



**Observations de la
Fédération des ordres professionnels de juristes
du Canada
présentées à Innovation, Sciences et
Développement économique Canada**

**Commentaires sur le Règlement pris en
application de la *Loi sur le Collège des agents de
brevets et des agents de marques de commerce*
publié de façon préalable dans la *Gazette du
Canada, Partie I, Volume 155, Numéro 11, le 13
mars 2021***

Ottawa, le 12 avril 2021

Introduction

1. La Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada (la « Fédération ») est l'organisme coordonnateur des 14 ordres professionnels de juristes provinciaux et territoriaux du Canada qui, ensemble, réglementent les 130 000 avocats du Canada, les 3 800 notaires du Québec et les quelque 11 300 parajuristes de l'Ontario, dans l'intérêt public. Dans le cadre de ses activités, la Fédération favorise notamment l'élaboration de normes nationales, encourage l'harmonisation des règles et procédures des ordres professionnels de juristes et entreprend des initiatives nationales selon les directives de ses membres. La Fédération se prononce également sur des questions essentielles à la préservation du droit du public à une profession juridique indépendante, à la protection du secret professionnel du juriste et à d'autres questions relatives à l'administration de la justice et la primauté du droit.

2. La Fédération est heureuse d'avoir l'occasion de présenter des observations sur le projet de règlement d'application de la *Loi sur le Collège des agents de brevets et des agents de marques de commerce* (ci-après, la « Loi ») et les modifications corrélatives aux *Règles sur les brevets* et au *Règlement sur les marques de commerces* publiés préalablement dans la Gazette du Canada, Partie I : volume 155, n° 11, le 13 mars 2021 (le « Règlement »).

Observations principales

3. Le Règlement mettra en vigueur un nouveau régime pour la réglementation des agents de brevets et des agents de marques de commerce (les « agents de propriété intellectuelle », ou « agents de PI »). Le Règlement traite de la composition des comités, des exigences relatives à la délivrance de licences aux agents, des enquêtes, des règlements administratifs du Collège des agents de brevets et des agents de marques de commerce (le « Collège ») et des mesures transitoires.

4. La Fédération exprime ses inquiétudes à l'égard du fait que le Règlement offre des protections inadéquates pour le secret professionnel du juriste, et n'explique pas comment régler la question du fardeau que représente le chevauchement de la réglementation pour les avocats et les notaires du Québec, qui sont des agents de PI, un problème créé par la Loi. Ces questions minent le droit au secret professionnel du juriste protégé par la Constitution, et entraîneront probablement de la confusion et des conflits superflus sur le plan de la réglementation. La Fédération soutient que ces conséquences ne sont pas dans l'intérêt du public, alors que le gouvernement affirme que l'intérêt du public constitue l'objectif justifiant la création du nouveau régime réglementaire pour les agents de PI. Le Règlement soulève également d'autres préoccupations que la Fédération aimerait porter à l'attention d'Innovation, Sciences et Développement économique Canada (« ISDE »).

Protection inadéquate du secret professionnel du juriste

5. La loi énonce les pouvoirs du Collège, notamment celui de mener des enquêtes sur les agents de propriété intellectuelle pour faute professionnelle ou incompetence, y compris les pouvoirs de prendre possession de renseignements protégés par le secret professionnel du juriste. L'ISDE a déclaré ceci : « Sans le pouvoir de passer outre au privilège conféré par le secret professionnel des avocats, l'organisme de réglementation ne sera pas en mesure de pleinement réglementer les agents qui sont des avocats ou qui travaillent au sein d'un cabinet d'avocats. »¹ La Fédération a déjà fait part de ses inquiétudes quant aux risques

¹ Innovation, Sciences et Développement économique Canada, *Foire aux questions : Collège des agents de brevets et des agents de marques de commerce*, <https://www.ic.gc.ca/eic/site/693.nsf/fra/00167.html>

que ce régime pourrait présenter pour la protection constitutionnelle des renseignements protégés par le secret professionnel du juriste². De l'avis de la Fédération, le Règlement aggrave ces problèmes et ne protège pas adéquatement le secret professionnel du juriste selon la loi applicable. La Fédération est d'avis, comme nous le verrons plus loin, que l'alinéa 14(3)(a), en particulier, est très probablement inconstitutionnel.

