



THE CANADIAN
BAR ASSOCIATION
L'ASSOCIATION DU
BARREAU CANADIEN

Protection de la vie privée dans les appareils électroniques personnels à la frontière canadienne

**ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN
SECTION DU DROIT DE LA VIE PRIVÉE ET DE L'ACCÈS À L'INFORMATION, SECTION DU DROIT
DE L'IMMIGRATION SECTION DU DROIT PÉNAL, SECTION DU DROIT DE LA TAXE À LA CONSOMMATION,
DOUANES ET COMMERCE, ET SOUS-COMITÉ DE DÉONTOLOGIE ET DE RESPONSABILITÉS PROFESSIONNELLES**

JUIN 2022

PRÉFACE

L'Association du Barreau canadien est une association nationale représentant 36 000 juristes, notamment des avocats et avocates, des notaires, des professeurs et professeures de droit et des étudiants et étudiantes en droit, partout au Canada. Ses principaux objectifs visent l'amélioration du droit et de l'administration de la justice.

La présente synthèse du mémoire a été rédigé par la Section du droit de la vie privée et de l'accès à l'information, la Section du droit de l'immigration, la Section de la taxe à la consommation, des douanes et du commerce, la Section du droit pénal de l'ABC et le Sous-comité de déontologie et de responsabilité professionnelle, avec l'assistance de la direction de la Représentation du bureau national de l'ABC. Il a été revu par le Sous-comité de réforme du droit et approuvée en tant que déclaration publique de la Section du droit de la vie privée et de l'accès à l'information, la Section du droit de l'immigration, la Section du droit pénal, la Section de la taxe à la consommation, des douanes et du commerce, et le Sous-comité de déontologie et de responsabilité professionnelle.

NOTE : Ce mémoire fera l'objet de retouches de forme avant la parution de sa version définitive sur le site Web de l'Association du Barreau canadien.

TABLE DES MATIÈRES

Protection de la vie privée dans les appareils électroniques personnels à la frontière canadienne

SOMMAIRE	1
A. Collecte de renseignements aux postes frontaliers tant lors de l'entrée sur le territoire que de la sortie.....	1
B. Secret professionnel de l'avocat.....	2
I. INTRODUCTION	1
II. COLLECTE DE RENSEIGNEMENTS AUX POSTES FRONTALIERS TANT LORS DE L'ENTRÉE SUR LE TERRITOIRE QU'À LA SORTIE	2
A. Modifications législatives ayant une incidence sur la protection des renseignements personnels aux postes frontaliers	2
B. Fouille d'appareils électroniques	3
C. Les recherches d'informations stockées sur des appareils électroniques personnels doivent strictement se limiter au respect de la vie privée des personnes.	5
Les fouilles sans soupçon à la frontière d'AEP sont inconstitutionnelles.....	5
L'arrêt <i>Canfield</i>	6
Seuil approprié à respecter pour la fouille d'AEP à l a frontière.....	6
Cohérence avec les autres pouvoirs de fouille de la <i>Loi sur les douanes</i>	8
Concilier l'exigence minimale de « préoccupation générale raisonnable » avec la législation existante permettant les fouilles	9
III. SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT À LA FRONTIÈRE	15
IV. CONCLUSION	20
V. SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS	20

Protection de la vie privée dans les appareils électroniques personnels à la frontière canadienne

SOMMAIRE

Les sections du droit de la vie privée et de l'accès à l'information, du droit de l'immigration, de la taxe à la consommation, des douanes et du commerce, du droit pénal, et le Sous-comité de déontologie et de responsabilité professionnelle (les sections de l'ABC) sont ravis de cette occasion qui leur est donnée de comparaître devant le Comité sénatorial permanent de la sécurité nationale et de la défense pour l'examen du projet de loi S-7, *Loi modifiant la Loi sur les douanes et la Loi sur le précontrôle (2016)*.

La sécurité de la population canadienne dépend de la collecte et de la communication de renseignements aux postes frontaliers. Cependant, le fait d'en recueillir et d'en communiquer une trop grande quantité (ou des renseignements incomplets ou manquants de fiabilité) peut également lui nuire. Il faut donc trouver un équilibre approprié entre la protection de notre sécurité et celle de nos droits à la protection des renseignements personnels et de nos libertés. Les sections de l'ABC fournissent des commentaires sur la collecte de renseignements aux postes frontaliers tant lors de l'entrée sur le territoire que de la sortie, sur le secret professionnel des avocats à la frontière, ainsi que sur la communication de renseignements recueillis aux postes frontaliers.

A. Collecte de renseignements aux postes frontaliers tant lors de l'entrée sur le territoire que de la sortie

De nos jours, la plupart des voyageurs transportent des appareils électroniques mobiles, comme des téléphones intelligents, qui contiennent des données personnelles confidentielles. Les pouvoirs des agents des douanes quant à l'inspection du contenu de ces appareils devraient faire l'objet d'un nouvel examen. Les renseignements stockés dans un appareil électronique ne constituent pas une « marchandise » et toute interprétation de la *Loi sur les douanes* qui autoriserait une fouille des données stockées sur un appareil en l'absence d'un mandat s'avèrerait probablement être inconstitutionnelle.

Le projet de loi S-7 modifie la *Loi sur les douanes* pour :

- clarifier les circonstances dans lesquelles les agents des services frontaliers peuvent examiner les documents stockés sur des appareils numériques personnels;
- autoriser l'élaboration de règlements à l'égard de ces examens;
- mettre à jour certaines dispositions relatives à l'application de la loi, aux infractions et aux peines.

Il modifie également la *Loi sur le précontrôle (2016)* afin de préciser les circonstances dans lesquelles les contrôleurs peuvent examiner, fouiller et retenir tout document conservé dans un appareil numérique personnel, et d'autoriser la prise de règlements et la communication de directives ministérielles à l'égard de ces examens, fouilles et retentions.

Les sections de l'ABC commentent la nouvelle exigence minimale de « préoccupation générale raisonnable » pour les fouilles à la frontière des appareils électroniques personnels (AEP) d'un voyageur et le nouveau pouvoir d'examen créé sous le régime du projet de loi S-7. Nous soulignons également la jurisprudence pertinente sur la constitutionnalité de la fouille d'AEP à la frontière, comme l'autorise la *Loi sur les douanes*. À notre avis, l'effet du projet de loi S-7 n'est pas conforme à la jurisprudence actuelle concernant la fouille d'appareils électroniques, étant donné les intérêts très élevés en matière de protection de la vie privée dans leur contenu. L'exigence minimale définie dans le projet de loi S-7 n'offre aucune protection significative aux intérêts majeurs des voyageurs en matière de protection de la vie privée.

B. Secret professionnel de l'avocat

Le secret professionnel de l'avocat est un élément fondamental du bon fonctionnement du système judiciaire canadien. Il doit être respecté aux frontières et aux aéroports du Canada ainsi que lorsque des juristes canadiens et leurs clients se rendent aux États-Unis. Les sections de l'ABC recommandent la création d'un groupe de travail pour collaborer à l'établissement d'une politique exhaustive ayant force exécutoire sur le secret professionnel de l'avocat qui serait ensuite mise à la disposition du public sur le site Web de l'ASFC. Les agents de l'ASFC et le public, notamment les juristes, devraient disposer de lignes directrices plus détaillées pour veiller à la mise en place de garde-fous visant à prévenir l'accès non-autorisé à des documents protégés par le secret professionnel.

