



HEURISTICA
DISCOVERY COUNSEL LLP

**Résoudre les questions difficiles de la
divulgence en matière criminelle**

À l'avant-garde de l'enquête électronique

Résoudre les questions difficiles de la divulgation en matière criminelle

La preuve numérique révolutionne les enquêtes criminelles, exigeant que la police, la Couronne et la partie défenderesse adoptent de nouvelles compétences technologiques. Ce changement urgent est tout aussi crucial dans les domaines quasi criminel et réglementaire. Pour accélérer cette adaptation, cet article suggère que des connaissances approfondies peuvent être tirées des pratiques établies depuis une longue période au niveau de la gestion de la preuve électronique dans la procédure civile.

Tous les participants au système de justice criminelle savent que la collecte, l'examen, la divulgation et la réception de grands volumes de preuves numériques sont des tâches ardues qui ont une incidence directe sur les enquêtes, les délais et les *droits garantis par la Charte*. Au delà de la gestion et de la divulgation des éléments de preuve s'ajoutent les défis d'authentification et d'intégrité - par lesquelles l'échec peut entraîner une diminution du poids de la preuve ou, pire encore, l'inadmissibilité de la preuve.

Il y a une confluence de questions en jeu. Bien que plusieurs rapports et politiques formulant des recommandations sensibles à la réforme aient été publiés au fil des ans,¹ c'était à une époque où de grands volumes de documents papier représentaient le défi de divulgation le plus épineux pour les corps concernés. Au fur et à mesure que l'utilisation des preuves numériques dans les enquêtes s'est accrue, les solutions pouvant répondre aux défis découlant de la collecte, de l'analyse et de la divulgation de ces éléments de preuve ont été explorées de façon indépendante par différents services de police et de régions, sans l'avantage d'une coordination centralisée. Enfin, la police, les procureurs, les avocats de la défense et les juges continuent d'éprouver des difficultés et les ressources sont limitées de part et d'autre.

Nous ne manquons pas de technologie disponible sur le marché et de solutions qui peuvent réduire les coûts globaux pour le système de justice criminelle. Mais, comme pour tous les outils, les plateformes de collecte de données et d'examen des données probantes sont plus efficaces entre les mains d'experts formés utilisant des méthodologies éprouvées. C'est peut-être là qu'il peut y avoir une solution aux questions difficiles de la divulgation en matière criminelle.

¹ Par exemple, Comité directeur sur l'efficacité et l'accès en matière de justice - Compte rendu sur la communication de la preuve dans les affaires pénales, Juin 2011, <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/cde-esc/crc-rod/index.html>; Manuel de poursuite de la Couronne, <https://www.ontario.ca/fr/document/manuel-de-poursuite-de-la-couronne>

Il y a des domaines critiques dans la divulgation de la preuve électronique qui recourent les expériences et les leçons apprises dans les procédures civiles et réglementaires. Il s'agit notamment des éléments suivants :

- (a) l'avantage de lignes directrices et de normes nationales respectées qui pourraient aider à guider la police, la Couronne, l'avocat de la défense, et la Cour ;
- (b) l'utilisation d'une variété de technologies juridiques largement acceptées, pour aider à réduire les délais de divulgation significative, et, surtout, l'innovation dans les processus juridiques et le ressourcement juridique flexible. Cela permettra à tous les participants de réduire le temps et les coûts tout en améliorant l'accès à la justice en intégrant des méthodologies éprouvées utilisées dans les affaires réglementaires, quasi criminelles et civiles.

L'évolution de la technologie pour la collecte de preuves numériques

On peut soutenir que la divulgation en temps opportun de grands volumes de documents imprimés est une préoccupation depuis de nombreuses années et, depuis 1991, les obligations de divulgation ont simplement été citées sous le nom de *divulgation de Stinchcombe*². Mais il est clair que l'introduction et l'utilisation généralisée du courrier électronique, des médias sociaux, des appareils mobiles et des données Internet ont complètement changé le paysage. Des outils spécialement conçus pour une collecte juridiquement valable et justifiée n'ont pas été mis au point avant la fin des années 1990,³ et l'expertise requise pour les utiliser correctement était en pénurie.