6. La Loi autorise un enquêteur du Collège à saisir des renseignements et des documents protégés, y compris ceux qui sont protégés par le secret professionnel du juriste, sauf lorsque les documents ne se rapportent pas à un brevet, à une marque de commerce ou à une autre marque reconnue par la loi. Bien que la Loi exige que tous les documents en possession d'un avocat ou d'un cabinet d'avocats soient scellés et ne soient pas consultés par l'enquêteur, le processus prescrit pour protéger les renseignements ou les documents protégés par le secret professionnel du juriste pose problème. Il impose au juriste l'obligation positive de prendre toutes les mesures raisonnables pour aviser le détenteur de tout privilège sur les documents et, si le détenteur du privilège ne peut être trouvé dans le délai prescrit, d'aviser immédiatement l'ordre professionnel de juristes. La Loi prévoit également le droit de s'opposer à la communication de documents protégés par la présentation d'une demande à la Cour fédérale, et elle exige que les documents scellés soient traités conformément aux règlements.

7. Le Règlement accorde un délai de dix jours au juriste pour retrouver et aviser tout détenteur de privilège avant d'aviser l'organisme de réglementation de la profession juridique, ce qui, selon la Fédération, représente un délai excessivement court compte tenu de l'importance du droit au secret professionnel du juriste. Le Règlement mine davantage le secret professionnel du juriste en étant censé autoriser l'ouverture de documents scellés après 30 jours, sous réserve uniquement de toute ordonnance de la Cour fédérale qui aurait pu être rendue. Le Règlement ne prévoit aucune exception à cette autorisation, quelles que soient les circonstances, y compris, par exemple, lorsqu'une procédure a été intentée devant la Cour fédérale mais n'est pas encore terminée. La disposition générale n'établit pas non plus de seuil ou de critère pour l'accès aux renseignements protégés, ce qui soulève la possibilité très réelle que des renseignements protégés qui ne sont pas pertinents au regard d'une enquête puissent être consultés par un enquêteur et d'autres personnes participant au processus d'enquête du Collège.

8. La Cour suprême du Canada a été vigilante quant à la protection du secret professionnel du juriste dans sa jurisprudence concernant les pouvoirs conférés par la loi au gouvernement et à d'autres agents administratifs. La Cour suprême a clairement indiqué à plusieurs reprises que le secret professionnel du juriste doit demeurer aussi absolu que possible, et qu'on ne doit y porter atteinte que si cela s'avère absolument nécessaire³.

9. Dans l'arrêt *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*⁴ et dans les affaires connexes, la Cour suprême a énoncé les principes constitutionnels pertinents qui s'appliquent lorsqu'une loi fédérale vise à accorder à un fonctionnaire le pouvoir d'examiner, de copier ou de saisir un document en la possession d'un juriste qui affirme que les documents sont protégés par le secret professionnel du juriste. L'affaire *Lavallee* portait sur un régime prévu à l'article 488.1 du *Code criminel* qui visait à permettre la divulgation obligatoire de renseignements potentiellement protégés lorsqu'une revendication de privilège a été présentée au fonctionnaire, mais que l'avocat ou le titulaire du privilège n'a pas présenté de demande au tribunal. La Cour suprême a conclu que l'article était

² Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, *Un cadre de gouvernance pour les agents de propriété intellectuelle, observations présentées à Innovation, Sciences et Développement économique Canada et à l'Office de la propriété intellectuelle du Canada* (31 août 2016).

³ Voir *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53 (CanLII), [2016] 2 RCS 555, au par. 43.

