



**Observations de la
Fédération des ordres professionnels de
juristes du Canada
au Comité sénatorial permanent de la
sécurité nationale et de la défense**

***Projet de loi S-7
Loi modifiant la Loi sur les douanes et la Loi
sur le précontrôle (2016)***

Ottawa, le 27 mai 2022

Introduction

1. La Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada (la « Fédération »), au nom de ses membres, les ordres professionnels de juristes, est reconnaissante d'avoir l'occasion de présenter ses commentaires au Comité sénatorial permanent de la sécurité nationale et de la défense au sujet du projet de loi S-7, *Loi modifiant la Loi sur les douanes et la Loi sur le précontrôle (2016)* (le « projet de loi S-7 » ou le « projet de loi »), déposé le 31 mars 2022 par l'honorable Marc Gold, représentant du gouvernement au Sénat.
2. La Fédération est l'organisme coordonnateur des 14 organismes de réglementation de la profession juridique au Canada. Nos membres, les ordres professionnels de juristes, sont chargés, en vertu de la loi de leur province ou territoire, de réglementer plus de 136 000 avocats, 4 200 notaires au Québec et près de 10 600 parajuristes autorisés en Ontario dans l'intérêt du public. L'un des rôles importants de la Fédération est de faire connaître l'opinion des ordres professionnels de juristes sur des questions d'intérêt national et international qui concernent l'administration de la justice et la primauté du droit. À ce titre, elle a toujours milité pour le maintien d'une protection solide du secret professionnel liant le juriste à son client.
3. Or, la Fédération est d'avis que certains articles du projet de loi S-7 sont contraires à la constitution dans la mesure où ils ne protègent pas adéquatement les renseignements protégés par le secret professionnel du juriste dans le cadre de l'examen d'appareils numériques personnels (« ANP ») de juristes¹ réalisé par des agents des services frontaliers (les « ASF ») au service de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'« AFSC »). De plus, le critère juridique des « préoccupations générales raisonnables » que propose le projet de loi, critère pour lequel on ne trouve aucun précédent dans la législation canadienne, établit une norme de preuve moins stricte que celle qui s'applique aux autres formes de fouilles et de perquisitions prévues dans la *Loi sur les douanes* et la *Loi sur le précontrôle (2016)*. Conjugué à cette norme juridique encore jamais mise à l'épreuve et à la plus grande latitude dont jouiraient les ASF lors de la fouille d'appareils numériques personnels par rapport à d'autres objets, le manque de clarté des dispositions législatives est source de confusion et accroît la probabilité de violations de la confidentialité des communications protégées par le secret professionnel du juriste. La Fédération est consciente de la nécessité de réglementer l'importation et l'exportation de marchandises à la frontière canadienne, mais cela ne doit pas se faire au détriment des droits et libertés fondamentales.
4. La Fédération est d'avis qu'il faut amender le projet de loi S-7 afin d'assurer au secret professionnel du juriste une protection aussi absolue que possible, conformément à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada.

Contexte

5. Le gouvernement a déposé le projet de loi S-7 pour donner suite aux décisions de deux arrêts connexes de la Cour d'appel de l'Alberta, *R. c. Canfield* et *R. c. Townsend*². Dans ces affaires, la Cour d'appel a statué qu'en ne circonscrivant ni les motifs pour lesquels les ASF

¹ Avocats, notaires du Québec et parajuristes autorisés.

² Voir *R. c. Canfield*, 2020 ABCA 383 (CanLII).

sont autorisés à examiner des ANP ni la manière dont ils peuvent le faire, l'alinéa 99(1)a) de la *Loi sur les douanes* porte atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par la Charte. La décision de la Cour d'appel s'inscrivait dans la foulée d'une longue série de critiques dénonçant le caractère inadapté et anachronique des règles de fouilles et perquisitions prévues par la loi en ce qui touche les appareils numériques³.