Bien qu'un des premiers produits tels qu'EnCase ait incorporé une fonctionnalité de recherche de texte, il a été conçu pour trouver des caractères ou des chaînes individuels qui pourraient conduire les enquêteurs à un contenu pertinent, y compris des données potentiellement récupérables qui avaient été supprimées par l'utilisateur. Il n'était pas (et il n'était pas destiné à être) un outil de recherche de contenu à part entière, et encore moins un outil d'analyse et de divulgation avancée. À la fin des années 1980 et au début des années 1990, les pionniers de l'industrie ont introduit un logiciel de recherche en texte intégral conçu spécifiquement pour l'examen des divulgations, d'éléments de preuve (et productions de document au civil), y compris SUPERText, Concordance et Sommaton.

Aujourd'hui, l'industrie de la technologie juridique est principalement passée aux services infonuagiques et a grandi en taille et en sophistication pour répondre aux volumes en croissance rapide et à la nature diversifiée des données nécessaires aux procédures judiciaires, aux exigences réglementaires et aux enquêtes. Les niveaux de compétence nécessaires pour opérer avec les outils

² R. c. *Stinchcombe*, 1991 CanLII 45 (CSC)

³ Publié en 1998, EnCase a été le premier outil sérieux pour l'enquête sur les preuves numériques (il est maintenant un produit d'OpenText, et a plusieurs concurrents.)

modernes ont également considérablement augmenté. Nous sommes passés de l'apprentissage « au fur et à mesure » dans les années 1980 et 90, en utilisant des outils rudimentaires, à l'exigence de comprendre les fonctionnalités complexes, les certifications professionnelles et les meilleures pratiques.

Lignes directrices nationales respectées

La première décennie du nouveau millénaire a apporté avec elle plusieurs développements importants en matière d'investigation électronique - non seulement avec les outils logiciels, mais surtout au niveau du développement de pratiques exemplaires. Les *Principes de Sedona*, publiés pour la première fois aux États-Unis pour commentaires en 2002,⁴ visaient à fournir des lignes directrices et des pratiques exemplaires pour la gestion de l'investigation électronique dans les procédures judiciaires. Les principes se sont penchés sur les défis posés par le volume et la complexité croissants des renseignements stockés électroniquement tout en cherchant à établir un équilibre entre le besoin d'information pertinente dans les litiges et le fardeau et le coût de leur production. Les principes ont eu un impact significatif sur le domaine juridique en promouvant un cadre de coopération entre les parties, en soulignant l'importance de la proportionnalité et en aidant à façonner les règles et les normes ultérieures.

Les Principes de Sedona ont été suivis en 2005 par le Modèle de référence électronique de découverte (<https://edrm.net/>) - au départ un simple diagramme illustrant un flux de travail modèle pour visualiser le processus d'investigation électronique. Simple - mais largement adopté dans l'industrie. L'EDRM a continué à développer des ressources précieuses au développement de l'investigation électronique ainsi qu'à d'autres domaines en gouvernance de l'information.

En 2008, les *Principes de Sedona Canada* ont été publiés pour la première fois, s'appuyant sur son prédécesseur aux États-Unis, mais incorporant les règles et normes de procédure civile canadienne. La troisième édition des *Principes de Sedona Canada*, publiée en 2023, met à jour et améliore les lignes directrices pour la gestion de l'investigation électronique dans les procédures judiciaires canadiennes. Cette nouvelle édition traite de l'évolution technologique et des développements substantiels de la jurisprudence, en mettant l'accent sur les principes de proportionnalité, de raisonnable et de coopération. Les *Principes de Sedona Canada* sont maintenant mentionnés dans presque toutes les juridictions civiles au Canada en fournissant des conseils pratiques, favorisant l'uniformité des pratiques de preuve électronique à travers le pays.

