

BULLETIN DE PRÉVENTION

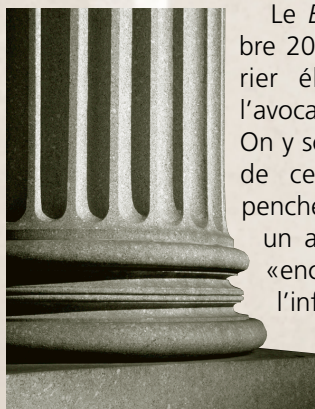
du Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec

ÉDITION SPÉCIALE

L'utilisation du courrier électronique par les avocats a fait l'objet de publications antérieures du *Bulletin de prévention*. Cependant, l'entrée en vigueur récente de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, nous oblige à y apporter certaines précisions.

L'utilisation du courrier électronique à la lumière de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*

par: Me Claude Marseille, associé principal
Fasken Martineau'



Le *Bulletin de prévention* de septembre 2001 traitait de l'utilisation du courrier électronique (ou «courriel») par l'avocat dans ses relations avec ses clients. On y soulignait notamment que, de l'avis de certains organismes qui se sont penchés sur la question², le seul fait pour un avocat de ne pas avoir chiffré (ou «encrypté») un courriel contenant de l'information confidentielle dans un dossier où il occupe ne constitue pas une violation de son devoir de préserver le secret profession-

nel de son client. Ici comme ailleurs, la situation demeurerait plutôt floue puisque, outre les dispositions générales imposant à l'avocat le devoir de préserver le secret des renseignements confidentiels de ses clients, aucune disposition particulière ne traitait de l'usage du courriel.

Pour le meilleur ou pour le pire, au Québec, la situation semble désormais avoir changé.

Le 1^{er} novembre 2001, en effet, entrant en vigueur la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*³ (la «Loi»). Celle-ci a principalement pour objet d'assurer la «sécurité juridique» des communications, quels qu'en soient les supports (papier ou technologique⁴), l'application des règles de droit aux communications effectuées au moyen de documents technologiques, ainsi que l'équivalence fonctionnelle et la valeur juridique des documents, quels que soient leurs supports⁵. Aucun problème jusque-là.

Cependant, le législateur a aussi décidé d'imposer des obligations relatives à la protection de la confidentialité des informations contenues dans un document. Notamment,

l'article 34 de la Loi vient selon nous changer la donne en ce qui a trait à l'utilisation du courriel par les avocats. Il se lit comme suit:

«**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.»

Conditions d'application de l'article 34 de la Loi

Cette disposition trouve application dès lors qu'une personne transmet un document comportant des renseignements que la loi déclare être confidentiels.

La notion de «document» doit recevoir dans ce contexte une interprétation très généreuse. Il s'agit essentiellement de toute information portée par un support (papier ou technologique), qui peut être rendue de façon intelligible à l'être humain⁶. Cela englobe non seulement les écrits, mais aussi les éléments matériels de preuve, comme des photographies, des enregistrements sonores ou des vidéos. Il ne fait aucun doute qu'un courriel est un document au sens de la Loi, de même

Avis

Cette publication est un outil d'information dont certaines indications visent à réduire les risques de poursuite, même mal fondée, en responsabilité professionnelle. Son contenu ne saurait être interprété comme étant une étude exhaustive des sujets qui y sont traités, ni comme un avis juridique et encore moins comme suggérant des standards de conduite professionnelle.

que tout fichier qui y est attaché, qu'il s'agisse d'un fichier texte (produit par un logiciel de traitement de texte tel Word ou WordPerfect), d'une table de calcul (produite par un logiciel de chiffrier électronique, tel Excel ou Lotus 1-2-3), d'une image ou d'une vidéo numériques, etc.

L'article 34 trouve application lorsqu'un document ainsi compris comporte des renseignements «*que la loi déclare confidentiels*». Il n'affecte donc pas l'utilisation du courriel lorsque celui-ci ne contient pas de renseignements que la Loi déclare confidentiels. De plus, pour que l'article 34 entre en jeu, il faut que cette confidentialité soit stipulée dans une loi: une information peut être considérée confidentielle par deux personnes qui correspondent l'une avec l'autre, pour un ensemble de raisons; mais si par ailleurs la loi ne reconnaît pas formellement cette confidentialité, l'article 34 est selon nous hors cause.

