd., Montréal, 2017, en ligne : <<https://www.barreau.qc.ca/media/1309/bdq-guide-meilleures-pratiques.pdf>>, p.12.

⁷¹⁷ *Code de procédure civile*, préc., note 21, disposition préliminaire al. 2.

⁷¹⁸ *Supra*, p. 6.

nous pensons plus efficace d’agir selon les dispositions du C.p.c. pour détailler les documents à préserver puisque ces dernières s’imposent à la partie internationale de par le lieu d’inscription des procédures. À notre avis, les parties pourraient être en mesure de clairement délimiter les documents à conserver sans utiliser la mise en demeure en conjuguant l’article 20 C.p.c. et de l’article 148 alinéa 1 (6°) C.p.c. traitant des « modalités et les délais de constitution et de communication de la preuve avant l’instruction »⁷¹⁹ dans le protocole de l’instance.

Il résulte donc de la présente section que les entreprises, tant québécoise qu’internationale, gagneraient à avoir une politique de gestion documentaire stricte, car, en cas de conflit, elles devront non seulement préserver leurs documents technologiques, mais aussi faire état des garanties de leurs systèmes informatiques. Donc, cette politique les aidera, selon nous, à atteindre et respecter les obligations de documentation et certification qu’impose la L.C.C.J.T.I.

Conclusion du chapitre 4

Pour conclure, si le législateur prévoit une rédaction législative créant des lois technologiquement neutres et permettant une équivalence des supports, le document technologique doit, pour sa part, être assimilé au régime du moyen de preuve correspondant à sa fonction pour être recevable en preuve. Toutefois, selon la L.C.C.J.T.I., une entreprise en présence de documents technologiques doit non seulement distinguer l’information et le support de ce dernier, mais comprendre que la valeur juridique du document dépend d’une documentation prouvant son intégrité et d’une preuve distincte d’authenticité. Ainsi, que le

⁷¹⁹ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 148 al. 1 (6°).

document soit un original, une copie ou un transfert, l'intégrité de ce dernier est la clé de voûte de la communication des preuves technologiques et autorise les parties à les présenter devant les tribunaux. Le mécanisme de transmission de la L.C.C.J.T.I. oblige donc les parties à documenter les diverses opérations en plus de faire la preuve des transmissions dans certaines situations.

Cependant, une conclusion s'impose; si l'importance du maintien de l'intégrité est manifeste, les présomptions simples prévues par le législateur dans le cadre de la transmission des documents technologiques prouvent toutes l'objectif ultime du législateur d'encourager et de faciliter l'usage des technologies de l'information. Ce but est encore plus significatif maintenant que la L.C.C.J.T.I. est reconnue, à juste titre, comme ayant préséance sur le C.c.Q. Donc, il est de notre avis que cette loi, bien que nécessitant une réforme afin de clarifier les concepts et de mieux arrimer les notions de droit judiciaire à celles des technologies de l'information, conserve une utilité pratique dans le corpus législatif québécois étant donné les impacts considérables des technologies sur l'administration de la justice.

Chapitre V : Les considérations pratiques découlant de la dématérialisation de la preuve sur le processus de communication

Si nous sommes d'avis que le régime de la L.C.C.J.T.I. est si important dans le cadre de la communication de la preuve civile internationale c'est en grande partie à cause de l'augmentation de l'utilisation des technologies de l'information au sein du droit judiciaire privé; utilisation qui entraîne par le fait même des bouleversements profonds⁷²⁰. À titre d'exemple, le courriel est dorénavant une des sources principales et même majoritaires de la preuve présentée devant les tribunaux⁷²¹. La situation est telle que le Barreau du Québec a décrété qu'il était maintenant primordial de s'assurer que les technologies de l'information « permettent une même ou une meilleure facilité d'utilisation tout en instaurant une sécurité comparable. »⁷²²

De ce fait, le dernier chapitre du présent mémoire aura pour but d'évaluer ces deux aspects, soit l'impact des technologies sur la facilitation du processus de communication de la preuve civile internationale en analysant les principaux changements découlant de la réforme du C.p.c. (A). Ces nouveautés représentent les dernières considérations pratiques purement procédurales applicables aux parties de notre cas lors de la communication préalable de la preuve transfrontalière. Puis, nous aborderons le deuxième aspect, soit la sécurité des échanges

⁷²⁰ V. GAUTRAIS, « Afin d'y voir clair : Guide relatif à la gestion des documents technologiques : Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (L.R.Q. c. C-1.1) », préc., note 499, p. 5.

⁷²¹ D. JAAR et F. SÉNÉCAL, préc., note 676, à la p. 157.

⁷²² V. GAUTRAIS, « Afin d'y voir clair : Guide relatif à la gestion des documents technologiques : Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (L.R.Q. c. C-1.1) », préc., note 499, p. 5.

en analysant des exigences légales applicables en cas de transferts transfrontaliers de données personnelles (B). Cette dernière section vise à évaluer le dernier régime contraignant les parties du cas hypothétique lors du processus de communication. Ces deux sujets sont essentiels, car les deux cadres normatifs applicables, soit le nouveau C.p.c. ou le régime de protection des renseignements personnels, limitent les parties d'un conflit de nature commerciale internationale lors la communication de la preuve en phase préalable.

A. La réforme du C.p.c. et les technologies de l'information

Dès son entrée en vigueur, le nouveau C.p.c. se démarque de son prédécesseur en créant un régime de procédure civile qui est non seulement ouvert à l'usage des technologies, mais le favorise. En effet, ouvrant grande la porte aux technologies de l'information⁷²³, la ministre écrit que l'« utilisation de ces technologies peut permettre d'accroître l'accès des citoyens à la justice, d'augmenter la qualité des services offerts, de diminuer les délais ainsi que les coûts afférents. »⁷²⁴ De façon plus particulière, l'adoption par le législateur québécois de cette position change de façon considérable les règles de procédure civile liées à la communication au préalable de la preuve. Ainsi, les parties de notre cas se voient imposer une série de conditions nouvelles, découlant du nouveau principe d'interprétation à l'article 26 C.p.c. (I), qui encourage de façon explicite les parties à utiliser le témoignage à distance (II), même dans le cadre du processus de commission rogatoire (III) et qui permet dorénavant à ces dernières de notifier technologiquement des documents (IV).

⁷²³ C. PICHÉ, *Droit judiciaire privé*, préc., note 38, p. 552.

⁷²⁴ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 27, p. 41

I. Le principe d'interprétation : article 26 C.p.c.

De droit nouveau⁷²⁵, l'article 26 C.p.c. codifie la volonté du législateur de « privilégie[r] l'utilisation de moyens technologiques dans la mesure où ils sont appropriés et que les installations, les équipements et l'infrastructure technologique des tribunaux le permettent. »⁷²⁶, Qualifié de règle d'interprétation, l'article 26 C.p.c. « marque l'intégration des technologies de l'information à la procédure civile »⁷²⁷, selon la ministre :

« 26. Dans l'application du Code, il y a lieu de privilégier l'utilisation de tout moyen technologique approprié qui est disponible tant pour les parties que pour le tribunal en tenant compte, pour ce dernier, de l'environnement technologique qui soutient l'activité des tribunaux.

Le tribunal peut utiliser un tel moyen ou ordonner qu'il le soit par les parties, même d'office, notamment dans la gestion des instances ; il peut aussi, s'il le considère nécessaire, exiger, malgré l'accord des parties, qu'une personne se présente physiquement à une audience, à une conférence ou à un interrogatoire. »⁷²⁸

S'inspirant de l'article 45.2 du *Règlement de procédure civile (C.S.)*⁷²⁹, la disposition vise, selon M^e Guilmain, à « assurer l'émergence et le fonctionnement désentravé des technologies dans un contexte judiciaire au détriment évident du papier »⁷³⁰. Par contre,

⁷²⁵ A. GUILMAIN, préc., note 518, 478.

⁷²⁶ J.-F. DE RICO et P. GINGRAS, préc., note 516, 12 et 13; voir : C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, préc., note 16, n^o 481, p. 348 et 349.

⁷²⁷ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 27, p. 41.

⁷²⁸ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 26.

⁷²⁹ Luc CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations – Volume 1 (Art. 1 à 390)*, 4^e éd., vol. 1, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019, art. 26, p. 223 ; voir : *Règlement de procédure civile (C.S.)*, RLRQ, c. C-25.01, r. 4, art. 45.2 ; remplacé par le *Règlement de la Cour supérieure du Québec en matière civile*, RLRQ, c. C-25.01, r. 0.2.1, voir notamment l'art. 46.

⁷³⁰ A. GUILMAIN, préc., note 518, 484.

l'application de la disposition est conditionnée à la réunion de trois éléments distincts, soit le « caractère “approprié” du moyen technologique »⁷³¹, « la disponibilité du moyen technologique tant pour les parties que pour le tribunal »⁷³² et « la prise en compte de l'environnement technologique qui soutient l'activité des tribunaux »⁷³³.

Par ailleurs, quant à la disponibilité du moyen technologique, cette condition est soumise aux enseignements de l'article 29 L.C.C.J.T.I., comme le dénotent à juste titre professeur Gautrais et M^e Guilmain⁷³⁴. Ainsi, tant la rédaction que la mise en application de l'article, c'est-à-dire la « liberté technologique »⁷³⁵ qu'elle prévoit, sont limitées⁷³⁶.

En fait, les conditions de l'article 26 C.p.c. reflètent le désir du législateur de soumettre l'usage des technologies de l'information au régime procédural existant et, plus particulièrement, les principes fondamentaux, tels que l'accessibilité et la proportionnalité⁷³⁷. C'est donc pourquoi le fait de prendre en compte l'organisation technologique des tribunaux et

⁷³¹ *Id.*, 479 ; voir : *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 26; D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 1, préc., note 23, n° 1-218, p. 93.

⁷³² A. GUILMAIN, *id.*, 480 ; voir : *Code de procédure civile*, *id.*; D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 1, *id.*

⁷³³ A. GUILMAIN, *id.*, 481 ; voir : *Code de procédure civile*, *id.*; D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 1, *id.*

⁷³⁴ A. GUILMAIN, préc., note 518, 480; voir : V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 63, p. 58 (renvois omis).

⁷³⁵ A. GUILMAIN, *id.*

⁷³⁶ *Id.*

⁷³⁷ L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations – Volume 1 (Art. 1 à 390)*, 4^e éd., vol. 1, préc., note 729, art. 26, p. 223; voir : V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 62, p. 56.

les coûts afférents à leur usage sont des exigences primordiales de la disposition⁷³⁸. Après tout, comme l'écrit la Cour supérieure du Québec dans l'arrêt *P. (G.) c. T. (P.)*⁷³⁹, il est dans la fonction même du C.p.c. d'organiser et de s'adapter aux nouvelles réalités afférentes aux litiges :

« [...] les règles du *Code de procédure civile* sont faites pour faciliter, organiser et réglementer le déroulement d'un litige. Elles doivent être les servantes du droit fondamental et de la justice et il faut les appliquer dans une optique de justice, d'équité et de proportionnalité. Il faut aussi, lorsqu'utile ou nécessaire, les adapter aux nouvelles technologies et à l'évolution de la société. »⁷⁴⁰

Incidentement, le législateur québécois, par l'ajout de cet article, augmente le pouvoir de contrôle du tribunal sur l'instance, car le juge peut dorénavant ordonner l'utilisation des moyens technologiques, et ce, même d'office⁷⁴¹. Par conséquent, l'article fait état d'une « autorité renforcée du tribunal »⁷⁴², où ce dernier doit trancher la question de l'usage des moyens technologiques en respectant « des exigences processuelles de base. »⁷⁴³ Les tribunaux acquièrent ainsi, comme le font remarquer les professeurs Piché et Royer, « une responsabilité nouvelle de leur gestion de l'instance »⁷⁴⁴. Ce nouveau pouvoir permettra au tribunal, dans le cadre de notre cas pratique, d'ordonner ou d'autoriser plus facilement une communication de la preuve par moyens technologiques. Étant donné la nature internationale de notre conflit

⁷³⁸ L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations – Volume 1 (Art. 1 à 390)*, 4^e éd., vol. 1, *id.*

⁷³⁹ *P. (G.) c. T. (P.)*, 2013 QCCS 495.

⁷⁴⁰ *Id.*, par. 8.

⁷⁴¹ D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 1, préc., note 23, n° 1-219, p. 93.

⁷⁴² A. GUILMAIN, préc., note 518, 482; voir : V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 62, p. 57.

⁷⁴³ A. GUILMAIN, *id.*

⁷⁴⁴ C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, préc., note 16, n° 481, p. 349.

hypothétique, l'utilisation de ces derniers diminuera les délais de communication et les coûts associés à cette étape procédurale.

N'ayant pas créé un « virage complet vers l'ère du numérique »⁷⁴⁵, l'article 26 C.p.c. accepte toutefois les moyens technologiques dans le cadre de la communication de la preuve et de témoignages dès lors que les exigences du régime de preuve applicable sont aussi remplies⁷⁴⁶. De ce fait, que l'on soit face à l'utilisation d'un moyen technologique ou d'une combinaison de ces derniers⁷⁴⁷, le tribunal « doit agir dans la limite des technologies qui lui sont disponibles compte tenu des contraintes d'utilisation, dont les coûts qui leur sont associés. »⁷⁴⁸

Bien que critiqué par certains auteurs lui reprochant de ne pas véritablement favoriser les technologies de l'information⁷⁴⁹, il est de notre avis que l'article 26 C.p.c. impose néanmoins aux juges l'obligation d'envisager l'utilisation de ces derniers. Nous sommes donc tout à fait en accord avec les propos du professeur Gautrais selon lequel l'article 26 C.p.c. « est sans doute l'une de[s] [dispositions] qui illustre le mieux la volonté du législateur de tenter d'associer procédure civile et technologie »⁷⁵⁰. Cette obligation, complétée par les autres principes de base, tels que la proportionnalité, a nécessairement pour effet, selon nous, d'obliger les juges et les parties à prioriser l'usage des moyens technologiques si les conditions sont remplies et s'il est

⁷⁴⁵ *Id.*

⁷⁴⁶ *Citadelle, compagnie d'assurance générale c. Montréal (Communauté urbaine)*, EYB 2005-92745, par. 8 (C.S.).

⁷⁴⁷ A. GUILMAIN, préc., note 518, 478.

⁷⁴⁸ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 27, p. 42.

⁷⁴⁹ Voir à ce sujet A. GUILMAIN, préc., note 518, 482.

⁷⁵⁰ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 60, p. 54 et 55 (renvoi omis).

possible de procéder de la sorte. L'inverse serait contraire, selon nous, à l'objectif même de la réforme ayant donné naissance au C.p.c.

Donc, comme l'objectif principal de l'article 26 C.p.c. est l'amélioration de l'efficacité et de l'accessibilité des tribunaux, dès lors que l'utilisation des technologies de l'information répond aux conditions et ne soit pas préjudiciable aux parties de notre cas pratique⁷⁵¹, le tribunal sera fortement encouragé d'en ordonner ou d'en permettre l'emploi.

II. Le témoignage à distance : article 279 C.p.c.

Le deuxième aspect de la communication de la preuve civile québécoise affecté par la réforme du C.p.c. est le processus de témoignage et d'interrogatoire. En effet, le nouvel article 279 C.p.c., bien que reprenant partiellement le droit antérieur, innove à son quatrième alinéa en codifiant les conditions nécessaires à l'autorisation du tribunal pour un témoignage à distance⁷⁵² :

« **279.** [...] Lorsqu'il y a lieu d'interroger un témoin à distance, le moyen technologique utilisé doit permettre, en direct, de l'identifier, de l'entendre et de le voir. Cependant, le tribunal peut, après avoir pris l'avis des parties, décider d'entendre le témoin sans qu'il soit vu. »⁷⁵³

⁷⁵¹ *Gatti c. Barbosa Rodrigues*, 2011 QCCS 4693, par. 71 ; *Affiliated Customs Brokers Ltd. c. Oy Beweship AB*, 2008 QCCS 6627, par. 4.

⁷⁵² MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 27, p. 223 ; L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations – Volume 1 (Art. 1 à 390)*, 4^e éd., vol. 1, préc., note 729, art. 279, p. 1581 ; J.-F. DE RICO et P. GINGRAS, préc., note 516, 33.

⁷⁵³ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 279 al. 4.

Avec cet article, le législateur souhaite ultimement « favoriser le témoignage des personnes qui ne peuvent être présentes qu'à distance lors de l'instruction par l'utilisation d'un moyen technologique »⁷⁵⁴. Or, la technologie à employer pour ce type de témoignage doit « permettre, en direct, [d'identifier le témoin], de l'entendre et de le voir. »⁷⁵⁵ En fait, il est crucial de pouvoir identifier le témoin⁷⁵⁶, car l'évaluation par le juge de la crédibilité dans le cadre de son témoignage demeure essentielle⁷⁵⁷. Or, le tribunal peut aussi autoriser un interrogatoire ou un témoignage à distance effectué à l'aide d'une technologie ne permettant que d'entendre le témoin, toutefois, la cour devra, dans ce cas, consulter les parties avant⁷⁵⁸. Cependant, comme le dénotent les auteurs Émery et Ferland, étant donné le principe d'interprétation énoncé à l'article 26 C.p.c., le tribunal conserve le contrôle sur la décision et peut exiger la présence physique du témoin, malgré la volonté inverse des parties⁷⁵⁹.