⁴ <https://thesedonaconference.org/>

En droit criminel, la norme de divulgation significative aujourd'hui est fondée sur la jurisprudence, notamment *R. c. Dunn*, 2009 CanLII 75397 (ON SC), où les défendeurs ont fait valoir que les données sur un disque dur n'étaient pas raisonnablement accessibles parce qu'elles n'étaient pas correctement consultables. Le juge Boswell a conclu que la base de données de près de 23 millions d'images n'était pas raisonnablement accessible aux défendeurs parce que les divers ensembles de données n'étaient pas consultables ensemble ; les documents des parents n'étaient pas liés à leurs pièces jointes, et certains ensembles de données n'étaient pas du tout consultables. Après cette décision, d'autres demandes de divulgation sont souvent appelées « requêtes Dunn », comme ce fut le cas dans la décision notable, *R. c. Cuffie*, 2020 ONSC 4488.

Dans *l'affaire Cuffie*, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a évalué les pratiques de divulgation de la Couronne dans les instances criminelles, en particulier la question des fichiers PDF ne pouvant faire l'objet d'une recherche. Le juge Corrick a souligné que pour que la divulgation soit considérée comme « significative », elle doit être accessible, identifiable et suffisamment détaillée pour permettre une préparation adéquate du procès. En l'espèce, la divulgation comprenait environ 7 000 documents et plus de 9 000 fichiers multimédias. La non-possibilité de perquisition de nombreux documents a considérablement limité leur utilité, ce qui a finalement amené le juge Corrick à considérer que la divulgation ne répondait pas aux critères établis pour une divulgation significative.

Dans *Agence du revenu du Québec c. Morris*, 2020 QCCQ 4200, la Cour du Québec suggère qu'un accusé doit avoir les moyens d'examiner la divulgation volumineuse d'une affaire criminelle. Cette suggestion appuie probablement la présomption selon laquelle l'accusé pourrait devoir avoir accès à un logiciel d'examen des documents pour permettre un examen complet de la volumineuse divulgation des affaires criminelles.

Ces cas, ainsi que des discussions plus larges sur l'investigation électronique et la divulgation, témoignent de la nécessité de posséder des normes de divulgation des éléments de preuve standardisées au sein du système de justice criminelle canadien. Alors que la preuve numérique devient de plus en plus centrale dans les procédures criminelles, l'élaboration de protocoles complets et d'un soutien accru pour tous les intervenants dans la gestion de la divulgation est essentielle au maintien de l'équité du processus judiciaire.

Innovation en matière de processus juridique

Les délais présumés établis par *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27 (CanLII) (de 18 mois à la Cour de justice de l'Ontario et de 30 mois à la Cour supérieure de justice) laissent à la police et aux procureurs peu de temps pour traiter de façon significative des éléments de preuve complexes et des volumes sans cesse croissants. De la nouveauté dans les procédures de divulgation et en matière criminelle sera

requis pour faire face à cette tension croissante entre multiplicité et complexité versus le temps requis pour les respecter. L'administration efficiente du volume croissant de la preuve électronique continuera à défier la Couronne et la police afin de respecter les délais établis par l'arrêt *Jordan*.

Une autre considération pour la collecte et la divulgation de documents d'enquête criminelle est l'utilisation et la divulgation dans d'autres forums et procédures collatérales, telles que les procédures réglementaires et civiles. Des processus et des modèles de divulgation normalisés permettraient également de réaliser des gains en rendement et en efficacité afin d'atténuer les risques associés à l'utilisation accessoire. Ceci inclut la réduction du temps requis par la Couronne et la police dans l'examen ultérieur de documents d'enquête en fonction d'une utilisation future.