Pour l'avocat, le problème bien sûr est qu'il est tenu par la loi au respect du secret professionnel de ses clients⁷. Cette obligation, fondamentale à la profession, comme on le sait, est particulièrement rigoureuse au Québec puisque l'Assemblée Nationale a élevé au statut de droit fondamental de la personne le respect qui est dû au secret professionnel. En principe, tout renseignement confidentiel qu'un client révèle à son avocat en raison de sa profession est couvert par le secret professionnel⁸. Celui-ci s'étend aussi aux communications de l'avocat à son client, notamment bien sûr aux opinions et analyses effectuées dans le cadre du mandat. Le secret professionnel s'impose non seulement à l'avocat mais aussi à ceux qui l'assistent dans sa charge: secrétaire, technicien juridique, expert retenu pour les fins d'un dossier, etc.

Ajoutons que la Loi s'applique non seulement aux communications avec l'État, mais aussi à toute communication privée entre personnes physiques ou morales⁹, dans un contexte civil ou commercial, et n'est aucunement restreinte aux contrats de consommation.

Bref, l'article 34 de la Loi est susceptible de trouver une application très étendue dans la pratique usuelle de l'avocat. Voyons dès lors les obligations auxquelles il les astreint, particulièrement dans le contexte de l'usage du courriel.

Obligation de protéger la confidentialité de l'information par un moyen approprié au mode de transmission utilisé

Dans l'hypothèse où un avocat transmet un courriel contenant des informations protégées par le secret professionnel, la Loi prévoit que «*leur confidentialité doit être protégée par un moyen approprié au mode de transmission, y compris sur des réseaux de communication.*» C'est une obligation positive de protection des renseignements confidentiels contenus dans un courriel qui est ici imposée à l'avocat. Puisque la Loi utilise l'expression «moyen approprié» et puisque, en matière de protection de données, la sécurité absolue n'existe pas, on peut croire que les tribunaux interpréteront cette obligation comme une obligation de moyens.

La Loi n'identifie pas les «moyens appropriés» pour protéger la confidentialité d'un renseignement contenu dans un courriel. Elle octroie plutôt au gouvernement le pouvoir de réglementer les procédés, les systèmes, les normes et les standards techniques à être mis en place pour la réalisation de ces objets, sur consultation d'un «comité multidisciplinaire pour l'harmonisation des systèmes et des normes»¹⁰. Au moment d'écrire les présentes, ce comité n'a pas encore été mis en place et aucune norme n'a été proposée ni adoptée en vertu de ces dispositions. La Loi n'en demeure pas moins en vigueur et doit bien sûr être respectée. Les options qui s'offrent à l'avocat sont essentiellement les suivantes:

- ◆ *la loi du nombre*: il s'agit d'envoyer le courriel tel quel en présumant que tout se passera bien, vu le nombre extraordinairement élevé de courriels qui circulent à tout moment dans Internet et le nombre relativement restreint de personnes en mesure d'en intercepter un en particulier. Cette «stratégie» n'est pas farfelue; nous avons vu que différents organismes ont conclu à son bien-fondé. Ceci étant dit, il faut présumer que le législateur ne parle pas pour ne rien dire, et toute disposition d'une loi est réputée imposer des obligations¹¹. Face au libellé de l'article 34, il semble difficile de soutenir que l'absence de toute mesure de protection d'un courriel contenant des renseignements protégés par le secret professionnel satisfait à l'obligation qu'elle impose;
- ◆ *avertissement sur un courriel par ailleurs non protégé*: il s'agit de la méthode (ou absence de) précédente, avec cette différence qu'un avertissement semblable à ce que l'on retrouve sur un télécopieur est apposé au courriel (par exemple: «*Ce message contient de l'information protégée par le secret professionnel*» etc.). Un tel avertissement avise peut-être le récipiendaire du caractère confidentiel du courriel, mais il semble difficile de soutenir qu'il s'agisse là d'un moyen qui permette d'en protéger la confidentialité, tel que requis par l'article 34 de la Loi;
- ◆ *utilisation d'un mot de passe*: il s'agit de protéger le document attaché au courriel (par exemple, un fichier Word) par un mot de passe, transmis séparément au récipiendaire. Noter qu'à la différence du chiffrement, cette fonction «mot de passe» ne modifie pas le contenu du message lui-même, qui est dès lors transmis intégralement, dans sa forme originale; seule l'ouverture du fichier est soumise à une étape d'authentification. Nous croyons que ce moyen peut rencontrer les exigences de l'article 34 de la Loi, selon les circonstances. Mais il n'offre pas la même protection que le chiffrement du courriel;
- ◆ *chiffrement du courriel*: un logiciel spécialisé se trouve, par l'emploi d'algorithmes mathématiques complexes, à modifier en profondeur le contenu d'un message informatique, qui devient incompréhensible et à toutes fins utiles indéchiffrable. Seul le récipiendaire en possession de la «clé numérique» appropriée (essentiellement, un mot de passe), transmise séparément, pourra déchiffrer le message original et donc lire le courriel. Il s'agit de la solution la plus efficace dans un contexte de réseau ouvert comme le Web. Différents logiciels de chiffrement sont disponibles sur le