Protection de la vie privée dans les appareils électroniques personnels à la frontière canadienne

I. INTRODUCTION

Les sections du droit de la vie privée et de l'accès à l'information, du droit pénal, du droit de l'immigration, de la taxe à la consommation, des douanes et du commerce, et le Sous-comité de déontologie et de responsabilité professionnelle (les sections de l'ABC) ont préparé ce mémoire pour le Comité sénatorial permanent de la sécurité nationale et de la défense, commentant les modifications proposées à la *Loi sur les douanes* et la *Loi sur le précontrôle* dans le projet de loi S-7.

L'ABC, une association nationale de plus de 36 000 juristes, notaires, professeurs et professeures de droit et étudiants et étudiantes en droit, a pour mandat de chercher des moyens d'améliorer le droit et l'administration de la justice. Les sections de l'ABC regroupent des juristes ayant une connaissance approfondie du droit de la vie privée et de l'accès à l'information, du droit de l'immigration, du droit pénal et des questions touchant le droit en lien avec la taxe à la consommation, les douanes et le commerce.

En septembre 2017, l'ABC a commenté les modifications proposées à la *Loi sur les douanes* dans l'ancien projet de loi C-21, *Loi modifiant la Loi sur les douanes*, et les modifications proposées à la *Loi sur le précontrôle* dans l'ancien projet de loi C-23, *Loi sur le précontrôle (2016)*¹. Plusieurs des mêmes questions relatives à la protection de la vie privée que celles qu'aborde le projet de loi S-7 sont aussi liées à ces anciens projets de loi. Nous répétons les mémoires de 2017 dans la mesure où ils demeurent pertinents et applicables au projet de loi S-7.

La dépendance à l'égard de la technologie est encore plus ancrée dans notre vie personnelle qu'en 2017, et le recours aux outils numériques pour surmonter les défis de la pandémie de COVID-19 a accéléré ce processus. Ces technologies numériques permettent d'améliorer considérablement la collecte, le stockage et le partage des renseignements personnels. Dans

¹ Voir le mémoire de 2017 de l'ABC sur la protection des renseignements personnels des Canadiens et Canadiennes aux postes frontaliers et dans les aéroports [en ligne](#).

ce contexte, la loi qui propose de modifier le droit du gouvernement fédéral d'accéder à des renseignements contenus dans des appareils électroniques personnels (AEP) des personnes qui franchissent la frontière canadienne et d'inspecter ces informations requiert l'établissement d'un équilibre entre le droit à la vie privée et l'impératif du gouvernement de sécuriser les frontières du pays et de protéger la sécurité nationale.

C'est dans cette optique d'équilibre que les sections de l'ABC présentent leurs observations sur la collecte de renseignements aux postes frontaliers à l'entrée et à la sortie du Canada, sur le secret professionnel des juristes, sur la divulgation de données recueillies aux frontières, et sur la collecte de données aux frontières lors de l'entrée au pays et de la sortie du pays.

II. COLLECTE DE RENSEIGNEMENTS AUX POSTES FRONTALIERS TANT LORS DE L'ENTRÉE SUR LE TERRITOIRE QU'À LA SORTIE

A. Modifications législatives ayant une incidence sur la protection des renseignements personnels aux postes frontaliers

Le projet de loi S-7 propose des modifications à la *Loi sur les douanes* et à la *Loi sur le précontrôle* (2016).

En ce qui concerne la *Loi sur les douanes*, le projet de loi propose de :

- a) clarifier les circonstances dans lesquelles un agent des services frontaliers peut examiner tout document conservé dans un appareil numérique personnel;
- b) autoriser la prise de règlements à cet égard;
- c) mettre à jour certaines dispositions relatives au contrôle d'application et aux infractions et peines.

Le principal élément du projet de loi est de mettre en œuvre un nouveau seuil que les agents de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) doivent établir avant d'examiner des AEP. Le projet de loi établit également le pouvoir d'examiner les documents se trouvant dans des AEP en vertu du nouveau règlement proposé dans les modifications aux deux lois.

Le projet de loi S-7 modifie également la *Loi sur le précontrôle* (2016) afin de clarifier les circonstances dans lesquelles les contrôleurs peuvent examiner, fouiller et retenir tout document conservé dans un AEP, et d'autoriser la prise de règlements et de directives d'instructions ministérielles à l'égard de ces examens, fouilles et retentions.

B. Fouille d'appareils électroniques

La plupart des voyageurs transportent des appareils électroniques, comme des téléphones intelligents, des tablettes ou des ordinateurs portatifs, qui contiennent des données personnelles. Ces dispositifs sont devenus de plus en plus indispensables dans les voyages, y compris dans les déplacements transfrontaliers. De plus en plus de voyageurs utilisent leurs appareils mobiles pour les paiements sans contact, et le gouvernement exige des voyageurs internationaux qu'ils utilisent l'application ArriveCan pour entrer au pays.

Il fut une époque où les Canadiens gardaient leurs renseignements les plus personnels chez eux sous la forme de documents papier. En voyage, ils pouvaient apporter un sac ou une serviette contenant les seuls documents nécessaires à leur déplacement. De nos jours, un seul appareil renferme des renseignements confidentiels d'une quantité et d'une qualité plus considérables que ce qui était conservé dans des serviettes, à domicile, au bureau ou ailleurs². Leur capacité de stockage et les questions de protection de la vie privée qui en découlent n'ont rien à voir avec le contrôle des bagages physiques, initialement visé par les principes de droit régissant le contrôle des bagages³.

Les renseignements confidentiels contenus dans un appareil peuvent remonter jusqu'à l'achat de l'appareil, voire avant. Il s'agit de données de géolocalisation portant sur les déplacements de la personne, l'historique de ses appels, ses messages textes, ses courriels, ses photos, ses contacts, son calendrier, ainsi que des données sur ses activités physiques, sa santé, ses finances, ses achats, ses recherches Internet, etc. Ces données indiquent ses préférences, ses habitudes, ses intérêts et ses valeurs. Pour bien des professionnels comme les médecins, les juristes, les gens d'affaires, les défenseurs des droits de la personne et les journalistes, ces appareils contiennent aussi une information de nature très délicate sur des tiers. Les services

² Voir, par exemple, cet article de la presse canadienne : *Smartphone Use Way Up in Canada*, [en ligne](#) (Disponible uniquement en anglais). Chez nos voisins du Sud, des tribunaux ont commenté cette tendance, notamment dans *Riley c. California*, 134 S. Ct. 2473 (2014), [en ligne](#) (Disponible uniquement en anglais): la Cour suprême des États-Unis a fait observer que le fait d'assimiler la recherche de données dans un téléphone intelligent à l'inspection des biens matériels d'une personne [traduction] « revient à dire qu'une balade à cheval est essentiellement la même chose qu'un voyage sur la Lune ».

³ Voir *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, [en ligne](#), arrêt où la Cour suprême a traité des motifs de soupçonner qu'une personne a fait une fausse déclaration et transporte avec elle des effets prohibés et de fouiller ses bagages.

informatiques synchronisent régulièrement d'importants volumes de données dans un ou plusieurs appareils; certaines données sont difficiles, sinon impossibles à supprimer.