En soit, la réforme du témoignage à distance a un impact sur la communication au préalable de la preuve civile parce que ces conditions s'étendent aussi aux interrogatoires préalables. En effet, l'article 279 C.p.c. « permet les interrogatoires à distance par moyen technologique aussi bien avant procès que lors de l'audience »⁷⁶⁰. Même si l'article 279 C.p.c.

⁷⁵⁴ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 27, p. 223.

⁷⁵⁵ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 279 al. 4; voir : J.-F. DE RICO et P. GINGRAS, préc., note 516, 33 et 34.

⁷⁵⁶ L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations – Volume 1 (Art. 1 à 390)*, 4^e éd., vol. 1, préc., note 729, art. 279, p. 1581; A. GUILMAIN, préc., note 518, 495.

⁷⁵⁷ Voir : V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 83, p. 75.

⁷⁵⁸ A. GUILMAIN, préc., note 518, 495 ; D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 1, préc., note 23, n° 1-2136, p. 829.

⁷⁵⁹ D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 1, *id.*

⁷⁶⁰ A. GUILMAIN, préc., note 518, 495 et 500.

est par nature « la disposition de principe sur l'«interrogatoire à l'audience» »⁷⁶¹, selon le professeur Gautrais, cette disposition élargit le « domaine des interrogatoires pouvant être tenus à distance par un moyen technologique »⁷⁶². Ce faisant, toujours selon le professeur Gautrais, « l'article a l'avantage de s'appliquer à l'ensemble des tribunaux et aussi à tous les stades de la procédure. »⁷⁶³

Changement considérable du régime de droit antérieur, selon M^e Guilmain⁷⁶⁴, la technologie utilisée doit toutefois être non seulement appropriée⁷⁶⁵, mais aussi « fiable et proportionné[e] aux circonstances de l'affaire. »⁷⁶⁶ De ce fait, comme l'interrogatoire préalable à distance est autorisé⁷⁶⁷, la partie québécoise de notre cas, lorsque convoquant la partie internationale ou un tiers à l'international pour ce type d'interrogatoire, devra, en plus de vérifier que la technologie remplit les conditions légales, s'assurer de la présence d'une sténographe⁷⁶⁸. En effet, selon la jurisprudence, cette dernière est nécessaire lors de l'interrogatoire, à moins que les parties de notre cas ne conviennent de l'utilisation d'un autre dispositif d'enregistrement respectant les exigences de l'article 2874 C.c.Q.⁷⁶⁹.

⁷⁶¹ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 83, p. 74 (renvois omis).

⁷⁶² A. GUILMAIN, préc., note 518, 499.

⁷⁶³ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 83, p. 74 (renvois omis).

⁷⁶⁴ A. GUILMAIN, préc., note 518, 499.

⁷⁶⁵ C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, préc., note 16, n° 666, p. 522 citant le *Règlement de la Cour supérieure du Québec en matière civile*, préc., note 729, art. 46.

⁷⁶⁶ A. GUILMAIN, préc., note 518, 501.

⁷⁶⁷ C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, préc., note 16, n° 705, p. 556.

⁷⁶⁸ *Entreprises Robert Mazeroll ltée c. Expertech – Batisseur de Réseaux inc.*, EYB 2005-82502, par. 13 (C.Q.).

⁷⁶⁹ *Aarons c. Creaform inc.*, 2019 QCCS 3071, par. 41 ; *Entreprises Robert Mazeroll ltée c. Expertech – Batisseur de Réseaux inc.*, *id.*

Donc, selon l'arrêt *Dallaire*⁷⁷⁰, « même si la présence physique d'une partie à un litige est la règle, celle-ci n'est pas absolue. »⁷⁷¹ Effectivement, selon la Cour d'appel du Québec, la proportionnalité quant aux circonstances de l'affaire et la fiabilité de la technologie demeurent primordiales⁷⁷². Ainsi, lorsqu'en présence de l'article 279 C.p.c., les parties de notre cas et le tribunal devront évaluer la proportionnalité en fonction, notamment, du coût et du montant en litige en plus de, selon l'arrêt *Accent*⁷⁷³, « la nature [et la] finalité de la demande »⁷⁷⁴.

En fait, les critères d'évaluation d'une demande d'interrogatoire ou de témoignage à distance ne sont pas fixes, même s'il en existe quelques classiques, comme le relève la Cour supérieure du Québec dans l'arrêt *Gatti*⁷⁷⁵. En effet, le juge, résume et regroupe la tendance jurisprudentielle pour énumérer les plus fondamentaux comme « la disponibilité et la fiabilité des installations, la durée du témoignage, la distance, les coûts, la capacité de se déplacer, le motif pour lequel les témoins ne peuvent se déplacer, l'importance des témoignages et l'évaluation de la crédibilité. »⁷⁷⁶ Cependant, cette évaluation demeure à la discrétion du tribunal⁷⁷⁷ et ce dernier peut refuser une telle demande, même si les critères cités sont remplis⁷⁷⁸.

⁷⁷⁰ *Dallaire c. Girard*, 2014 QCCA 1790.

⁷⁷¹ *Id.*, par. 12.

⁷⁷² *Id.*, par. 15.

⁷⁷³ *2786630 Canada inc. c. Accent Architectural/ Accent Architectural Canada inc.*, 2015 QCCQ 2550.

⁷⁷⁴ *Id.*, par. 38.

⁷⁷⁵ *Gatti c. Barbosa Rodrigues*, préc., note 751, par. 72.

⁷⁷⁶ *Id.*, par. 72 (renvois omis).

⁷⁷⁷ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 279 al. 4.

⁷⁷⁸ Voir à titre d'exemple *Gameday Leadership Management Consultants inc. c. Kirdy*, 2012 QCCS 6211, par. 13, où la Cour a refusé de faire venir un témoin de l'étranger pour un interrogatoire préalable à cause de l'importance de ses fonctions, ce dernier étant un Sheikh des Émirats arabes unis.

De ce fait, même si les parties de notre cas, et plus particulièrement la partie québécoise, font une demande d'autorisation pour un interrogatoire préalable à distance qui remplit à priori tous les critères, la cour pourra la refuser.

Néanmoins, il appert de la réforme du C.p.c. que la présence du témoin n'a plus nécessairement à être physique, mais peut dorénavant très bien être virtuelle⁷⁷⁹. Ce faisant, nous sommes tout à fait en accord avec les écrits des professeurs Piché et Royer, selon lesquels « la notion de “présence” n'est pas synonyme de matérialité »⁷⁸⁰. En fait, selon le professeur Vermeys, le témoignage à distance et l'usage des technologies de l'information ont une incidence sur la manifestation de l'interrogatoire plus que sa qualification⁷⁸¹.

Or, dans le cadre de la communication de la preuve, nous sommes d'avis que, si l'interrogatoire à distance est ordonné par le tribunal, les documents en cause devront nécessairement être envoyés par moyens technologiques aussi. Cette utilisation incidente des technologies est, selon nous, le véritable impact de la réforme sur le processus de communication. En effet, comme l'édicte la Cour supérieure du Québec dans son arrêt récent *Aarons*, lorsque l'interrogatoire préalable à distance est ordonné, les parties sont tenues de faire parvenir les documents nécessaires avant la date prévue de l'interrogatoire⁷⁸². De ce fait, les parties, lors d'un interrogatoire préalable à distance devront communiquer technologiquement la preuve non seulement selon le C.p.c., mais aussi en respectant les exigences du Chapitre IV du présent mémoire quant à la transmission et la communication des preuves sur support

⁷⁷⁹ C. PICHÉ (dir.) et J.-C. ROYER, préc., note 16, n° 705, p. 557.

⁷⁸⁰ *Id.*

⁷⁸¹ N. W. VERMEYS, préc., note 501, p. 204.

⁷⁸² *Aarons c. Creaform inc.*, préc., note 769, par. 41.

technologique. En d'autres mots, la réforme du C.p.c. force la communication par moyen technologique de la preuve civile internationale.

III. La commission rogatoire : article 499 C.p.c.

Un autre aspect de la réforme du C.p.c. ayant des répercussions sur le processus de communication au préalable de la preuve civile est la transformation du régime de la commission rogatoire. Ayant déjà discuté de du fonctionnement de ce véhicule procédural⁷⁸³, nous nous concentrerons plutôt sur l'analyse de l'aspect technologique lui ayant été octroyé par le législateur lors de la réforme du C.p.c. Il est de notre avis que la commission rogatoire est parmi les régimes procéduraux les plus touchés par le nouveau C.p.c. En effet, l'article 499 alinéa 1 C.p.c. revoit entièrement les critères d'autorisation de la commission rogatoire.

S'inscrivant tout autant dans « l'objectif du législateur de privilégier l'utilisation de moyens technologiques dans la conduite des litiges »⁷⁸⁴, la règle générale prévoit dorénavant que la commission rogatoire ne peut être « ordonnée que si le tribunal est convaincu qu'il n'est pas possible d'interroger une personne ou de recueillir un élément de preuve dans un État étranger à l'aide de moyens technologiques. »⁷⁸⁵ De ce fait, l'article, comme le commente le ministre de la Justice, est soumis aux conditions et exigences de l'article 279 alinéa 4 C.p.c.⁷⁸⁶

⁷⁸³ *Supra*, p. 46.

⁷⁸⁴ Luc CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations – Volume 2 (Art. 391 à 836)*, 4^e éd., vol. 2, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019, art. 499, p. 2253.

⁷⁸⁵ J.-F. DE RICO et P. GINGRAS, préc., note 516, 37; voir : D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 2, préc., note 132, n° 2-839, p. 294.

⁷⁸⁶ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 27, p. 369.

La réforme a donc transformé la commission rogatoire en un outil à utiliser dans les cas d'exceptions.

En effet, la commission rogatoire peut encore être formée, car le tribunal est toujours garant d'une certaine discrétion selon les principes directeurs du C.p.c., dont l'article 26 C.p.c.⁷⁸⁷. Ainsi, si les parties de notre cas n'arrivent pas à s'entendre et que la partie ou le témoin étranger refuse de coopérer, « les parties n'auront d'autre choix que de demander l'assistance du tribunal québécois pour l'émission de lettres rogatoires. »⁷⁸⁸ Comme discuté, la partie québécoise pourra aussi former une commission rogatoire lorsque le témoin étranger ne peut pas se déplacer pour des raisons médicales⁷⁸⁹.

Incidentement, la communication de la preuve se fait, encore une fois, par moyens technologiques, tout comme en cas de témoignage à distance. Par conséquent, la réforme délaisse les commissions rogatoires au profit des interrogatoires à distance et oblige indirectement l'utilisation des moyens technologiques pour effectuer la communication de la preuve civile transfrontalière. Ainsi, comme les procédures de notre cas hypothétique se trouvent en phase préalable, lorsque la partie québécoise demandera la tenue d'une commission rogatoire pour l'exécution d'un interrogatoire préalable, le tribunal ordonnera fort probablement sa tenue à distance, s'il n'y a pas de circonstances autres. Ce faisant, les parties suivront les

⁷⁸⁷ *Id.* ; L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations – Volume 2 (Art. 391 à 836)*, 4^e éd., vol. 2, préc., note 784, art. 499, p. 2254.

⁷⁸⁸ L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations – Volume 2 (Art. 391 à 836)*, 3^e éd., vol. 2, préc., note 172, art. 499, p. 2193.

⁷⁸⁹ *Robinson c. Films Cinar inc.*, 2009 QCCS 3793, par. 742 ; *Mourinha c. Les immeubles Durante Ltée*, préc., note 187, par. 13.

exigences du régime d'interrogatoire préalable plutôt que de commission rogatoire. Par conséquent, la partie québécoise sera autorisée à collecter les éléments de preuve dans leur format d'origine ou dans un des modes de reproduction acceptés par la loi : « Tout élément de preuve dans un format technologique d'origine ou ayant fait l'objet d'une reproduction dans un tel format pourra être recueilli par un moyen technologique. »⁷⁹⁰ De ce fait, comme discuté ci-haut⁷⁹¹, si les parties communiquent des reproductions, elles devront aussi s'assurer de respecter les exigences des articles 2841 et 2842 C.c.Q.⁷⁹².

Pourtant, le nouveau régime nous apparaît faciliter la procédure de communication de la preuve que si la partie internationale coopère. En effet, bien que les devoirs de coopération et de bonne foi s'imposent à cette partie, si elle refuse de coopérer, le tribunal devra obligatoirement former, à notre avis, une commission rogatoire. En fait, selon le régime général d'interrogatoire préalable, il découle de l'article 226 alinéa 1 C.p.c. que lorsqu'en désaccord, la partie ou le témoin « est citée à comparaître à la date et au lieu indiqués dans la citation, laquelle est signifiée au moins cinq jours avant la date prévue pour l'interrogatoire. »⁷⁹³ Cependant, comme discuté au Chapitre II, le juge ne peut contraindre un ressortissant étranger à venir témoigner, étant donné l'absence de disposition dans le C.p.c. à cet égard⁷⁹⁴. De ce fait, puisque nous avons conclu précédemment que les divergences entre les principes québécois et internationaux de coopération et de bonne foi rendent leur efficacité incertaine dans le cadre de

⁷⁹⁰ J.-F. DE RICO et P. GINGRAS, préc., note 516, 38.

⁷⁹¹ *Supra*, p. 152.

⁷⁹² J.-F. DE RICO et P. GINGRAS, préc., note 516, 38.

⁷⁹³ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 226 al. 1.

⁷⁹⁴ *Supra*, p. 57.

notre conflit hypothétique, la partie québécoise n'aura pas d'autres choix, selon nous, que de faire une demande au juge pour une commission rogatoire. Par contre, même cette solution pose problème. Effectivement, comme la formation d'une commission pour l'exécution d'un interrogatoire préalable ne peut être effectuée qu'avec l'accord de toutes les parties, il nous semble, encore une fois, très difficile et même très peu probable que la partie québécoise puisse obtenir la preuve souhaitée, puisque la cause initiale de cette demande est le manque de coopération de la partie internationale. Ainsi, bien que cette situation soit quelque peu extrême, si la partie québécoise est aux prises avec une telle situation, ou même une moins grave, le processus de communication de la preuve internationale est fortement entravé. Conséquemment, nous sommes d'avis que le nouveau régime de commission rogatoire axé sur l'utilisation de la technologie ne facilite pas complètement le processus de communication de la preuve civile internationale.

IV. La notification technologique : articles 110 et 133 C.p.c.

Le dernier élément de la réforme ayant un impact pratique sur le processus de communication de la preuve civile est la notification technologique. Prévu à l'article 110 C.p.c., le régime de notification a pour principal but, selon les auteurs Émery et Ferland, de « porter un document à la connaissance des intéressés, qu'il s'agisse d'une demande introductive d'instance, d'un autre acte de procédure ou de tout autre document »⁷⁹⁵. Avec la réforme, le législateur prévoit désormais, de façon expresse, la notification par moyen technologique, modifiant ainsi le régime de l'A.C.p.c. :

⁷⁹⁵ D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 1, préc., note 23, n° 1-1029, p. 424.

« **110.** La notification peut être faite par tout mode approprié qui permet à celui qui notifie de constituer une preuve de la remise, de l’envoi, de la transmission ou de la publication du document. Elle l’est notamment par l’huissier de justice, par l’entremise de la poste, par la remise du document, par un moyen technologique ou par avis public.

Elle est faite, lorsque la loi le requiert, par l’huissier de justice, auquel cas elle est appelée signification.

Quel que soit le mode de notification utilisé, la personne qui accuse réception du document ou reconnaît l’avoir reçu est réputée avoir été valablement notifiée. »⁷⁹⁶

De fait, comme l’écrit le professeur Gautrais, l’article 110 C.p.c. « est donc venu officialiser l’utilisation du numérique en ouvrant davantage les moyens de communication offerts »⁷⁹⁷. La notification technologique est donc permise « sans autorisation du tribunal lorsque la loi ne prévoit pas de mode spécifique de notification. »⁷⁹⁸ Par conséquent, les parties de notre cas pourront utiliser « tout mode approprié » pour autant que ce dernier permet la création d’une « preuve de la remise, de l’envoi, de la transmission ou de la publication du document. »⁷⁹⁹

Plus précisément, la notification technologique est régie par les articles 133 et 134 C.p.c. :

« **133.** La notification par un moyen technologique se fait par la transmission du document à l’adresse que le destinataire indique être l’emplacement où il accepte de le recevoir ou à celle qui est connue publiquement comme étant l’adresse où il accepte de recevoir les documents qui lui sont destinés, dans la mesure où cette adresse est active au moment de l’envoi.

⁷⁹⁶ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 110.

⁷⁹⁷ V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 77, p. 69.

⁷⁹⁸ L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations – Volume 1 (Art. 1 à 390)*, 4^e éd., vol. 1, préc., note 729, art. 133, p. 760.