marché. Notons le service offert par Postes Canada, «PosteCS», qui permet de chiffrer les courriels selon un taux appliqué à la pièce, tel un envoi postal ordinaire¹². De telles mesures de chiffrement, conformes aux standards actuels (algorithme à 128 bits, etc.), sont indubitablement suffisantes, selon nous, pour satisfaire le critère de l'article 34 de la Loi;

- ◆ **réseau fermé**: établissement d'un réseau fermé et sécurisé avec le client. Cette solution est évidemment coûteuse et ne peut être envisagée que pour des clients importants avec lesquels le volume de courriels échangés justifie une telle dépense. Elle satisfait clairement elle aussi le critère de l'article 34 de la Loi.

Obligation de convenir du mode de transmission avec le client, et de documenter cette convention

L'article 34 de la Loi édicte aussi que: «*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.*» Il semble donc assez clair que l'avocat doit aussi:

- 1 *convenir* avec son client du mode de transmission qu'il entend utiliser (ici, le courriel) *ainsi que* des moyens qu'il prendra pour en assurer la confidentialité (par exemple, le chiffrement);
- 2 *documenter* cette convention (sur support papier ou technologique). Le législateur impose le formalisme dans la constatation de cette convention;
- 3 *conserver* pour fin de preuve la documentation ainsi générée. Bref, une obligation d'archivage est ici imposée, sans par ailleurs être aucunement balisée: de quelle façon? pendant combien de temps? s'agit-il d'une obligation de moyens ou de résultat? etc.

Les motifs pour lesquels le législateur a choisi d'imposer spécifiquement la conclusion d'une convention solennelle dans un tel cas, ainsi que son archivage, plutôt que de s'en remettre aux principes usuels du droit commun (consensualisme, règle de la meilleure preuve¹³, etc.), sont obscurs. D'autant plus que la Loi s'applique tout autant dans les

relations commerciales interentreprises («B2B»), qui n'en demandaient pas tant, qu'en matière de consommation («B2C»).

Une clause appropriée dans la lettre-mandat convenue entre l'avocat et son client, en début de dossier, semble dès lors s'imposer.

Les tempéraments et exceptions possibles aux obligations imposées par l'article 34 de la Loi

L'article 34 de la Loi n'impose pas lui-même la confidentialité: il pose seulement certaines exigences à la transmission d'un document qui contient par ailleurs des informations que la loi déclare confidentielles. La disposition législative qui impose cette confidentialité peut aussi y prévoir des exceptions. Dans le cas qui nous occupe, l'article 9 de la Charte québécoise ainsi que l'article 131(2) de la *Loi sur le Barreau* prévoient que l'avocat peut être relevé, même implicitement, de son obligation de respecter le secret professionnel de son client. Ainsi, selon nous, le client peut autoriser son avocat à utiliser le courriel non sécurisé pour communiquer avec lui, même pour des renseignements couverts par le secret professionnel.

Et cette autorisation (ou renonciation, selon le cas) peut être implicite. Par exemple, si le client communique lui-même des renseignements confidentiels à son avocat par le biais de courriels non sécurisés, ne s'agit-il pas là d'une autorisation implicite pour que celui-ci procède de même (ou, dit autrement, d'une renonciation à l'utilisation de moyens de protection, tel le chiffrement)? À notre avis, une réponse affirmative devrait s'imposer, mais la réponse pourrait varier selon les circonstances de chaque espèce.

Évidemment, une autorisation ou renonciation expresse demeure éminemment préférable, et il est recommandé d'inclure une mention spécifique en ce sens dans la lettre-mandat initiale.