Cette réalité contemporaine n'existait pas lors de la rédaction des dispositions de la *Loi sur les douanes* qui nous intéressent. Depuis, la Cour suprême du Canada (CSC) a prononcé des arrêts qui ont modifié la common law pour suivre l'évolution technologique, et ces changements nous indiquent que le contenu des appareils électroniques est protégé par de très rigoureuses exigences de protection de la vie privée⁴. À titre d'exemple, mentionnons l'arrêt *R c. Fearon*⁵, dans lequel la CSC a modifié la règle de common law à la suite d'un incident lors duquel un téléphone intelligent trouvé sur l'accusé avait été fouillé à son arrestation, notamment en raison des immenses implications d'une telle fouille au chapitre de la protection de la vie privée⁶. La CSC a clairement affirmé qu'en cas d'intrusion dans la vie privée, la protection constitutionnelle et l'obligation de justification de la fouille sont à la mesure de l'ampleur de l'intrusion. S'il est vrai que le droit à la vie privée est réduit aux frontières, ce droit existe toujours⁷, surtout quand il s'agit d'appareils électroniques, associés ipso facto à d'importantes quantités de renseignements personnels⁸.

En 2017, le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada s'est exprimé devant le Comité permanent de la sécurité publique et nationale de la Chambre des communes au sujet de la protection des renseignements personnels contenus dans les appareils électroniques lors des contrôles frontaliers, dans le cadre de l'étude du projet de loi C-23⁹ de l'époque, faisant remarquer que le problème fondamental lié aux fouilles sans motif d'appareils électroniques réside dans le fait que l'on ne reconnaît pas leur caractère extrêmement envahissant, car les appareils électroniques peuvent contenir nos renseignements les plus

⁴ *R c. Vu*, 2013 CSC 60, [en ligne](#). Voir aussi *R c. Morelli*, 2010 CSC 8, [en ligne](#).

⁵ 2014 CSC 77.

⁶ *R c. Fearon*, 2014 CSC 77, [en ligne](#).

⁷ Précité, note 10 (*R. c. Simmons*). Voir aussi *R c. Nagle*, 2012 BCCA 373, [en ligne](#) (disponible en anglais seulement).

⁸ *R c. Cole*, 2012 CSC 53, [en ligne](#). La Cour a conclu que la fouille d'un ordinateur portable fourni à l'employé par l'entreprise contrevenait aux droits de ce dernier garantis par l'article 8 de la *Charte*. Bien que les exigences de protection de la vie privée soient moindres pour un ordinateur de travail, l'employé bénéficiait tout de même d'une certaine protection, surtout compte tenu des importantes implications de la fouille d'un ordinateur.

⁹ Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, *Lettre de suivi au Comité permanent de la sécurité publique et nationale concernant le projet de loi C-23, Loi relative au précontrôle de personnes et de biens au Canada et aux États-Unis* (juin 2017), [en ligne](#).

personnels et les plus intimes. Dans son rapport de 2019¹⁰, le commissaire décrit en détail l'enquête sur six plaintes déposées par des personnes dont les AEP ont été fouillés par l'ASFC. Il conclut que l'ASFC a contrevenu à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et a relevé des lacunes importantes dans les pratiques globales de l'ASFC. Dans le rapport de 2020¹¹, le commissaire en est venu à la conclusion que l'ASFC ne pouvait conserver les codes d'accès d'appareils numériques de voyageurs qu'en cas de nécessité.

C. Les recherches d'informations stockées sur des appareils électroniques personnels doivent strictement se limiter au respect de la vie privée des personnes.

Les fouilles sans soupçon à la frontière d'AEP sont inconstitutionnelles.

Toute fouille de données contenues dans un appareil électronique sans mandat (ou toute exigence obligeant une personne à divulguer le mot de passe d'un appareil) mettrait en cause les articles 7 et 8 de la *Charte des droits et libertés du Canada (Charte)* et serait probablement déclarée inconstitutionnelle. À notre avis, l'effet du projet de loi S-7 n'est pas conforme à la jurisprudence actuelle concernant la fouille d'appareils électroniques, étant donné les intérêts très élevés en matière de protection de la vie privée dans leur contenu. L'exigence minimale définie dans le projet de loi S-7 ne donne aucune protection significative aux intérêts majeurs des voyageurs en matière de protection de la vie privée.

En effet, les intérêts en matière de vie privée rattachée aux AEP sont si élevés que les attentes amoindries au droit à la vie privée aux frontières n'outrepassent pas ces intérêts. Dans l'arrêt *R c. Vu*, la CSC a conclu qu'un mandat de fouille exclut un ordinateur trouvé sur les lieux en raison des intérêts majeurs de protection de la vie privée liés à ces dispositifs¹². Même si la dénonciation en vue d'obtenir le mandat contenait la mention de notes générées par ordinateur, cela a été jugé insuffisant pour justifier la fouille de l'ordinateur sans mandat plus précis.

¹⁰ Vous traversez la frontière? Examen par l'ASFC des appareils numériques à la frontière, [en ligne](#).

¹¹ Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, *L'ASFC devrait uniquement conserver les codes d'accès des appareils numériques des voyageurs en cas de nécessité*

¹² *Supra*, note 4 (*Vu*).

L'arrêt *Canfield*

En 2020, la Cour d'appel de l'Alberta a statué dans l'arrêt *R c. Canfield*¹³ sur la constitutionnalité des fouilles d'AEP à la frontière en vertu de la *Loi sur les douanes*. Il a été interprété que la définition de « marchandises » apparaissant à l'article 2 de la loi incluait les AEP. Les agents de l'ASFC ont utilisé cette définition pour demander l'accès aux deux dispositifs de l'accusé après avoir observé plusieurs « indicateurs » qui, selon eux, rendaient nécessaire une « inspection secondaire »¹⁴.

La Cour d'appel a conclu que l'autorisation de fouilles systématiques et sans soupçon d'AEP constituait une violation de l'article 8 de la *Charte*¹⁵. En conséquence, elle a déclaré que la définition de « marchandises » de l'article 2 de la *Loi* était « inopérante dans la mesure où elle traitait du contenu d'appareils électroniques personnels »¹⁶. Dans son raisonnement, la CAA souligne que les attentes modérées en matière de respect de la vie privée aux postes frontaliers internationaux doivent être équilibrées par rapport aux attentes élevées que les particuliers ont à l'égard de cette question dans leurs AEP¹⁷. Citant les conclusions de l'arrêt *Vu*, l'arrêt *Canfield* insiste sur les attentes élevées qu'ont les personnes par rapport à leurs AEP en matière de protection de la vie privée et en vient à la conclusion que les fouilles d'AEP à la frontière ne peuvent tout simplement pas être considérées comme « routinières »¹⁸. Par conséquent, toute autorisation de fouilles d'AEP « doit avoir une exigence minimale » pour être conforme à la *Charte*¹⁹. La cour a suspendu la déclaration d'invalidité pour un an afin de donner au Parlement le temps de modifier la législation et d'introduire une telle exigence.

