

ASSOCIATION CANADIENNE DES AVOCATS MUSULMANS

MÉMOIRE CONCERNANT le projet de loi S-7,
Loi modifiant la Loi sur les douanes et la Loi sur le précontrôle (2016)

Comité sénatorial permanent de la sécurité nationale



9 juin 2022

À propos de l'ACAM

L'Association canadienne des avocats musulmans (ACAM) a été fondée en 1998 par un petit groupe d'avocats musulmans canadiens de Toronto. Elle compte aujourd'hui plusieurs centaines de membres répartis dans tout le Canada, avec des sections actives en Ontario, au Québec, en Alberta, en Colombie-Britannique et dans les provinces atlantiques.

L'ACAM se concentre sur quatre domaines d'activité. Tout d'abord, l'ACAM aide à bâtir des relations professionnelles entre les avocats musulmans canadiens et les membres d'autres organisations juridiques. Deuxièmement, l'ACAM sensibilise ses membres et la communauté musulmane canadienne sur des sujets d'intérêt de nature légale. Troisièmement, elle propose un soutien par les pairs en offrant aux étudiants en droit et aux jeunes avocats du mentorat et des colloques de perfectionnement professionnel. Quatrièmement, l'ACAM milite dans des domaines d'intérêt pour les avocats musulmans canadiens et toute la communauté musulmane canadienne.

Dans le domaine de la défense des droits, l'ACAM a comparu comme intervenant d'intérêt public devant la Cour suprême du Canada. Elle participe activement au dialogue sur la législation et les politiques en matière de sécurité nationale. À cet égard, l'ACAM a soumis depuis 2001 de nombreux mémoires et témoigné à maintes reprises devant des comités parlementaires dans le cadre d'études portant sur la sécurité nationale, les droits de la personne et les libertés civiles; elle a notamment témoigné en 2017 devant des comités de la Chambre des communes et du Sénat lors de la précédente ronde de modifications à la *Loi sur le précontrôle*. Nous sommes heureux de contribuer à l'étude sur le projet de loi S-7, car il touche des sujets importants pour tous les Canadiens, mais il pourrait avoir un effet disproportionné sur les personnes racisées.

Le travail de l'ACAM repose sur plusieurs valeurs fondamentales : la promotion des droits de la personne et de la dignité pour tous les membres de la société, au sein de laquelle les musulmans canadiens et les musulmans au Canada forment un sous-groupe; la règle de droit et la reddition de comptes par les élus quant à la nécessité et à l'efficacité des lois qu'ils proposent et adoptent; l'analyse de la conduite du gouvernement et des lois proposées sous l'angle des droits et des valeurs enchâssés dans la *Charte des droits et libertés* et la législation canadienne en matière de droits de la personne. Nous ne nous exprimons pas seulement lorsque les musulmans au Canada sont touchés de manière négative par les lois proposées, car nous comprenons que les efforts déployés depuis le

11 septembre 2001 pour détecter et combattre le terrorisme ont des répercussions diverses sur les populations racisées et celles qui recherchent l'équité.

Table des matières

APERÇU

RECOMMANDATIONS RELATIVES AU PROJET DE LOI C-23

- A – Critère par rapport à la fouille abusive des appareils numériques
- B – Attentes raisonnables en matière de respect de la vie privée à la frontière
- C – La nature des fouilles d'appareils numériques à la frontière diffère considérablement de celle des fouilles de marchandises, comme le confirment les tribunaux canadiens
- D – Fouilles à la frontière et appareils numériques
- E – Le critère juridique de « préoccupation générale raisonnable » confère un pouvoir discrétionnaire illimité, et sera vraisemblablement jugé inconstitutionnel
- F – Le soupçon raisonnable par rapport à la croyance raisonnable
- G – L'accroissement sans précédent des pouvoirs est préoccupant, compte tenu de l'absence de recours utiles
- H – Conséquences secondaires : Quelle est l'incidence sur les métadonnées?
- I – Recommandation de l'ACAM : Croyance raisonnable ou, à titre subsidiaire, soupçons raisonnables avec contraintes
- J – Autres problèmes relatifs au projet de loi S-7

MÉMOIRE : PROJET DE LOI S- 7, Loi modifiant la Loi sur les douanes et la Loi sur le précontrôle (2016)

ASSOCIATION CANADIENNE DES AVOCATS MUSULMANS

APERÇU

L'Association canadienne des avocats musulmans (ACAM) est heureuse d'avoir l'occasion de contribuer à l'examen du projet de loi S-7, Loi modifiant la Loi sur les douanes et la Loi sur le précontrôle (2016). Les modifications proposées dans le projet de loi confèrent aux agents des services frontaliers des pouvoirs illimités et anticonstitutionnels qui exacerbent les problèmes semblables que de nombreux groupes ont cernés lors de l'examen des modifications apportées en 2017 à la *Loi sur le précontrôle*. Bien que l'ACAM conteste un certain nombre de caractéristiques préoccupantes du projet de loi actuel, le présent mémoire porte sur la norme proposée : « préoccupation générale raisonnable ».