⁷⁹⁹ D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 1, préc., note 23, n° 1-1031, p. 424.

Cependant, la notification par un tel moyen n'est admise à l'égard de la partie non représentée que si celle-ci y consent ou que le tribunal l'ordonne.

134. La preuve de la notification par un moyen technologique est faite au moyen d'un bordereau d'envoi ou, à défaut, d'une déclaration sous serment de l'expéditeur.

Le bordereau indique la nature du document transmis, le numéro du dossier du tribunal, le nom de l'expéditeur et du destinataire et leurs coordonnées, de même que le lieu, la date et l'heure et les minutes de la transmission ; il doit contenir également, à moins que la transmission ne soit effectuée par l'entremise d'un huissier, l'information nécessaire pour permettre au destinataire de vérifier l'intégrité de la transmission. Ce bordereau n'est produit au greffe que si une partie le demande. »⁸⁰⁰

Poursuivant l'objectif du législateur de favoriser, selon la ministre, une « utilisation plus fréquente des technologies de l'information pour faire une notification »⁸⁰¹, le régime de notification technologique doit se lire dans le contexte des dispositions de la L.C.C.J.T.I.⁸⁰². En fait, l'article 134 C.p.c. se réfère à la fois, à l'article 30 alinéa 1 L.C.C.J.T.I., en requérant que le mode de notification puisse permettre d'assurer notamment l'intégrité du document, et à l'article 31 L.C.C.J.T.I. en ce qui a trait à la preuve de notification⁸⁰³.

Concrètement, l'article 133 C.p.c. permet donc l'envoi de tout document à l'adresse courriel convenue⁸⁰⁴ ou « celle qui est connue publiquement »⁸⁰⁵, dès lors qu'elles sont actives

⁸⁰⁰ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 133 et 134.

⁸⁰¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 27, p. 123.

⁸⁰² *Id.*

⁸⁰³ A. GUILMAIN, préc., note 518, 505; MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *id.*, p. 124.

⁸⁰⁴ A. GUILMAIN, *id.*, 503; V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 79, p. 70.

⁸⁰⁵ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 133 al 1; D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 1, préc., note 23, n° 1-1077, p. 434; V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, *id.*, n° 79, p. 70 et 71.

lors de l'envoi⁸⁰⁶. Cependant, il appert de la doctrine que ces conditions peuvent être aisément remplies si les parties sont représentées⁸⁰⁷. En effet, l'adresse électronique professionnelle des avocats étant non seulement publique, elle est aussi obligatoirement active en vertu de l'obligation déontologique prévue à l'article 3 alinéa 2 du *Règlement sur la comptabilité et les normes d'exercice professionnel des avocats*⁸⁰⁸. Pour les parties non représentées, l'article 133 alinéa 2 C.p.c., demande plutôt que le consentement à la notification technologique soit « clair »⁸⁰⁹.

Dans notre cas, les deux parties sont représentées par avocat. Ce faisant, si l'avocat de la partie internationale est québécois, la notification technologique respectera les obligations déontologiques de l'avocat. Or, si le représentant de la partie internationale est étranger, nous croyons que la partie québécoise devrait obtenir le consentement explicite de l'avocat étranger, et ce, au même titre que si elle faisait affaire à une partie non représentée. En fait, même si le représentant international est assujéti à une obligation déontologique similaire à celle du Québec, nous sommes d'avis que l'obtention de son consentement demeure pertinente afin d'éviter toute erreur et tout potentiel de contestation. Les régimes juridiques étant différents et

⁸⁰⁶ *Code de procédure civile, id.* ; D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 1, *id.* ; V. GAUTRAIS, *La preuve technologique, id.* ; A. GUILMAIN, préc., note 518, 504.

⁸⁰⁷ L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations – Volume 1 (Art. 1 à 390)*, 4^e éd., vol. 1, préc., note 729, art. 133, p. 761.

⁸⁰⁸ L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations – Volume 1 (Art. 1 à 390)*, 4^e éd., vol. 1, *id.*; *Règlement sur la comptabilité et les normes d'exercice professionnel des avocats*, RLRQ, c. B-1, r. 5, art. 3, al. 2 : « L'avocat doit avoir accès à un ordinateur à son domicile professionnel et posséder une adresse de courrier électronique professionnelle établie à son nom. »

⁸⁰⁹ L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations – Volume 1 (Art. 1 à 390)*, 4^e éd., vol. 1, *id.*

la nature du conflit étant internationale, les parties seront mieux protégées, selon nous, si elles conviennent de la méthode de notification de façon préalable.

De plus, l'article 134 C.p.c. détermine que, lorsqu'en cas de notification technologique, les parties de notre litige hypothétique doivent faire la preuve de cette dernière par la communication d'un « bordereau d'envoi ou, à défaut, d'une déclaration sous serment de l'expéditeur »⁸¹⁰. Ainsi, selon M^e Guilmain, l'article 134 C.p.c. « vise à assurer que la notification a bel et bien été envoyée à des fins de preuve judiciaire »⁸¹¹. Ce bordereau contiendra ainsi, selon l'alinéa 2 de l'article 134 C.p.c., « l'information nécessaire pour permettre au destinataire de vérifier l'intégrité de la transmission »⁸¹². Ce faisant, le C.p.c. réfère explicitement à la notion d'intégrité prévue à l'article 6 L.C.C.J.T.I. et celle de documentation de l'article 31 alinéa 3 L.C.C.J.T.I.⁸¹³.

Toutefois, les parties de notre cas ne devront pas faire parvenir une preuve par bordereau dans tous les cas. À vrai dire, le législateur exempte les parties de cette preuve à l'article 110 alinéa 3 C.p.c. en prévoyant une présomption de réception ou de notification⁸¹⁴, qui n'est pas sans rappeler les présomptions des articles 31 L.C.C.J.T.I. En effet, selon cette

⁸¹⁰ D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 1, préc., note 23, n° 1-1079, p. 434; voir : L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations – Volume 1 (Art. 1 à 390)*, 4^e éd., vol. 1, préc., note 729, art. 134, p. 764; *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 134 al. 1; V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 81, p. 72.

⁸¹¹ A. GUILMAIN, préc., note 518, 504.

⁸¹² *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 134, al. 2.

⁸¹³ *Id.*; A. GUILMAIN, préc., note 518, 505.

⁸¹⁴ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 110, al. 3; voir : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 27, p. 110.

présomption de droit nouveau et au caractère absolu⁸¹⁵, la personne « qui accuse réception du document ou reconnaît l'avoir reçu est réputée avoir été valablement notifiée. »⁸¹⁶ En d'autres mots, l'avocat de la partie québécoise recevant, par exemple, le courriel contenant la preuve internationale est réputé avoir été notifié par les représentants de la partie internationale, qu'ils soient au Québec ou à l'international.

Par ailleurs, il est aussi prévu que l'authenticité des documents provenant d'une notification faite par un avocat à un autre avocat est maintenue lorsqu'ils portent la signature de ces derniers⁸¹⁷. Cependant, cette présomption ne s'applique pas, à notre avis, aux éléments de preuve transmis par les parties ou à ces dernières. En effet, appliquer cette présomption à la communication de l'entièreté de la preuve serait en contradiction avec non seulement les conditions de la L.C.C.J.T.I. détaillées au dernier chapitre, mais aussi avec l'alinéa 2 de l'article 134 C.p.c. À quoi servirait-il de demander les informations sur l'intégrité des documents dans le bordereau d'envoi si le seul fait de les communiquer par l'entremise des avocats prouve leur authenticité ? De plus, la condition de la signature de l'avocat confirme cette pensée selon nous, car elle limite l'exception à certains documents précis. De ce fait, seuls les documents signés par les représentants de la partie québécoise et la partie internationale de notre cas pratique sont présumés authentiques et non toute la preuve communiquée.

⁸¹⁵ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *id.*

⁸¹⁶ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 110, al. 3; voir : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *id.*; D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 1, préc., note 23, n° 1-1033, p. 425.

⁸¹⁷ *Code de procédure civile*, *id.*, art. 113 : « 113. La notification faite par l'avocat, le notaire ou l'huissier à un correspondant lui-même avocat, notaire ou huissier, peut être faite par tout moyen de communication et la signature de ce correspondant assure l'authenticité du document transmis. » Aussi, voir : D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 1, *id.*, n° 1-1041, p. 427; A. GUILMAIN, préc., note 518, 506.

De plus, pour s'assurer du maintien de l'intégrité des preuves, les parties pourront utiliser un outil supplémentaire. En fait, la Chambre des huissiers de justice du Québec, le 15 mai 2012, a mis en place une plateforme sécurisée de notification et de signification technologique, sous le nom de NotaBene⁸¹⁸. Bien que soumise à l'article 133 C.p.c. selon la doctrine, la plateforme NotaBene, lorsqu'utilisée, dispense les usagers d'envoyer les informations relatives à l'intégrité en vertu de l'article 134 C.p.c.⁸¹⁹.

Puis, il découle de l'article 134 alinéa 2 *in fine* C.p.c. que les parties de notre cas pourraient demander la production au greffe du bordereau⁸²⁰. Or, la Cour du Québec, dans l'arrêt *Procureur général du Canada*⁸²¹, a refusé d'appliquer cette partie de l'article, car elle la jugeait en contradiction avec l'ensemble des règles du C.p.c.⁸²². Ce faisant, l'article pourrait inclure non seulement la production de la preuve de notification à la demande des parties, mais aussi à la demande du tribunal, comme la Cour a conclu en demandant la production dudit bordereau⁸²³.

⁸¹⁸ CHAMBRE DES HUISSIERS DE JUSTICE DU QUÉBEC, « Lancement de la plateforme de notification et signification électronique NotaBene », *NewsWire.ca*, 15 mai 2012, en ligne : <<https://www.newswire.ca/fr/news-releases/lancement-de-la-plateforme-de-notification-et-signification-electronique-notabene-510243491.html>>.

⁸¹⁹ L. CHAMBERLAND (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations – Volume 1 (Art. 1 à 390)*, 4^e éd., vol. 1, préc., note 729, art. 134, p. 764.

⁸²⁰ *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 134, al. 2.

⁸²¹ *Procureur général du Canada c. 6569641 Canada inc.*, 2017 QCCQ 8442.

⁸²² *Id.*, par. 36 et 37; V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, préc., note 508, n° 82, p. 73.

⁸²³ *Procureur général du Canada c. 6569641 Canada inc.*, *id.*, par. 37; voir : V. GAUTRAIS, *La preuve technologique*, *id.*, n° 82, p. 72 et 73. Pour une analyse approfondie de l'arrêt *Procureur général du Canada c. 6569641 Canada inc.*, 2017 QCCQ 8442, voir : Antoine GUILMAIN et Aya BARBACH, « Commentaires sur la décision Procureur général du Canada c. 6569641 Canada Inc. – Preuve de la notification technologique : il y a résolument qu'une lettre de TIC à hic... », *Repères*, octobre 2017, EYB2017REP2342 (La Référence).

Toutefois, comme le conflit hypothétique du présent mémoire est international, il existe un régime particulier lorsque les parties doivent notifier des documents à l'international. En effet, l'article 494 C.p.c. de droit nouveau⁸²⁴ « confirme que la *Convention relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale* a force de loi au Québec »⁸²⁵ (ci-après « la Convention »). Le Canada étant un pays signataire de cette convention⁸²⁶, lorsque les parties transmettent des documents dans un autre pays membre, elles doivent s'astreindre au régime prévu par la Convention, car celle-ci est impérative et d'application exclusive⁸²⁷. Cependant, si la notification se fait vers un pays qui n'est pas membre de la Convention, le régime général québécois ou celui du pays de destination s'applique, tout dépendant de la nature des documents et des circonstances entourant la notification⁸²⁸.

En fait, l'analyse du régime complet de la Convention n'étant pas nécessaire aux fins du présent mémoire, nous ne commenterons le tout que brièvement. Dans le cadre de notre cas

⁸²⁴ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 27, p. 365.

⁸²⁵ *Id.*, p. 365 et 366 ; voir : *Convention de La Haye relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale*, 15 novembre 1965, en ligne : <<https://assets.hcch.net/docs/54f29c24-a77b-4570-ab95-cb5b6907a821.pdf>>.

⁸²⁶ CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, « État présent – Convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale », *hcch.net*, en ligne : <<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=17>>.

⁸²⁷ D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 2, préc., note 132, n° 2-814 et 2-816, p. 282 et 283.

⁸²⁸ *Id.*, n° 2-823 et 2-824, p. 286 et 287 ; *Code de procédure civile*, préc., note 21, art. 494 al. 2 : « La notification, dans un État qui n'est pas partie à cette convention, s'effectue suivant les modes prévus au livre I ou conformément au droit en vigueur au lieu où elle doit être effectuée. Le tribunal peut, sur demande, si les circonstances l'exigent, autoriser un autre mode de notification. »

pratique, comme la procédure est instituée devant les tribunaux québécois, il y a fort à parier que l'entreprise étrangère engagera des avocats québécois pour la représenter, tel que mentionné plus haut. Ce faisant, les avocats de la partie québécoise pourront notifier des documents aux avocats québécois de la partie étrangère, en vertu de l'article 128 C.p.c.⁸²⁹. Par conséquent, en procédant ainsi, les parties pourront utiliser le régime général québécois de notification et non les dispositions particulières de la Convention. À notre avis, la notification internationale ne s'applique, d'une certaine façon, que si la partie étrangère a des avocats étrangers. Donc, par souci d'efficacité des procédures, la partie internationale bénéficierait, selon nous, à engager un avocat québécois.

Ainsi, les technologies de l'information ont un impact flagrant sur les règles procédurales québécoises, et particulièrement sur le processus de communication au préalable de la preuve civile, car elles se sont immiscées, dans la plupart des cas, au premier rang des moyens à utiliser pour accomplir les procédures. De cette façon, les parties de notre cas sont non seulement soumises, mais parfois obligées, à notre avis, d'utiliser la technologie lors de l'étape de communication au préalable.

⁸²⁹ D. FERLAND et B. EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 2, *id.*, n° 2-813, p. 282 ; *Code de procédure civile*, *id.*, art. 128 : « La notification peut être faite à la personne désignée par le destinataire ou à son domicile élu ; si le destinataire n'a ni domicile, ni résidence, ni établissement d'entreprise au Québec, elle peut être faite au cabinet de l'avocat qui le représente ou du notaire qui agit pour lui. »

B. Sécurité des données et communication de la preuve civile transfrontalière

La section précédente nous a permis de discuter des dernières considérations pratiques purement procédurales à respecter par les parties lors de la communication en phase préalable de la preuve internationale. Or, pour la dernière section du présent chapitre, nous analyserons le dernier régime juridique applicable dans le cadre du conflit hypothétique, soit le régime de protection des données personnelles. L'utilisation des technologies nécessite, comme mentionné précédemment, une attention particulière à la sécurité des documents transmis, car elle détient une importance particulière lors de la communication des preuves contenant ou concernant des renseignements personnels⁸³⁰.

En fait, l'augmentation de la circulation des informations et des diverses données personnelles au niveau mondial entraîne des enjeux spécifiques qui affectent grandement le processus de communication de la preuve civile internationale (I). Ainsi, pour les fins de notre cas, l'échange de preuves entre l'entreprise québécoise et l'entreprise étrangère pourra traiter d'éléments de preuve contenant des renseignements personnels. Lorsque face à ce type de document, les parties de notre litige hypothétique devront d'abord départager l'application des exigences canadiennes et québécoises en matière de communication transfrontalière de données personnelles(II). Puis, comme la partie étrangère peut provenir soit d'Europe (III) ou des États-Unis (IV), les parties devront toutes deux mettre au point les obligations s'appliquant dans le cas de transfert international de données personnelles de ces régions vers le Québec. Cette

⁸³⁰ Pour les fins de la présente section, les notions de « données personnelles » et de « renseignements personnels » auront la même signification.

analyse est le dernier élément à prendre en considération par les parties de notre cas. En effet, elles devront à la fois s'assurer de minimiser les risques d'atteinte à la vie privée et faire en sorte que la communication de la preuve concernée soit légale. Pour mieux uniformiser le présent mémoire et de par l'importance des activités commerciales entre le Québec, l'Europe et les États-Unis, nous avons préféré limiter notre analyse à ces deux régions.

I. La protection des données personnelles et le commerce international

L'évolution des nouvelles technologies et des nouveaux moyens de communication a eu un effet substantiel sur l'évolution de la mondialisation. En effet, selon l'auteure Susan Wortzman, non seulement l'économie mondiale est maintenant axée sur les données informatiques, mais elle en dépend⁸³¹. Dorénavant, les « transferts internationaux sont au cœur de l'activité économique de notre société digitale globalisée. »⁸³² En fait, le consensus est clair, la circulation des données est essentielle au commerce international, car, comme l'écrit le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, l'« actuelle économie mondiale interdépendante repose sur la circulation internationale de l'information. »⁸³³ Incidemment, il découle, selon les auteurs Burton et Cadiot, que « les entreprises ont un besoin vital de pouvoir faire circuler les données à caractère personnel entre les différentes entités, vers leurs partenaires

⁸³¹ Susan WORTZMAN (dir), *E-Discovery in Canada*, 3^e éd., Toronto, LexisNexis, 2017, p. xxi.