Seuil approprié à respecter pour la fouille d'AEP à la frontière

Le projet de loi S-7 propose une nouvelle norme de « préoccupation générale raisonnable » pour qu'un agent des services frontaliers puisse fouiller l'AEP d'un voyageur. Les sections de l'ABC craignent que le terme « préoccupation générale raisonnable » soit trop vague pour être une exigence appropriée et que la norme ne soit pas conforme à la *Charte*.

¹³ 2020 CAA 383 [Canfield].

¹⁴ Canfield aux paras 4, 9-11.

¹⁵ Canfield, par. 75.

¹⁶ Canfield, par. 111.

¹⁷ Canfield, par. 67.

¹⁸ Canfield, par. 71-75.

¹⁹ Canfield, par. 75.

La norme de « préoccupation générale raisonnable » n'a pas été utilisée pour justifier les fouilles ou n'a pas été utilisée par les tribunaux canadiens. En l'absence de précisions supplémentaires, il est difficile de savoir la façon dont se fera son application et de déterminer si les agents des services frontaliers y auront recours en conformité avec la *Charte*. Le concept de « soupçons généraux » a toutefois été revu et comparé à la norme de « soupçon raisonnable », seule cette dernière rendant les fouilles sans mandat conformes à l'article 8 de la *Charte*, dans certaines circonstances.

Dans *R c. Chehil*²⁰, où un chien renifleur a été utilisé pour détecter des drogues dans les bagages d'un voyageur, la CSC a abordé la question de la norme relative aux soupçons requise pour effectuer une fouille sans mandat à la frontière. Elle a jugé que la fouille était constitutionnelle parce que la norme appliquée était celle du soupçon raisonnable, « dont l'application est assujettie à un examen rigoureux et indépendant par les tribunaux »²¹. La cour y est allée d'une mise en garde contre l'application de simples soupçons généraux, qui auraient rendu la fouille inconstitutionnelle. Au paragraphe 28, la CSC déclarait ce qui suit :

[I]a fouille bien effectuée à l'aide d'un chien renifleur et fondée sur des soupçons raisonnables est conforme à la Charte, vu son caractère peu envahissant, étroitement ciblé et hautement fiable...
Toutefois, les soupçons des policiers ne doivent pas être à ce point vagues qu'ils se réduisent à des soupçons généraux, décrits par le juge Bastarache... comme des soupçons « non pas au sujet d'une personne bien précise, mais plutôt au sujet d'un lieu ou d'une activité en particulier.

L'arrêt *Chehil* cite également positivement la jurisprudence américaine concernant la nécessité d'un soupçon visant une personne en particulier au paragraphe 30 :

Un ensemble de facteurs ne suffira pas à justifier des soupçons raisonnables lorsqu'ils équivalent simplement à des soupçons « généraux », puisque la fouille [TRADUCTION] « viserait un tel nombre de personnes censément innocentes qu'elle se rapprocherait d'une mesure subjective administrée aléatoirement » (*United States c. Gooding*, 695 F.2d 78 [4th Cir. 1982]).

Bien que dans l'arrêt *Canfield*, la cour d'appel ait refusé de préciser une exigence particulière et ait conclu qu'un soupçon moindre que raisonnable peut être approprié²², elle a également cité l'arrêt *Fearon* pour la proposition selon laquelle les fouilles illimitées et sans soupçon ne

²⁰ 2013 CSC 49[Chehil].

²¹ Chehil aux paras 3-6.

²² Canfield, par. 75.

seraient pas conformes (par. 78-79)²³. Il convient également de noter le paragraphe 76 de l'arrêt *Canfield* :

Nous nous empressons d'ajouter que toutes les fouilles d'AEP ne sont pas égales. Comme indiqué au paragraphe 63 de l'arrêt *Vu*, il n'est ni possible ni souhaitable « de créer un régime applicable à tous les ordinateurs et téléphones cellulaires que trouvent les policiers au cours de leurs enquêtes, indépendamment du contexte ».

La Cour d'appel souligne à juste titre la nécessité d'une norme précise adaptée au contexte frontalier.

Puisque l'arrêt *Canfield* est une décision rendue par une cour d'appel et que l'arrêt *Chehil* relève de la CSC, les différences dans l'analyse de la norme d'exigence minimale appropriée de soupçon à la frontière doivent être réglées dans ce dernier cas.

L'exigence minimale proposée de « préoccupation générale raisonnable » dans le projet de loi S-7 ressemble dangereusement à la norme de « soupçons généraux » que la CSC a citée comme un exemple d'exigence minimale inconstitutionnelle. La constitutionnalité de cette exigence minimale est également remise en question parce que le terme est nouveau en droit et qu'il n'y a pas de lignes directrices dans le projet de loi sur la façon de l'appliquer. En l'absence d'autres qualifications, comme il est écrit, il risque de ne pas survivre à son analyse à la lumière de la *Charte*.

Cohérence avec les autres pouvoirs de fouille de la *Loi sur les douanes*

Le pouvoir d'un agent des douanes de fouiller des « marchandises » qui sont importées ou exportées est énoncé au paragraphe 99(1) de la *Loi sur les douanes*. Dans tous les cas où la question menant à un examen constitue une infraction potentielle à une exigence légale à l'égard des marchandises, comme des erreurs dans le classement tarifaire déclaré, la valeur ou l'origine des marchandises, ou lors de contraventions à toute autre loi fédérale administrée ou appliquée par l'ASFC, l'agent doit avoir des « motifs raisonnables » pour effectuer la fouille. Le projet de loi S-7 propose un nouveau paragraphe 99.01(1) de la *Loi sur les douanes* pour permettre la recherche de renseignements stockés sur un « appareil numérique personnel » pour les mêmes motifs que ceux figurant déjà au paragraphe 99(1) (c.-à-d. infraction possible à toute autre loi fédérale administrée ou appliquée par l'ASFC). Il s'ensuit qu'une norme

²³ Canfield, par. 78-79.

équivalente ou ressemblant à des « motifs raisonnables » devrait être requise pour assurer une application cohérente entre le paragraphe 99(1) et le nouveau paragraphe 99.01(1) sur les fouilles; *a fortiori*, une « préoccupation générale raisonnable » pour les fouilles d'AEP est loin d'être une norme équivalente pour les contraventions qui ne comportent pas de préoccupations en matière de protection de la vie privée (c.-à-d. si le classement tarifaire, l'origine ou la valeur des marchandises importées contreviennent à la *Loi sur les douanes*).

Concilier l'exigence minimale de « préoccupation générale raisonnable » avec la législation existante permettant les fouilles

Le projet de loi S-7 créera des exigences minimales concurrentes et incohérentes, toutes deux applicables au contrôle aux points d'entrée au Canada. En intégrant une norme de « préoccupation générale raisonnable » à la *Loi sur les douanes*, les agents des douanes seront pris entre l'exigence minimale requise pour fouiller des AEP lors de manquements à une loi fédérale et l'exigence minimale pour les infractions à la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR)*. Cela peut entraîner une application incohérente de la loi par les agents aux points d'entrée, car les violations à la *Loi sur les douanes* et à la *LIPR* sont souvent interreliées. Les sections de l'ABC recommandent que les normes soient cohérentes et que la norme des « motifs raisonnables » énoncée au paragraphe 139(1) de la *LIPR*, qui existe depuis plus de 30 ans, soit maintenue.