Le volume croissant de preuves électroniques, de types de données et de méthodes de communication, la complexité des crimes financiers et la prolifération pure et simple des données nécessiteront des outils et des techniques de pointe. Les *Principes de Sedona Canada* et les étapes de l'EDRM peuvent être adaptés pour fournir une orientation et des pratiques exemplaires pour la preuve électronique dans les procédures criminelles et quasi criminelles afin d'aider à répondre aux exigences en matière de rapidité établies dans l'arrêt *R. c. Jordan*.

Différences et similitudes entre la pratique du droit criminel et la pratique du droit civil

Il existe des différences fondamentales dans les objectifs, les processus, les normes de preuve et les résultats entre les litiges civils et la pratique du droit criminel au Canada. Mais il y a aussi des chevauchements critiques dans les défis liés à la collecte, à l'examen et à l'échange de grands volumes d'informations électroniques. Ces similitudes soulignent les points communs, techniques et procéduraux, dans le traitement de l'information électronique, et ce, malgré les contextes et les objectifs juridiques différents des deux systèmes de pratique. Par exemple:

1. **Identification** : Les deux processus exigent l'identification de l'information électronique pertinente. Il s'agit notamment de déterminer quelles données sont pertinentes pour l'affaire, qu'il s'agisse de courriels, de messages textes, de documents ou d'autres formes de preuves numériques. Dans le contexte civil, nous menons des entrevues avec les dépositaires pour déterminer l'emplacement et le type de données qui devront être préservées et recueillies. Dans le contexte criminel, la police doit déterminer les mêmes renseignements, bien qu'elle utilise divers moyens légaux pour les obtenir.
2. **Collecte** : Les affaires civiles et criminelles peuvent impliquer la collecte judiciaire de données électroniques à partir d'ordinateurs, de serveurs, d'appareils mobiles et de stockage en service infonuagique. Dans le contexte civil, les parties discuteront et s'entendront souvent sur les techniques qui seront utilisées pour recueillir les renseignements et sur la portée de la

collecte, et dans certaines affaires d'ordonnance Anton Piller, la Cour utilisera ses pouvoirs exceptionnels de saisie de la preuve. Dans le contexte criminel, la normalisation du langage des mandats et des assignations à comparaître adapté à la preuve et à la source de données particulières serait bénéfique pour tous les participants.

3. **Traitement** : Les données électroniques collectées doivent être traitées pour être utilisables dans les procédures judiciaires. Cela inclut la conversion des données dans un format révisable, la déduplication et l'indexation des informations. Dans les procédures civiles, les parties s'entendent souvent sur les paramètres de traitement, certains sont devenus normalisés pour des types de documents communs. Le système justice criminelle bénéficierait de pratiques standardisées et de traitement normalisées de la preuve électronique.
4. **Examen** : Les deux processus nécessitent une analyse des données collectées pour déterminer les renseignements qui sont pertinents, privilégiés ou autrement sujets à exclusion. Les volumes toujours croissants d'informations nécessitent l'utilisation de technologies de pointe pour analyser de manière valable et justifiable les données collectées et saisies . Des technologies de pointe pour l'examen et l'analyse des données sont disponibles sur le marché canadien, mais dans le contexte criminel, elles sont séparées et distinctes des outils avancés et en cours d'élaboration et de conception pour la collecte et le traitement judiciaires. L'analyse de données en enquête technologique utilise des outils qui sont différents de ceux utilisés dans l'enquête de contenu de documents.
5. **Échange** : Les systèmes exigent une obligation d'échanger des renseignements pertinents avec la partie adverse. Dans les affaires civiles, cela fait partie du processus d'investigation électronique, tandis que dans les affaires criminelles, le processus est suivi par la Couronne et la police grâce à des obligations de divulgation. *Dunn* et *Morris* ont imposé à la Couronne et à la police l'obligation de fournir une divulgation significative à l'aide de la technologie. L'avantage maintenant, c'est que la technologie est devenue si avancée que l'obligation peut être accomplie avec peu de coûts supplémentaires pour la Couronne ou la police en utilisant la technologie appropriée d'examen des éléments de preuve.
6. **Utilisation de la technologie** : Les pratiques en droit civil et en droit criminel s'appuient de plus en plus sur la technologie et les logiciels spécialisés pour gérer de grands volumes de données électroniques, y compris les plateformes d'investigation électronique et les outils judiciaires numériques. Certains membres de la Couronne et de la police utilisent actuellement des outils qui favorisent la divulgation à l'aide de RelativityOne, une plateforme d'investigation électronique de premier plan sur le marché. L'accès sécurisé des procureurs de la Couronne et des avocats de la défense aux mêmes données sous-jacentes a été possible grâce aux autorisations et à la personnalisation créées par Heuristica. Cela a permis à la

