



epio clarity

La preuve à l'ère de
l'électronique : la montée des
Principes de Sedona Canada

Aperçu

Le monde abandonne l'impression pour l'information sur support électronique (ISE), et les professions juridiques n'y font pas exception. Comme les ISE peuvent être communiquées, les avocats doivent comprendre les répercussions qu'elles peuvent avoir sur le processus d'interrogatoire préalable. Rédigés en 2008 et mis à jour en 2016, les Principes de Sedona Canada avaient pour but de fournir des directives éclairées sur la façon de gérer les grandes quantités d'ISE présentées lors du litige et des enquêtes, que l'on connaît généralement sous le nom d'investigation électronique. Tout comme la correspondance « ordinaire » fut graduellement remplacée par des équivalents électroniques, il en va de même pour les communications préalables sur supports papier traditionnels. Depuis 2010, les Règles de procédure civile de l'Ontario renvoient aux Principes de Sedona Canada.¹ Comme le montrent deux affaires récentes, ces principes ont un effet de plus en plus important sur les coûts associés à l'investigation électronique et à l'accès à l'information.

Comme notre système élaboré à l'ère de l'impression est forcé de s'adapter, il revient à l'avocat de garder une longueur d'avance, s'il ne veut pas en payer le prix. Comme l'écart entre les compétences techniques et juridiques continuera de s'accroître, les avocats seront forcés soit d'acquérir un deuxième ensemble de compétences, soit de reconnaître que les experts de la technologie de l'information sont indispensables à leur travail.

1^{re} affaire : Verge Insurance c Daniel Sherk²

La décision en l'espèce, prononcée le 20 mars 2017, rejette un appel interjeté auprès de la Cour divisionnaire de la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Dans la décision initiale rendue en 2016³,

le juge Turnbull est arrivé à la conclusion que l'appelante, Verge, a contrevenu à ses obligations relativement à la communication préalable. Cette affaire sert d'exemple pour illustrer à quel point le fait de ne pas gérer convenablement les ISE peut être coûteux.

En 2012, les parties se sont échangées des « lettres de suspension ». Au lieu de donner à ses employés l'instruction d'enregistrer des copies des documents qui pourraient être pertinents, Verge a laissé ses documents s'empiler dans une masse de 79 « bandes de sauvegarde » non différenciées, qui contenaient chacune des milliers de documents.

Bien que Verge prétendait avoir produit tous les documents pertinents, la partie adverse n'était pas convaincue. Cette dernière a sollicité et obtenu une ordonnance en vertu de laquelle un échantillon de ces bandes de sauvegarde devrait être soumis à une analyse judiciaire menée par un consultant, en l'occurrence Deloitte. Comme les appelantes prétendaient qu'elles avaient déjà passé en revue les bandes de sauvegarde pour y trouver les documents pertinents, l'ordonnance prévoyait qu'il incomberait à la partie adverse de payer les frais de cette vérification judiciaire. Toutefois, l'examen de Deloitte a révélé 144 documents, répartis sur 13 bandes de sauvegardes, qui étaient, dans les faits, estimés comme étant pertinents. Par conséquent, la partie adverse a présenté une requête en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant Verge à payer les coûts de l'examen mener par Deloitte en plus des coûts de la requête en question, pour une somme totale s'élevant à 200 000 \$.

Dans la décision rendue en 2016, le juge Turnbull est arrivé à la conclusion que les Principes de Sedona s'appliquaient en l'espèce. Ces principes établissent clairement que les informations sur supports électroniques doivent être communiquées, et qu'aussitôt qu'un litige est raisonnablement anticipé, chaque partie doit

¹ Règle 29.1 des Règles de procédure civile de l'Ontario

² *Verge Insurance Brokers Limited et al. v Daniel Sherk et al.*, 2017 ONSC 1597

³ *Verge Insurance Brokers v. Richard Sherk et al.*, 2016 ONSC 5656

prendre de bonne foi des mesures raisonnables afin de préserver les informations pertinentes enregistrées électroniquement. Compte tenu de ces principes, le juge saisi de la requête est arrivé à la conclusion, que tous les dépens découlant du fait que Verge n'avait pas convenablement archivé les informations pertinentes dans un dossier unique qui pourrait être examiné et remis aux intimées incomberaient à Verge.

La Cour a confirmé l'ordonnance prononcée par le juge Turnbull en vertu de laquelle l'intimée serait indemnisée pour les 200 000 \$ qu'elle avait déjà engagés pour l'examen de Deloitte. La Cour a aussi conclu que les appelantes ne s'étaient pas conformées aux exigences en matière de communications auxquelles elles étaient tenues en vertu des Principes de Sedona et des Règles de procédure civile. La Cour a également adjugé à l'intimée une indemnité substantielle des dépens de la requête et de l'appel.