Le paragraphe 139(1) traite de l'examen aux points d'entrée au Canada, ce qui exige la présence de « motifs raisonnables » pour qu'un agent des douanes puisse fouiller les bagages ou les effets personnels d'une personne entrant au Canada :

139 (1) L'agent peut fouiller la personne qui cherche à entrer au Canada, ainsi que ses bagages et le moyen de transport où elle se trouve, s'il a des motifs raisonnables de croire :

A) qu'elle ne lui a pas révélé son identité ou dissimule sur elle ou près d'elle des documents relatifs à son entrée et à son séjour au Canada;

B) qu'elle a commis une infraction visée aux articles [117](#), [118](#) ou [122](#) ou a en sa possession des documents qui peuvent servir à commettre une telle infraction.

Pour effectuer une fouille, il doit y avoir des motifs raisonnables de croire qu'une personne (1) n'a pas révélé son identité, (2) peut être interdite de territoire au Canada, notamment en raison d'activités criminelles au Canada ou à l'étranger, de préoccupations en matière de

sécurité, de santé ou de finances, de fausse déclaration et d'un manquement à la *LIPR*²⁴, ou (3) est impliqué dans la contrebande ou le trafic d'êtres humains, ou la création, la possession ou l'utilisation de documents d'identité frauduleux ou obtenus de façon inadéquate.

L'article proposé au sous-alinéa 99,01(1)c) du projet de loi S-7 permet les fouilles lorsqu'une « préoccupation générale raisonnable » permet de croire que les documents conservés dans un AEP fourniront une preuve d'une infraction à une loi fédérale, ce qui comprend la *LIPR*, mais la fouille de bagages et d'effets personnels – moins intrusive que la fouille d'un AEP – pour un manquement à la *LIPR*, exige des motifs raisonnables.

Pour donner un exemple, un agent frontalier aurait besoin de motifs raisonnables de croire qu'une personne a travaillé sans autorisation au Canada (non-conformité à la *LIPR*, en vertu de l'article 41), mais aurait besoin d'une moindre préoccupation générale raisonnable pour effectuer une fouille afin de trouver du contenu obscène. Cela devient problématique lorsque la découverte de matériel obscène fait l'objet d'une poursuite devant un tribunal. En commettant ce crime à l'entrée au Canada, il est également prévu que la personne soit interdite de territoire au Canada en vertu des alinéas 36(1)c), 36(2)c) ou 36(2)d) de la *LIPR*²⁵, quoique cette fouille et cette découverte ne nécessiteraient que la « préoccupation générale raisonnable », qui constitue une exigence minimale insuffisante pour effectuer une fouille d'AEP en vertu de la *LIPR*. La preuve acquise par de tels moyens ne pourrait être utilisée lors d'une audience d'admissibilité sous le régime de la *LIPR*, mais pourrait être utilisée pour des poursuites pénales plus graves.

L'article 16 de la *LIPR* exige que les personnes qui désirent entrer au Canada (par demande ou à un point d'entrée) répondent véritablement aux questions qui leur sont posées et présentent les documents requis pour permettre une vérification de leur admissibilité à entrer au Canada. Il s'agit d'une recherche plus étendue portant sur l'admissibilité à entrer au Canada (identité et conformité à la loi), et s'applique donc de façon limitée aux citoyens canadiens qui ne doivent que prouver leur citoyenneté pour être admissibles à l'entrée.

²⁴ Les motifs d'interdiction de territoire sont exposés à la partie 1, section 4 : Interdictions de territoire, de la *LIPR*, articles 34 à 42.

²⁵ Les alinéas 36(1)c) et 36(2)c) traitent de la perpétration d'infractions à l'extérieur du Canada, comme la possession de matériel obscène. L'alinéa 36(2)d) traite des personnes qui commettent, à leur entrée au Canada, une infraction qui constitue une infraction à une loi fédérale précisée par règlement.

Depuis la décision de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *Canfield*, ce tribunal s'est penché sur les fouilles aux points d'entrée dans l'arrêt *Al Askari*²⁶. La Couronne a convenu que la fouille des AEP de M. Al Askari ne pouvait être appuyée par le paragraphe 139(1), puisque l'agent des douanes n'avait pas de motifs raisonnables de l'effectuer, mais a soutenu que la fouille était permise en vertu de l'article 16 de la *LIPR*. La cour d'appel a conclu que les fouilles effectuées en vertu de l'article 16 exigeaient un « soupçon raisonnable »²⁷ :

[63] Le professeur Robert Currie plaide pour un traitement prudent des appareils électroniques à la frontière, et propose un cadre semblable à celui adopté dans l'arrêt *Canfield* – voir « *Electronic Devices at the Border: The Next Frontier of Canadian Search and Seizure Law?* » (2016) 14:2 CAN J L & Tech 289. Sa proposition adapte la méthodologie traditionnelle de l'article 8 en vue d'équilibrer les intérêts accrus en matière de protection de la vie privée pour ce qui est des appareils électroniques avec des attentes moins élevées à la frontière et des objectifs légitimes de sécurité de l'État (307). Le professeur Currie propose de s'inspirer de l'arrêt *Simmons* en commençant par la prémisse voulant que l'article 8 s'applique pendant le processus de contrôle (307–308).

[64] Le professeur Currie suggère que la question critique consiste à mesurer l'attente raisonnablement réduite de la protection de la vie privée à la frontière et l'étendue de l'intrusion qu'autorise de l'État. À son avis, c'est le test établi dans *R. c. Collins*, [1987 CanLII 84 \(CSC\)](#), [1987] 1 R.C.S. 265, 308, 38 DLR (4th) 508. La fouille était-elle autorisée par la loi? La loi elle-même est-elle raisonnable? La fouille a-t-elle été effectuée de manière raisonnable?

[65] Lorsque vient le temps d'évaluer si la loi elle-même est raisonnable, le professeur Currie propose une norme de soupçon raisonnable parce qu'elle est adaptée au contexte frontalier. Il doit s'agir plus que de soupçons généraux qui se fondent sur des faits objectivement raisonnables à la lumière de toutes les circonstances (311). Quant au caractère raisonnable de la fouille, le professeur Currie préconise une enquête visant à déterminer si la portée et la durée de la fouille étaient limitées (312–314).

[66] Nous souscrivons à cette approche, mais elle doit être adaptée aux objectifs de la *LIPR*: identité et admissibilité. Il est possible que les demandeurs d'asile aient tous leurs documents sur un dispositif électronique et, dans ce cas, l'affichage de ces documents ferait partie de la révision de routine prévue par la Loi. D'autres demandeurs peuvent avoir des documents papier, comme c'était le cas pour M. Al Askari. Dans l'un ou l'autre scénario, un soupçon raisonnable susceptible d'entraîner une nouvelle fouille de l'appareil électronique pourrait exister.

Les deux seuils pour les recherches en vertu de la *LIPR* sont plus élevés que la « préoccupation générale raisonnable » proposée dans le projet de loi S-7. La création d'une norme de

²⁶ *R. v. Al Askari*, 2021 ABCA 204

²⁷ *Ibid*, par. 44, 55, 66.

« préoccupation générale raisonnable » n'est pas seulement nouvelle et sans définition, mais elle est également incompatible avec les lois existantes régissant les fouilles aux points d'entrée. Étant donné la jurisprudence confirmant que les AEP contiennent des informations intrinsèquement privées, la création de ce seuil inférieur est déraisonnable, incompatible avec d'autres normes de fouille, et il est prévu qu'elle aille à l'encontre de la *Charte*.