L'ACAM soutient qu'une telle norme est non seulement sans fondement juridique, mais qu'elle est aussi excessivement vague et insuffisamment rigoureuse. La portée trop vaste de la norme proposée favorisera l'application arbitraire et, bien qu'elle se traduira sans aucun doute par des fouilles injustifiables d'une vaste gamme de personnes, elle sera particulièrement ressentie par les communautés minoritaires et les groupes en quête d'équité.

L'ACAM propose plutôt que le Comité considère la « croyance raisonnable » comme une norme plus appropriée à adopter dans ce contexte, tel que décrit ci-après. Si le Comité est d'avis qu'une « norme des soupçons raisonnables » devrait être imposée, l'ACAM demande que la loi comprenne des restrictions claires quant à la fouille des appareils numériques.

A. Critère par rapport à la fouille abusive des appareils numériques

Compte tenu de l'utilisation répandue des appareils numériques, toute la population canadienne est concernée par l'issue de ce projet de loi¹. Toutefois, la question de la norme juridique requise pour

¹ Comme le résume le tribunal dans *R. c. Canfield*, 2020 ABCA 383 au paragr. 28 : En janvier 2019, il y avait environ 28 millions d'utilisateurs et utilisatrices de services d'Internet mobile au Canada. En janvier 2020, 96 % de la population canadienne disposait d'une connexion mobile et 94 % utilisaient Internet. Parmi les personnes utilisant Internet, 89 % possèdent un téléphone intelligent; 85 %, un ordinateur portable ou de bureau; 55 %, une tablette [TRADUCTION].

fouiller les appareils numériques d'un voyageur revêt une importance cruciale du point de vue de l'équité et de la lutte contre le racisme. Cela s'explique par le fait que les Autochtones, les Noirs, les personnes racisées, les minorités religieuses et les autres groupes en quête d'équité sont disproportionnellement assujettis à l'immense pouvoir des agents des services frontaliers, en vertu duquel celui-ci soumet les groupes susmentionnés à un examen plus approfondi. L'abus potentiel de ce pouvoir pour effectuer des fouilles intrusives de communications privées et de renseignements stockés dans des appareils numériques diminue les droits fondamentaux à la vie privée et à la dignité des membres de ces groupes. L'approche proposée dans le projet de loi S- 7 renforcerait les pratiques discriminatoires systémiques dont ces personnes sont victimes à la frontière, sans que cela se traduise cependant par une augmentation concrète de la protection à la frontière. Comme l'a fait remarquer le professeur Steven Penney :

Nous devrions donc interpréter l'article 8 comme interdisant la fouille de simples éléments de preuve (y compris la contrebande numérique) conformément aux lois sur le contrôle frontalier. En termes simples, de telles fouilles sont « abusives » selon cette disposition parce qu'elles portent gravement atteinte à la vie privée et ne favorisent pas l'atteinte d'objectifs légitimes de contrôle frontalier.

[...]

Toutefois, les données numériques ne devraient pas faire l'objet de fouilles autorisées au titre des lois sur le contrôle frontalier, même en présence de soupçons raisonnables ou des motifs probables. Si un tel soupçon existe, les policiers (ou les représentants des douanes ayant le statut d'agents de la paix) sont libres d'utiliser leurs pouvoirs d'enquête criminelle (en vertu de la loi ou en common law) pour fouiller les appareils numériques. Cela dit, les pouvoirs de contrôle frontalier devraient servir exclusivement aux fins du contrôle aux frontières, et non pour l'application du droit pénal².

Il ne semble pas y avoir de lien entre l'abaissement du seuil que les agents des services frontaliers doivent respecter afin de pouvoir fouiller des appareils et une augmentation de la sécurité nationale ou

² « 'Mere Evidence?' Why Customs Searches of Digital Devices Violate Section 8 of the [Charter](#) », (2016) 49:1 *UBC L Rev* 485, 514.

de la capacité de protéger la souveraineté de l'État. Si une telle corrélation existe, cette dernière n'a pas été rationnellement établie ou démontrée.

B. Attentes raisonnables en matière de respect de la vie privée à la frontière

L'ACAM convient qu'une sécurité frontalière efficace est importante. Cependant, les règles de protection des frontières doivent être conçues de manière à promouvoir les intérêts de la sécurité frontalière dans des limites raisonnables, ce qui comprend la protection des droits individuels et la réduction au minimum de la discrimination. Le gouvernement n'a pas déterminé comment le critère de préoccupation générale raisonnable, assorti de pouvoirs étendus pour effectuer des fouilles numériques, favorise la sécurité nationale ou permet de maîtriser les menaces frontalières. Le fait d'accorder un vaste pouvoir discrétionnaire non restreint en vue de mener des fouilles dans les renseignements personnels des voyageurs ne contribue guère à combattre les menaces à la sécurité nationale, mais porte gravement atteinte à la vie privée de tous les voyageurs.