⁸³² Cédric BURTON et Sarah CADIOT, « Règlement général sur la protection des données : les transferts internationaux des données » dans Benjamin DOCQUIR (dir.), *Vers un droit européen de la protection des données ?*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 59, à la p. 60.

⁸³³ COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *Traitement transfrontalier des données personnelles : Lignes directrices*, Gatineau, Gouvernement du Canada, 2009, en ligne : <https://www.priv.gc.ca/media/1994/gl_dab_090127_f.pdf>, p. 3 (PDF).

commerciaux et leurs sous-traitants »⁸³⁴. Donc, comme les entreprises exportent de plus en plus leurs activités à l'international, soit en faisant affaire avec des compagnies étrangères ou en ouvrant des branches à l'étranger, les transferts de données personnelles ne connaissent plus de frontières ce qui cause, selon nous, de nombreux dilemmes juridiques.

En effet, comme l'écrit l'auteur M. James Daley, les lois semblent avoir de la difficulté à encadrer ce nouveau phénomène : « While it is true that information is the currency of the new millennium, there are very few tools to help us process the daily flood of data noise into actionable knowledge. »⁸³⁵ Par ailleurs, un des impacts les plus marquants de ce phénomène a justement trait à la communication de la preuve civile internationale. En effet, toujours selon M. Daley, « [t]he ability to balance the competing interests of cross-border disclosures and data privacy is severely diminished by this rapid rate of technological change. »⁸³⁶

La protection des données personnelles est, en réalité, une notion éminemment liée aux diverses législations nationales⁸³⁷. Ainsi, puisqu'elle se transforme maintenant en un concept global et décentralisé⁸³⁸ nombreuses interrogations émergent. En fait, la protection des données sensibles est substantiellement affectée, car ces changements sont de nature tant

⁸³⁴ C. BURTON et S. CADIOT, préc., note 832, à la p. 60.

⁸³⁵ M. J. DALEY, « Information Age Catch 22: The Challenge of Technology To Cross-Border Disclosure & Data Privacy », 12 *SEDONA CONF. J.* 121, 122 (2011) (HeinOnline).

⁸³⁶ *Id.*

⁸³⁷ *Id.*, 123.

⁸³⁸ K. FRIEDMAN, « Canada's Privacy Regime and It Relates to Litigation and Trans-Border Data Flows », 13 *SEDONA CONF. J.* 253, 262 (2012) (HeinOnline).

organisationnelle que légale⁸³⁹. Incidemment, puisque la « libéralisation des échanges et la diffusion des technologies de l’information accentuent les flux transfrontières des données »⁸⁴⁰ en permettant une distribution massive d’information (« *mass distribution of information* »)⁸⁴¹, selon Mme Tremblay, les « inquiétudes concernant la protection des renseignements personnels et de la vie privée »⁸⁴² ne font qu’augmenter.

Donc, que le flux transfrontalier s’effectue entre deux branches d’une même compagnie se trouvant dans deux pays différents ou entre deux entreprises distinctes n’opérant pas dans le même pays, comme dans le cadre de notre cas pratique, l’absence d’harmonisation entre les régimes de protection des données personnelles à l’échelle internationale⁸⁴³ affecte la fluidité des échanges, selon nous. En effet, il en est ainsi, car l’exécution d’un transfert transfrontalier des données personnelles se solde en un changement de législation⁸⁴⁴. De ce fait, ce dernier augmente par le fait même les risques d’infractions aux divers régimes nationaux de protection

⁸³⁹ M. J. DALEY, préc., note 835, 137; C. ZEUNERT, D. ROSENTHAL, « Cross-Border Discovery – Practical Considerations and Solutions for Multinationals », 12 *SEDONA CONF. J.* 145, 145 (2011) (HeinOnline).

⁸⁴⁰ Monica TREMBLAY, *Flux transfrontières de données et protection de la vie privée : une conjonction difficile*, Québec, Cahier de recherche, Québec, Laboratoire d’étude sur les politiques publiques et la mondialisation, ENAP, mars 2010, en ligne : <http://www.leppm.enap.ca/leppm/docs/Cahier%20recherche/Cahier%20de%20recherche_Tremblay_Flux%20donnéesvf.pdf>, p. 2.

⁸⁴¹ S. WORTZMAN (dir), préc., note 831, p. 153.

⁸⁴² M. TREMBLAY, préc., note 840, p. 3.

⁸⁴³ Justine BERTAUD DU CHAZAUD, *La protection des données personnelles en droit international privé*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2015, en ligne : <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/16320/Bertaud_du_Chazaud_Justine_2015_memoire.pdf?sequence=2&isAllowed=y>, p. 14-15.

⁸⁴⁴ M. TREMBLAY, préc., note 840, p. 3.

des renseignements personnels⁸⁴⁵, ce qui entrave, à notre avis, la circulation de l'information et la preuve, puisque les parties sont indirectement soumises à divers cadres normatifs. Par conséquent, nous souscrivons à l'opinion de l'auteur Halkerston, selon lequel les lois portant sur la protection des renseignements personnels sont maintenant de plus en plus importantes, car elles peuvent « put a litigant in a position of conflict between foreign disclosure obligations and domestic data privacy rights. »⁸⁴⁶

Ce faisant, les impacts de cette tension entre les technologies et les données personnelles sur les litiges sont bien réels. Comme l'écrit le professeur Trudel, avoir «recours aux technologies de l'information peut accentuer les risques de divulgation d'informations relatives aux personnes.»⁸⁴⁷ Ainsi, dans le cadre du processus de communication de la preuve civile transfrontalière, il existe maintenant une certaine friction entre les règles procédurales et la législation sur la protection des données personnelles puisque les parties devront parfois prendre connaissance de preuves contenant des renseignements personnels, que ce soit par les dossiers d'entreprises ou autres⁸⁴⁸. Conséquemment, les cours canadiennes comme internationales se voient dans l'obligation de conjuguer avec, d'un côté, des lois vieillissantes⁸⁴⁹, et de l'autre, une économie évoluant en un modèle fondé sur l'échange d'informations à l'international⁸⁵⁰.

⁸⁴⁵ *Id.*

⁸⁴⁶ G. HALKERSTON, préc., note 233, 946.

⁸⁴⁷ P. TRUDEL, préc., note 686, p. 167.

⁸⁴⁸ S. WORTZMAN (dir), préc., note 831, p. 158 et 155.

⁸⁴⁹ M. TREMBLAY, préc., note 840, p. 3.

⁸⁵⁰ K. FRIEDMAN, préc., note 838, 253.

Au Québec, les avocats sont astreints tant aux régimes national et que provincial des lois en matière de vie privée et de protections des données personnelles. Les exigences de ces dernières « doivent être prises en considération par les avocats pour toute collecte, utilisation et communication de renseignements personnels ou pour l'accès à ceux-ci. »⁸⁵¹ Cette affirmation inclut aussi les exigences de la L.C.C.J.T.I. puisque, comme le professeur Trudel l'écrit, les dispositions de cette dernière « viennent compléter les exigences des lois générales relatives à la protection des renseignements personnels. »⁸⁵²

Or, qu'est-ce qu'un renseignement personnel ? Que ce soit la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*⁸⁵³ (ci-après « L.P.R.P.D.É. »), la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*⁸⁵⁴ (ci-après « L.P.R.P.S.P. ») ou le nouveau *Règlement général sur la protection des données*⁸⁵⁵ européen (ci-après « R.G.P.D. »), tous définissent la notion de façon similaire. En effet, un renseignement personnel est défini comme étant « tout renseignement concernant un individu

⁸⁵¹ COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *La LPRPDE et votre pratique : Guide de protection de la vie privée à l'intention des avocats*, Gatineau, Gouvernement du Canada, 2011, en ligne : <https://www.priv.gc.ca/media/2013/gd_phl_201106_f.pdf>, p. 1.

⁸⁵² P. TRUDEL, préc., note 686, p. 167.

⁸⁵³ *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5.

⁸⁵⁴ *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, RLRQ, c. P-39.1.

⁸⁵⁵ Règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements des données à caractère personnel et à la libre-circulation de ces données, et abrogeant la Directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), *J.O.*, L 119 du 4.05.2016, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=FR>> (ci-après pour les notes, « *Règlement général sur la protection des données* »)

identifiable»⁸⁵⁶, selon la L.P.R.P.D.É., « tout renseignement qui concerne une personne physique et permet de l'identifier »⁸⁵⁷, selon la L.P.R.P.S.P., ou « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable »⁸⁵⁸, selon le R.G.P.D.

De plus, chaque définition se voit attribuer une interprétation large et libérale⁸⁵⁹. Dans le contexte canadien, le renseignement, selon les auteurs Kardash et Kosseim, « will be deemed to be about an “identifiable individual” where it is reasonably possible for an individual to be identified through the use of that information »⁸⁶⁰, laissant ainsi une certaine marge d'appréciation. Dans le cadre européen, le R.G.P.D. propose plutôt une liste non exhaustive de types d'informations qui peuvent constituer des renseignements personnels et qui peuvent être utilisées à titre de lignes directrices⁸⁶¹.

⁸⁵⁶ *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, préc., note 853, art. 2; voir : COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *La LPRPDE et votre pratique : Guide de protection de la vie privée à l'intention des avocats*, préc., note 851, p. 3.

⁸⁵⁷ *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, préc., note 854, art. 2

⁸⁵⁸ *Règlement général sur la protection des données*, préc., note 855, art. 4(1); voir : Guillaume DESGENS-PASANAU, *La protection des données personnelles : le RGPD et la nouvelles loi française*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, 2018, n° 32, p. 14.

⁸⁵⁹ G. DESGENS-PASANAU, *id.*, n° 32, p. 14 et 15 ; COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *La LPRPDE et votre pratique : Guide de protection de la vie privée à l'intention des avocats*, préc., note 851, p. 3; Adam KARDASH et Patricia KOSSEIM, « Chapter 7 : Canada » dans Tim HICKMAN et Detlev GABEL (dir.), *The International Comparative Legal Guide to : Data Protection 2018*, 5^e éd., London, Global Legal Group, 2018, p. 54, en ligne : <<https://www.osler.com/osler/media/Osler/reports/privacy-data/Data-Protection-Laws-in-Canada-2018.pdf>>, aux p. 54 et 55.

⁸⁶⁰ A. KARDASH et P. KOSSEIM, *id.*, à la p. 55.

⁸⁶¹ *Règlement général sur la protection des données*, préc., note 855, art. 4 (1) : « [...]est réputée être une ‘personne physique identifiable’ une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant

II. Le régime canadien et québécois de transferts transfrontaliers de données personnelles et la communication de la preuve civile

Que l'on soit en présence de la L.P.R.P.D.É. ou de la L.P.R.P.S.P., les deux lois visent toutes les deux le même objectif, soit d'encadrer la collecte, l'utilisation et la communication des renseignements personnels dans un contexte commercial et celles effectuées par les avocats représentant ces entreprises⁸⁶². La L.P.R.P.S.P. a toutefois préséance sur la L.P.R.P.D.É. au Québec en vertu du *Décret d'exclusion visant des organisations de la province de Québec*⁸⁶³, selon lequel la L.P.R.P.S.P. est maintenant reconnue comme étant «essentiellement similaire»⁸⁶⁴ à la L.P.R.P.D.É. Cependant, la loi québécoise ne s'applique qu'aux transferts de données s'effectuant au sein même de la province⁸⁶⁵. Ainsi, le régime fédéral demeure en vigueur pour ce qui a trait aux transferts transfrontaliers de données personnelles, c'est-à-dire pour ceux hors de la province et hors du pays⁸⁶⁶.

en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale; »

⁸⁶² *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, préc., note 853, art. 3; *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, préc., note 854, art. 1; *Air Canada c. Constant*, 2003 CanLII 1018 (QC C.S.), par. 30 et 32; voir : COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *La LPRPDE et votre pratique : Guide de protection de la vie privée à l'intention des avocats*, préc., note 851, p. 1; M. TREMBLAY, préc., note 840, p. 14.

⁸⁶³ *Décret d'exclusion visant des organisations de la province de Québec*, DORS/2003-374.

⁸⁶⁴ *Id.*; Jean-François DE RICO, « La communication de renseignements personnels à l'extérieur du Québec : pour un voyage sans turbulence (art. 17 de la Loi sur le secteur privé) » dans S.F.C.B.Q., vol. n° 392, *Les 20 ans de la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 231, à la p. 244.

⁸⁶⁵ K. FRIEDMAN, préc., note 838, 255; M. TREMBLAY, préc., note 840, p. 12 et 13.

⁸⁶⁶ M. TREMBLAY, *id.*, p. 13; COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *Traitement transfrontalier des données personnelles : Lignes directrices*, préc., note 833, p. 2 (PDF); COMMISSARIAT À LA

La complexité de la situation en cas de communication de la preuve civile explique pourquoi la loi québécoise et fédérale, bien que permettant toutes deux la communication de données personnelles à des États étrangers⁸⁶⁷, n'ont, à priori, pas de portée extraterritoriale⁸⁶⁸. De ce fait, dès lors que les informations quittent le territoire canadien ou québécois, c'est « la loi du pays où se trouvent les données qui s'applique en cas de nécessité »⁸⁶⁹. Seule la loi fédérale peut s'appliquer à une entreprise internationale, et ce, seulement si l'activité économique en question a un lien réel et substantiel avec le Canada⁸⁷⁰, selon l'arrêt de la Cour fédérale du Canada *Lawson*⁸⁷¹.

En d'autres mots, en cas de transfert de données à caractère personnel à l'international, les auteurs Kardash et Kosseim écrivent que « organisations are responsible for personal information in their custody or control, including personal information transferred to third parties for processing. »⁸⁷² Ces notions de « processing » ou « traitement » sont définies sous le régime canadien comme étant « the collection, use, modification, storage, disclosure or

PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *La LPRPDE et votre pratique : Guide de protection de la vie privée à l'intention des avocats*, préc., note 851, p. 2; J.-F. DE RICO, préc., note 864, à la p. 238, note 11.

⁸⁶⁷ *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, préc., note 854, art. 17; K. FRIEDMAN, préc., note 838, 262.

⁸⁶⁸ COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *La LPRPDE et votre pratique : Guide de protection de la vie privée à l'intention des avocats*, préc., note 851, p. 17; *X. c. Kroll Background America (Canada)*, [2005] n° AZ-50336860, par. 15 (C.A.I.).

⁸⁶⁹ M. TREMBLAY, préc., note 840, p. 7.

⁸⁷⁰ COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *La LPRPDE et votre pratique : Guide de protection de la vie privée à l'intention des avocats*, préc., note 851, p. 17.

⁸⁷¹ *Lawson c. Accusearch Inc.*, 2007 CF 125, par. 3, 34 et 51.

⁸⁷² A. KARDASH et P. KOSSEIM, préc., note 859, à la p. 60.

destruction of personal information »⁸⁷³ et aussi, depuis le 9 avril 2019, comme « des communications de renseignements personnels »⁸⁷⁴. En effet, le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada (ci-après, « C.P.V.P. »), dans son Rapport n° 2019-001⁸⁷⁵, s'est dissocié de sa position antérieure traitant les transferts aux fins de traitement comme des utilisations de données, pour maintenant les considérer comme des communications⁸⁷⁶. Ainsi, les parties de notre cas effectueront un traitement transfrontalier conforme à la loi canadienne lorsqu'elles se communiqueront la preuve contenant des données personnelles.

Par ailleurs, même si les régimes sont tous deux axés sur l'obtention du consentement des parties intéressées pour l'exécution d'un transfert, ils permettent toutefois, de façon exceptionnelle, certains échanges sans consentement⁸⁷⁷. Au niveau québécois, la L.P.R.P.S.P.

⁸⁷³ *Id.*, à la p. 55.

⁸⁷⁴ COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *Enquête sur la conformité d'Équifax Inc. et d'Équifax Canada à la LPRPDE à la suite de l'atteinte à la sécurité des renseignements personnels en 2017*, Rapport de conclusions d'enquête en vertu de la LPRPDE n° 2019-001, Gatineau, 9 avril 2019, en ligne : <<https://www.priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/enquetes/enquetes-visant-les-entreprises/2019/lprpde-2019-001/#fn13-rtf>>, n° 101 et 111.

⁸⁷⁵ *Id.*

⁸⁷⁶ COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *Traitement transfrontalier des données personnelles : Lignes directrices*, préc., note 833, p. 5 (PDF); Antoine GUILMAIN, Julie UZAN-NAULIN et Bruce TATTRIE, « Le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada revoit sa position sur les transferts d'informations personnelles et ouvre une consultation sur la circulation transfrontière des renseignements personnels », *Fasken*, 2 mai 2019, en ligne : <<https://www.fasken.com/fr/knowledge/2019/05/van-opc-consultation-on-cross-border-transfers/>>.