Dans le contexte de la conduite avec facultés affaiblies, le *Code criminel* autorise les fouilles sans mandat pour l'obtention d'échantillons d'haleine avec des dispositifs de dépistage et des instruments approuvés, d'échantillons de salive avec l'équipement de dépistage de drogues approuvé et d'échantillons de sang à des fins d'analyse dans les contenants approuvés. Toutefois, ces fouilles ne fournissent pas une comparaison adéquate pour les fouilles effectuées à la frontière²⁸.

Par exemple, la plupart des fouilles effectuées dans le contexte de la conduite se fondent sur une norme plus élevée que celle envisagée dans le projet de loi S-7 si les résultats de la fouille doivent être utilisés à des fins de preuve. Il existe une interdiction de common law quant à l'utilisation des résultats de toute fouille effectuée selon un soupçon raisonnable ou une norme inférieure (comme les tests d'haleine, les tests de salive ou les tests de sobriété normalisés sur le terrain lors d'un contrôle routier) comme preuve à l'audition²⁹. Les résultats ne sont admissibles qu'aux fins limitées de permettre à un agent de présenter une demande de preuve supplémentaire.

En outre, bien que le droit à l'assistance d'un juriste soit suspendu dans le cadre de ces fouilles, cette suspension est aussi directement liée aux garanties constitutionnelles dans le processus d'essai, y compris dans la doctrine de l'immunité à utilisation limitée et dans l'exigence de fouille immédiate³⁰. Cette exigence n'est soumise qu'aux exigences de l'équipement pour l'obtention d'un résultat fiable³¹. Il n'existe pas de telles garanties procédurales dans le cadre du projet de loi S-7 en ce qui concerne la fouille d'AEP à un point d'entrée.

²⁸ *Code criminel du Canada*, partie VIII.1.

²⁹ *R. c. Orbanski*; *R. c. Elias*, [2005] 2 R.C.S. 3.

³⁰ *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Grant*, [1991] 3 R.C.S. 139; *R. c. Orbanski*; *R. c. Elias*, [2005] 2 R.C.S. 3; *R. c. Woods*, [2005] 2 R.C.S. 205.

³¹ *Regina c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254.

De même, le *Code criminel* interdit l'utilisation de tout résultat de tests d'haleine, de sang ou de lésions corporelles obtenu à des fins autres qu'une infraction criminelle de conduite avec facultés affaiblies³².

En décembre 2018, des modifications au *Code criminel* sont entrées en vigueur pour permettre l'obtention d'échantillons d'haleine sans motif. En concluant que cette mesure législative est constitutionnelle, les tribunaux ont régulièrement souligné que la conduite est une activité très réglementée qui est un privilège et non un droit. Cela a été confirmé dans *R. c. Ladouceur*³³, une contestation constitutionnelle traitant de la capacité de la police d'interpeller au hasard des automobilistes pour s'assurer de leur sobriété. La CSC a déterminé que l'article 8 de la *Charte* ne s'applique pas dans un tel cas de figure.

En revanche, l'entrée au Canada est un droit protégé par la Constitution pour tout citoyen du Canada. Aussi, dans ce cas, la fouille d'AEP met clairement en jeu l'article 8. Bien que le fait de franchir la frontière soit une activité très réglementée, cela n'est pas analogue à la conduite, ou il est bien reconnu que les attentes en matière de protection de la vie privée sont moindres et où des arrêts arbitraires sont autorisés.

Dans l'arrêt *R. c. Hufsky*³⁴, la partie appelante a été arrêtée à un poste de contrôle pour des raisons d'état mécanique et de sobriété, entre autres. La CSC a conclu que « l'importance primordiale d'une application efficace des lois et règlements de la circulation automobile, en vue d'assurer la sécurité routière » justifiait la limitation du droit lié à l'article 9. Cela se fondait non seulement sur la capacité accrue de détecter les conducteurs dont les facultés sont affaiblies, mais aussi sur la perception accrue du risque. Peu d'autres méthodes d'application de la loi étaient disponibles, car il n'était pas possible de se fier à une simple observation de la conduite. La cour a noté que la conduite est une « une activité qui nécessite un permis, c'est-à-dire assujettie à une réglementation et à un contrôle en vue de la protection de la vie des personnes et de la propriété » et que, par conséquent, la limitation du droit était proportionnelle.

³² *Code criminel du Canada*, alinéa 320.36(1).

³³ [1990] 1 R.C.S. 1257

³⁴ [1988] 1 R.C.S. 621

Il n'est pas non plus exact de dire que le procédé obligatoire de test d'haleine établit les bases pour des recherches sans fondement. Les tests obligatoires sont toujours limités : l'agent doit être en possession de l'appareil de détection approuvé (ADA); l'agent doit avoir procédé à une interpellation légale ou être dans l'exécution légale de son devoir; la demande et le test doivent être immédiats. Ces garanties procédurales distinguent ces mesures de ce qui est proposé dans le projet de loi S-7.

De plus, dans l'affaire *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*³⁵, la CSC souligne que les fouilles par échantillons d'haleine n'étaient pas intrusives et n'ont pas révélé de données biographiques fondamentales sur la personne. Les résultats de l'échantillon n'ont pu être conservés. Une fois de plus, l'arrêt *Goodwin* est pertinent dans la présente analyse. La CSC fait remarquer ce qui suit :

Le premier est le degré d'atteinte de l'analyse effectuée au moyen d'un ADA à l'intégrité physique et au droit à la vie privée d'un conducteur. Plus envahissante qu'une demande de documents, une demande d'échantillon d'haleine équivaut clairement à ce que le juge La Forest a décrit comme « l'utilisation du corps d'une personne, sans son consentement, en vue d'obtenir des renseignements à son sujet » par laquelle l'État commet « une atteinte à une sphère de la vie privée essentielle au maintien de sa dignité humaine » : *R. c. Dymont*, 1988 CanLII 10 (CSC), [1988] 2 R.C.S. 417, p. 431-432. Toutefois, un alcootest administré au moyen d'un ADA est beaucoup moins envahissant que bien d'autres fouilles, perquisitions ou saisies qui peuvent être effectuées aux fins d'application de la loi, comme le prélèvement de l'échantillon de sang en cause dans l'arrêt *Dymont* ou le prélèvement d'ADN qui dévoile des renseignements très personnels : *R. c. S.A.B.*, 2003 CSC 60, [2003] 2 R.C.S. 678, par. 48. La demande d'alcootest autorisée par le *Code criminel* a des répercussions beaucoup moins importantes sur l'intégrité physique et le droit à la vie privée d'une personne : *R. c. Stillman*, 1997 CanLII 384 (CSC), [1997] 1 R.C.S. 607, par. 90. Cette atteinte minimale étaye le caractère raisonnable de la saisie faite au moyen d'un ADA.