C. Les tribunaux canadiens confirment que la nature des fouilles d'appareils numériques à la frontière diffère considérablement de celle des fouilles de marchandises

La capacité technologique unique des appareils numériques a obligé les tribunaux à formuler des réponses qui protègent de façon significative la vie privée. Dans *R. c. Vu*, la Cour a fait remarquer que l'ordinateur constitue un instrument aux multiples facettes sans précédent dans notre société³. L'utilisation des appareils numériques a augmenté de façon exponentielle d'une manière qui n'était pas prévue lorsque le Parlement a adopté la *Loi sur les douanes*¹. Les renseignements stockés dans les appareils numériques comportent un noyau de renseignements personnels biographiques, qui révèlent des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu. De plus, les appareils numériques ont une immense capacité de stockage et peuvent contenir des détails sur les intérêts, les habitudes et l'identité de l'utilisateur à son insu ou sans qu'il en ait l'intention, et peuvent conserver des renseignements que l'utilisateur croyait avoir été détruits. Ils peuvent même contenir des renseignements sur d'autres personnes, comme les membres de la famille, les amis ainsi que les contacts professionnels d'une personne.

³ *R. c. Vu*, paragr. 40 à 43. Voir aussi *R. c. Makarah*, [2017] 2 R.C.S. 608.

On ne peut pas non plus dire que voyager avec un appareil numérique est vraiment volontaire. De nombreuses personnes doivent transporter leurs appareils numériques pour le travail ou pour organiser leur itinéraire de voyage, stocker des billets numériques et réserver des chambres d'hôtel par voie numérique.

Ce fait a été reconnu dans *R. c. Pike* :

La possession d'un appareil numérique n'est pas vraiment une question de libre choix ni de transport de l'autre côté de la frontière. Il est difficile pour bon nombre d'entre nous de mener notre vie professionnelle ou familiale sans ordinateur et sans téléphone cellulaire [...] Nous ne pouvons pas vivre sans eux⁴.

Bien que le projet de loi traite les appareils numériques comme des « marchandises » afin de conférer aux agents des services frontaliers de vastes pouvoirs pour les examiner, l'ACAM souligne que les renseignements contenus dans les appareils numériques suscitent des attentes en matière de protection de la vie privée très différentes de celles des bagages et des sacs à main.

La jurisprudence a établi que la protection de la vie privée dans les données d'information diffère de ses concepts traditionnels. Par exemple, dans *R. c. Vu*, la Cour a conclu que les différences nombreuses et frappantes entre les ordinateurs et les « contenants » traditionnels exigent que ces objets soient traités différemment pour l'application de l'art. 8 de la *Charte*⁵. De plus, dans *R. c. Morelli*, la Cour a conclu qu'« il est difficile d'imaginer une perquisition, une fouille et une saisie plus envahissantes, d'une plus grande ampleur ou plus attentatoires à la vie privée que celles d'un ordinateur personnel⁶ ».

La raison pour laquelle nous sommes ici est que la Cour d'appel de l'Alberta, dans *R. c. Canfield*, a déclaré inconstitutionnel l'alinéa 99(1)a) de la *Loi sur les douanes* et a affirmé que la définition de « marchandises » à l'article 2 de la *Loi sur les douanes* n'avait ni force ni effet, précisément parce que ces dispositions ne reconnaissaient pas la différence fondamentale entre la recherche du concept traditionnel de « marchandises », comme les bagages et les sacs à main, et celle des appareils numériques :

⁴ *R. c. Pike*, 2022 ONSC 2297 (CanLII), paragr. 75.

⁵ *R. c. Vu*, [2013] 3 R.C.S. 657.

⁶ *R. c. Morelli*, [2010] 1 R.C.S. 253, paragr. 2.

Nous avons également conclu que l'alinéa 99(1)a) de la *Loi sur les douanes* est inconstitutionnel dans la mesure où il n'impose aucune limite aux fouilles de ces appareils à la frontière et qu'il n'est pas protégé par l'art. 1 de la *Charte*. Par conséquent, nous déclarons que la définition de « marchandises » à l'art. 2 de la *Loi sur les douanes* est inopérante dans la mesure où elle inclut le contenu des appareils électroniques personnels aux fins de l'alinéa 99(1)a)⁷.

Plus récemment, dans *R. c. Pike*, le juge Harris de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a déclaré inconstitutionnel l'alinéa 99(1)a) de la *Loi sur les douanes* parce qu'il ne comportait pas de seuil juridique et qu'il permettait une fouille possiblement illimitée d'un appareil numérique⁸.

Il ressort clairement d'un examen de la jurisprudence que les tribunaux confirment que plus l'atteinte à la vie privée de la personne est grande, plus le fardeau de la justification est lourd et plus le degré de protection constitutionnelle est élevé.