Couronne de fournir une divulgation rapide, sécurisée, et avec les meilleurs outils disponibles à un coût minimal.

7. **Participation d'experts** : Les deux processus peuvent impliquer des experts tels que des analystes judiciaires, des consultants en gestion de données ou d'autres spécialistes informatiques pour assurer l'identification, la collecte et l'analyse précises des preuves numériques. L'innovation dans les processus juridiques et l'externalisation des processus juridiques a permis aux avocats et aux parties dans les procédures civiles et réglementaires de bénéficier d'une expertise juridique et technique spécialisée. En tant que marché développé pour répondre aux besoins de services juridiques flexibles dans le contexte civil et réglementaire, ces services peuvent également être développés dans la sphère criminelle. Les termes utilisés dans les mandats de perquisition peuvent être adoptés des accords d'échange préalable du droit civil commun et ajustés selon la nature de la preuve numérique saisie. Il est important de comprendre les conséquences des dispositions relatives à la période de temps et au type de données, et comment protéger la vie privée lorsque c'est nécessaire.
8. **Confidentialité, vie privée et privilège** : Les deux processus doivent tenir compte de la confidentialité et de la vie privée des personnes concernées, en veillant à ce que les renseignements sensibles et privilégiés soient séparés ou autrement protégés conformément aux règles applicables. Dans le contexte criminel, il s'agit principalement de la protection du privilège de l'accusé et des droits garantis par la Charte, ainsi que de la vie privée des victimes et des témoins.
9. **Proportionnalité** : La proportionnalité est le deuxième principe des *Principes de Sedona Canada*⁵, qui stipulent:

Dans toutes instance, les parties devraient s'assurer que les étapes suivies dans le cadre de l'administration de la preuve soit proportionnelles, eu égard à (i) la nature et l'importance du litige, incluant l'importance et la complexité des questions en litige, des intérêts et des montants en jeu; (ii) la pertinence des informations disponibles sur support électronique; (iii) l'importance des informations sur le processus décisionnel de la Cour dans chaque instance; et (iv) l'impact sur les coûts, le fardeau et les délais que les parties devront assumer afin de gérer les informations sur support électronique.

La proportionnalité ne concerne pas principalement le coût ou la valeur monétaire en litige, bien qu'il s'agisse de considérations importantes. Les principales considérations d'une analyse de proportionnalité sont la valeur probante de la preuve et l'importance de son rôle crucial

⁵ <https://thesedonaconference.org/>

relativement aux questions dont la Cour est saisie. L'analyse de proportionnalité est applicable en matière criminelle, même si on accorde moins de poids à la considération des coûts de la Couronne.