6. La Fédération, qui a surveillé de près l'évolution de la question, a présenté des observations au gouvernement concernant l'examen des ANP par les ASF et les possibles violations du secret professionnel du juriste. Dans des lettres adressées au ministre de la Sécurité publique en date du 20 avril 2018 et du 21 mai 2019, la Fédération disait s'inquiéter de l'absence de protection adéquate du secret professionnel du juriste dans la politique de l'ASFC en ce qui concerne les appareils numériques appartenant à ces juristes.
7. Le 14 avril 2022, la Fédération a présenté à l'ASFC des observations portant sur son projet d'adoption, sous le régime de la *Loi sur les douanes*, d'un règlement qui « établirait les exigences relatives à l'examen des appareils numériques personnels par des agents désignés de l'ASFC »⁴. Selon l'ASFC, le règlement n'opérerait aucun changement sur le plan de la politique, mais se contenterait de « consacrer la politique existante dans la réglementation », incluant « le traitement des informations relevant du secret professionnel ». L'ASFC a déclaré vouloir faire entrer le règlement en vigueur au même moment que le projet de loi S-7. La politique que l'ASFC se propose de consacrer dans un règlement limite uniquement l'examen du contenu expressément « marqué » comme étant protégé. En n'offrant pas une protection suffisante au contenu des ANP protégé par le secret professionnel du juriste, cette politique contrevient à la *Charte des droits et libertés*⁵.

Le droit relatif au secret professionnel du juriste

8. La Cour suprême du Canada a confirmé que le secret professionnel du juriste était un droit substantiel revêtant un « caractère quasi constitutionnel »⁶. Elle a reconnu qu'il correspondait à un principe de justice fondamentale et qu'il était d'une importance capitale pour le système juridique canadien et le maintien de la primauté du droit⁷. En ce sens, le secret professionnel du juriste doit être aussi absolu que possible, puisqu'il est fortement dans l'intérêt public de maintenir la confidentialité de la relation entre un juriste et son

³ Voir, par exemple : Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, *L'examen des appareils numériques à la frontière par l'ASFC – Dépasse-t-on les limites?* (19 octobre 2019) à https://www.priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/enquetes/enquetes-visant-les-institutions-federales/2018-19/pa_20191021_asfc/.

⁴ ASFC, *Avis des douanes 22-07 : Règlement visant l'examen de documents conservés dans un appareil numérique personnel effectué conformément à la Loi sur les douanes*.

⁵ L'article 8 de la Charte garantit à chacun « le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ».

⁶ *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53 (CanLII) (« *University of Calgary* »), *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7 (CanLII), *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department*, 2008 CSC 44 (CanLII) (« *Blood Tribe* »), *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, R c. *Fink*, 2002 CSC 61 (CanLII) (« *Lavallee* »).

⁷ *Ibid.*

client⁸. À l'inverse d'autres droits à la protection de la vie privée, le secret professionnel du juriste ne suppose pas de procéder à une évaluation des intérêts en jeu dans chaque cas⁹. La Cour suprême a également précisé que toute violation du secret professionnel du juriste doit être justifiée par une nécessité absolue¹⁰ et ne porter que minimalement atteinte à ce privilège¹¹.

9. Lorsqu'une personne est face à la puissance de l'État et que sa liberté est en jeu, comme c'est le cas sous le régime de la *Loi sur les douanes*¹², il est plus important encore de préserver le secret professionnel du juriste. C'est pourquoi la Cour suprême a statué que l'État ne pouvait avoir accès aux renseignements protégés par le secret professionnel du juriste et ce, même pour les besoins d'une enquête, que celle-ci relève ou non du droit criminel¹³. Par ailleurs, aucune décision judiciaire ne permet de penser qu'à la frontière, il existe une attente réduite quant au respect de la confidentialité des communications entre juriste et client.
10. Le secret professionnel du juriste s'applique aux renseignements confidentiels échangés dans le cadre de la prestation de conseils juridiques au client. Ce privilège est établi au bénéfice du client; le juriste, lui, en est le gardien. Il est tenu, conformément à ses obligations déontologiques, de protéger les renseignements confidentiels de son client et il lui est interdit de divulguer ces renseignements sans le consentement éclairé du client ou sans ordonnance du tribunal en ce sens¹⁴. De plus, ce privilège vaut même si le client ne l'a pas expressément revendiqué et indépendamment du fait que les documents détenus par le juriste sont marqués comme étant « protégés ».