D. Fouilles à la frontière et appareils numériques

Compte tenu du caractère distinct des fouilles d'appareils numériques, il est important de tenir compte du cadre dans lequel les fouilles à la frontière sont effectuées. Dans *R. c. Simmons*, la Cour a reconnu trois catégories de fouilles à la frontière, chacune comportant des niveaux croissants d'intrusion : a) les interrogatoires et les fouilles de routine des bagages; b) les fouilles à nu; c) les fouilles des cavités corporelles⁹.

R. c. Simmons n'avait pas prévu l'état de la technologie à l'époque moderne. Plus récemment, dans *R. c. Pike*, la Cour a souligné que, bien que les fouilles d'appareils numériques ne relèvent pas de la première catégorie, les catégories de fouilles à nu et de fouilles des cavités corporelles ont peu à voir avec l'évaluation de la question des fouilles d'appareils numériques à la frontière¹⁰.

Dans le but de déterminer le critère approprié par rapport à la fouille des appareils numériques à la frontière, *R. c. Fearon* suggère un point de comparaison utile¹¹. Dans *R. c. Fearon*, le tribunal s'est demandé si la police pouvait perquisitionner le téléphone cellulaire d'une personne qu'on arrête en vertu du pouvoir conféré par la common law de perquisitionner en cas d'arrestation, ou si la police avait besoin d'un mandat avant de procéder à la fouille. Par une faible majorité, la Cour suprême du Canada

⁷ [R. c. Canfield, 2020 ABCA 383, paragr. 111.](#)

⁸ *R. c. Pike*, 2022 ONSC 2297 (CanLII).

⁹ *R. c. Simmons*, [1988] 2 RCS 495.

¹⁰ *R. c. Pike*, précité, paragr. 59.

¹¹ *R. c. Fearon*, [2014] 3 RCS 621.

a autorisé la fouille sans mandat d'un téléphone cellulaire, mais seulement pour certains motifs stricts. La Cour a conclu qu'étant donné que la fouille des appareils numériques implique une atteinte à la vie privée beaucoup plus importante que la fouille typique à une arrestation, une fouille sans mandat à une arrestation devait être circonscrite de la façon suivante : a) la fouille doit être adaptée aux fins d'une « application de la loi valide », qui exclut une recherche à l'aveuglette; b) la police ne peut pas utiliser ce pouvoir pour découvrir des éléments de preuve, mais seulement pour poursuivre une enquête en cours; c) la police doit prendre des notes détaillées de l'étendue et de la nature de la fouille pour permettre un examen. L'une des caractéristiques très importantes de *R. c. Fearon* est que les contraintes strictes imposées à la fouille s'appliquent à une personne qui est déjà arrêtée en bonne et due forme pour des motifs raisonnables et probables.

Le traitement spécialisé d'un téléphone cellulaire pour les personnes qu'on a arrêtées en bonne et due forme laisse entendre qu'il faut bien plus qu'une simple « préoccupation générale raisonnable » pour procéder à la fouille d'un appareil numérique à la frontière. C'est d'autant plus vrai que les fouilles actuellement envisagées à la frontière ne sont pas que des fouilles superficielles ni des fouilles liées à une infraction. Il s'agit plutôt d'une fouille complète d'appareils numériques au cours de laquelle l'information peut être copiée et où le partage des mots de passe peut être exigé.

Compte tenu du contexte des fouilles d'appareils numériques à la frontière, l'ACAM suggère que le critère de « préoccupation générale raisonnable » proposé est inapproprié. De plus, même si un soupçon raisonnable semble être un critère valable, il présente des problèmes que le critère de la croyance raisonnable ne pose pas.

E. Le critère juridique de « préoccupation générale raisonnable » confère un pouvoir discrétionnaire illimité, et sera vraisemblablement jugé inconstitutionnel

Malheureusement, la norme de « préoccupation générale raisonnable » proposée par le gouvernement comme critère de base pour effectuer des recherches numériques est loin d'atteindre un juste équilibre constitutionnel entre les intérêts de l'État et la protection de la vie privée. Bien que de nombreux Canadiens puissent considérer les questions de routine ou la fouille des bagages comme une composante nécessaire des voyages internationaux, on ne peut pas en dire autant d'une fouille de leurs appareils numériques personnels, qui est rendue acceptable par l'amendement proposé. Cette norme proposée ne manquera pas d'exposer les voyageurs et le milieu juridique à des années de contentieux, car la proposition est manifestement en deçà de la norme dictée par les tribunaux canadiens.

L'ACAM n'est pas convaincue que le critère de la « préoccupation générale raisonnable » impose une norme significative. « Préoccupation générale raisonnable » est un nouveau critère qui n'a aucun fondement en droit canadien. Le critère proposé n'offre aucune contrainte sur le pouvoir de fouiller les appareils numériques personnels, et il ne fournit aucune ligne directrice au sujet des paramètres de a) ce qui peut justifier une fouille; et b) les limites d'une telle fouille.