⁴ 2002 CSC 61 (CanLII) (*Lavallee*).

inconstitutionnel, estimant « qu'on ne peut pas dire que cette communication obligatoire de renseignements potentiellement privilégiés porte atteinte le moins possible au privilège », et que « ...[c]ette communication obligatoire revient à faire prédominer de façon injustifiable la forme sur le fond et crée la possibilité réelle que l'État obtienne des renseignements qu'un tribunal peut fort bien reconnaître comme étant privilégiés. »⁵

10. Selon les observations de la Fédération, le régime établi dans la Loi et le Règlement ne respecte pas les importantes protections constitutionnelles du secret professionnel du juriste établies par la Cour suprême. Il permet la communication automatique de renseignements protégés sans qu'il soit nécessaire de prouver au préalable que l'accès à ces renseignements est absolument nécessaire, et ne tient absolument pas compte de l'exigence selon laquelle toute violation du secret professionnel du juriste doit porter une atteinte minimale à ce droit. Bien qu'il soit possible que l'objectif du pouvoir proposé de lever les scellés après 30 jours est de faciliter une enquête sur des allégations d'inconduite ou d'incompétence, il n'est pas du tout clair que cet objectif répondrait aux critères de nécessité absolue ou d'atteinte minimale, en particulier lorsqu'il existe des solutions de rechange, comme le recours à la Cour fédérale.

11. Même si la Loi prévoit que la communication au Collège de renseignements protégés par le secret professionnel du juriste ne constitue pas une renonciation au privilège, cela ne règle pas les problèmes de communication créés par la Loi et aggravés par le Règlement. Toute atteinte doit être mesurée du point de vue du client. Pour un client la communication forcée à un étranger au privilège, comme cela peut se produire en vertu du règlement proposé, compromet ce privilège, même s'il n'est pas communiqué par la suite. La jurisprudence de la Cour suprême soutient fermement cet avis⁶.

12. De l'avis de la Fédération, le Règlement devrait prévoir que la levée des scellés de documents à l'égard desquels le secret professionnel des avocats a été revendiqué ne peut se faire que sur ordonnance de la Cour fédérale ou avec le consentement du détenteur du privilège.

Chevauchement de la réglementation

13. Au cours des consultations de l'ISDE tenues en 2016 sur les options proposées pour un organisme de réglementation indépendant qui régirait les agents de PI, la Fédération a exprimé des préoccupations quant à la perspective d'un chevauchement de la réglementation si les agents de PI, également avocats ou notaires du Québec, étaient assujettis au nouveau régime réglementaire. La Fédération a fait valoir qu'il n'y avait aucune raison d'intérêt public de soumettre les agents de PI, également avocats et notaires du Québec, à l'autorité de deux organismes de réglementation distincts, et qu'il fallait éviter le fardeau réglementaire supplémentaire, les conflits éventuels et la confusion probable créés par un tel chevauchement.

14. La Fédération a proposé des solutions de rechange, notamment la possibilité de soustraire au nouveau cadre réglementaire les agents de PI qui sont déjà réglementés par un ordre professionnel de juristes canadien. La disposition de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* qui exempte les avocats et les notaires du Québec de l'adhésion au régime de réglementation des consultants en immigration a été invoquée à titre de précédent.

⁵ Ibid., au par. 43.

⁶ Voir *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, aux par. 2 et 21-22.

15. Lorsque la Loi a été présentée, elle n'a pas tenu compte du fait que les avocats et les notaires du Québec, également agents de PI, sont déjà soumis à une réglementation complète et efficace, et a proposé de les inclure dans le champ d'application du régime réglementaire proposé pour les agents de PI. Ce problème de chevauchement de la réglementation n'a pas été abordé au cours du processus législatif et la Loi, telle qu'elle a été adoptée, vise les avocats et les notaires du Québec qui sont également des agents de PI. Par conséquent, le régime réglementaire établi dans la Loi n'a pas cherché à régler les graves problèmes qui découleront du chevauchement de la réglementation, notamment, mais sans s'y limiter, le chevauchement du processus d'enquête et du processus disciplinaire.