Le droit relatif à l'examen des appareils numériques personnels des juristes

11. Dans l'arrêt *Lavallee c. Canada (Procureur général)*, la Cour suprême a établi des principes directeurs¹⁵ visant à assurer la protection constitutionnelle des renseignements visés par le secret professionnel du juriste en encadrant les perquisitions effectuées dans les cabinets juridiques, que les tribunaux ont définis comme étant [TRADUCTION] « tout endroit où on peut raisonnablement s'attendre à trouver des documents protégés par le secret professionnel »¹⁶. Autrement dit, ces principes s'appliquent à toute situation où se pose la

⁸ *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23 (CanLII), au para 53.

⁹ *Blood Tribe*, au para 9.

¹⁰ Ainsi, le secret professionnel du juriste ne s'applique pas si le tribunal conclut qu'il tendrait à réaliser une « fin criminelle », par exemple, l'importation de documents illégaux comme de la pornographie juvénile. La jurisprudence prévoit également qu'il est possible de renoncer au privilège dans de rares situations, s'il y a menace imminente à la sécurité publique ou si l'innocence d'un client est en jeu. Soulignons que la décision appartient au tribunal.

¹¹ *University of Calgary*, au para 68.

¹² *Loi sur les douanes*, par. 160(1). Sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, une personne encourt un emprisonnement maximal de six mois; sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, l'emprisonnement maximal est de cinq ans.

¹³ *Lavallee*, aux para 24 et 36.

¹⁴ Voir aussi la note 10, *supra*.

¹⁵ Voir l'annexe A. Ces principes imposent des limites quant à la procédure d'autorisation des perquisitions et à la manière générale dont ces perquisitions doivent être effectuées.

¹⁶ *Festing c. Canada (Procureur général)*, 2003 BCCA 112 (CanLII), au para 24 (« *Festing* »).

question du secret professionnel du juriste et où il y a risque que ce secret soit compromis¹⁷. Les tribunaux ont reconnu que cela visait notamment les appareils électroniques personnels du juriste, y compris les appareils mobiles¹⁸. Dans l'arrêt *Festing c. Canada*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué que le terme « cabinet juridique », au sens des principes directeurs :

[TRADUCTION] ... inclurait, par exemple, le domicile d'un juriste, le bureau qu'il occupe sur les lieux d'une entreprise multidisciplinaire, le bureau du conseiller juridique d'une entreprise et les installations d'entreposage où les juristes conservent leurs dossiers. La Cour cite ces lieux à titre indicatif, dans le seul but d'illustrer par des exemples à quoi pourraient s'appliquer les principes de l'arrêt *Lavallee*. Les juristes conviennent qu'il n'est guère utile de tenter de définir tous ces types de lieux, puisque l'exercice du droit et les modes d'entreposage des dossiers qu'utilisent les juristes (disques durs, disques externes) ne cessent de s'accroître et de se diversifier.¹⁹

12. Une vaste portée doit nécessairement être conférée aux principes directeurs de l'arrêt *Lavallee* pour garantir au secret professionnel du juriste une protection aussi absolue que possible, ainsi que l'a exigé la Cour suprême. La Fédération affirme que ces principes s'appliquent à l'examen de l'ANP d'un juriste par un ASF si le privilège du secret professionnel du juriste est revendiqué. Cette revendication peut être communiquée verbalement ou par écrit.
13. La Cour suprême a aussi statué qu'en cas de divergence quant à la question de savoir si certains renseignements ou documents sont en effet protégés par le secret professionnel du juriste, le recours approprié consiste à s'adresser aux tribunaux²⁰.

¹⁷ *R. c. Rudolph*, 2017 NSSC 334 (CanLII), au para 10. Voir aussi *R. c. A.B.*, 2014 NLCA 8 (CanLII).