Authentification, confidentialité et privilèges

À ce jour, au Canada, il y a eu peu de jurisprudence civile concernant la nécessité d'authentifier la preuve électronique. Cependant, dans *Wang v Liu*, 2023 BCSC 972, l'une des parties s'est appuyée sur des captures d'écran de messages texte. Bien que la preuve ait été admise, la Cour ne s'y est finalement pas fiée parce qu'elle ne pouvait pas être authentifiée. Le juge s'est fait un devoir de dire qu'il ne concluait pas que la preuve était fabriquée de toutes pièces, mais qu'elle ne pouvait pas être authentifiée. Cette affaire attire l'attention sur l'importance croissante de l'authentification des preuves électroniques et de l'utilisation de pratiques exemplaires pour s'assurer que les métadonnées associées aux preuves électroniques sont préservées. La facilité de création de fausses preuves et de l'IA générative ne fera qu'accroître l'importance de l'authentification. Bien que les affaires civiles aient un fardeau de preuve moins lourd, on peut soutenir qu'en droit criminel avec une norme de preuve plus élevée, il est encore plus important d'authentifier la preuve.

Les médias sociaux et la messagerie texte soulèvent des questions de confidentialité et de privilège potentiel lors de la saisie ou de la collecte d'appareils mobiles. Dans les cas de saisie de type Anton Piller et de circonstances similaires, un avocat indépendant est nommé par la Cour pour analyser les renseignements saisis afin de protéger le privilège et les intérêts potentiels en matière de protection de la vie privée. Des processus semblables pourraient être élaborés à l'aide de ressources juridiques spécialisées pour protéger le privilège et le droit à la vie privée des renseignements saisis dans un contexte criminel. Une approche comme celle-ci permettra une collecte complète pour protéger les métadonnées et l'intégrité des données, tout en mettant en place des protections concernant une collection plus large.

Conclusion

En fin de compte, nous croyons qu'il y a trois domaines critiques dans lesquels la divulgation en droit criminel pourrait apprendre de son homologue en droit civil. Premièrement, avec l'introduction de lignes directrices et de normes nationales respectées, le processus de divulgation du début à la fin bénéficierait d'un niveau élevé de normalisation. Deuxièmement, l'accès non seulement aux meilleurs outils disponibles, mais aussi à une variété d'outils, procurerait à toutes les parties des avantages en termes de temps et de coûts. Troisièmement, l'innovation dans les processus juridiques et l'utilisation

de ressources juridiques spécialisées externalisée sont nécessaires pour aider à la planification des processus juridiques et aux besoins en ressources flexibles.

Des normes et des lignes directrices convenues, conformes aux obligations légales et éthiques, pourraient simplifier tous les processus de divulgation et probablement réduire le nombre de contestations judiciaires contre les procureurs. Contrairement à ce qui se produit dans le domaine civil, où les règles de procédure peuvent différer d'une province ou d'un territoire à l'autre, le droit criminel (et le droit de la preuve en matière criminelle) s'applique dans toutes les provinces et tous les territoires. Ainsi, les normes nationales auraient un impact encore plus grand que celles de la sphère civile.

Les sources des données qui doivent être considérées dans les affaires courantes sont diverses, qu'elles proviennent des vieux ordinateurs des dizaines d'années antérieures ou tout nouveau service des médias sociaux et maintenant des plateformes de l'IA. Ces diverses sources sont elles-mêmes en constant mouvement en ce qui a trait à leur sécurité et leur configuration. Un outil qui, des mois durant a été efficace, peut devenir inutile si la ressource change. Un autre outil peut reconnaître ces changements dans cette dernière et peut ainsi être efficace pour un temps. La présomption qu'un produit tout ce qu'il faut, même avec l'assurance fournie par son développeur, constitue une recette qui peut donner des résultats décevants et même désastreux.

Le processus légal de nouveautés et l'usage d'équipes légale externe a permis d'obtenir des bénéfices substantiels dans plusieurs champs de la loi. Un tel usage est déjà effectué par les Gouvernements dans tous les domaines du droit, et Heuristica a encouragé et supporté de nouvelles méthodes de divulgation. La sphère du droit criminel pourrait bénéficier de l'adoption de nouvelles et flexibles orientations pour améliorer constamment la divulgation.