⁸⁷⁷ COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *La LPRPDE et votre pratique : Guide de protection de la vie privée à l'intention des avocats*, préc., note 851, p. 4; K. FRIEDMAN, préc., note 838, 256; *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, préc., note 854, art. 18; *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, préc., note 853, art. 7.

prévoit une exception explicite, à son article 18 alinéa 1(1^o), à l'obligation pour une entreprise assujettie d'obtenir le consentement des personnes intéressées lorsqu'elle communique des données personnelles à son avocat et dans le cadre d'un litige⁸⁷⁸. De plus, le législateur québécois prévoit que les procureurs d'une partie peuvent, suite à ce transfert, « communiquer ces renseignements dans la mesure où cette communication est nécessaire, dans l'exercice de leurs fonctions, à la réalisation des fins pour lesquelles elles en ont reçu communication. »⁸⁷⁹ Ainsi, dans notre cas, les renseignements personnels de l'entreprise québécoise pourront être transmis au procureur québécois de la partie internationale conformément à la loi, et ce, sans le consentement des personnes dont les données sont communiquées.

Or, la loi fédérale ne prévoit pas d'exception aussi explicite que sa contrepartie québécoise⁸⁸⁰. En fait, toujours selon le C.P.V.P., la loi fédérale prévoit elle aussi certaines « exceptions qui permettent la collecte, l'utilisation ou la communication des renseignements personnels à l'insu de l'intéressé dans le cadre d'instances judiciaires »⁸⁸¹, notamment par l'entremise de l'article 7(3) L.P.R.P.D.É.⁸⁸² Si les articles 7(2) a) et b), et 7(1) b) L.P.R.P.D.É. s'avèrent utiles pour l'analyse des dossiers⁸⁸³, il découle toutefois, selon la doctrine, que la

⁸⁷⁸ *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, *id.*, art. 18 al. 1(1^o).

⁸⁷⁹ *Id.*, art. 18 al. 3.

⁸⁸⁰ COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *La LPRPDE et votre pratique : Guide de protection de la vie privée à l'intention des avocats*, préc., note 851, p. 19.

⁸⁸¹ *Id.*, p. 19.

⁸⁸² *Id.*, p. 22 ; K. FRIEDMAN, préc., note 838, 256 ; S. WORTZMAN (dir), préc., note 831, p. 163 ; *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, préc., note 853, art. 7(3).

⁸⁸³ K. FRIEDMAN, *id.*, 256 ; S. WORTZMAN (dir), *id.*, p. 163 ; voir : *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, *id.*, art. 7(2) a) et b), 7(1) b).

portée de ces derniers est incertaine contrairement à l'article 7(3) L.P.R.P.D.É. qui permet pour sa part « the production of information to an opposing party »⁸⁸⁴. De ce fait, en cas de situation de conflit entre deux entreprises et après avoir déterminé que la L.P.R.P.D.É. s'appliquait en l'espèce⁸⁸⁵, l'avocat de la partie québécoise de notre cas pourra quand même communiquer les preuves à l'étranger. Par l'application du régime fédéral aux transferts transfrontaliers, la partie québécoise de notre cas pratique pourra communiquer les renseignements personnels québécois aux avocats même étrangers de la partie internationale de notre cas, sans consentement des personnes visées, sous la L.P.R.P.D.É.

Incidentement, les parties à un litige sont exemptées d'obtenir le consentement, selon les auteurs Kardash et Kosseim, lorsqu'elles doivent respecter les règles procédurales⁸⁸⁶. Or, toujours selon ces auteurs, les avocats représentant les entreprises doivent, de façon générale, se limiter à produire et communiquer ce qui est nécessaire :

« As such, organisations must only disclose the personal information in the manner and to the extent to which a reasonable person would consider appropriate in the circumstances, must limit the amount of personal information that is disclosed to that which is reasonably necessary to the circumstances, and must appropriately safeguard the transmission of personal information. »⁸⁸⁷

En d'autres mots, les parties de notre cas et leur procureur doivent agir dans les limites des principes de pertinence et de proportionnalité, conformément aux enseignements du Chapitre I.

⁸⁸⁴ S. WORTZMAN (dir), *id.*, p. 163.

⁸⁸⁵ COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *La LPRPDE et votre pratique : Guide de protection de la vie privée à l'intention des avocats*, préc., note 851, p. 17.

⁸⁸⁶ A. KARDASH et P. KOSSEIM, préc., note 859, à la p. 63.

⁸⁸⁷ *Id.*

Par ailleurs, bien qu'il appert de la doctrine, que « [i]t is less likely that a party will continue to be accountable for the safeguarding of personal information produced to an opponent in litigation »⁸⁸⁸, nous ne pouvons souscrire entièrement à cette vision. En effet, nous croyons que les avocats québécois comme internationaux, qu'ils soient soumis aux régimes fédéral ou provincial, doivent continuer de protéger dans une certaine mesure les éléments de preuve contenant des données personnelles afin de ne pas compromettre la qualité de la preuve. En fait, nous sommes d'avis que puisque l'obligation générale de maintien de la protection des données personnelles est applicable tout au long du cycle de vie des documents⁸⁸⁹, elle s'étend, par le fait même, à la durée du litige en cours. Cette inclusion est, en réalité, nécessaire, selon nous, afin d'accomplir la preuve d'authenticité du document technologique contenant des renseignements personnels, comme discuté lors du Chapitre IV. À vrai dire, cette preuve obligatoire pour les parties de notre cas afin qu'elles puissent se protéger des contestations portant sur l'intégrité de la preuve technologique de ce type d'informations. Pour ce faire, les avocats des deux parties devront donc préserver les formats originaux et maintenir la protection sur ces derniers.

Par conséquent, malgré la sensibilité des données mises en preuve, les parties de notre cas pratique doivent assurer leur protection, sans toutefois en bloquer la communication,

⁸⁸⁸ S. WORTZMAN (dir), préc., note 831, p. 159.

⁸⁸⁹ Antoine GUILMAIN et Patrick GINGRAS, « Un regard québécois sur les Principes de Sedona Canada : “quand je me compare, je me retrouve” », (2017) 76-2 *R. du B.* 377, en ligne : <<https://www.lccjti.ca/doctrine/gingras-patrick-et-antoine-guilmain-un-regard-quebecois-sur-les-principes-de-sedona-canada/>>, 421; P. TRUDEL, préc., note 686, p. 167.

puisque, selon la doctrine, « a court can order that personal information be produced and, as so ordered, a party must comply. »⁸⁹⁰

En effet, toujours selon ces derniers, « [p]rivacy law does not interfere with a party's ability to engage in thorough case analysis, and does not prevent a party from producing what it ought to produce. »⁸⁹¹ Nous partageons pleinement cette opinion. En fait, il est de notre avis que les technologies, quoiqu'ayant un impact certain sur l'administration de la preuve contenant des renseignements personnels, ne transforment toutefois pas l'essence même des règles procédurales. Ainsi, le processus de communication de la preuve au préalable, encadré par les principes de proportionnalité, pertinence et coopération, nécessite l'établissement de mesures particulières servant à limiter l'atteinte à la vie privée à ce qui est réellement nécessaire aux fins du litige, comme énoncé plus haut. À cet égard, nous partageons l'opinion des auteurs Cameron et Wotherspoon, selon lesquels la nature même des lois sur la protection des données personnelles n'est pas d'entraver le système procédural d'administration de la justice : « At the same time, data protection law generally endeavours not to interfere with established litigation rules and procedures – parties must fulfill discovery obligations in accordance with long-standing litigation rules. »⁸⁹² Ce faisant, les régimes de protection des données personnelles quoique forçant « organization to be cautious when disclosing personal information in litigation, it generally leaves established litigation rules untouched. »⁸⁹³

⁸⁹⁰ S. WORTZMAN (dir), préc., note 831, p. 158. (renvois omis)

⁸⁹¹ *Id.*, p. 170.

⁸⁹² David WOTHERSPOON et Alex CAMERON, *Electronic Evidence and E-Discovery*, Markham, LexisNexis, 2010, p. 84.

⁸⁹³ *Id.*, p. 94.

De ce fait, dans le cadre de notre cas, si l'entreprise étrangère engage des avocats québécois, la communication des preuves contenant des données personnelles entre les procureurs des parties serait effectuée, en essence, au Québec, et donc, la L.P.R.P.S.P. s'appliquerait. Cependant, si l'entreprise internationale engage des avocats situés à l'étranger, la communication des renseignements québécois vers ce pays étranger est considérée comme un transfert transfrontalier et c'est plutôt le régime fédéral qui s'appliquera. Toutefois, qu'arrive-t-il lorsque l'entreprise québécoise, ou l'avocat québécois de la partie internationale, doivent recevoir communication de renseignements personnels provenant de l'Union européenne et des États-Unis ?

III. Les transferts transfrontaliers de données personnelles en provenance de l'Europe vers le Canada

Entré en vigueur le 25 mai 2018, le R.G.P.D. a été créé pour remplacer la *Directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*⁸⁹⁴ (ci-après « Directive 95/46/CE »). De façon similaire au régime canadien et québécois, le R.G.P.D. s'applique aux traitements transfrontaliers des données personnelles des citoyens de l'Union

⁸⁹⁴ D. J. KESSLER, J. NOWAK, S. KHAN, « The Potential Impact of Article 48 of the General Data Protection Regulation. Cross Border Discovery from the United States », 17-2 *SEDONA CONF. J.* 575, 576 (2017) (HeinOnline); Catherine DESCHÊNES, Jean-François DE RICO et Pascal ARCHAMBAULT, « Le RGPD : 5 mythes démystifiés », *Langlois avocats*, 16 juillet 2018, en ligne : <<https://langlois.ca/le-rgpd-5-mythes-demystifies/>> ; voir : Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, L 281 du 23 novembre 1995, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=FR>>.

européenne qui sont effectués dans un contexte commercial⁸⁹⁵. Offrant un régime plus détaillé que celui du Canada, le R.G.P.D. a grandement changé le droit de la protection des données en Europe. Or, l'analyse complète du Règlement ne fait pas l'objet de la présente section et nous nous concentrons plutôt sur celle visant le régime des traitements transfrontaliers des données personnelles européennes vers le Québec.

De ce fait, « une entreprise canadienne n'ayant aucun établissement dans l'[Union européenne] peut être assujettie au [R.G.P.D.] dans la mesure où le traitement effectué rencontre les critères pour son application extraterritoriale. »⁸⁹⁶ Or, qu'est-ce qu'un traitement transfrontalier européen ? De façon plus que similaire à la nouvelle position canadienne, la notion européenne de traitement est définie comme étant « toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel »⁸⁹⁷. Incluses dans les opérations sont celles où les données personnelles sont collectées et communiquées par transmission ou transfert⁸⁹⁸.

De plus, le R.G.P.D. permet les transferts que si les conditions du Règlement sont remplies⁸⁹⁹. Par contre, bien que le R.G.P.D. reprend les fondements de la Directive 95/46/CE quant à cette notion, il n'en définit toutefois pas le concept⁹⁰⁰. Il faut plutôt se tourner vers la doctrine qui elle accepte que le transfert soit interprété « de manière extensive et couvre [...] le

⁸⁹⁵ C. DESCHÊNES, J.-F. DE RICO et P. ARCHAMBAULT, *id.*; G. DESGENS-PASANAU, préc., note 858, n° 36, p. 17; *Règlement général sur la protection des données*, préc., note 855, art. 3.

⁸⁹⁶ C. DESCHÊNES, J.-F. DE RICO et P. ARCHAMBAULT, *id.*

⁸⁹⁷ *Règlement général sur la protection des données*, préc., note 855, art. 4.

⁸⁹⁸ *Id.* ; voir : G. DESGENS-PASANAU, préc., note 858, n° 35, p. 16.

⁸⁹⁹ D. J. KESSLER, J. NOWAK, S. KHAN, préc., note 894, 586.

⁹⁰⁰ C. BURTON et S. CADIOT, préc., note 832, aux p. 60 et 61.

fait d'envoyer ou de transmettre des données à caractère personnel d'un pays à un autre »⁹⁰¹. Ce faisant, un transfert européen est donc un traitement de données puisqu'il implique leur transmission ou leur communication.

Ainsi, selon R.G.P.D., les transferts de données personnelles européennes sont interdits dans tout pays autre que ceux de l'Union européenne, à moins que le pays tiers ne fasse l'objet d'une décision dite « d'adéquation », où la Commission européenne reconnaît qu'il fait état d'un « niveau adéquat de protection des données personnelles. »⁹⁰² Cette mesure a pour objectif principal d'assurer « une sécurité juridique et une uniformité dans l'ensemble de l'Union en ce qui concerne le pays tiers »⁹⁰³. Ainsi, l'effet premier de cette décision est de permettre au pays tiers concerné, comme le Canada, d'effectuer des transferts, et ce, sans aucune restriction⁹⁰⁴.

Dans son cahier de recherche sur les flux transfrontaliers de données, Mme Monica Tremblay, fait le constat que, puisque la décision d'adéquation de la Commission européenne ne traite que de la L.P.R.P.D.É., les provinces « ne bénéficient pas automatiquement de la reconnaissance d'un niveau de protection adéquat par la Commission européenne. »⁹⁰⁵ Toutefois, nous ne pouvons être totalement en accord avec cette affirmation. En fait, comme les transferts transfrontaliers de données personnelles sont de compétence fédérale, il est de notre avis que le niveau d'adéquation de la protection pourrait, par défaut, s'appliquer aux transferts

⁹⁰¹ *Id.*, p. 62 ; voir : G. DESGENS-PASANAU, préc., note 858, n° 175, p. 74.

⁹⁰² C. BURTON et S. CADIOT, préc., note 832, à la p. 61.

⁹⁰³ *Règlement général sur la protection des données*, préc., note 855, considérant n° 103; C. BURTON et S. CADIOT, *id.*, à la p. 63.

⁹⁰⁴ G. DESGENS-PASANAU, préc., note 858, n° 178, p. 75; C. DESCHÊNES, J.-F. DE RICO et P. ARCHAMBAULT, préc., note 894; *Règlement général sur la protection des données*, préc., note 855, art. 45.

⁹⁰⁵ M. TREMBLAY, préc., note 840, p. 11.

de données personnelles européennes vers le Québec. La province n'aurait donc pas besoin d'avoir la reconnaissance de la Commission européenne contrairement à ce qu'écrit Mme Tremblay, puisque c'est le régime fédéral qui s'applique dans cette situation. Nous demeurons donc sceptiques quant à cette interprétation, car peu importe la province dans laquelle la partie canadienne se situe, s'il est question de transfert de renseignements personnels vers le Canada, le régime fédéral s'applique et il a donc préséance sur le régime provincial, car la L.P.R.P.D.É. est une loi d'application générale à tout le territoire canadien.

Ce faisant, dans le cadre de notre cas, si la partie internationale est européenne, en vertu de la décision d'adéquation de la Commission européenne, elle pourra légalement faire parvenir des éléments de preuve contenant des données personnelles à ses avocats québécois ou aux avocats de la partie québécoise par l'entremise de ses avocats étrangers, selon le cas.

Or, comme le dénotent les auteurs Deschênes, De Rico et Archambault, la différence entre le R.G.P.D. et le régime canadien est dorénavant importante, et puisque la décision d'adéquation a été rendue sous la Directive 95/46/CE, « les organisations canadiennes assujetties au [R.G.P.D.] ne peuvent présumer de leur conformité au [R.G.P.D.] du seul fait de leur respect des principes dans la [L.P.R.P.D.É.] »⁹⁰⁶ De ce fait, toujours selon les auteurs, il faudra attendre la révision de la Commission européenne de sa décision d'adéquation du régime canadien qui doit être effectuée au cours des quatre prochaines années⁹⁰⁷. Ce prochain examen explique fort probablement pourquoi le C.P.V.P. est en plein processus de modification de sa politique en matière de transferts transfrontaliers⁹⁰⁸. Cependant, pour le moment, la décision est

⁹⁰⁶ C. DESCHÊNES, J.-F. DE RICO et P. ARCHAMBAULT, préc., note 894.

⁹⁰⁷ *Id.*

⁹⁰⁸ Voir : *id.*; A. GUILMAIN, J. UZAN-NAULIN et B. TATTRIE, préc., note 876.

toujours en vigueur, et donc, les transferts vers le Canada et le Québec ont toujours un niveau de protection adéquat et se font ainsi sans restriction.

IV. Les transferts transfrontaliers de données personnelles en provenance des États-Unis vers le Canada

Voisin direct et partenaire économique important du Canada, l'analyse du régime américain de transferts transfrontaliers de données personnelles vers le Canada est plus que pertinente en cas de conflit international. Tout comme dans le cadre de la sous-section précédente, étant donnée la complexité de la situation juridique américaine, nous préférons nous concentrer sur le cadre normatif applicable aux transferts transfrontaliers de renseignements personnels.

