

Le 27 septembre 2002

TRADUCTION

Monsieur Jim Varro
Département des affaires juridiques et
de la politique
Barreau du Haut-Canada
Osgoode Hall
130, rue Queen ouest
Toronto (Ontario) M5H 2N6

Monsieur,

Objet : Proposition de règle de déontologie pour les juristes à l'égard des biens relatifs à un crime ou à une infraction

Je vous écris au nom de la Section nationale du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien (ABC) afin de donner notre point de vue au Comité spécial du Barreau du Haut-Canada sur une règle de déontologie pour les juristes à l'égard des biens relatifs à un crime ou à une infraction proposée dans son Rapport daté du 21 mars 2002.

Nous savons que ce projet de Règle a été élaboré en réaction aux événements entourant la représentation de Paul Bernardo par l'avocat Kenneth Murray. Selon le rapport du Comité, M. Murray a pris, suivant les instructions de son client, possession des vidéocassettes en rapport avec les crimes dont son client était accusé, sans en révéler l'existence pendant environ 17 mois, période durant laquelle les policiers poursuivaient leur enquête. Le procureur de la Couronne a accepté de demander une réduction de peine pour Karla Homolka en échange d'un plaidoyer de culpabilité de sa part et de sa collaboration relativement à la poursuite de M. Bernardo. Les procureurs de la Couronne ont précisé que s'ils avaient été au courant, à l'époque, de l'existence des vidéocassettes et de leur contenu, ils n'auraient pas accepté l'entente avec Mme Homolka comme ce fut le cas, car alors l'intérêt de la justice n'aurait pas été servi.

La Section de l'ABC approuve le projet du Barreau d'édicter une règle énonçant clairement les obligations auxquelles les avocats de la défense sont tenus au sujet des biens en relation avec une enquête criminelle. Cependant, étant donné les circonstances exceptionnelles de l'affaire Murray, nous nous demandons dans quelle mesure des règles sévères et expéditives devraient s'appliquer à une myriade de situations non envisagées qui seraient moins tragiques et moins exceptionnelles. Compte tenu du contexte dans lequel cette Règle a été élaborée, nous pensons qu'elle serait limitée aux infractions prévues au *Code criminel*. Quoiqu'il en soit, nous estimons qu'une règle de ce type ne devrait pas s'appliquer aux infractions contenues dans la *Loi sur la concurrence*. Concernant ces infractions prescrites par la *Loi*, il est souvent difficile de déterminer si un document en particulier est « relatif à un crime ou à une infraction ». En outre, les avocats peuvent adapter leurs politiques et leurs agissements dans le but d'éviter les conséquences de la règle telle que proposée, ce qui nuirait considérablement à la pratique du droit sans pour autant aider les organismes chargés de l'application de lois à recueillir des éléments de preuve dans le cadre de procédures criminelles. Selon nous, le problème va au-delà du secteur du droit de la concurrence et les praticiennes et praticiens exerçant dans d'autres domaines comportant des interdictions criminelles pourraient avoir des préoccupations du même ordre.

1. Description de la *Loi sur la concurrence*

La *Loi sur la concurrence* (la *Loi*) est une loi d'application générale qui établit les principes fondamentaux régissant la conduite des entreprises au Canada. La présente loi a pour objet, comme l'énonce l'article 1.1, de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

La Partie VIII de la *Loi* énumère les affaires que le Tribunal de la concurrence peut examiner (le Tribunal), soit les fusionnements, l'abus de position dominante, le refus de vendre, les ventes liées, du prix à la livraison et les accords de spécialisation. Le Tribunal peut rendre des ordonnances afin de redresser les conséquences des agissements visés à la Partie VIII, sans pour autant être autorisé à imposer une amende ou une peine d'emprisonnement.

La Partie VII.1 de la *Loi* décrit un certain nombre de pratiques commerciales trompeuses que le Tribunal de la concurrence ou d'autres tribunaux peuvent examiner, y compris la publicité mensongère, les concours publicitaires et les indications relatives à l'épreuve acceptable et à la publication d'attestations. Le Tribunal ou les cours peuvent rendre des ordonnances dans le but « d'encourager le contrevenant à adopter un comportement compatible avec les objectifs de la présente partie [VII.1] et non à le punir. » En outre, les sanctions administratives pécuniaires susceptibles d'être imposées sont limitées dans leur montant. Aucune peine d'emprisonnement ne peut être imposée.

La Partie VI de la *Loi* interdit les infractions susceptibles d'entraîner des poursuites criminelles telles que le truquage des offres, le maintien des prix, le télémarketing et le complot visant à réduire indûment la concurrence.

Le Tribunal est une instance spécialisée établie en vertu de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*. Il se compose de juges de la Cour fédérale du Canada et de profanes nommés par le gouverneur en conseil sur la recommandation du ministre de l'Industrie.