Au paragraphe 67, la Cour souligne également la fiabilité du mécanisme de fouille dans sa spécificité et dans son exactitude pour détecter rapidement les conducteurs aux facultés affaiblies :

[67] La fiabilité du mécanisme de fouille, de perquisition ou de saisie est directement liée au caractère raisonnable de la fouille, de la perquisition ou de la saisie elle-même : *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220, par. 48. Comme noté dans l'arrêt *Chehil*, « Une méthode de fouille qui aurait pour effet de viser un nombre démesuré de personnes innocentes ne saurait être jugée non abusive », par. 51. En revanche, un haut degré de précision a été

crucial pour approuver les fouilles avec un chien renifleur avec un niveau inférieur de soupçon raisonnable : *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569, par. 11; voir aussi *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456.

On ne peut pas en dire autant pour les fouilles d'AEP, qui pourraient toucher un grand nombre de personnes innocentes et où il n'y a aucune garantie que les résultats obtenus feront progresser les intérêts de la loi.

RECOMMANDATION

- 1. Les sections de l'ABC recommandent que le projet de loi S-7 précise une exigence minimale de « motifs raisonnables » ou, comme solution de rechange, de « soupçon raisonnable » ou d'une norme de soupçon personnalisé de nature semblable, avant d'effectuer la fouille d'appareils électroniques personnels aux frontières internationales. Ou encore, comme solution de rechange, que le projet de loi S-7 soit modifié pour établir des mesures de sécurité en ce qui concerne les « préoccupations générales raisonnables », de sorte qu'il puisse satisfaire à un examen fondé sur la Charte.**

III. SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT À LA FRONTIÈRE

Le secret professionnel de l'avocat est un rouage fondamental du système juridique³⁶. Il doit être respecté à nos frontières, dans nos aéroports et aussi quand juriste canadiens et son client se rendent aux États-Unis.

Ce secret est le droit quasi constitutionnel de communication confidentielle avec un avocat. C'est une prérogative du client, pas de l'avocat³⁷. Les renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat ne peuvent être communiqués sans le consentement du client ou en l'absence d'une ordonnance judiciaire. La CSC a insisté à maintes reprises sur l'importance de garder ce secret « aussi absolu que possible et qu'on ne doit y porter atteinte qu'en cas de

³⁶ *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health* [2008] 2 R.C.S. 574, [en ligne](#). Voir aussi Association du Barreau canadien, *Privilège du secret professionnel de l'avocat à la frontière canado-américaine* (19 juin 2014), [en ligne](#).

³⁷ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, [en ligne](#).

nécessité absolue »³⁸. Dans les rares cas où il y a une telle nécessité, il faut une autorisation légale accompagnée de garanties législatives, de sorte que la divulgation ne compromette pas les droits fondamentaux du client³⁹.

Il arrive qu'un avocat ou un client se déplace avec des documents (papier ou électroniques) protégés par le secret professionnel. Il est essentiel que l'ASFC et la U.S. Customs and Border Protection (USCBP) appliquent au Canada une procédure accélérée et transparente pour ces documents. L'accès à un AEP (et à l'information privilégiée du client qu'il contient) faisant l'objet d'un contrôle peut être nécessaire au respect d'échéances importantes ou pour tout client à la recherche de conseils juridiques en temps opportun, et l'interruption prolongée de cet accès risque d'être lourde de conséquences.

Comme la *Loi sur les douanes*, les règlements ou le projet de loi S-7 ne disent rien de précis sur ce droit, il y a lieu de s'inquiéter que l'ASFC puisse appliquer l'article 153 de la *Loi sur les douanes* si un avocat ou un client refuse de laisser examiner des documents protégés par le secret professionnel. L'article 153 donne à l'ASFC le pouvoir de mettre une personne physique ou morale en accusation pour refus de se conformer à la Loi. L'ASFC a d'ailleurs déjà invoqué cet article de la Loi dans de semblables circonstances, notamment dans le cas d'Alain Philippon, qui s'est vu mis en accusation après avoir refusé de dévoiler le mot de passe de son téléphone cellulaire à l'ASFC, pour finalement accepter une transaction pénale⁴⁰. Vu ses obligations envers son client, l'avocat en pareil cas se retrouverait entre l'arbre et l'écorce.

L'ASFC jouit d'un pouvoir limité : elle doit observer la loi et la jurisprudence et se plier aux ordonnances judiciaires⁴¹. Ses dirigeants doivent agir équitablement, surtout quand leurs décisions ont d'importantes conséquences, notamment en ce qui concerne les documents et les appareils électroniques liés par le secret professionnel.⁴² La USCBP est elle aussi autorisée à mener certaines activités administratives et d'application de la loi, ce qui englobe un pouvoir limité de contrôle des marchandises dans les zones de précontrôle autorisées aux aéroports et aux postes frontaliers en vertu de la *Loi sur le précontrôle*. Cela dit, ni l'ASFC ni la

³⁸ Voir tout récemment, *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, [en ligne](#).

³⁹ *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, [en ligne](#).

⁴⁰ Voir Mark Gollom, CBC News, *Alain Philippon phone password case: Powers of border agents and police differ* (6 mars 2015), [en ligne](#) (Disponible uniquement en anglais).

⁴¹ *Canada (Procureur général) c. Bri-Chem Supply Ltd.*, 2016 CAF 257 [en ligne](#).

⁴² *Lucking c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CF 222, [en ligne](#).

USCBP ne doivent être habilitées à déterminer si un document est protégé ou non par le secret professionnel; cela doit rester l'apanage des tribunaux canadiens.

Sur le site Web de l'ASFC, les avocats et le grand public ne peuvent trouver aucune information sur la politique appliquée aux frontières en matière de protection du secret professionnel. En août 2013, l'ABC a enjoint aux ministres de la Justice et de la Sécurité publique, ainsi qu'au président de l'ASFC, d'adopter une politique de reconnaissance du secret professionnel de l'avocat pour protéger certains documents papier ou électroniques lors des contrôles frontaliers. L'ABC recommandait aussi l'établissement d'un groupe de travail et d'une collaboration pour l'élaboration de cette politique⁴³.

Le 27 septembre 2016, le ministre Ralph Goodale a écrit à la présidence de l'Association du Barreau canadien pour l'informer que l'ASFC s'était dotée de lignes directrices pour ses agents en 2014⁴⁴. Celles-ci avaient été élaborées sans consultation de l'ABC et sans avis à son endroit. Depuis, le Cabinet du ministre a fait envoyer à l'Association des exemplaires du bulletin opérationnel (BO) PRG-2014-07 concernant l'examen des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat et du chapitre 12 du *Manuel d'exécution de l'ASFC*, dont une brève section traite du secret professionnel de l'avocat.

Les directives adressées aux agents de l'ASFC dans le BO PRG-2014-07 sont insuffisantes, et le document comporte des renseignements trompeurs ou contradictoires. Les sections de l'ABC recommandent l'élaboration d'une politique complète sur le secret professionnel et sa publication sur le site de l'ASFC.

On peut lire dans le BO que les agents de l'ASFC doivent tenir compte de la nature délicate des documents, électroniques ou autres, protégés par le secret professionnel. Sont visés ici les documents papier se trouvant sur l'avocat ou le client ou envoyés par la poste ou par messagerie, ou les documents contenus dans un appareil électronique. Dans sa politique, l'ASFC se borne aux documents portant une mention claire de secret professionnel, ayant un cabinet d'avocats pour destinataire ou expéditeur, ou se trouvant en la possession d'un avocat qui déclare lors du contrôle qu'ils sont ainsi protégés. Or, du point de vue juridique, le secret

⁴³ Association du Barreau canadien, *Résolution 13-06-A, Revendications de la protection du privilège du secret professionnel aux frontières canadiennes* (17 août 2013), [en ligne](#).