De fait, à l'instar du Canada, les États-Unis fondent leur régime de protection des renseignements personnels sur des lois fédérales et étatiques⁹⁰⁹. Toutefois, le législateur américain n'a pas adopté de « loi d'application générale en regard du secteur privé, mais plutôt une série de lois fédérales applicables à des domaines et secteurs d'activités particuliers »⁹¹⁰. Ainsi, il n'y a pas d'organisme central chargé de la protection des données personnelles s'assimilant, par exemple, au C.P.V.P.⁹¹¹

⁹⁰⁹ Deborah THOREN-PEDEN et Catherine D. MEYER, « Chapter 38: USA » dans Tim HICKMAN et Detlev GABEL (dir.), *The International Comparative Legal Guide to : Data Protection 2018*, 5^e éd., London, Global Legal Group, 2018, p. 368, en ligne : <<https://www.pillsburylaw.com/images/content/1/1/v2/117865/DP18-Chapter-38-USA.pdf>>, à la p. 368.

⁹¹⁰ J.-F. DE RICO, préc., note 864, à la p. 255.

⁹¹¹ D. THOREN-PEDEN et C. D. MEYER, préc., note 909, à la p. 375.

Il découle donc de cette situation que les renseignements personnels sont définis différemment selon les régimes étatiques et le régime fédéral⁹¹². Or, dans tous les cas, les lois en vigueur, selon les auteurs Thoren-Peden et Meyer, « are based on the principle that an individual has an expectation of privacy unless that expectation has been diminished or eliminated by agreement, statute or disclosure »⁹¹³, et s'applique à tous les résidents des États-Unis⁹¹⁴.

De ce fait, lorsqu'il faut effectuer un transfert transfrontalier de données personnelles vers un pays tiers, le législateur américain n'a pas adopté de conditions ou d'exigences particulières, ni même de restrictions, et a laissé plutôt la discrétion aux entreprises d'en instaurer à leur convenance⁹¹⁵. Dans le cas de demandes de production de données personnelles de la part des tribunaux étrangers, les auteurs Thoren-Penden et Meyer notent que d'après le régime américain, les parties étrangères ayant obtenu une telle demande doivent se référer aux règles procédurales de la cour devant laquelle la demande est déposée : « Typically such request must be processed through the local courts »⁹¹⁶.

Ainsi, puisque le C.P.V.P. a conclu que le système américain fait état « d'une protection comparable » ou du moins que « les mesures de protection s'équivalaient généralement »⁹¹⁷ à

⁹¹² *Id.*, à la p. 369

⁹¹³ *Id.*, à la p. 368.

⁹¹⁴ *Id.*

⁹¹⁵ *Id.*, à la p. 373.

⁹¹⁶ *Id.*, à la p. 375.

⁹¹⁷ J.-F. DE RICO, préc., note 864, à la p. 256, citant notamment COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *Traitement transfrontalier des données personnelles : Lignes directrices*, préc., note 833; COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *Tracer le chemin – Principaux développements*

celles du régime canadien, si la partie internationale de notre cas est américaine, les avocats québécois de la partie québécoise pourront ainsi communiquer des éléments de preuve contenant des données personnelles à ses avocats américains sans réelle restriction. Par ailleurs, la partie internationale, si américaine, pourra tout autant communiquer des renseignements personnels à ses avocats québécois ou même aux avocats de la partie québécoise. En effet, ces transferts seront exclusivement soumis aux conditions du régime procédural québécois étant donné le caractère peu limité du régime américain.

Conclusion du Chapitre V

Bref, le présent chapitre se voulait l'occasion d'analyser l'influence des technologies de l'information sur la réforme québécoise de la procédure civile, influence que nous jugeons très grande. En effet, de par le nouveau principe d'interprétation favorisant l'utilisation des technologies et octroyant un plus grand contrôle de gestion au juge, le C.p.c. oblige l'utilisation des moyens technologiques dans trois aspects cruciaux de la communication de la preuve civile transfrontalière. C'est-à-dire, la notification, le témoignage à distance (autant l'interrogatoire préalable, que le témoignage à l'instance) et les commissions rogatoires. Aux fins d'un conflit international, ces changements visent tous à encourager une meilleure efficacité pratique, un meilleur déroulement des procédures et une diminution des délais de communication et des coûts, mais ne peuvent y arriver que si les parties coopèrent pleinement.

Cependant, les technologies de l'information ont aussi transformé l'économie mondiale en la concentrant sur le partage de données essentiellement personnelles à l'échelle

au cours des sept premières années d'application de la LPRPDÉ, Gatineau, Gouvernement du Canada, 2008, en ligne : <https://priv.gc.ca/media/2009/lbe_080523_f.pdf>.

internationale. Nous avons donc pu constater que les régimes nationaux de protection des renseignements personnels et ceux de communication de la preuve civile sont dorénavant plongés dans des zones grises étant donné l'influence de ces mêmes technologies. Cette incertitude crée des tensions importantes entre les deux domaines, particulièrement dans le contexte d'un conflit international. Comme les régimes de communication sont autant ancrés dans les traditions juridiques nationales que les régimes de protection des données personnelles, le choc des cultures juridiques est devenu inévitable. Ainsi, les avocats québécois de parties tant québécoise qu'internationale se doivent de réfléchir aux régimes applicables et prendre toutes les mesures possibles pour respecter leurs obligations lorsqu'en présence de preuves contenant des renseignements personnels, que ce soit sous la L.P.R.P.D.É, la L.P.R.P.S.P., le R.G.P.D. ou le régime américain.

Conclusion

En somme, il a été question à travers le présent mémoire des principales composantes et enjeux du processus de communication de la preuve internationale. L'objectif du mémoire était d'analyser cette procédure afin de relever les défis posés et décrire les outils législatifs en cause. Ainsi, nous avons pu discuter des principales considérations pratiques qu'entraîne un conflit entre une entreprise québécoise et une entreprise étrangère lorsque le litige, institué au Québec, arrive en phase préalable et qu'une preuve située à l'étranger doit être communiquée. L'étude du processus de communication nous apparaît fondamentale, car l'internationalisation de l'économie mondiale augmente les risques de conflits internationaux. La collecte et la communication de la preuve civile sont ainsi parmi les composantes les plus importantes d'un conflit, car le respect de ses exigences et de ses délais jouera sur la recevabilité et l'admissibilité des éléments de preuve.

La première partie du mémoire démontre donc que l'entreprise québécoise de notre cas aux prises avec un litige international devra porter une attention particulière aux nombreux cadres juridiques existants en tentant de conjuguer à la fois les exigences québécoises de communication de la preuve civile et celles visant la preuve transfrontalière. En effet, nous avons constaté que les parties de notre conflit sont soumises directement à trois régimes juridiques, soit le régime québécois général de communication de la preuve civile, le régime québécois particulier de communication de la preuve civile internationale et le régime national de la partie étrangère quant aux restrictions applicables à la communication dans le cadre d'un conflit commercial international.

De ce fait, le régime général de communication de la preuve civile au Québec s'impose aux parties, conformément aux règles québécoises de droit international privé, car le conflit est devant les tribunaux québécois. Même si les dispositions du régime québécois semblent strictes à première vue, elles sont en réalité dotées d'une certaine souplesse qui permet d'éviter d'entraver injustement la procédure devant les tribunaux. La réforme du C.p.c. ayant constitué un nouveau devoir de coopération, ce dernier s'ajoute aux autres principes fondamentaux de la procédure que sont, entre autres, la recherche de la vérité, pertinence, la proportionnalité et la bonne foi. Les parties sont donc astreintes à un régime de communication de la preuve réformé et axé plus que jamais sur l'efficacité des procédures. Ainsi, que ce soit par l'entremise d'un interrogatoire préalable ou de façon autonome, la communication de la preuve sous le régime québécois pousse les parties à coopérer pour établir un équilibre entre la divulgation la plus complète et les limites de la pertinence, de la proportionnalité et de la bonne foi. Or, la nature internationale du conflit entraîne une difficulté supplémentaire, puisque la définition des principes fondamentaux dépend des systèmes légaux nationaux. En effet, même si la plupart des principes se retrouvent aussi à l'étranger, la vision nationale de ces derniers varie d'État en État selon les traditions juridiques, et donc, la définition québécoise de ces principes peut être différente de celle du régime national de la partie internationale. Par conséquent, les nouveaux devoirs résultant de la réforme pourront voir leur efficacité diminuée ou mise à l'épreuve en contexte de litige international parce que les parties n'évoluent pas dans le même système juridique.

Par ailleurs, la communication de la preuve internationale dépend du principe général de courtoisie internationale. Si la coopération réfère au régime québécois, la courtoisie internationale est plutôt une notion d'origine publique établie par les gouvernements nationaux.

En fait, la coopération entre les divers États et les parties est la prémisse fondamentale de la communication de la preuve internationale. La manifestation première de cette notion est dans la constitution des commissions rogatoires. Or, si le régime québécois de commission rogatoire, plus spécifiquement celle en provenance du Québec, a été révisé en profondeur par la réforme du C.p.c., c'est encore une fois dans le but de fournir une meilleure rapidité et efficacité des procédures internationales. À cet effet, la partie québécoise, lorsque souhaitant faire une demande de commission rogatoire, devra dorénavant convaincre le juge que l'usage des moyens technologiques est impossible.

Toutefois, bien que la coopération et l'entraide judiciaire semblent des éléments naturels à l'atteinte de cet objectif, la réalité pratique est tout autre. En fait, particulièrement à cause du caractère invasif des collectes de preuves internationales, plusieurs États, dont le Québec, ont instauré des lois dites de blocage afin de conserver un certain contrôle sur la communication de certains types de documents à l'étranger. Ainsi, les parties à un conflit international seront soumises de façon directe au système national de la partie étrangère ayant adopté ce type de législation.

Par contre, le caractère absolu et inflexible de certaines lois de blocage, notamment celles de France, a permis de mettre en lumière les tensions non résolues entre les processus de communication des différentes nations, principalement entre celui des États-Unis et le reste du monde. Par conséquent, la partie québécoise pourra être soumise à des restrictions provenant du pays de la partie internationale quant au type de preuve pouvant être communiquée. De ce fait, si la partie québécoise voit sa demande de commission rogatoire acceptée, elle devra pleinement prendre connaissance du régime national de communication de la preuve civile transfrontalière

de la partie internationale. Cette exigence est fondamentale, car elle lui permettra de comprendre les enjeux pouvant se répercuter sur son dossier.

D'autre part, la première partie du mémoire a aussi démontré que le processus de communication de la preuve civile au préalable pour les litiges commerciaux internationaux est soumis de façon indirecte à d'autres régimes juridiques que ceux mentionnés ci-haut. En fait, divers outils supranationaux s'appliquent en l'espèce. Au niveau mondial, l'instauration de la Convention de La Haye a directement inspiré le C.p.c. et soumet ainsi indirectement la partie québécoise à ses enseignements, et ce, même si le Canada n'est pas un pays signataire. Au niveau continental, le Règlement (CE) n°1206/2001 encadre plutôt la partie internationale de notre cas si cette dernière réside en Europe et est en conflit avec une autre entité européenne. Le Règlement, œuvrant au niveau régional, constitue un autre exemple d'encadrement fortement inspiré par la Convention de La Haye. Puis, le modèle doctrinal des Principes ALI/UNIDROIT a démontré, pour sa part, que les parties de notre cas auraient pu contractualiser le régime procédural applicable en cas de conflit, et donc, elles auraient pu définir le processus de communication selon des barèmes doctrinaux plutôt que législatifs. Ainsi, puisque ces outils constituent tous des tentatives d'harmonisation du processus de communication prônant une meilleure efficacité, ils ont permis, tout comme les lois de blocage, d'illustrer les diverses tensions existantes au sein du mécanisme de communication de la preuve civile transfrontalière.

Or, le seul cadre normatif de nature internationale restreignant directement la partie québécoise est l'entente bilatérale. Cette dernière devra donc vérifier l'existence d'une telle entente avec le pays de la partie internationale afin de s'assurer que le mécanisme de celle-ci n'est pas différent du mécanisme de communication québécois, car l'entente bilatérale a préséance sur le régime général du C.p.c. Ce faisant, tel qu'observé, la conjonction des intérêts

internationaux semble plus facilement exécutable entre deux pays; la négociation étant certainement plus aisée dans le cadre d'une entente bilatérale que dans le cadre d'une convention mondiale.

De ce fait, si l'efficacité est l'objectif à atteindre lors de la communication de la preuve et particulièrement dans le cadre d'un litige commercial international, il découle de la seconde partie du mémoire que le moyen privilégié pour y arriver est l'usage des technologies de l'information. Ces dernières apparaissant comme le médium de prédilection du législateur québécois, elles soumettent ainsi directement les parties à deux autres régimes juridiques, soit celui de la L.C.C.J.T.I. et celui de la protection des données personnelles. La deuxième partie du mémoire a donc permis d'analyser les principales influences de la technologie sur la communication de la preuve. Que ce soit le nouveau C.p.c. ou l'accroissement des échanges de données personnelles, les considérations pratiques découlant de l'usage des moyens technologiques dans le droit judiciaire privé sont nombreuses.

En fait, étant donné l'évolution fulgurante des technologies de l'information dans toutes les sphères de la société, le droit judiciaire privé, et particulièrement la communication de la preuve, est maintenant aux prises avec de nouveaux enjeux. En effet, le nombre considérable de preuves technologiques produites devant les tribunaux québécois force dorénavant les cours et les parties à prendre en considération une série de règles particulières à cette forme de preuve. Ainsi, les parties à un conflit international institué devant les tribunaux québécois sont directement soumises à la L.C.C.J.T.I. qui vise principalement à assurer, même lors de la phase préalable, le maintien de la recevabilité et l'admissibilité de la preuve. De ce fait, la L.C.C.J.T.I., de par son régime spécifique, a préséance sur les autres lois à caractère général, tel que le C.c.Q., en matière d'usage des technologies de l'information. Incidemment, en vertu de la L.C.C.J.T.I.

et du C.c.Q., les parties de notre cas devront s'assurer de maintenir en tout temps l'intégrité des documents technologiques communiqués afin de préserver leur valeur juridique. Si les dispositions de la L.C.C.J.T.I. sont très techniques, elles sont maintenant plus que jamais essentielles non seulement pour la communication de la preuve, mais aussi pour la mise en preuve des éléments sur support technologique devant les tribunaux. Donc, la première influence directe des technologies sur la communication de la preuve civile transfrontalière est d'obliger les parties à un conflit international à respecter un encadrement particulier lorsqu'en présence de preuve technologique.

Cependant, la législation québécoise n'encadre pas seulement la preuve technologique, elle encourage, voire parfois même, oblige l'usage des moyens technologiques, et ce particulièrement dans le cadre de la procédure de communication. Ainsi, une autre influence directe des technologies s'observe au sein de la réforme du C.p.c. où un virage technologique a été entrepris pour moderniser plusieurs procédures en lien avec la communication de preuve civile. À vrai dire, que ce soit par le nouveau principe d'interprétation permettant aux juges d'ordonner d'office l'emploi des technologies ou la codification explicite des exigences en matière de notification technologique, témoignages et interrogatoires à distance, incluant le remaniement complet du régime de commission rogatoire, la communication de la preuve internationale est dorénavant orientée vers une procédure complètement technologique. Ainsi, le législateur prend clairement position en faveur de la dématérialisation de la preuve. De ce fait, les parties doivent maintenant obligatoirement respecter des conditions relatives à l'emploi de ces moyens dans un contexte procédural pour assurer une communication légale de la preuve.

Puis, la transformation des échanges commerciaux et l'usage de la circulation des données à caractère personnel comme moteur de l'économie mondiale obligent dorénavant la

communication d'un certain nombre de preuves contenant des données personnelles. Par conséquent, la dernière influence directe des technologies de l'information sur le processus de communication est donc de faire disparaître les frontières étatiques dans le cadre des échanges de renseignements personnels. Ce faisant, les parties de notre cas devront concilier les différents régimes applicables aux transferts transfrontaliers de renseignements personnels avec les exigences procédurales du C.p.c. et de la L.C.C.J.T.I. Les tensions entre les règles processuelles de communication de la preuve et celles visant la protection des renseignements personnels sont toutefois nombreuses, notamment à cause des changements de juridictions provoqués par ce type de transfert et de l'absence d'harmonisation à l'international. Les technologies de l'information forcent donc les parties à s'astreindre à un régime juridique obligeant les parties à fournir des garanties supplémentaires quant à la protection de ce type d'information lors de la communication de cette dernière.

Or, outre la réforme du C.p.c. et le R.G.P.D., la plupart des outils encadrant l'obtention de la preuve à l'étranger sont vieillissants pour ne pas dire obsolètes face à l'arrivée en masse des moyens technologiques. Heureusement, depuis quelques années, il est possible d'observer un mouvement appelant à la révision des mécanismes en place. En effet, que ce soit le changement de position du C.P.V.P. sur les transferts transfrontaliers, prélude d'une réforme, le Règlement (CE) n°1206/2001, avec son projet de mise à jour visant une meilleure adaptation du Règlement à l'usage des moyens technologiques disponibles⁹¹⁸, ou même la Convention de La

⁹¹⁸ Voir : COMMISSION EUROPÉENNE, *Document de travail des services de la Commission européenne accompagnant le document : Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le Règlement (CE) n°1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matières civile et commerciale*, SWD(2018) 284 final,

Haye qui considère dorénavant l'inclusion des nouvelles technologies à son régime⁹¹⁹, une prise de conscience prend tranquillement forme au sein du milieu juridique. Les technologies de l'information étant maintenant une part indéniable du monde judiciaire actuel, les diverses législations et conventions ne peuvent faire autrement que de s'adapter et régir la communication de la preuve transfrontalière dans une perspective visant l'inclusion des évolutions technologiques futures.