Le problème des «métadonnées» inhérentes à un fichier informatique

Parallèlement à ces mesures, nous recommandons d'être très vigilant face aux «métadonnées» que peut contenir un

1 L'auteur tient à exprimer ses remerciements à Mlle Marie-Louise Delisle, stagiaire, pour sa collaboration à ce texte.

2 Notamment l'*American Bar Association*, opinion formelle n° 99-413, en date du 10 mars 1999, émise par le *Standing Committee On Ethics And Professional Responsibility* du *American Bar Association*, disponible à l'adresse Internet: <http://www.abanet.org/cpr/fo99-413.html>

3 L.Q. 2001, c. 32.

4 Le support d'un document est le moyen permettant de recevoir, de conserver et de restituer l'information qu'il contient: Centre de recherche en droit public, *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, texte annoté, Université de Montréal, septembre 2001, art. 3. Disponible à l'adresse suivante: http://www.autoroute.gouv.qc.ca/Loi_en_ligne/index.html.

5 Article 1 de la Loi. L'analyse de cette loi dépasserait le cadre du présent bulletin. Nous encourageons cependant les avocats à la consulter attentivement car elle est de nature à bouleverser bien des acquis.

6 Article 3 de la Loi; voir aussi l'article 74 qui témoigne de la vaste compréhension de la notion de document dans la Loi.

7 Article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (la «Charte»). Voir aussi l'article 2858 du *Code civil du Québec*, l'article 131 de la *Loi sur le Barreau*, L.R.Q. c.B-1, ainsi que les articles 3.06.01 à 3.06.03 du *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q. c. B-1, r.1.

8 Article 9 de la Charte; L. Ducharme, *L'administration de la preuve*, (3^e éd.), Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2001, aux pp. 100 et ss.; J.-C. Royer, *La Preuve civile*, (2^e éd.), Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1995, aux pp. 744 et ss.

9 *Ibid.*, art. 1.

10 Articles 63 à 69 de la Loi.

11 Article 41, *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16.

12 Pour de plus amples informations, vous pouvez consulter le lien Internet suivant: <http://www.postescanada.ca/business/offering/postecs/can/default-f.asp>

13 Article 2804 C.c.Q.

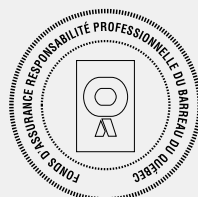
fichier de traitement de texte, tel un fichier Word. Les métadonnées sont des informations afférentes au fichier, qui le suivent en principe partout et qui fournissent divers renseignements à son égard: identité de l'auteur, mémoire disque qu'il occupe, historique des modifications, etc. Si un fichier est le résultat de la modification d'un document antérieur (par exemple, l'avocat se sert d'un contrat d'achat d'actions rédigé dans un autre dossier comme modèle de celui qu'il prépare actuellement), et que l'avocat le transmet électroniquement à un tiers (par exemple un confrère impliqué dans la négociation actuelle), il est essentiel d'effacer les traces des versions antérieures de ce fichier. Autrement, il sera très facile au récipiendaire d'accéder aux versions antérieures du fichier transmis et de reconstituer le document original. On imagine facilement le potentiel de violation du secret professionnel face au premier client, sans compter l'embarras causé à l'avocat dans cette fâcheuse situation. Différents logiciels existent pour effacer les métadonnées afférentes à un fichier et doivent selon nous être utilisés lorsqu'un fichier est ainsi transmis par voie électronique.

Conclusion

La Loi dont s'est dotée le Québec en matière de commerce électronique est très différente des lois que les autres provinces canadiennes, de même que le Parlement fédéral, ont adoptées à cet égard. Elle se distingue en fait nettement des lois modèles adoptées aux Nations-Unies et au Canada pour tenter justement d'uniformiser la législation dans ce domaine en émergence. L'imposition d'obligations contraignantes relatives à la préservation de la confidentialité de documents transmis est un des aspects caractéristiques de la loi québécoise. Évidemment, personne ne peut être contre la vertu, mais ce choix législatif demeure un mystère. Les avocats québécois doivent cependant vivre avec ce choix et prendre les mesures appropriées pour protéger, notamment, les courriels qu'ils transmettent, lorsque ces courriels contiennent de l'information protégée par le secret professionnel.

Ce **Bulletin de prévention** est publié par le Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec

Service de prévention
Me Marie-Chantal Thouin, Coordonnateur
445, boul. Saint-Laurent, bureau 550
Montréal, QC H2Y 3T8
Téléphone: (514) 954-3452, ou 1-800-361-8495, poste 3282
Télécopieur: (514) 954-3454
Courrier électronique: info@assurance-barreau.com
Visitez notre site Internet: www.assurance-barreau.com



**Une version anglaise est aussi disponible sur demande.
An English version is available upon request.**