⁴⁴ Voir Association du Barreau canadien, *Welcome to the Public Safety Portfolio* (1er février 2017), [en ligne](#) (Disponible uniquement en anglais).

professionnel tient à la nature d'un document, et il doit être respecté, que le document en porte la mention ou non et qu'il soit déclaré tel ou non par l'avocat ou son client.

Le BO indique encore qu'« en temps normal », les agents de l'ASFC ne doivent pas ouvrir un document répondant aux critères du secret professionnel. Cependant, si un agent a des motifs raisonnables de croire qu'une lettre, un colis ou un appareil électronique ne contient pas que des documents protégés par ce secret, il peut l'ouvrir pour déterminer l'admissibilité, le traitement tarifaire ou la présence de marchandises de contrebande, non déclarées ou déclarées de façon trompeuse – même s'il a été déclaré qu'il y avait secret professionnel –, et saisir les documents qui, d'après lui, ne sont manifestement pas protégés par le secret (tels que les factures). Cette directive admet implicitement – à tort – que l'agent de l'ASFC est qualifié pour déterminer si un document est protégé par le secret professionnel. Elle peut aussi être invoquée pour permettre à l'agent d'« aller à la pêche », notamment dans le but de constater le défaut de déclarer une marchandise importée.

Toujours selon le BO, s'il y a eu déclaration du secret professionnel et que l'agent de l'ASFC ne peut établir clairement la nature des documents, mais a des raisons de croire que ces documents cachent des marchandises de contrebande ou des preuves incriminantes, il doit les sceller dans un sac pour éléments de preuve sans les inspecter, et les garder sous scellé pour qu'un tribunal détermine s'ils sont protégés par le secret professionnel. Toutefois, rien n'est dit quant à la procédure à suivre une fois que les documents sont sous scellé.

Dans son *Manuel d'exécution*, l'ASFC donne un peu plus de détails; elle recommande que l'agent communique avec les services juridiques (ou un autre service compétent de l'ASFC) lorsque le secret professionnel est déclaré ou pourrait s'appliquer. L'agent :

- s'assure qu'un collègue peut agir comme témoin et signer le formulaire approprié (IMM 5242B);
- s'assure que le client comprend et observe la procédure;
- fait signer le formulaire approprié par le client;
- voit à ce que l'avis soit signifié au propriétaire légitime des documents;
- limite le facteur de contamination en mettant l'objet dans un contenant scellé et en ne laissant personne d'autre le voir ou le manipuler;
- consigne la procédure dans un dossier et/ou dans le Système de soutien des opérations des bureaux locaux (SSOBL).

Le *Manuel* précise aussi des exceptions à l'exercice du droit au secret professionnel, notamment lorsque le client veut profiter des conseils d'un avocat pour faciliter une fraude ou un acte criminel. Ces exceptions peuvent être mal interprétées par l'agent. Il vaudrait mieux les retirer du *Manuel* et laisser ce genre de considération à un tribunal canadien.

Le paragraphe 99(1) de la *Loi sur les douanes* permet à l'ASFC d'ouvrir les colis envoyés par courrier et par messagerie. Au chapitre 12, le *Manuel* indique que l'ASFC n'est pas censée, « en temps normal », ouvrir les documents postés ou expédiés par messagerie (les colis qui, manifestement, ne contiennent que des documents) et dont un avocat ou un cabinet d'avocats est l'expéditeur ou le destinataire. Toutefois, les colis postés ou ainsi expédiés qui contiennent des documents protégés par le secret professionnel risqueront davantage d'être inspectés après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions. Les agents de l'ASFC et le public, notamment les avocats, auraient besoin que les instructions aux agents soient plus détaillées pour la garantie du secret professionnel.

RECOMMANDATIONS

- 2. Les sections de l'ABC recommandent la création d'un groupe de travail composé de représentants de l'ABC, du ministère de la Justice et de l'ASFC qui collaboreront à l'établissement d'une politique spécifique applicable aux fouilles effectuées aux postes frontaliers canadiens qui impliquent des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat.**
- 3. Les sections de l'ABC recommandent que la politique de l'ASFC indique clairement que :**
 - a. les renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat ne peuvent être communiqués sans le consentement du client ou en l'absence d'une ordonnance judiciaire;**
 - b. les agents de l'ASFC sont tenus de respecter toute revendication du secret professionnel de l'avocat, qu'elle émane d'un avocat ou de son client;**
 - c. les agents de l'ASFC sont tenus de suivre une procédure accélérée pour traiter les revendications du secret professionnel de l'avocat;**
 - d. les décisions quant à l'existence du secret professionnel de l'avocat dans un cas donné doivent être rendues par un tribunal canadien.**

- 4. Les sections de l'ABC recommandent que les politiques et procédures de l'ASFC en matière de revendication du secret professionnel de l'avocat soient mises à la disposition du public sur le site Web de l'ASFC.**

IV. CONCLUSION

Les sections de l'ABC sont heureuses d'avoir eu l'occasion d'exprimer leur point de vue sur la protection de la vie privée des Canadiens et Canadiennes à l'aéroport et à la frontière. La collecte et la communication de renseignements à la frontière sont nécessaires pour garantir la sécurité des Canadiens, mais le fait de recueillir et de communiquer trop d'information – ou une information incomplète ou douteuse – peut être lourd de conséquences pour nos concitoyens. Il faut donc établir un juste équilibre entre notre protection collective et celle de notre droit à la vie privée.

V. SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS

- 1. Les sections de l'ABC recommandent que le projet de loi S-7 précise une exigence minimale de « soupçons raisonnables » ou une norme de soupçon personnalisé de nature semblable avant d'effectuer la fouille d'appareils électroniques personnels aux frontières internationales. Ou encore, comme solution de rechange, que le projet de S-7 soit modifié pour établir des mesures de sécurité en ce qui concerne les « préoccupations générales raisonnables », de sorte qu'il puisse satisfaire à un examen fondé sur la Charte.**
- 2. Les sections de l'ABC recommandent la création d'un groupe de travail composé de représentants de l'ABC, de Justice Canada et de l'ASFC qui collaboreront à l'établissement d'une politique spécifique applicable aux fouilles effectuées aux postes frontaliers canadiens qui impliquent des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat.**
- 3. Les sections de l'ABC recommandent que la politique de l'ASFC indique clairement que :**
 - a. les renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat ne peuvent être communiqués sans le consentement du client ou en l'absence d'une ordonnance judiciaire;**
 - b. les agents de l'ASFC sont tenus de respecter toute revendication du secret professionnel de l'avocat, qu'elle émane d'un avocat ou de son client;**

- c. les agents de l'ASFC sont tenus de suivre une procédure accélérée pour traiter les revendications du secret professionnel de l'avocat;**
 - d. les décisions quant à l'existence du secret professionnel de l'avocat dans un cas donné doivent être rendues par un tribunal canadien.**
- 4. Les sections de l'ABC recommandent que les politiques et procédures de l'ASFC en matière de revendication du secret professionnel de l'avocat soient mises à la disposition du public sur le site Web de l'ASFC.**