Par contre, si les réformes sont nécessaires, nous doutons qu'elles soient suffisantes. Les technologies de l'information ne sont qu'un élément permettant une meilleure communication de la preuve civile transfrontalière, elles ne règlent toutefois pas les conflits entre les diverses juridictions et ne permettent pas non plus de supprimer l'usage des lois de blocage. En fait, les technologies de l'information seules n'ont trait qu'à l'amélioration de la fluidité des échanges et sont conditionnées à la coopération de toutes les parties. Donc, quelle est la prochaine étape? Si le besoin de réformes législatives est évident dans une économie mondialisée, nous nous questionnons plutôt sur les moyens à prendre pour décloisonner le processus de communication de la preuve civile internationale sans compromettre sa recevabilité. Bien que les gouvernements aient évidemment une part très grande de responsabilité à cet égard, nous croyons toutefois que les parties et les avocats ont aussi un rôle à jouer. La dématérialisation de la preuve oblige les parties à s'assurer d'avoir une gestion documentaire rigoureuse conforme aux exigences légales afin de faciliter la collecte et la communication en cas de conflit. Ce faisant, le rôle de l'avocat ne se transforme-t-il pas? Si les risques de conflits internationaux continuent à augmenter, son

Bruxelles, 31.05.2018, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018SC0284&from=FR>>.

⁹¹⁹ Y. LE BERRE et É. PATAUT, préc., note 166, 64.

rôle de conseil ne pourra plus exclusivement porter sur le droit national. L'avocat devra de plus en plus avoir une certaine connaissance des enjeux légaux internationaux ainsi que technologiques entourant la gestion de la preuve. De ce fait, nous ne pouvons faire autrement que de terminer le présent mémoire sur certaines questions. À savoir, quelle sera l'évolution du rôle des acteurs judiciaires dans le processus de communication de la preuve civile transfrontalière dans le cadre d'un litige commercial international? Et comment ces derniers peuvent-ils amenuiser les tensions entre les systèmes nationaux pour permettre une réelle harmonisation des pratiques concernant la communication de la preuve à l'international?

Table de législation

Textes fédéraux

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, c. 5

Décret d'exclusion visant des organisations de la province de Québec, DORS/2003-374

Textes québécois

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64

Code de procédure civile, RLRQ, c. C -25

Code de procédure civile, RLRQ, c. C -25.01

Règlement de procédure civile (C.S.), RLRQ, c. C -25.01, r. 4

Règlement de la Cour supérieure du Québec en matière civile, RLRQ, c. C -25.01, r. 0.2.1

Loi assurant l'application de l'entente sur l'entraide judiciaire entre la France et le Québec, RLRQ, c. A-20.1

Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, RLRQ, c. C -1.1

Loi sur certaines procédures, RLRQ, c. P -27

Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, RLRQ, c. P-39.1

Loi sur les dossiers d'entreprises, RLRQ, c. D -12

Règlement sur la comptabilité et les normes d'exercice professionnel des avocats, RLRQ, c. B -1, r. 5

Travaux parlementaires

QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, 1^{re} sess., 40^e législ., 25 novembre 2013, « Étude détaillée du projet de loi n° 28 — *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* (18) »

Textes américains

Federal Rules of Civil Procedure, 28 U.S.C. Appendix (2019), en ligne : <<https://uscode.house.gov/browse/prelim@title28/title28a/node87/titleV&edition=prelim>>

Textes français

Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements à des autorités étrangères dans le domaine du commerce maritime, J.O. 27 juillet 1968, p. 7267, en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000501326&categorieLien=id>>

Loi n° 80-538 du 16 juillet 1980 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, J.O. 17 juillet 1980, p. 1799, en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000515863&categorieLien=id>>

Textes anglais

Protection of Trading Interests Act, 1980 c. 11 (R.-U.), en ligne : <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/11/section/2>>

United Kingdom Shipping Contracts and Commercial Documents Act, 1964 c. 87, dans « *United Kingdom Shipping Contracts and Commercial Documents Act* », 3-5 *INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS* 962 (1964), en ligne : <https://www.jstor.org/stable/20689817?seq=2#metadata_info_tab_contents>

Textes européens

Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, L 281 du 23 novembre 1995, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=FR>>

Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale, *J.O.*, L 174 du 27.06.2001, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001R1206&from=FR>>

Règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements des données à caractère personnel et à la libre-circulation de ces données, et abrogeant la Directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), *J.O.*, L 119 du 4.05.2016, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=FR>>

Textes internationaux

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Loi type sur le commerce international et Guide pour son incorporation avec article 5 bis tel qu'ajouté en 1998*, Nations Unies, New York, 1999, en ligne : <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/05-89451_ebook.pdf>

Convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, 18 mars 1970, en ligne : <<https://assets.hcch.net/docs/41558329-d3e0-44ce-94ec-e827a1feff20.pdf>>

Convention de La Haye relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, 15 novembre 1965, en ligne : <<https://assets.hcch.net/docs/54f29c24-a77b-4570-ab95-cb5b6907a821.pdf>>

Table de la jurisprudence

Jurisprudence québécoise

2786630 Canada inc. c. Accent Architectural/ Accent Architectural Canada inc., 2015 QCCQ 2550

8127018 Canada inc. c. Zagros Development Corporation, 2017 QCCS 895

Aarons c. Creaform inc., 2019 QCCS 3071

Affiliated Customs Brokers Ltd. c. Oy Beweship AB, 2008 QCCS 6627

Air Canada c. Constant, 2003 CanLII 1018 (QC C.S.)

Amaya inc. c. Derome, 2018 QCCA 120

Asbestos Corporation Limited c. Eagle Picher Industries Inc, 1984 CanLII 2830 (QC C.A.),

Atlantics Sugar Refineries Co c. Canada (Procureur général), EYB 1978-144510 (C.A.)

Audace Technologies inc. c. Canimex inc., 2006 QCCS 28

Bell c. Molson, 2008 QCCS 992

Benisty c. Kloda, 2018 QCCA 608

Cadieux c. Service de gaz naturel de Laval inc., 1991 CanLII 3149 (QC C.A.)

Citadelle, compagnie d'assurance générale c. Montréal (Communauté urbaine), EYB 2005-92745 (C.S.)

Conseil québécois sur le tabac et la santé c. JTI-MacDonald Corp., 2011 QCCS 2376

Corporation Sun Media c. Gesca, 2012 QCCA 682

Dallaire c. Girard, 2014 QCCA 1790

Daishowa inc. c. Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec, [1993] R.J.Q.175 (C.S.)

Dell Computer Corp c. Union des consommateurs, 2007 CSC 34, par. 95

Eagle Globe Management Ltd. c. Bombardier inc., 2010 QCCA 938

Elkin c. Ellier, 1993 CanLII 3668 (QC C.A.)

Entreprises Robert Mazeroll ltée c. Expertech — Batisseur de Réseaux inc., EYB 2005-82502 (C.Q.)

Frénette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie, [1992] 1 R.C.S. 647

Gameday Leadership Management Consultants inc. c. Kirdy, 2012 QCCS 6211

Gatti c. Barbosa Rodrigues, 2011 QCCS 4693

Gervais-Tétrault (Succession de) c. Tétrault, 2007 QCCS 3037

Glegg c. Smith & Nephew Inc., 2005 CSC 31

Guilbault c. Pelletier, 2006 QCCS 3616

Hryniak c. Mauldin, 2014 CSC 7

Hunt c. T&N plc, [1993] 4 R.C.S., 289

Industrie GDS c. Carbotech inc., 2005 QCCA 655

Jacques c. Ultramar Ltée, 2011 QCCS 6020.

Kruger inc. c. Kruger, [1987] R.D.J. 11 (C.A.)

Lacombe c. Gilbert, 2017 QCCS 4513

Mag Energy Solutions inc. c. Falconer Cloutier, 2016 QCCS 2830

Marcotte c. Longueuil (Ville de), 2009 CSC 43

Morguard Investments Limited c. De Savoye, [1990] 3 R.C.S. 1077

Mourinha c. Les immeubles Durante Ltée, 1986 CanLII 3902 (QC C.A.)

Mulroney c. Canada (Procureur général), EYB 1996-86853

Paysystems Corporation c. BBG Communications inc., 2006 QCCS 5354

Pelnar c. Insurance Company of North America, 1995 CanLII 2982 (QC C.A.)

Pétrolière Impériale c. Jacques, 2014 CSC 66.

P. (G.) c. T. (P.), 2013 QCCS 495

Polaris Industries Inc. c. Rasidescu, REJB 1999-10622 (C.S.)

Procureur général du Canada c. 6569641 Canada inc., 2017 QCCQ 8442

Pro Swing Inc. c. Elta Golf inc., 2006 CSC 52

Renault c. Bell Asbestos Mines Ltd. et al., [1980] n° AZ-80011122 (C.A.)

Richard c. Gougoux, 2009 QCCS 2301

Robinson c. Films Cinar inc., 2009 QCCS 3793

Samson Bélaïr/Deloitte & Touche c. Teleglobe Communications Corporation, 2006 QCCA 819

Sécurité des Deux-Rives ltée c. Groupe Meridan Construction Restauration inc.,
2013 QCCQ 1301

Southern New England Telephone Company c. Zrihen, 2007 QCCS 1391

Spencer c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 278

Stikeman c. Danol Holding inc., 1991 CanLII 3726 (QC C.A.)

Telus Mobilité v. Comtois, 2012 QCCA 170

Trottier c. Matrox Graphics Inc., 2000 CanLII 18244 (QC C.Q.)

Ungava Exploration inc. c. Québec (Procureure générale), 2016 QCCS 4711

Université du Québec à Trois-Rivière c. Larocque, [1993] 1 R.C.S. 471

Walsh c. Gaitan & Cusak, 1993 CanLII 4101 (QC C.A.).

Westinghouse Canada Inc. c. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Compagny,
[1993] R.J.Q. 2735 (C.A.)

Widdrington (Succession de) c. Wightman, 2011 QCCS 1786

X. c. Kroll Background America (Canada), [2005] n° AZ-50336860 (C.A.I.)

Jurisprudence canadienne

Lawson c. Accusearch Inc., 2007 CF 125

Jurisprudence américaine

In re Activision Blizzard Inc., 86 A.3d 531 (Del. Ch. 2014)

Cooper Industries, Inc. v. British Aerospace, Inc., 102 F.R.D. 918 (S.D. N.Y. 1984)

Graco v. Kremlin, inc., 101 F.R.D. 503 (N.D. Ill. 1984)

Société nationale industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court for the Southern District of Iowa, 107 S.Ct. 2542 (1987)

Jurisprudence française

Nancy, 4 juin 2014, n° 1335/14 (Dalloz.fr)

Bibliographie

Monographies et ouvrages collectifs

- ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Obtaining Discovery Abroad*, (2d ed. 2005)
- AMERICAN LAW INSTITUTE, UNIDROIT, *ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure* (2006)
- BENYEKHFLEF, K., *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2015
- BERTAUD DU CHAZAUD, J., *La protection des données personnelles en droit international privé*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2015, en ligne : https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/16320/Bertaud_du_Chazaud_Justine_2015_memoire.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- BORN, G. B., P. B. RUTLEDGE, *International Civil Litigation in United States Courts* (6th ed. 2018)
- DE SAINT-EXUPÉRY, G., *Le document technologique original dans le droit de la preuve au Québec*, mémoire, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2012, en ligne : https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/9043/de_Saint-Exupery_Gilles_2012_memoire.pdf?sequence=4&isAllowed=y
- DESGENS-PASANAU, G., *La protection des données personnelles : le RGPD et la nouvelle loi française*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, 2018
- DUCHARME, L. et C.-M. PANACCIO, *L'administration de la preuve*, 4^e éd., coll. « La collection bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2010
- EMANUELLI, C., *Le droit international privé québécois*, 3^e éd., coll. « La collection bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2011,
- FERLAND, D. et B. ÉMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 1, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015
- FERLAND, D. et B. ÉMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, 5^e éd., vol. 2, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015
- FRANK, J., *Courts on Trial: myth and reality in American justice* (1969)

- GAUTHEY, D. et MARKUS, A. R., *L'entraide judiciaire internationale en matière civile*, coll. « Précis de droit Stämpfli », Berne, Stämpfli Éditions SA Berne, 2014
- GAUTRAIS, V., *La preuve technologique*, 2^e éd., LexisNexis, Montréal, 2018
- GAUTRAIS, V., *Neutralité technologique. Rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Les Éditions Thémis, Montréal, 2012.
- GAUTRAIS, V. et P. TRUDEL, *Circulation des renseignements personnels et web 2.0*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, en ligne : <<https://www.lccjti.ca/doctrine/gautrais-v-et-trudel-p-circulation-des-renseignements-personnels-et-web-2-0/#ancre221>>
- GENSLER, S. S., *Federal Rules of Civil Procedure, Rules and Commentary* (2019 ed.) (Westlaw)
- MACKENZIE, G., *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline*, 3e édition, Toronto, Carswell, 2001
- MARSEILLE, C., *La règle de la pertinence en droit de la preuve civile québécois*, coll. Points de droit, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004
- MCCAFFREY, S. C., T. O. MAIN, *Transnational litigation in Comparative Perspective. Theory and application*, (2010)
- PICHÉ, C., *Droit judiciaire privé*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2014
- PICHÉ, C. (dir.) et J.-C. ROYER, *La preuve civile*, 5^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016
- SÉNÉCAL, F., *L'écrit électronique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012
- TÉTRAULT, M., *La preuve électronique en droit de la famille : ses effets sur le praticien*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012
- TRUDEL, P., *Introduction à la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012
- VERMEYS, N. W., *Droit codifié et nouvelles technologies : Le Code civil*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015
- WORTZMAN, S. (dir), *E-Discovery in Canada*, 3^e éd., Toronto, LexisNexis, 2017
- WOTHERSPOON, D. et A. CAMERON, *Electronic Evidence and E-Discovery*, Markham, LexisNexis, 2010

Articles de revues et études d'ouvrages collectifs

- BACHAND, F., « La justice civile et le nouveau *Code de procédure civile* », (2015) 61-2 *McGill L.J.* 447
- BATISTA, P. A., « Confronting Foreign ‘Blocking’ Legislation: A Guide to Securing Disclosure from Non-resident Parties to American Litigation », 17-1 *INT’L LAW* 61 (1983), en ligne : <<https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3616&context=til>>
- BURNS, M. T., « The Hague Convention on Taking Evidence Abroad: Conflict Over Pretrial Discovery », 7-1 *MICH. J. INT’L L.* 291 (1985), en ligne : <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1789&context=mjil>>
- BURTON, C. et S. CADIOT, « Règlement général sur la protection des données : les transferts internationaux des données » dans Benjamin DOCQUIR (dir.), *Vers un droit européen de la protection des données ?*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 59
- CADIET, L., « The ALI-UNIDROIT project: from transnational principles to European rules of civil procedure: Public Conference, opening session, 18 October 2013 », (2014) 19-2 *U.L.R.* 292 (HeinOnline)
- CAMMAS, G. et R. ROUTIER, « La “globalisation” du droit des affaires ? », Dr. 21 2001.E004.1, en ligne : <<https://www.revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/er20010119cammass.pdf>>
- DALEY, M. J., « Information Age Catch 22: The Challenge of Technology To Cross-Border Disclosure & Data Privacy », 12 *SEDONA CONF. J.* 121 (2011)
- DE RICO, J.-F., « La communication de renseignements personnels à l’extérieur du Québec : pour un voyage sans turbulence (art. 17 de la Loi sur le secteur privé) » dans S.F.C.B.Q., vol. n° 392, *Les 20 ans de la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 231
- DE RICO, J.-F. et P. GINGRAS, « Les premiers pas de la procédure technologique : regard technologique sur le nouveau *Code de procédure civile* », (2016) 21 *Lex electronica* 1, en ligne : <<https://www.lex-electronica.org/articles/volume-21/les-premiers-regards-de-la-procedure-technologique-regard-technologique-sur-le-nouveau-code-de-procedure-civile/>>
- DUCHARME, L., « Le nouveau régime de l’interrogatoire préalable et de l’assignation pour production d’un écrit », (1983) 43-4 *R. du B.* 969