¹⁸ *R. c. A.B.*, au para 39. Dans le cadre d'une affaire criminelle, la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador a déclaré que les téléphones sans fil [TRADUCTION] « constituent désormais un outil essentiel à tout criminaliste, car il permet d'offrir des services à distance depuis ce bureau virtuel. [...] il n'y a pas de distinction fondamentale à faire entre le téléphone commercial de l'avocat et celui de son domicile, surtout à une époque où les appareils mobiles dominent les communications professionnelles et personnelles, sans égard au lieu d'où elles s'effectuent. »

¹⁹ *Festing*, au para 24. Depuis la décision de la Cour d'appel, en 2003, l'exercice du droit a continué d'évoluer et aujourd'hui, les dispositifs et appareils numériques, comme les appareils mobiles (ordinateur portable, tablette électronique et téléphone intelligent) en font partie intégrante. Voir, par exemple : Amy Salyzyn et coll., *La déontologie du droit dans un contexte numérique*, Association du Barreau canadien (23 juin 2021). <https://www.cba.org/getattachment/Sections/Ethics-and-Professional-Responsibility-Committee/Resources/Resources/Legal-Ethics-in-a-Digital-Context/LegalEthicsInaDigitalContextFrench.pdf>.

²⁰ *Attorney General c. Law Society*, 2010 ONSC 2150. Au paragraphe 27 de ses motifs, le juge Hennessy, de la Cour supérieure de justice, explique que [TRADUCTION] « le tribunal conserve le contrôle sur tout le processus de dévoilement des documents et renseignements saisis dans un cabinet juridique ou protégés par le secret professionnel. [...] le tribunal contrôle également l'étape au cours de laquelle il faut examiner les renseignements et les documents pour déterminer s'ils sont protégés par le secret professionnel. »

Le projet de loi S-7 doit être amendé pour préciser la portée du secret professionnel du juriste

14. L'impératif de protection du secret professionnel du juriste commande que le droit soit parfaitement clair. Comme cette clarté lui fait défaut, le projet de loi S-7 accroît la confusion et, combiné à la politique existante de l'ASFC que le gouvernement se propose de consacrer par règlement, il ouvre la porte à d'éventuelles violations du privilège. Il y a donc lieu d'y apporter des amendements pour clarifier la loi et sa mise en œuvre à la frontière canadienne.
15. Le projet de loi ne dit pas comment il convient de traiter les renseignements protégés par le secret professionnel du juriste dans le cadre de l'examen d'un ANP réalisé sous le régime de la *Loi sur les douanes* et de la *Loi sur le précontrôle (2016)*. On ne peut trop insister sur la nécessité de disposer, à tous les niveaux décisionnels ainsi que dans les lois, de directives claires et uniformes. Il ne suffit pas de traiter de la protection du secret professionnel du juriste dans des règlements et des politiques que le gouvernement peut modifier à sa guise : en témoigne le fait que la politique actuelle de l'ASFC, que le gouvernement entend consacrer dans la réglementation, constitue une dérogation flagrante aux principes directeurs de l'arrêt *Lavallee*. En effet, la politique empêche l'examen de l'information contenue dans un ANP uniquement si celle-ci est explicitement marquée comme protégée par le secret professionnel du juriste. Voici, selon l'ASFC, ce que dit cette politique :

Information protégée par le secret professionnel d'un avocat
 L'ASFC s'engage à respecter le droit à la vie privée tout en assurant la sécurité de la frontière canadienne. Si un agent des services frontaliers tombe sur du contenu marqué comme protégé par le secret professionnel d'un avocat, il doit cesser d'inspecter le document en question. En cas de doute sur la légitimité du secret professionnel de l'avocat, l'appareil peut être mis de côté en vue d'être examiné par un tribunal, qui prendra une décision quant à son contenu.²¹ (Non souligné dans l'original.)