Plus précisément, une « préoccupation » se base sur beaucoup moins qu'un soupçon ou une intuition. L'adjectif « générale » élimine explicitement toute nécessité d'avoir une préoccupation individualisée, en s'éloignant du sens d'une préoccupation en particulier. L'ajout de l'adjectif « raisonnable » ne limite en rien le pouvoir large et arbitraire qu'accorde l'expression « préoccupation générale ». De plus, il n'est pas nécessaire que la préoccupation générale raisonnable vise une infraction précise. La préoccupation ne doit être liée qu'à la contravention à la loi relative à l'importation ou à l'exportation de marchandises. Il est difficile d'imaginer des indices qui ne feraient pas partie de la catégorie des motifs raisonnables de préoccupation générale. En bref, loin d'être un juste équilibre entre l'intégrité de la frontière et la protection des renseignements personnels, la norme donne carte blanche aux agents des services frontaliers pour fouiller le vaste ensemble de renseignements hautement personnels contenus dans les appareils numériques d'un voyageur.

L'absence de véritable limite au pouvoir discrétionnaire de la fouille est particulièrement problématique pour les Autochtones, les Noirs, les personnes racisées, les minorités religieuses et les membres d'autres groupes en quête d'équité. Le critère de la préoccupation générale raisonnable invite à un exercice arbitraire du pouvoir, dont les effets seront injustement assumés par les membres de ces groupes. Les données empiriques confirment que les membres des groupes minoritaires subissent les effets négatifs disparates de l'action de l'État. Ils font également l'objet de profilage racial¹².

La Cour suprême du Canada s'est fondée sur la définition suivante du profilage racial :

Le profilage racial désigne toute action prise par une ou des personnes en situation d'autorité à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes, pour des raisons de sûreté, de sécurité ou de protection du public, qui repose sur des facteurs d'appartenance réelle ou présumée, tels que

¹² « Pris à partie : Rapport de recherche et de consultation sur le profilage racial en Ontario » (PDF). Commission ontarienne des droits de la personne, avril 2017 (« Pris à partie »).

la race, la couleur, l'origine ethnique ou nationale ou la religion, sans motif réel ni soupçon raisonnable, et qui a pour effet d'exposer la personne à un examen ou à un traitement différent.

Le profilage racial inclut aussi toute action de personnes en situation d'autorité qui appliquent une mesure de façon disproportionnée sur des segments de la population, notamment de leur appartenance raciale, ethnique ou nationale ou religieuse, réelle ou présumée¹³.

Le profilage racial est répandu et documenté. Déjà en 2006, la Cour d'appel de l'Ontario a souligné que « les tribunaux reconnaissent que le profilage racial est une réalité quotidienne de la vie des minorités touchées¹⁴ ». Le profilage racial va au-delà des services de police et comprend les mesures prises aux aéroports et aux postes frontaliers¹⁵. Les musulmans et les personnes qui semblent être musulmanes font l'objet de mesures de sécurité accrues injustifiées dans les milieux de transport¹⁶. La formation des acteurs étatiques contre les préjugés implicites s'est révélée inefficace lorsque les modèles de discrimination sont systémiques et institutionnalisés, comme dans les fondements de l'espace de sécurité. Élargir la portée d'action des acteurs étatiques sur des préjugés implicites, plutôt que de les encadrer par un système de contrôle, continuera d'avoir un effet cumulatif sur les membres de ces communautés.

F. Le soupçon raisonnable par rapport à la croyance raisonnable

En 2017, le commissaire à la protection de la vie privée a recommandé la norme du soupçon raisonnable au Comité permanent de l'accès à l'information, de la protection des renseignements personnels et de l'éthique de la Chambre des communes¹⁷. Toutefois, l'ACAM souhaite mettre en lumière certains des problèmes bien connus du critère du soupçon raisonnable, comme ils ont été récemment résumés dans *R. c. Chehil*, dans le contexte des chiens détecteurs de drogue dans les aéroports¹⁸. Le critère du soupçon raisonnable, comme il est appliqué, pose des problèmes, car il autorise des fouilles généralisées

¹³ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, [2015] 2 RCS 789, cité dans *R. c. Le* [2019] 2 RCS 692, paragr. 77.

¹⁴ *Pearl c. Peel Regional Police Services Board* (2006), 43 C.R. (6th) 175 (C.A. Ont. C.A.), paragr. 94 [TRADUCTION].

¹⁵ Cotter, Adam (16 février 2022). « [Perceptions et expériences relatives à la police et au système de justice au sein des populations noire et autochtone au Canada](#) ». *Statistique Canada*; voir aussi : « Pris à partie », précité.