16. Il est regrettable que le règlement publié de façon préalable ne précise pas non plus comment ce chevauchement de la réglementation pourrait être réglé d'une manière conforme à l'intérêt public, l'objectif explicite de la Loi. De plus, ce manque de clarté ne semble pas répondre à l'objectif déclaré par le gouvernement de « réduire au minimum le fardeau réglementaire » qui pèse sur les entreprises et les Canadiens⁷.

17. La Fédération est d'avis que les avocats et les notaires du Québec qui sont également agents de PI fournissent des services juridiques. À notre avis, la réglementation de la profession juridique ne relève en aucune façon de la compétence du gouvernement fédéral. Sans préjuger de cette opinion, la Fédération estime qu'il y aurait lieu de clarifier davantage la façon dont le chevauchement des compétences du Collège et des organismes de réglementation de la profession juridique fonctionnera en pratique. Le Règlement pourrait, par exemple, exiger qu'un organisme de réglementation de la profession juridique soit avisé lorsqu'un avocat ou un notaire du Québec, qui est un agent de PI, fait l'objet d'une enquête. Le Règlement pourrait également aborder la possibilité d'une collaboration avec l'organisme de réglementation de la profession juridique compétent dans de telles circonstances. De plus, le Règlement pourrait fournir des indications sur les cas où le Collège pourrait renvoyer une affaire à un autre organisme de réglementation, comme le prévoit l'article 41 de la Loi. En outre, bien que la Loi exige que les agents de propriété intellectuelle se conforment à un code de déontologie, et malgré les garanties fournies par l'ISDE que le code serait compatible avec ceux qui sont en place pour la profession juridique, le Règlement reste muet à la fois sur le contenu du code et sur la façon dont pourraient être conciliés les éventuels éléments contradictoires des obligations professionnelles.

18. La Fédération déplore également l'absence de consultation et d'engagement significatifs de la part de l'ISDE plus tôt avant la publication préalable du Règlement. La Directive du Cabinet sur la réglementation du gouvernement fédéral exige que les ministères prennent part à des consultations significatives avec les parties prenantes et précise que la publication préalable des règlements « ne remplace pas une consultation menée en début de projet. »⁸ En tant que coordonnatrice nationale des organismes de réglementation de la profession juridique du Canada, la Fédération est une intervenante importante et se trouve dans une position unique pour fournir des commentaires éclairés sur l'élaboration d'un nouveau régime de réglementation professionnelle et, plus précisément, pour examiner les moyens de prévenir les problèmes que pose le chevauchement de la réglementation engendré par le Règlement.

⁷ Directive du Cabinet sur la réglementation :

<https://www.canada.ca/fr/gouvernement/systeme/lois/developpement-amelioration-reglementation-federale/exigences-matiere-elaboration-gestion-examen-reglements/lignes-directrices-outils/directive-cabinet-reglementation.html#to5>

⁸ Ibid.

Autres questions

19. La Fédération exprime également des préoccupations au sujet des dispositions du Règlement exigeant que tous les agents de PI soient des résidents canadiens et qu'ils satisfassent, entre autres, aux exigences relatives à l'aptitude physique et mentale énoncées dans les règlements administratifs du Collège. Étant donné la courte période prévue pour la consultation, la Fédération n'a pas eu le temps d'examiner ces questions en profondeur, mais elle note qu'elles peuvent soulever des préoccupations en matière de droits de la personne et qu'elles ne semblent ni nécessaires ni raisonnablement liées à un objectif réglementaire valable.

Conclusion

20. La Fédération serait heureuse d'avoir l'occasion de poursuivre la discussion avec l'ISDE sur les questions soulevées dans les présentes observations, en particulier pour aborder les problèmes causés par le chevauchement de la réglementation et les atteintes possibles au droit fondamental du secret professionnel du juriste, des problèmes qu'aggrave le Règlement.