16. Comme nous l'avons vu plus haut, le droit veut que la protection accordée au secret professionnel du juriste soit aussi absolue que possible. Le fait de réserver cette protection uniquement aux renseignements et documents explicitement désignés comme étant « protégés » est bien loin de satisfaire à cette exigence. Il faudrait, minimalement, qu'il soit mis fin à l'examen de l'ANP d'un juriste dès que le privilège est revendiqué, verbalement ou par écrit, relativement à l'appareil ou à son contenu.
17. Le projet de loi S-7 devrait être amendé afin de codifier les règles de droit énoncées dans les principes directeurs de l'arrêt *Lavallee* qui s'appliqueront à l'examen des ANP des juristes à la frontière, désignés comme des endroits « où on peut raisonnablement s'attendre à trouver des documents protégés par le secret professionnel ». Par exemple, suivant les principes de *Lavallee*, la loi devrait exiger que les documents pour lesquels le privilège est revendiqué soient mis sous scellé et soumis à l'examen indépendant du tribunal²² pour que ce dernier détermine si la revendication est légitime. De fait, la politique

²¹ ASFC, *Examen des appareils numériques à la frontière canadienne*, <https://www.cbsa-asfc.gc.ca/travel-voyage/edd-ean-fra.html>.

²² Ou un avocat nommé par le Barreau. Voir l'annexe A.

actuelle de l'ASFC envisage l'intervention du tribunal en cas de « préoccupations » concernant la revendication du privilège; seulement, cette politique ne s'applique, à tort, qu'au contenu marqué comme étant protégé par le secret professionnel du juriste. La Fédération tient à signaler qu'il existe déjà, dans la législation fédérale, des exemples de codification du traitement des renseignements pour lesquels le secret professionnel du juriste est revendiqué²³.

La nouvelle norme proposée pour l'examen des appareils représente une nouvelle menace pour la protection du secret professionnel

18. Rappelons que le projet de loi S-7 propose de subordonner l'examen des ANP, y compris ceux des juristes, au respect d'un nouveau critère juridique, soit celui des « préoccupations générales raisonnables ». Ce critère inspire de sérieuses réserves à la Fédération. En plus de susciter de la confusion, le critère risque de faire peser de nouvelles menaces sur l'information protégée par le secret professionnel du juriste. Soulignons qu'il s'agit d'une rupture par rapport à la norme des « motifs raisonnables de soupçonner » appliquée ailleurs dans la *Loi sur les douanes*²⁴. À vrai dire, il semble n'y avoir aucun précédent dans la législation fédérale canadienne. À défaut de pouvoir compter sur une jurisprudence établie, il est difficile de savoir à quoi correspondent précisément ces « préoccupations générales raisonnables » et même, s'il s'agit véritablement d'un critère valable²⁵. Conjuguée au fait que la politique ne prévoit aucune protection digne de ce nom en ce qui concerne les communications entre un juriste et son client, l'incertitude engendrée par le nouveau critère accroît les risques qui pèsent sur le privilège.
19. De plus, il semble que le critère assujettisse l'examen des ANP à une norme moins stricte que celle qui s'applique aux autres marchandises, ce qui confère aux ASF un accès relativement plus facile à ces appareils. Par exemple, en vertu de la *Loi sur les douanes*, l'ASF peut en toute légalité ouvrir les envois d'origine étrangère s'il « soupçonne, pour des motifs raisonnables », qu'ils contiennent des marchandises d'importation prohibée, contrôlée ou réglementée²⁶. L'application de la norme moins stricte des « préoccupations générales raisonnables » aurait pour effet d'accorder aux ASF d'importants pouvoirs d'examen pour les ANP, par rapport aux autres formes de fouilles et de perquisitions autorisées par la *Loi sur les douanes* et la *Loi sur le précontrôle (2016)*, et cela pourrait par ailleurs faire comprendre aux ASF qu'il existe pour ces appareils une attente réduite quant au respect de la vie privée.
20. L'incertitude engendrée par le nouveau critère juridique proposé et la norme moins exigeante qui en résulterait augmentent les risques d'atteintes au secret professionnel du juriste, puisqu'il n'y aurait pas de véritable obstacle à l'examen de l'ANP d'un juriste (sans compter que la protection offerte par la réglementation envisagée serait insuffisante, puisqu'elle empêcherait uniquement l'examen de contenu explicitement marqué comme « protégé par le secret professionnel »).

²³ Voir, par exemple, l'article 19 de la *Loi sur la concurrence* (L.R.C. 1985, c. C-34).

