



Le 19 septembre 2008

[TRADUCTION]

Maître Erin McKey
Maître Michael Zigayer
Section des politiques en matière de droit pénal
Ministère de la Justice
Édifice commémoratif de l'Est
284, rue Wellington
Ottawa (Ontario) K1A 0H8

Maîtres,

Objet : Élaboration d'un cadre pour gouverner les initiatives transfrontalières intégrées d'application de la loi

Nous vous écrivons au nom de l'Association du Barreau canadien (l'ABC), une association nationale représentant plus de 37 000 juristes, dont des avocats, des notaires, des professeurs de droit et des étudiants en droit de tout le Canada. Les principaux objectifs de l'ABC sont l'amélioration du droit et de l'administration de la justice. L'ABC est heureuse de votre invitation à commenter le rapport intitulé « Élaboration d'un cadre pour gouverner les initiatives transfrontalières intégrées d'application de la loi » (le document de consultation). Le document de consultation traite de l'opportunité et de la faisabilité de rendre le Canada partie à de nouveaux arrangements avec les États-Unis, lesquels permettraient aux agents d'application de la loi de ce pays de recevoir un statut d'agent de la paix au Canada, et inversement, dans le but d'améliorer l'application de la loi en ce qui concerne les questions transnationales.

L'ABC croit que de telles activités doivent toujours être considérées comme exceptionnelles et n'être utilisées que dans des circonstances très particulières. Des preuves claires et évidentes doivent soutenir le besoin de recourir à ce cadre chaque fois qu'il sera appliqué pour guider ce type d'activités.

Cela dit, nous reconnaissons qu'un cadre principal gouvernant les initiatives policières transnationales pourrait être plus avantageux que l'approche *ad hoc* actuelle et corriger des problèmes devenus évidents. Le cadre fournirait un véhicule assurant le respect des principes fondamentaux et la conformité aux lois et aux valeurs canadiennes, et prévoirait des conséquences en cas d'infraction. Le cadre pourrait aussi mettre l'accent sur la nature exceptionnelle de ces efforts policiers internationaux.

Commentaires d'ordre général

Tout encadrement mis en place pour guider les activités policières transfrontalières doit être basé sur certains principes essentiels. Ces principes comprennent le respect de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de toutes les lois internationales coutumières et conventionnelles applicables, la responsabilisation, la transparence, la surveillance, le secret professionnel de l'avocat et le respect de l'autonomie canadienne, soit l'habileté et l'autorité de déterminer ce qui se passe à l'intérieur de nos propres frontières. La responsabilisation devrait inclure non seulement la responsabilisation des agents effectuant les activités d'application de la loi, mais aussi les retombées internationales des activités d'application de la loi ainsi effectuées.

Sauf dans les cas d'exception et seulement après en avoir démontré clairement la nécessité, les autorités canadiennes doivent appliquer la loi au Canada. Si un statut d'agent de la paix est accordé à un policier américain au Canada, une autorité canadienne compétente doit diriger cet agent et en être responsable. Des personnes nommées aux plus hauts niveaux doivent être responsables de telles activités entreprises au nom du Canada.

Tout cadre doit également prévoir des mesures de sûreté appropriées protégeant le secret professionnel de l'avocat. De récents rapports traitant d'agents douaniers américains qui fouillent couramment les ordinateurs portables et autres appareils électroniques d'avocats canadiens qui traversent la frontière, malgré leurs revendications de secret professionnel, illustrent bien les dangers possibles.¹

L'ABC a récemment demandé un examen exhaustif de la législation sur la protection des renseignements personnels dans le secteur public afin que les renseignements personnels des Canadiens restent protégés tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des frontières du Canada. Un cadre régissant la coopération et le partage de renseignements assurerait que la protection des renseignements personnels en vigueur au Canada continuerait de s'appliquer quand le Canada partage des renseignements personnels avec un gouvernement étranger. À titre d'exemple, une des recommandations du Groupe d'action financière (GAF), un organisme intergouvernemental qui combat le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme tant nationalement qu'internationalement, est libellée ainsi :

Les pays devraient mettre en place des contrôles et des garanties pour faire en sorte que les informations échangées par les autorités compétentes ne soient utilisées que de la manière autorisée et en conformité avec leurs obligations de protection de la vie privée et de protection des données.²

Enfin, il doit y avoir de la transparence quand il se produit des infractions à l'accord-cadre qui sont contraires aux valeurs canadiennes, et les responsables doivent en rendre compte. La transparence est essentielle pour maintenir la confiance du public dans ce qui est fait au nom du public.

¹ Voir <http://www.cba.org/CBA/PracticeLink/TAYP/laptopborder.aspx> (en cours de traduction) pour plus amples renseignements.