¹⁶ « Pris à partie », précité, p. 56 à 60; Pratt, Anna; Thompson, Sara K. (septembre 2008). « [Chivalry, 'Race' and Discretion at the Canadian Border Get access Arrow](#) ». *The British Journal of Criminology*, Oxford University Press. 48 (5): p. 620 à 640. doi:10.1093/bjc/azn048. SSRN 1285927.

¹⁷ <https://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/42-1/ETHI/rapport-10/page-39#6>

¹⁸ *R. c. Chehil*, [2013] 3 RCS 220. Voir aussi *R. c. MacKenzie*, [2013] 3 RCS 250.

aléatoires d'un grand nombre de voyageurs innocents, en particulier des membres de groupes en quête d'équité. Le critère du soupçon raisonnable fait également l'objet de critiques, car il repose sur des profils peu fiables, qui sont interprétés de manière générale pour capturer des personnes sans même la moindre intuition. Dans le cadre d'un examen du critère du soupçon raisonnable, la Cour, dans *R. c. Pike*, n'était pas d'accord avec le SPPC, selon lequel le soupçon raisonnable est une « norme rigoureuse¹⁹ ».

Le soupçon raisonnable est une norme moins stricte que la croyance raisonnable. Il repose sur possibilité raisonnable plutôt que la probabilité²⁰. Un soupçon raisonnable est un soupçon qu'une personne *pourrait* être liée à une infraction particulière. Une croyance raisonnable repose sur la croyance qu'une personne *est* liée à l'infraction. L'ACAM reconnaît que la norme du soupçon raisonnable atténue certains des problèmes que le critère de préoccupation générale raisonnable introduit; cependant, le critère de soupçon raisonnable comporte un niveau élevé de subjectivité qui peut, et qui sera probablement, exercé de manière discriminatoire. Ainsi, l'ACAM n'appuie pas une norme de soupçon raisonnable sans l'ajout de contraintes législatives expresses. La fouille de données personnelles de nature délicate en raison de soupçons n'est pas conforme et ne constitue pas une limitation raisonnable des protections constitutionnelles relatives aux données électroniques privées.

Une norme de croyance raisonnable protège mieux la confidentialité des données électroniques. L'alinéa 99(1)c.1) de la *Loi sur les douanes* applique la norme moins stricte du soupçon raisonnable aux fouilles du courrier ordinaire à la frontière. Cependant, les dispositifs numériques exigent une norme plus stricte, en raison de la nature confidentielle supérieure des renseignements contenus dans les dispositifs numériques que dans le courrier. Une norme de croyance raisonnable, axée sur des facteurs individualisés et objectifs, limitera le pouvoir discrétionnaire de manière à réduire l'incidence négative des préjugés explicites ou implicites à l'encontre des Autochtones, des Noirs, des minorités racisées et religieuses et des autres groupes en quête d'équité. La norme de croyance raisonnable a été utilisée ailleurs et constitue un critère bien connu dans le contexte douanier :

Le paragraphe 139(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, prévoit que 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* qu'elle ne lui a

¹⁹ *R. c. Pike*, précité, paragr. 78 et 79

²⁰ *R. c. Chehil* et *R. c. MacKenzie*, précité.

pas révélé son identité ou dissimule sur elle ou près d'elle des documents relatifs à son entrée et à son séjour au Canada ou qu'elle a commis une infraction ou a en sa possession des documents qui peuvent servir à commettre une infraction (passage clandestin, traite de personnes ou fraude documentaire).

L'article 111 de la *Loi sur les douanes* prévoit qu'un bâtiment, un emplacement ou un autre lieu peut être fouillé *si l'agent a des motifs raisonnables de croire* que les conditions des alinéas a) à c) y sont présentes.

La norme de croyance raisonnable, tirée du contexte de l'immigration, a été décrite comme suit :

La première question que soulève l'alinéa 19(1j) de la *Loi sur l'immigration* est celle de la norme de preuve correspondant à l'existence de « motifs raisonnables [de penser] » qu'une personne a commis un crime contre l'humanité. La CAF a déjà conclu, à juste titre selon nous, que cette norme exigeait davantage qu'un simple soupçon, mais restait moins stricte que la prépondérance des probabilités applicable en matière civile. La croyance doit essentiellement posséder un fondement objectif reposant sur des renseignements concluants et dignes de foi²¹.

La norme de croyance raisonnable est moins onéreuse que l'exigence d'un mandat préconisée par l'Association du Barreau canadien dans son rapport de 2017 intitulé *Protection des renseignements personnels des Canadiens et Canadiennes aux postes frontaliers et dans les aéroports* :

D'incalculables quantités de données électroniques traversent la frontière canadienne par les câbles optiques sans que l'ASFC en sache quoi que ce soit. Tout examen de ces données sans mandat serait inconstitutionnel aux termes de la Charte, et aucun tribunal ne consentirait à autoriser par mandat une chasse tous azimuts à ces données²².