- DUCHARME, L., « De l'incohérence et de l'impossibilité d'application du régime dérogatoire en matière de preuve des documents technologiques », (2016) 75 *R. du B.* 319 (CAIJ)
- FABIEN, C., « La preuve par document technologique », (2004) 38 *R.J.T.* 533
- FERRAND, F., « Les Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile pour les litiges transnationaux en matière commerciale », (2006) 1 *R.D.A.I.* 21 (HeinOnline)
- FERRAND, F., « Les “Principes” relatifs à la procédure civile transnationale sont-ils autosuffisants ? – De la nécessité ou non de les assortir de “Règles” dans le projet ALI/UNIDROIT », (2001) 6-4 *U.L.R.* 995 (HeinOnline)
- FERRAND, F., « La procédure civile internationale et la procédure civile transnationale : L'incidence de l'intégration économique régionale », (2003) 8-1-2 *U.L.R.* 397 (HeinOnline)
- FRIEDMAN, K., « Canada's Privacy Regime and It Relates to Litigation and Trans-Border Data Flows », 13 *SEDONA CONF. J.* 253 (2012) (HeinOnline)
- GAUTRAIS, V., « Afin d'y voir clair : Guide relatif à la gestion des documents technologiques : Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (L.R.Q. c. C -1.1) », Québec, Fondation du Barreau du Québec, 2005, en ligne : <https://www.fondationdubarreau.qc.ca/wp-content/uploads/2016/10/Guidetech_allège_FR.pdf>
- GAUTRAIS, V. et P. GINGRAS, « La preuve des documents technologiques » (2010) 22-2 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 267, en ligne : <<https://www.lescpi.ca/articles/v22/volume-22-numero-2/la-preuve-des-documents-technologiques/>>
- GIDI, A., « Notes on Criticizing the Proposed ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure », (2001) 6-4 *U.L.R.* 819 (HeinOnline)
- GINGRAS, P. et J.-F. DE RICO, « La transmission des documents technologiques », dans *XXe Conférence des juristes de l'État 2013 – XXe Conférence*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2013, p. 409, en ligne : <https://www.lccjti.ca/files/sites/105/2013/04/Patrick-Gingras_Jean-François-De-Rico1.pdf>
- GINGRAS, P. et F. SÉNÉCAL, « *Benisty c. Kloda* : cinq enseignements de la Cour d'appel du Québec en droit des technologies de l'information », (2018) 77 *R. du B.* 273 (CAIJ)

- GINGRAS, P. et F. SÉNÉCAL, « Métadonnées : Plaidoyer pour des mal-aimées et des incomprises », (2015) 74 *R. du B.* 249, en ligne : <<https://www.lccjti.ca/files/sites/105/2015/09/GingrasSenecal.pdf>>
- GLENN, H. P., « The ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure as Global Standards for Adjudication », (2004) 9-4 *U.L.R.* 829 (HeinOnline)
- GOLDSTEIN, S., « The Proposed ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure: the Utility of Such a Harmonization Project », (2001) 6-4 *U.L.R.* 789 (HeinOnline)
- GUILMAIN, A. et A. BARBACH, « Commentaires sur la décision Procureur général du Canada c. 6569641 Canada Inc. – Preuve de la notification technologique : il y a résolument qu’une lettre de TIC à hic... », *Repères*, octobre 2017, EYB2017REP2342 (La Référence)
- GUILMAIN, A. et P. GINGRAS, « Un regard québécois sur les Principes de Sedona Canada : “quand je me compare, je me retrouve” », (2017) 76-2 *R. du B.* 377, en ligne : <<https://www.lccjti.ca/doctrine/gingras-patrick-et-antoine-guilmain-un-regard-quebecois-sur-les-principes-de-sedona-canada/>>
- GUILMAIN, A., « Le nouveau *Code de procédure civile* au prime des technologies de l’information », (2014) 73 *R. du B.* 471 (CAIJ)
- HALKERSTON, G., « English disclosure processes and foreign blocking statues », (2014) 20-9 *Trusts & Trustees* 943
- JAAR, D. et F. SÉNÉCAL, « L’administration de la preuve électronique au Québec ? » dans S.F.P.B.Q., vol. 320, *Développements récents et tendances en procédure civile (2010)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 131 (CAIJ)
- KARDASH, A. et P. KOSSEIM, « Chapter 7: Canada » dans Tim HICKMAN et Detlev GABEL (dir.), *The International Comparative Legal Guide to : Data Protection 2018*, 5^e éd., London, Global Legal Group, 2018, p. 54 en ligne : <<https://www.osler.com/osler/media/Osler/reports/privacy-data/Data-Protection-Laws-in-Canada-2018.pdf>>
- KERAMEUS, K. D., « Scope of Application of the ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure », (2004) 9-4 *U.L.R.* 847 (HeinOnline)
- KERAMEUS, K. D., « Some Reflections on Procedural Harmonisation: Reasons and Scope », (2003) 8-1-2 *U.L.R.* 443 (HeinOnline)

- KESSLER, D. J., J. NOWAK, S. KHAN, « The Potential Impact of Article 48 of the General Data Protection Regulation. Cross Border Discovery from the United States », 17-2 *SEDONA CONF. J.* 575 (2017) (HeinOnline)
- KLÖTGEN, P., « La coopération judiciaire en matière civile et commerciale » dans Phillippe COSSALTER (dir.), *Grenzüberschreitende Zusammenarbeit in der Großregion – La coopération transfrontalière en Grande Région*, Saarbrücken, Éditions juridiques franco-allemandes, 2016, p.105, en ligne : <<https://www.revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/CT06.pdf>>
- LEBEAU, D. et M.-L. NIBOYET, « Regards croisés du processualiste et de l'internationaliste sur le règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves civiles à l'étranger », *Gaz. Pal.* 2003.051.6 (Lextenso)
- LE BERRE, Y. et É. PATAUT, « La recherche de preuves en France au soutien de procédures étrangères au fond », (2004) 1 *R.D.A.I.* 53 (HeinOnline)
- LENOIR, N., « La collecte des preuves dans le cadre des procédures judiciaires : L'amorce d'un dialogue entre la France et les États-Unis ? », *L.P.A.* 2014.111.6 (Lextenso).
- LENOIR, N., « L'intérêt de la loi du 26 juillet 1968 et l'obtention des preuves au niveau international : un regain d'intérêt », *L.P.A.* 2015.13.9. (Lextenso)
- LOWE, A.V., « Blocking extraterritorial Jurisdiction: The British Protection of Trading Interests Act, 1980 », 75 *AMJ. INT'L L.* 257 (1981) (HeinOnline).
- MARTIN, S., « La mise en œuvre au Québec des commissions rogatoires émanant d'un tribunal étranger » dans Sylvette GUILLEMARD (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Alain Prujiner : études de droit international privé et de droit du commerce international*, coll. « C.É.D.É. », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 279
- MECARELLI, G., « Quelques réflexions en matière de *discovery* », (2001) 6-4 *U.L.R.* 901 (HeinOnline)
- MENETREY, S., « Les modes d'obtention des preuves du Règlement 1206/2001 ne sont pas exhaustifs : CJUE, *Prorail NV c/ Xpedys NV* (C-332/11), 21 février 2013 » dans Gilles CUNIBERTI et Marie NIOCHE (dir.), « Émergence d'un droit international/régional des affaires : Chronique de contentieux international des affaires », (2013) 5 *R.D.A.I.* 487, p. 504 (HeinOnline)

- MEYER-FABRE, N., « L'obtention des preuves à l'étranger », dans *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 16^e année, 2002-2004, Paris, Éditions Pedone, 2005, p. 199, en ligne : < https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1140-5082_2005_num_16_2002_1147>
- MOLOT, H. L., « Non-Disclosure of Evidence, Adverse inferences and the Court's Search for Truth », (1973) 10 *Alta. L. Rev.* 45 (HeinOnline)
- PICHÉ, C., « La proportionnalité procédurale : une perspective comparative », (2009-10) 40 *R.D.U.S.* 551, dans Catherine PICHÉ, *Droit judiciaire privé*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2014, p. 111.
- RASHBAUM, K. N., M. F. KNOUFF, D. MURRAY, « Admissibility of Non-U.S. Electronic Evidence », 18-3 *RICH. J.L. & TECH.* 1 (2012) (HeinOnline)
- « Principes et Règles de procédure civile transnationale — Colloques sur le projet ALI/UNIDROIT », (2003) 8-3 *U.L.R.* 668 (HeinOnline)
- SCHAEFFER, E., « De la recherche et de l'obtention de preuves à l'étranger en matière de droit civil et des affaires — Coopération et anti-coopération — », *R.J.Pol.Ind.Co.* 1985.39.644
- STÜRNER, R., « Règles transnationales de procédure civile ? Quelques remarques d'un Européen sur un nouveau projet commun de l'*American Law Institute* et d'UNIDROIT », (2000) 52-4 *R.I.D.C.* 845, en ligne : <https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2000_num_52_4_18632>
- TARUFFO, M., « La genèse et la finalité des règles proposées par l'*American Law Institute* », dans Philippe FOUCHARD (dir.), *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2001, p. 19.
- THOREN-PEDEN, D. et C. D. MEYER, « Chapter 38: USA » dans Tim HICKMAN et Detlev GABEL (dir.), *The International Comparative Legal Guide to : Data Protection 2018*, 5^e éd., London, Global Legal Group, 2018, p. 368, en ligne : <<https://www.pillsburylaw.com/images/content/1/1/v2/117865/DP18-Chapter-38-USA.pdf>>
- VALDHANS, J. et D. SEHNÁLEK, « The 1970 Hague Convention, The European Union and the 2001 EU Evidence Regulation – Interfaces » dans C.H. VAN RHEE et A. UZELAC (dir.),

Evidence in Contemporary Civil Procedure : Fundamental Issues in a Comparative Perspective, Cambridge, Intersentia, 2015, p. 337, en ligne : https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/24400AF962E9BFE18F2A8E219A0EA34E/9781780685250c18_p337-362_CBO.pdf/1970_hague_evidence_convention_the_european_union_and_the_2001_eu_evidence_regulation_interfaces.pdf

VRELLIS, S., « Major Problems of International Civil Procedure as Compared to the ALI/UNIDROIT Principles and Rules », (2003) 56-1 *R.H.D.I.* 91 (HeinOnline)

WALSH, C., « Conflict of laws – Enforcement of Extra Provincial Judgements and *In Personam* Jurisdiction of Canadian Courts: *Hunt v. T&N plc* », (1994) 73 *R. du B. can.* 394

WEX, S., « Judicial Intervention: the ‘Truth’ Theory Versus the ‘Fight’ Theory », (1974) 34-3 *R. du B.* 200

ZEUNERT, C., D. ROSENTHAL, « Cross-Border Discovery – Practical Considerations and Solutions for Multinationals », 12 *SEDONA CONF. J.* 145 (2011) (HeinOnline)

Documents gouvernementaux

COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *Une nouvelle culture judiciaire*, Québec, Ministère de la justice, Juillet 2001, en ligne : <http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/bs43285>

COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *Enquête sur la conformité d'Équifax Inc. et d'Équifax Canada à la LPRPDE à la suite de l'atteinte à la sécurité des renseignements personnels en 2017*, Rapport de conclusions d'enquête en vertu de la LPRPDE n° 2019-001, Gatineau, 9 avril 2019, en ligne : <https://www.priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/enquetes/enquetes-visant-les-entreprises/2019/lprpde-2019-001/#fn13-rf>

COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *La LPRPDE et votre pratique : Guide de protection de la vie privée à l'intention des avocats*, Gatineau, Gouvernement du Canada, 2011, en ligne : https://www.priv.gc.ca/media/2013/gd_phl_201106_f.pdf

COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *Tracer le chemin – Principaux développements au cours des sept premières années d’application de la LPRPDÉ*, Gatineau, Gouvernement du Canada, 2008, en ligne : <https://priv.gc.ca/media/2009/lbe_080523_f.pdf>

COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *Traitement transfrontalier des données personnelles : Lignes directrices*, Gatineau, Gouvernement du Canada, 2009, en ligne : <https://www.priv.gc.ca/media/1994/gl_dab_090127_f.pdf>

DIRECTION DU DROIT DES TRAITÉS, « Liste des traités – Résultats de votre recherche », *Affaires Mondiales du Canada*, 21 juillet 2019, en ligne : <<https://www.treaty-accord.gc.ca/result-resultat.aspx?type=10>>

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires de la ministre de la Justice. Code de procédure civile, chapitre C-25.01*, Montréal, SOQUIJ, Wilson & Lafleur, 2015

Documents internationaux

COMMISSION DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES et COMMISSION DES FINANCES, *Rapport d’information n°4082 sur l’extraterritorialité de la législation américaine*, France, Assemblée nationale, 5 octobre 2016, en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rap-info/i4082.pdf>>

COMMISSION EUROPÉENNE, *Document de travail des services de la Commission européenne accompagnant le document : Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le Règlement (CE) n°1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l’obtention des preuves en matières civile et commerciale*, SWD(2018) 284 final, Bruxelles, 31.05.2018, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018SC0284&from=FR>>

COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen sur l’application du règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l’obtention des preuves en matière civile ou commerciale*, COM/2007/769/final, Bruxelles, 5.12.2007, en ligne : <<https://eur->

lex.europa.eu/legal-

content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0769&qid=1564754206373&from=FR>

COMMISSION EUROPÉENNE et RÉSEAU JUDICIAIRE EUROPÉEN EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE, *Guide pratique pour l'application du Règlement relatif à l'obtention des preuves*, Bruxelles, Commission européenne, en ligne : <<https://e-justice.europa.eu/fileDownload.do?id=ba9ac932-1a76-4498-a1d7-3adc87f9cee0>>

CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, « État présent – Convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale », *hcch.net*, en ligne : <<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=17>>

HARKNESS, T. P., R. MOLOO, P. OH, C. YIM, *Discovery in International Civil Litigation: A Guide for Judges*, Federal Judicial Center (2015), en ligne : <<https://www.fjc.gov/sites/default/files/2015/Discovery%20in%20International%20Civil%20Litigation.pdf>>

Lois et codes annotés

CHAMBERLAND, L. (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations – Volume 1 (Art. 1 à 390)*, 3^e éd., vol. 1, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018

CHAMBERLAND, L. (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations – Volume 2 (Art. 391 à 836)*, 3^e éd., vol. 2, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018

CHAMBERLAND, L. (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations – Volume 1 (Art. 1 à 390)*, 4^e éd., vol. 1, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019

CHAMBERLAND, L. (dir.), *Le Grand Collectif – Code de procédure civile : Commentaires et annotations – Volume 2 (Art. 391 à 836)*, 4^e éd., vol. 2, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019

Articles de journaux et billets juridiques

- CHAMBRE DES HUISSIERS DE JUSTICE DU QUÉBEC, « Lancement de la plateforme de notification et signification électronique NotaBene », *Newswire.ca*, 15 mai 2012, en ligne : <<https://www.newswire.ca/fr/news-releases/lancement-de-la-plateforme-de-notification-et-signification-electronique-notabene-510243491.html>>
- BARBONNEAU, M., « Rapport Gauvain : et revoilà l’avocat en entreprise » *Dalloz actualité*, 26 mars 2019, en ligne : <<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/rapport-gauvain-et-revoila-l-avocat-en-entreprise#.XPYH9S17TPA>>
- DESCHÊNES, C., J.-F. DE RICO et P. ARCHAMBAULT, « Le RGPD : 5 mythes démystifiés », *Langlois avocats*, 16 juillet 2018, en ligne : <<https://langlois.ca/le-rgpd-5-mythes-demystifies/>>
- GUILMAIN, A., J. UZAN-NAULIN et B. TATTRIE, « Le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada revoit sa position sur les transferts d’informations personnelles et ouvre une consultation sur la circulation transfrontière des renseignements personnels », *Fasken*, 2 mai 2019, en ligne : <<https://www.fasken.com/fr/knowledge/2019/05/van-opc-consultation-on-cross-border-transfers/>>
- LE FIGARO et AFP, « Paris veut mieux protéger les entreprises françaises face aux lourdes condamnations américaines », *Le Figaro.fr*, 25 mars 2019, en ligne : <<http://www.lefigaro.fr/flash-eco/paris-veut-mieux-protoger-les-entreprises-francaises-face-aux-lourdes-condamnations-americaines-20190325>>

Guides et rapports de recherche

- BARREAU DU QUÉBEC, *Guide des meilleures pratiques*, 6^e éd., Montréal, 2017, en ligne : <<https://www.barreau.qc.ca/media/1309/bdq-guide-meilleures-pratiques.pdf>>
- TREMBLAY, M., *Flux transfrontières de données et protection de la vie privée : une conjonction difficile*, Québec, Cahier de recherche, Québec, Laboratoire d’étude sur les politiques publiques et la mondialisation, ENAP, mars 2010, en ligne : <http://www.leppm.enap.ca/leppm/docs/Cahier%20recherche/Cahier%20de%20recherche_Tremblay_Flux%20donnéesvf.pdf>

Conférences et présentations

ERVO, L., *International Cooperation and Evidence in the Nordic, Baltic and Former Socialist Countries; Continental Europe and Common Law Europe*, II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Salamanca, Espagne, 10 octobre 2019 (Présentation PowerPoint)

PARKER, J. S., *Comparative Civil Procedure and Transnational 'Harmonization': A Law-and-Economics Perspective*, 11th Travemunder Symposium on the Economic Analysis of Procedural Law, Travemunde, Allemagne, 8 janvier 2009, George Mason University Law and Economics Research Paper Series no. 09-03, en ligne: <http://ssrn.com/abstract_id=1325013>