Dans l'affaire *General Motors of Canada Ltd. c. City of National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, la Cour suprême du Canada a conclu à l'unanimité que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* constituait une loi fédérale « valide conforme au pouvoir que détient le Parlement sur le commerce concernant l'ensemble du pays ». Dans le cadre de son jugement rendu au nom de la Cour, le juge en chef Dickson écrivait à la page 676 :

Il m'est facile de conclure de cet aperçu général de la *Loi* qu'elle comporte un système de réglementation économique complexe. La *Loi* a pour objet d'éliminer les activités qui diminuent la concurrence sur le marché.

Dans la décision ultérieurement rendue par la Cour suprême dans *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society et al*, [1992] 2 R.C.S. 606, portant sur une contestation de la législation sur la concurrence en vertu de la *Charte*, le juge Gonthier a rédigé un jugement au nom des sept membres siégeant à la Cour. Aux pages 648 et 649, il a cité les propos susmentionnés du juge Dickson en concluant ainsi :

La *Loi* peut donc être qualifiée d'instrument central et établi de la politique économique du Canada.

Le juge Gonthier a poursuivi en statuant que la législation ne portait pas atteinte à la *Charte*.

Par conséquent, la *Loi sur la concurrence*, même ses dispositions de nature criminelle, demeure avant tout une législation économique, contrairement à une loi pénale, par essence.

2. La règle proposée ne devrait pas s'appliquer aux infractions prévues par la *Loi sur la concurrence*

Pour plusieurs raisons, on ignore quel type particulier d'agissement couvert par la *Loi* constitue « un acte criminel ou une infraction ». La *Loi* prescrit certains types de conduite susceptibles de donner lieu à soit une poursuite criminelle, soit à un contrôle judiciaire civil par le Tribunal de la concurrence. Cependant, les conseillers et conseillères juridiques savent rarement à l'avance si les autorités fédérales décideront d'entamer des procédures au criminel ou au civil.

Un exemple qui illustre bien ce principe est celui de la publicité trompeuse. Lorsqu'une personne a fait une représentation trompeuse ou une déclaration mensongère au public en vue de promouvoir un produit ou son utilisation, le Commissaire de la concurrence peut demander au Tribunal de la concurrence de lui accorder un recours administratif. D'autre part, si la représentation trompeuse a été faite sciemment ou par négligence, la personne peut faire l'objet d'une poursuite criminelle.

En outre, il faut un excellent sens du discernement pour évaluer si telle ou telle activité constitue un acte « criminel » au sens de la *Loi*. Par exemple, pour déterminer si une représentation est trompeuse ou mensongère, il faut analyser l'impression générale qui en ressort aussi bien que sa signification littérale. « L'impression générale » est évaluée selon l'objectif impartial d'une personne raisonnable et les personnes raisonnables peuvent ne pas s'entendre sur le fait qu'une représentation en particulier satisfait ou non ce critère. De même, il n'existe pas de test imparable permettant de déterminer si une représentation est fautive ou trompeuse dans un sens « concret ».

Pour d'autres infractions prévues par la *Loi*, la réalité de l'infraction dépend en partie de l'examen des conditions du marché. Par exemple, une entente conclue entre des concurrents pour diminuer la concurrence dans l'offre d'un produit ne constitue une infraction que si la diminution de la concurrence est « excessive ». Les tribunaux ont statué que pour rendre cette décision, il fallait vérifier si les conspirateurs détenaient un pouvoir dominant sur le marché. Pour évaluer cette emprise sur le marché, il est impératif de définir le produit lui-même et les dimensions géographiques du « marché concerné » et d'évaluer une multitude de facteurs tels que la part du marché, les obstacles à l'intégration et la nature et l'ampleur du changement et de l'innovation dans le marché.

Si le Commissaire de la concurrence décide qu'une action coercitive est justifiée, la décision de recommander au procureur général de procéder par voie d'accusation criminelle (plutôt que d'imposer une sanction administrative ou de procéder par d'autres mécanismes de règlement) dépendra du nombre de facteurs tels que la qualité des éléments de preuve relatifs à l'état d'esprit de l'accusé, le caractère grave de l'infraction reprochée et l'existence de circonstances atténuantes.

En bref, une conduite en particulier peut constituer une infraction au sens de la *Loi*, qu'elle fasse l'objet d'une ordonnance d'interdiction ou d'une sanction administrative, selon les circonstances qui l'entourent - notamment le but de cet agissement et les conditions qui prédominent dans le marché. Dans bon nombre de cas, le Bureau de la concurrence peut reporter la décision relative au caractère criminel ou non de l'infraction commise plusieurs mois après avoir entamé son enquête. Dans cette optique, il serait déraisonnable d'espérer du conseiller juridique qu'il puisse évaluer si un document est relatif à un crime ou à une infraction immédiatement après avoir pris possession du document (ce qui peut survenir avant la tenue de l'enquête).

3. Dans l'alternative, on ne devrait pas considérer cet incident comme une infraction au sens de la règle proposée jusqu'à ce que l'avocat soit informé qu'une enquête est en cours ou qu'une accusation est pendante

Selon nous, la portée de la règle proposée ne devrait pas s'étendre à la *Loi*. Si, malgré cela, le Barreau décide d'appliquer la règle proposée aux infractions prévues par la *Loi*, elle ne devrait s'appliquer que lorsque l'avocat concerné est au courant qu'une enquête est en cours ou qu'une accusation est pendante. Sinon, l'avocat serait tenu de procéder à une évaluation indépendante de la possibilité que son client ait commis l'infraction reprochée - autrement dit, il devra juger de la culpabilité ou de l'innocence d'un client. Ce qui est absolument et manifestement incompatible avec le véritable rôle que le conseiller juridique joue au sein de notre système contradictoire.