La norme de croyance raisonnable permet la souplesse nécessaire à la frontière, compte tenu de la logistique relative à l'obtention d'un mandat. Compte tenu des problèmes que pose l'application de la norme du soupçon raisonnable, auxquels s'ajoute la nature très personnelle des renseignements contenus dans un appareil numérique, une norme plus rigoureuse que la norme du soupçon raisonnable

²¹ *Mugesera c. Canada (ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 RCS 100, paragr. 114, cité dans *R. c. Al Askari*, 2021 ABCA 204.

²² [Protection des renseignements personnels des Canadiens et Canadiennes aux postes frontaliers et dans les aéroports](#) (PDF). Ottawa, Association du Barreau canadien, septembre 2017, p. 9-1

est requise. La norme de croyance raisonnable, sans mandat, protège au mieux la confidentialité des renseignements contenus dans les appareils numériques, tout en permettant une certaine souplesse à la frontière.

G. L'accroissement sans précédent des pouvoirs est préoccupant compte tenu de l'absence de recours utiles

L'incidence disproportionnée de l'accroissement des pouvoirs de fouille accordés aux agents frontaliers est particulièrement préoccupante dans le contexte des zones de précontrôle, car les voyageurs ne disposent d'aucun droit de refus clair²³ et n'ont aucun recours devant les tribunaux canadiens. Comme l'indique le témoignage de toutes les organisations de défense des libertés civiles et des droits de la personne et des organisations juridiques dans le cadre de la dernière série de modifications à la *Loi sur le précontrôle*, en 2017, et comme l'indique le témoignage de commissaires à la protection de la vie privée, les immunités intégrées à la *Loi sur le précontrôle* signifient qu'il n'existe aucun recours juridique contre les agents frontaliers américains, l'accès aux tribunaux canadiens et américains étant explicitement contourné, et que seule une responsabilité très limitée existe contre le gouvernement américain, dans les situations de décès ou de dommages corporels. En ce qui concerne les agents canadiens de précontrôle, la plupart des voyageurs n'ont accès qu'à une procédure de plainte écrite, dont le résultat n'a aucune conséquence importante pour l'agent.

En effet, le commissaire à la protection de la vie privée a déclaré que même les paramètres minimaux des pouvoirs des agents frontaliers, comme l'obligation de prendre des notes détaillées sur les incidents de fouille, ne sont pas respectés par les agents frontaliers. M. Morris a déclaré que « [c]e problème est très répandu²⁴ ».

H. Conséquences secondaires : Quelle est l'incidence sur les métadonnées?

Les modifications proposées accroissent la portée des pouvoirs de recherche des agents frontaliers et leur permettent d'accéder à des formes de données moins visibles, appelées métadonnées. Tous les renseignements stockés sur des dispositifs numériques comportent une deuxième couche de données décrivant les renseignements stockés et le contenu présent sur ces dispositifs : les métadonnées. La

²³ Veuillez consulter le mémoire de l'ACAM sur les modifications à la *Loi sur le précontrôle*, 2017, pour une discussion plus approfondie à ce sujet.

²⁴ Témoignage de Regan Morris, conseiller juridique principal, Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, SECD 55577, 6 juin 2022.

plupart des utilisateurs créent et diffusent du contenu sans savoir que le contenu qu'ils diffusent ou conservent contient cette deuxième couche de données.

Par exemple, si un dispositif numérique contient une photo montrant des amis en train de souper, les renseignements visuels peuvent comprendre l'identification de la personne figurant sur la photo, des indicateurs visuels de l'endroit où les personnes se trouvent (domicile ou restaurant) et peut-être une représentation visuelle du repas qu'ils prennent. Les métadonnées de cette photo décriraient, par exemple, des éléments comme le moment exact où la photo a été prise, les coordonnées de l'endroit où elle a été prise, le fait qu'elle ait été envoyée à l'appareil par quelqu'un, téléchargée depuis un autre endroit ou prise directement depuis l'appareil photo du dispositif.

L'absence de paramètres et de lignes directrices pour la collecte, l'utilisation et la conservation des données recueillies auprès des voyageurs entraînera également la collecte et la conservation d'un nombre important de métadonnées qui seront apparemment conservées indéfiniment et qui pourront être utilisées à des fins aucunement liées au contexte frontalier. Il est banal de dire que les appareils numériques personnels contiennent des données importantes sur un voyageur et ses contacts personnels et professionnels.

Ainsi, les métadonnées contiennent plus de renseignements que le contenu du fichier. Sans paramètres sur l'utilisation et la conservation des données recueillies, et sans exigence explicite sur la destruction de ces données, les agents frontaliers seront libres de stocker les métadonnées recueillies dans un bassin permettant de détecter la connexion de points de données et de les utiliser à des fins extérieures au contexte frontalier, comme des enquêtes criminelles.