2e affaire : Hamilton Health Sciences (Re)⁴

Le 31 mars 2017, le Bureau du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario (BCI) a confirmé en appel que Hamilton Health Sciences avait justifié

les frais de 4800 \$ qu'elle estimait pour la demande de renseignements présentée en vertu de la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée (la loi ou la LIPVP).

Hamilton Health Sciences (un hôpital) avait reçu une demande de la part d'une journaliste en vertu de la LIPVP « concernant deux enfants autochtones refusant la chimiothérapie à McMaster Children's Hospital et l'affaire portée à la Division de la famille de la Cour de l'Ontario en découlant »⁵. Conformément au paragraphe

57(1) de la loi, l'hôpital a produit une estimation des frais pour avoir accédé à cette demande, qui s'élève à une somme de 4800 \$, en tenant compte d'une dispense de 80 % des frais estimés. La demanderesse (dorénavant l'appelante) a porté les frais de l'hôpital en appel.

La journaliste en appel prétend que les frais sont si élevés qu'ils constituent un obstacle à l'accès. Elle a soutenu que les coûts devraient être moins élevés puisqu'il devrait être facile de chercher dans les dossiers; 20 heures de recherches pour à peine plus d'un an de dossiers seraient beaucoup trop⁶. Elle a terminé en déclarant que l'hôpital imposait des frais pour une quantité déraisonnable de segments expurgés.⁷

Dans sa réplique, l'hôpital a donné plus de détails sur les processus qu'il a employés pour chercher et caviarder les documents. Après avoir reçu la demande, l'hôpital a collaboré avec son personnel, ses cadres supérieurs et ses conseillers juridiques externes et internes en vue de définir la portée de sa réponse. Après avoir effectué les recherches, l'hôpital a déterminé qu'environ 3500 pages de dossiers seraient divulguées, et que des renseignements personnels sur la santé (RPS) devraient être expurgés pour chacun d'entre eux⁸. L'expurgation de ces renseignements est à l'origine de 3500 \$ du montant estimé, soit environ 73 pour cent. L'hôpital a utilisé un processus de recherche itératif, conformément à celui décrit dans les Principes de Sedona Canada.

Le commissaire a confirmé l'estimation des frais produite par l'hôpital et rejeté l'appel en tout point. Il a conclu que la demande de l'appelante était vague et que le grand éventail et le grand volume de dossiers qui pourraient être pertinents suffisaient comme fondement pour les frais de recherche « élevés » de 600 \$⁹. De plus, il a conclu que 3500 \$ en préparation et 700 \$ en photocopies

⁴ *Hamilton Health Sciences (Re)*, Order PO-3167, Appeal PA15-558

⁵ *Hamilton Health Sciences (Re)* at para 1

⁶ *Hamilton Health Sciences (Re)* at para 45

⁷ *Hamilton Health Sciences (Re)* at para 47

⁸ PHI is defined at section 4 of the Personal Health Information Protection Act, 2004, S.O. 2004, c. 3, Sched. A.

⁹ *Hamilton Health Sciences (Re)* at para 49

étaient des frais appropriés pour 3500 pages de dossiers.

Le commissaire a terminé en se penchant sur la nature des frais pour une telle demande. En tenant compte du fait que les informations (comme les courriels) visées par une recherche générale sont vraisemblablement dispersées dans l'ensemble de l'institution, il dit : [TRADUCTION] « C'est donc la portée de la demande et non la méthode utilisée pour faire l'estimation des frais qui est à l'origine du montant facturé pour le traitement de la demande »¹⁰.

Commentaires

Les affaires en l'espèce présentent une bonne occasion de réfléchir à l'écart qui existe entre nos présuppositions et les réalités actuelles de l'investigation électronique. Avec les ISE, la nature de la communication préalable a changé, et il en va de même pour les règles. Face à la disponibilité limitée des documents sur support papier et la difficulté inhérente à effectuer des recherches dans ceux-ci, il semble logique de demander à obtenir tous les documents. Toutefois, l'application de cette logique aux documents ISE rend la tâche plus longue et ne tire pas profit de ses avantages inhérents.

Il est plus important que jamais de prendre des décisions éclairées sur ce qu'on demande lors des procédures judiciaires, sans quoi on pourrait se retrouver avec 3500 documents qui contiennent tous des RPS. Pire encore, on pourrait se retrouver avec une facture salée pour avoir mal géré les ISE.

Les préoccupations concernant la réduction de la portée d'une demande ou l'idée d'avoir à examiner tous les documents de façon linéaire sont sans

doute des vestiges d'un monde fondé sur des documents imprimés.

Le défi n'est plus de consulter tous les documents, mais plutôt de [TRADUCTION] « convertir des données brutes en véritables connaissances »¹¹. C'est un grave inconvénient de passer du temps et de l'argent à examiner des documents, pour se rendre compte finalement qu'aucune des parties n'a appris quoi que ce soit de pertinent au dossier en cause.