Même si la règle proposée était confinée aux cas où l'avocat est au courant qu'une enquête est en cours ou une accusation pendante, cette solution n'est pas entièrement satisfaisante. Dans certains cas, la *Loi* exige que le Commissaire entame une enquête même s'il n'y a aucune raison de croire qu'une infraction a été commise. Si le Commissaire reçoit une plainte de la part de six résidents du Canada croyant qu'une infraction à la *Loi* a été commise, il faut amorcer une enquête, que la plainte soit ou non justifiée. Dans ces circonstances, le simple fait d'avoir commencé une enquête ne devrait pas entraîner la présomption qu'un « crime ou une infraction » a été perpétré. Nous recommandons que tout avocat puisse obtenir une exemption de la règle en présentant une requête confidentielle au Barreau exposant les circonstances qui n'exigent pas une divulgation.

4. Une disposition existe déjà pour obliger les avocats et avocates à produire des éléments de preuve en leur possession au sujet d'infractions à la *Loi de la concurrence*

La *Loi* prescrit déjà un mécanisme de divulgation obligatoire, il n'y a donc aucune nécessité d'appliquer la règle proposée aux infractions prévues par la *Loi*. L'article 11 de la *Loi* habilite le Commissaire à obtenir une ordonnance obligeant une personne à produire un dossier pertinent pour l'enquête. La production de ce dossier doit se faire à la date et à l'endroit prévus par l'ordonnance. À moins qu'il existe une justification constitutionnelle au non-respect des conditions de l'ordonnance, nul ne peut être exempté de respecter ce type d'ordonnance au seul motif que le dossier est susceptible de l'incriminer ou qu'il puisse faire l'objet d'une poursuite ou d'une sanction.

L'article 11 a été invoqué pour obliger une personne à produire certains types de documents en sa possession ou sous son contrôle. Bien que ce point puisse être discutable, nous croyons que le Bureau de la concurrence devrait considérer que les documents appartenant au client et détenus par son avocat demeurerait sous le contrôle du client – et seraient, par conséquent, produits en réponse à une ordonnance rendue en vertu de l'article 11. Comme il est déjà interdit à un avocat de dispenser ses conseils ou de participer à toute modification, dissimulation, perte ou destruction d'un document

produit conformément à une ordonnance du Tribunal, la règle proposée nous semble, compte tenu de ces circonstances, totalement superflue.

5. Les avocats modifieront leurs politiques et leur conduite en réaction à la règle proposée

La règle proposée imposerait aux avocats de délivrer les documents informant les organismes chargés de l'application de la loi de l'existence d'un crime ou d'une infraction. Selon nous, cette mesure inciterait les avocats à ne pas saisir et conserver des documents de ce type et inciterait la clientèle à ne pas révéler ces documents à la connaissance de leur avocat. Les avocats peuvent chercher à éviter la possession de documents visés par la règle proposée en les examinant par exemple, dans les locaux de leur client sous la surveillance de ce dernier. Si cette stratégie se révèle inefficace pour éviter l'application de la règle proposée, les avocats seront tenus d'avertir leurs clients de cette obligation de transmettre ces documents aux organismes chargés de l'application de la loi.

Toutes ces mesures empêcheront finalement les conseillers juridiques de dispenser à leur clientèle les conseils éclairés et adéquats dont elle a besoin. Ce qui est bien entendu incompatible avec le rôle auquel le conseiller juridique est tenu dans notre système juridique, c'est donc une conséquence qu'il faudrait éviter. En outre, la règle proposée peut avoir comme conséquence non désirée de laisser l'activité illégale se poursuivre. Lorsque la direction d'une entreprise découvre la preuve d'une activité susceptible d'être illégale, elle pourrait être encline à dissimuler des documents pertinents plutôt que de solliciter l'opinion de leurs conseillers juridiques sur la possibilité ou non de poursuivre légalement cette activité. Dans ces circonstances, la règle proposée ne permettrait pas de mettre des preuves supplémentaires à la disposition des organismes chargés de l'application de la loi.

Au nom de la Section de l'ABC, je vous remercie de nous avoir permis d'exprimer notre point de vue au sujet de la règle proposée. Cette lettre a été révisée par le Comité national de législation et de réforme du droit de l'ABC et approuvée par ses administrateurs et administratrices exécutifs nationaux à titre de déclaration publique de la Section de l'ABC. Si vous avez quelque question que ce soit ou si nous pouvons vous apporter une aide supplémentaire, je vous invite à communiquer avec nous.

Je vous prie d'agréer, Monsieur, l'expression de mes sentiments les meilleurs.

Original signé par Gaylene Shellenberg pour Bruce Graham

Bruce M. Graham, président
Section nationale du droit de la concurrence