²⁴ Voir la *Loi sur les douanes*, al. 99(1)b).

²⁵ Voir : Ian Burns, « No satisfactory explanation why law on cellphone searches at border has not been introduced: court », *Lawyer's Daily* (2 mai 2022), <https://www.thelawyersdaily.ca/articles/35583/no-satisfactory-explanation-why-law-on-cellphone-searches-at-border-has-not-been-introduced-court> (en anglais).

²⁶ *Loi sur les douanes*, al. 99(1)b).

Conclusion

21. La protection accordée au secret professionnel du juriste doit être aussi absolue que possible. Cela suppose donc d'interdire aux ASF et aux autres agents de l'État de consulter les renseignements protégés que conserve un juriste dans son ANP, sauf s'ils ont obtenu le consentement explicite du client et bénéficiaire du privilège ou encore, s'ils se conforment aux modalités d'une ordonnance judiciaire à cet effet²⁷.
22. Il convient d'amender le projet de loi afin de prévoir des mesures qui soient conformes à la constitution et aux principes directeurs énoncés dans l'arrêt *Lavallee* et qui pourront s'appliquer en cas de revendication du secret professionnel relativement à l'ANP d'un juriste ou à son contenu à l'occasion d'une fouille réalisée à la frontière sous le régime de la *Loi sur les douanes* ou de la *Loi sur le précontrôle* (2016).
23. Bien sûr, c'est le législateur qui aura à déterminer le libellé exact de toutes modifications éventuelles. Néanmoins, la Fédération acceptera avec plaisir toute invitation à discuter plus amplement des questions abordées dans les présentes observations en vue de pouvoir ainsi contribuer à ce que la loi protège adéquatement le secret professionnel du juriste.

²⁷ Il existe quelques rares exceptions, qui sont mentionnées à la note 10.

Annexe A

Principes directeurs issus de l'arrêt Lavallee

1. *Aucun mandat de perquisition ne peut être décerné relativement à des documents reconnus comme étant protégés par le secret professionnel de l'avocat.*
2. *Avant de perquisitionner dans un bureau d'avocats, les autorités chargées de l'enquête doivent convaincre le juge saisi de la demande de mandat qu'il n'existe aucune solution de rechange raisonnable.*
3. *Lorsqu'il permet la perquisition dans un bureau d'avocats, le juge saisi de la demande de mandat doit être rigoureusement exigeant, de manière à conférer la plus grande protection possible à la confidentialité des communications entre client et avocat.*
4. *Sauf lorsque le mandat autorise expressément l'analyse, la copie et la saisie immédiates d'un document précis, tous les documents en la possession d'un avocat doivent être scellés avant d'être examinés ou de lui être enlevés.*
5. *Il faut faire tous les efforts possibles pour communiquer avec l'avocat et le client au moment de l'exécution du mandat de perquisition. Lorsque l'avocat ou le client ne peut être joint, on devrait permettre à un représentant du Barreau de superviser la mise sous scellés et la saisie des documents.*
6. *L'enquêteur qui exécute le mandat doit rendre compte au juge de paix des efforts faits pour joindre tous les détenteurs potentiels du privilège, lesquels devraient ensuite avoir une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège et, si cette objection est contestée, de faire trancher la question par les tribunaux.*
7. *S'il est impossible d'aviser les détenteurs potentiels du privilège, l'avocat qui a la garde des documents saisis, ou un autre avocat nommé par le Barreau ou par la cour, doit examiner les documents pour déterminer si le privilège devrait être invoqué et doit avoir une occasion raisonnable de faire valoir ce privilège.*
8. *Le procureur général peut présenter des arguments sur la question du privilège, mais on ne devrait pas lui permettre d'examiner les documents à l'avance. L'autorité poursuivante peut examiner les documents uniquement lorsqu'un juge conclut qu'ils ne sont pas privilégiés.*
9. *Si les documents scellés sont jugés non privilégiés, ils peuvent être utilisés dans le cours normal de l'enquête.*
10. *Si les documents sont jugés privilégiés, ils doivent être retournés immédiatement au détenteur du privilège ou à une personne désignée par la cour.*