Les affaires Hamilton Health Sciences et Verge c Sherk montrent en quoi les difficultés auxquelles les avocats font face pour se garder à jour des technologies vont bien au-delà de la simple adoption d'un nouvel outil. Outre l'efficacité de la pratique et la recherche juridique assistée par intelligence artificielle (IA), la nature même de l'organisation et du stockage de l'information est en train de changer. Comme le remarque Richard Susskind dans son livre *The Future of the Professions*, la manière principale de communiquer et stocker les renseignements est passée de l'imprimé au digital.¹² Vu les plusieurs cabinets et les plusieurs cours qui gèrent encore de grandes quantités de documents sur support papier, on constate que nous sommes encore dans une phase transitoire.

Les affaires qui précèdent ne font qu'illustrer les difficultés survenant de cette transition. Susskind remarque que, à mesure que nous progressons à titre de société branchée fondée sur la technologie [TRADUCTION] « la quantité et la complexité des documents seront cachées des utilisateurs ».¹³ Bien que proposition tentante, le fait d'ignorer cette complexité croissante de la gestion des ISE se soldera inévitablement par des malentendus et

¹⁰Hamilton Health Sciences (Re) para 54 ¹¹Frazer, Roe & Jenkins, Marc. "The Future of eDiscovery in Tennessee" Belmont Law Review Vol 1:181 (2014) at 182

¹²Susskind, Richard & Susskind, Daniel *The Future of the Professions* (Oxford UP: 2016) at 146

¹³Susskind at 151

Disclaimer: This publication is intended for general marketing and informational purposes only. No legal advice is given or contained herein or any part hereof, and no representations, warranties or guarantees is made in respect of the completeness or accuracy of any and all of the information provided. Readers should seek legal and all other necessary advice before taking any action regarding any matter discussed herein.

des frais judiciaires. Se familiariser avec les Principes de Sedona constitue un bon point de départ pour les avocats qui souhaiteraient rester à jour sur les pratiques exemplaires des communications préalables.

Les processus de communication préalable doivent tenir compte de la grande complexité des ISE dans notre société branchée fondée sur la technologie. Les avocats et les ordres professionnels de juristes doivent reconnaître l'importance de se tenir au courant. La Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada a proposé de modifier son Code type de déontologie professionnelle en vue d'ajouter la compétence technique à la définition de la compétence¹⁴

Néanmoins, une grande partie de la compétence (et peut-être la raison pour laquelle les avocats semblent y résister autant) consiste à reconnaître les limites de ses propres capacités. Les avocats sont formés pour trouver les documents pertinents à certaines questions, mais ne sont pas formés pour prendre en charge la collecte et le traitement de centaines de gigaoctets d'information. Les avocats avertis doivent apprendre quand se tourner vers des experts externes en vue d'obtenir l'aide dont ils ont besoin pour prendre ce genre de décisions.

Conclusion

Les deux affaires qui précèdent portent sur les dépens. Plus qu'une simple question de coûts, il est question des conséquences lorsque l'on ignore un monde en pleine transformation. Le fait qu'un client peut posséder plusieurs disques durs remplis de documents communicables et que ceux-ci n'ont pas été examinés indique qu'il y avait un problème. Le fait que la journaliste en cause dans l'affaire HHS était exaspérée par les coûts découlant de l'extraction des documents montre que ce ne sont pas uniquement les avocats qui ont de la difficulté à s'adapter. Même certaines tâches apparemment

simples, comme le fait de relever les courriels qui constituent des réponses, nécessitent une expertise et des processus spécialisés.

Ce n'est pas uniquement le monde du droit qui change; le monde entier est en pleine transformation. Les avocats doivent suivre le pas s'ils veulent continuer d'ajouter de la valeur. Ce n'est pas simplement que les ordinateurs pourraient bientôt examiner les documents mieux que le font les humains; les documents et les humains eux-mêmes dépendent de plus en plus des ordinateurs. L'investigation électronique promet de changer massivement la pratique du droit. Ce n'est toutefois là qu'une infime partie de ces changements. La façon dont toute l'information est organisée, tous les éléments de preuve potentiels, font actuellement l'objet de la plus grande révolution depuis l'invention de l'imprimerie.

¹⁴ Goyal, Monica "Do Lawyers and Law Students Have the Technical Skills to Meet the Needs of Future Legal Jobs?" (June 29, 2017) <http://www.slw.ca/2017/06/29/do-lawyers-and-law-students-have-the-technical-skills-to-meet-the-needs-of-future-legal-jobs/>

Avis de non-responsabilité : Cet article est rédigé à titre de publicité et à titre informatif uniquement. L'article ne constitue pas un avis juridique, en totalité ou en partie, et aucune garantie n'est faite quant à l'exhaustivité et l'exactitude des renseignements fournis. Le lecteur devrait demander un avis juridique et tout autre conseil pertinent avant de prendre des mesures fondées sur le contenu en l'espèce.