² Voir, http://www.fatf-gafi.org/document/23/0,2340,fr_32250379_32236920_34920215_1_1_1_1,00.html#lesquarante

Questions précises posées

Le document de consultation suggère un cadre qui contiendrait des arrangements généraux englobant des enquêtes criminelles ordinaires ainsi que des mesures et des services de police préventifs pour protéger la sécurité nationale. Les critères et les conditions proposés sont de nature tout aussi générique. Compte tenu du caractère très général des propositions contenues dans le document de consultation et du large éventail d'activités qu'elles couvrent, nous vous présentons ces commentaires préliminaires, mais nous avons besoin d'un complément d'information pour répondre à fond aux questions précises qu'il contient.³

Les deux premières questions traitent des « avantages et inconvénients » découlant d'une application de la loi transfrontalière. Nous soulignons que tous les avantages perçus d'un cadre doivent être formulés clairement et simplement. Un langage trop vague ou trop général est peu susceptible d'accomplir les objectifs désirés et peut pousser à l'abus. Seulement s'ils sont clairement définis, les avantages pourront alors être mesurés pour voir s'ils sont proportionnels aux préjudices possibles.

L'ABC croit qu'en général, des policiers canadiens devraient appliquer les lois canadiennes en sol canadien. Si un organisme d'application de la loi croit que cela est insuffisant dans un cas précis, ses motifs doivent être énoncés clairement, et des preuves concluantes doivent être fournies. Nous reconnaissons qu'il y a déjà beaucoup de coopération entre les deux pays en ce qui concerne les services transfrontaliers et que cette coopération connaît un certain succès. Par contre, les lacunes de la coopération actuelle sont moins claires. L'important préjudice infligé aux Canadiens dans les cas où les efforts coopératifs se déroulent sur la base d'informations erronées ou en violation de lois nationales et internationales est par contre bien documenté.⁴ Nous remarquons que le document de consultation ne cite aucune de ces causes, ce qui est bien malheureux. Pour mieux évaluer s'il y a lieu d'établir de nouveaux arrangements, il serait utile d'entreprendre une étude plus approfondie de ce qui a fonctionné et n'a pas fonctionné.⁵

Les expériences dans l'éventail complet des enquêtes criminelles, l'application préventive de la loi et la sécurité nationale peuvent donner lieu à des points de vue très divergents et soulever des questions juridiques très différentes. Selon nous, toutefois, il n'est pas recommandé d'établir un nouveau régime conjoint.

La troisième question posée dans le document de consultation est celle-ci : « Y a-t-il d'autres intérêts, valeurs ou principes nationaux » dont il faut tenir compte? Il est impossible de répondre à cette question sans avoir une formulation plus claire des objectifs du cadre. Tout arrangement entre le Canada et les États-Unis doit assurer que les agents américains travaillant au Canada sont assujettis à la *Charte* et que les Canadiens travaillant aux États-Unis en vertu d'une entente transfrontalière d'application de la loi se conforment aux obligations de la *Charte*. Nous remarquons que la loi concernant l'applicabilité de la *Charte* à l'étranger est à une étape active

³ Voir le document de consultation, pp. 8-9.

⁴ Bien qu'il y ait désormais plusieurs exemples, les conclusions de la Commission d'enquête sur Maher Arar (commissaire Dennis O'Connor) contiennent les registres les plus complets d'un tel exemple.

⁵ L'incident de l'« Opération Pipeline » entre la GRC et les state troopers du Texas est un exemple.

de développement⁶, et nous suggérons que la prudence soutienne une approche généreuse à la question de l'applicabilité territoriale en matière d'application de loi de l'autre côté de la frontière. Aucun cadre ne devrait présenter un moyen de contourner les obligations de la *Charte*.

Plusieurs des questions suivantes traitent directement ou indirectement de surveillance. L'ABC insiste depuis longtemps sur le besoin de mécanismes de surveillance efficaces pour maintenir la qualité, la cohérence et l'intégrité du travail d'application de la loi.⁷ La surveillance est un pilier de plusieurs aspects du travail d'exécution de la loi et l'application de la loi au-delà de la frontière ne devrait pas faire exception. Il devrait ainsi y avoir une justification claire pour toute dévolution de services de police à des agents des États-Unis.

Plusieurs questions importantes ne font pas partie de la liste des questions. Par exemple, quel est le statut des résultats des enquêtes menées dans les causes transfrontalières? Les agents américains ont-ils le droit de venir au Canada pour recueillir des informations et retourner ensuite aux États-Unis avec ces informations sans recevoir de données ou de connaissances canadiennes? Cela est inacceptable, surtout si les informations sont erronées ou mal interprétées, car des Canadiens voyageant aux États-Unis pourraient ainsi se retrouver en péril.

Aucun cadre ne doit permettre un abus qui pourrait causer un arbitrage juridictionnel, permettant aux agents d'application de la loi de profiter des différences entre les lois de chaque côté de la frontière au détriment des Canadiens ou des résidents canadiens. Par exemple, si des agents ont des motifs d'arrêter une personne et si cette personne est physiquement présente, il ne devrait pas non plus être permis d'attendre qu'elle passe à un autre territoire qui lui offre moins de protection. Il ne devrait pas être permis de déplacer des preuves dans un autre territoire seulement pour profiter d'un tel avantage. Qui plus est, les personnes arrêtées ne devraient pas être transportées d'une frontière à l'autre. Ces possibilités troublantes ne font qu'effleurer la surface des diverses considérations qui doivent être un composant clé de tout nouveau cadre.

Conclusion

Il semblerait, d'après le document de consultation et les médias, que des initiatives transfrontalières d'application de la loi seraient déjà en cours. L'ABC s'inquiète que ces initiatives soient réalisées sur une base *ad hoc*. Compte tenu des graves implications de ces initiatives sur des questions telles que la souveraineté, et de l'expérience des conséquences négatives résultant d'un partage de renseignements non réglementé, nous soulignons encore une fois que ces activités soient considérées exceptionnelles et ne soient entreprises qu'en cas de besoin clairement justifié. Un cadre peut fournir un mécanisme utile tant pour formuler le seuil et les facteurs qui sont étudiés afin de déterminer quand et si les initiatives devraient être entreprises que pour sauvegarder la transparence et la responsabilisation qui sont des éléments fondamentaux d'une application de la loi efficace dans une société libre. Un accord-cadre entre le Canada et les États-Unis pourrait s'avérer à l'avenir un précédent à tous les arrangements similaires mis en place dans d'autres pays.

⁶ Même si la décision majoritaire de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292 suggère que la *Charte* ne peut pas s'appliquer hors territoire, le tribunal n'était pas unanime à cet égard.

⁷ Par exemple, le projet de loi C-36, la *Loi antiterroriste* (Ottawa : ABC, 2001), *Examen de la politique de la Commission d'enquête concernant Maher Arar* (Ottawa : ABC, 2005) et *Mémoire sur l'examen triennal de la Loi antiterroriste* (Ottawa : ABC, 2005).

Si le Canada décide de négocier un accord-cadre régissant les activités transfrontalières d'application de la loi avec les États-Unis, l'ABC recommande alors que les considérations suivantes servent de guide au contenu et à la forme de l'accord :

- Le libellé de l'accord doit permettre d'assurer la transparence. En raison de la nature sans précédent du cadre envisagé dans le document de consultation, l'accord proposé devrait faire l'objet d'un examen public. Les arrangements pourraient être décrits par traité dont les modalités seraient entérinées par une loi fédérale. Nous exhortons aussi le Canada à préparer des propositions de négociation sur la base des positions adoptées après de vastes et minutieuses consultations.
- Les modalités du cadre devraient être claires et précises. Entre autres, les actions permises et interdites devraient être clairement décrites, tout comme devraient l'être le motif et la manière de conférer un statut d'agent de la paix à un agent de police étranger.
- Le cadre ne devrait pas usurper ou remplacer des pratiques policières normales dans les communautés frontalières.
- Le cadre devrait strictement interdire le transport transfrontalier des personnes appréhendées et le recours au déplacement transfrontalier des preuves et des personnes pour avoir accès à des lois plus sévères.
- Le cadre devrait décrire la nature, la portée et les limites du partage de renseignements entre les frontières et définir des lignes de responsabilisation claires pour le traitement et la protection de toute information partagée entre les organismes policiers, telles que des limites claires et applicables au partage des renseignements avec des tierces parties au cadre, y compris d'autres organismes d'application de la loi.
- Le cadre devrait prévoir un mécanisme de surveillance efficace, des lignes de responsabilisation et des recours en cas de manquement. Le cadre devrait prévoir des recours précis pour les personnes dont les droits sont enfreints à la suite d'actions ou d'omissions prévues dans l'accord-cadre.
- Le cadre devrait prévoir que les parties conviennent de respecter toutes les lois coutumières et conventionnelles nationales et internationales applicables lors d'arrangements et d'activités réalisés en vertu de l'accord.
- Toute proposition relative à des activités policières transfrontalières doit être rigoureusement étudiée pour assurer qu'elle concorde avec l'esprit et la lettre de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et de la *Loi sur l'accès à l'information* du Canada. Les dossiers sur le programme lui-même, quel que soit l'endroit où ils sont conservés, doivent être assujettis à ces deux lois, de même qu'à la *Privacy Act* de 1974, 5 U.S.C. § 552a et suiv. et la *Freedom of Information Act*, 5 U.S.C. § 552.
- Tous les systèmes d'informations, les systèmes de classement, les registres et autres (tant électroniques que sur papier) devraient faire l'objet d'une évaluation des facteurs relatifs à la vie privée.

Nous espérons que ces commentaires d'ordre général vous seront utiles. Nous serons heureux de répondre à des mémoires plus précis qui pourraient être déposés à l'avenir.

Nous vous prions de recevoir, maîtres, l'expression de nos sentiments les meilleurs.

Original signé par Gaylene Schellenberg pour Joshua Hawkes

Joshua Hawkes, c.r.
Président, Section nationale du droit pénal

Original signé par Gaylene Schellenberg pour Noela Inions

Noela Inions, c.r.
Présidente, Section nationale du droit de la vie privée et de l'accès à l'information

Original signé par Paul Lalonde

Paul Lalonde
Président, Section nationale du droit international