Bien que les métadonnées ne soient pas bien connues et examinées, il existe des exemples de leur utilisation et des défis qu'elles posent au sein de différents pays. Par exemple, un politicien allemand, Malte Spitz, a un jour contesté une loi allemande obligeant les fournisseurs de télécommunications à recueillir les métadonnées de leurs clients en réponse aux problèmes de sécurité survenus après les attentats du 11M à Madrid et du 7J à Londres. La Cour de justice de l'Union européenne a conclu, des années plus tard, que la collecte de métadonnées constituait une ingérence indue dans le droit à la vie privée des citoyens²⁵. Dans une autre affaire plus récente, la Cour de justice de l'Union européenne a

²⁵Farivar, Cyrus. « EU high court strikes down metadata collection law - Citizens made to feel that they 'are the subject of constant surveillance' », *Arc Technica*, 8 avril 2014, disponible à l'adresse : <https://arstechnica.com/techpolicy/2014/04/eu-high-court-strikes-down-metadata-collection-law/>.

également invalidé la conservation sans discernement des données relatives au trafic et à la localisation, dans le cadre de la lutte contre la grande criminalité²⁶. L'exemple le plus célèbre de l'utilisation et de l'importation de métadonnées est celui des fuites Snowden.

Quoique la violation aveugle et étendue du droit à la vie privée est une préoccupation pour tous les voyageurs, les répercussions seront sans aucun doute assumées par les voyageurs racisés et vulnérables qui s'avèrent être, de manière disproportionnelle, les cibles de l'accroissement de la portée des pouvoirs de recherche et d'enquête. Ces personnes, ainsi que leurs contacts, ne seraient pas seulement la cible de fouilles aux frontières, mais pourraient également faire l'objet d'enquêtes tangentielles, voire sans rapport, rendues possibles par les métadonnées extraites et conservées à partir de leurs appareils numériques personnels.

I. Recommandation de l'ACAM : Croyance raisonnable ou, à titre subsidiaire, soupçons raisonnables avec contraintes

Bien que les personnes aient une attente réduite en matière de vie privée à la frontière, cette attente n'est pas entièrement nulle. Les Canadiens méritent des mesures équilibrées et rationnelles qui ne permettent pas une conduite arbitraire et éventuellement discriminatoire.

L'ACAM recommande au Sénat de rejeter le critère de « préoccupation générale raisonnable » et de recommander une norme de « croyance raisonnable » comme exigence minimale pour la fouille de dispositifs numériques, à la frontière. À titre subsidiaire, l'ACAM recommande une norme de soupçon raisonnable accompagnée de pouvoirs de recherche circonscrits par la loi.

J. Autres problèmes relatifs au projet de loi S-7

En plus de l'inquiétude que suscite le fait que la norme de « préoccupation générale raisonnable » n'ayant aucun fondement juridique pour la fouille d'appareils personnels est insuffisante, l'ACAM souligne certains des autres éléments troublants du projet de loi. Sans être exhaustif, voici les problèmes les plus évidents du projet de loi :

- La désignation de l'infraction consistant à « entraver un agent », au paragraphe 153.1 de la *Loi sur les douanes*, aura des conséquences importantes en matière d'immigration. Même

²⁶Affaire c-140.20, Cour de justice de l'Union européenne, communiqué de presse n° 58/22, Luxembourg, le 5 avril 2022, disponible à l'adresse : <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-04/cp220058fr.pdf>.

lorsqu'une accusation fait l'objet d'une poursuite en tant qu'infraction sommaire, une condamnation rendrait les résidents temporaires (c.-à-d., les visiteurs, les travailleurs étrangers et les étudiants internationaux) inadmissibles au Canada pour des motifs de criminalité²⁷. Compte tenu du recours au profilage racial dans le contexte de la sécurité, cela signifie que les personnes racisées feront de nouveau l'objet des répercussions disproportionnées et leur avenir au Canada sera mis en jeu chaque fois qu'ils interagissent avec les agents frontaliers.

- L'absence de lignes directrices concernant l'utilisation et la conservation des données recueillies dans le cadre des pouvoirs accrus des agents frontaliers est très préoccupante et risque d'avoir une incidence disproportionnée sur les groupes minoritaires et les personnes racisées. Non seulement leurs appareils feront plus souvent l'objet de fouilles, mais l'agrégation des données recueillies créera un réseau croissant de métadonnées à partir desquelles il sera possible d'approfondir les enquêtes et de criminaliser leurs comportements.
- L'absence de lignes directrices pour la collecte et la conservation des données recueillies a une incidence préoccupante sur le secret professionnel des avocats. Comme il est prouvé que les personnes racisées et vulnérables courent un risque accru d'interrogatoire et de fouille ciblés à la frontière, elles peuvent demander des conseils juridiques au sujet de leurs droits à la frontière. Or il n'existe actuellement aucune protection relative aux renseignements confidentiels qu'elles recevraient et conserveraient probablement sur leur appareil. De même, lorsque les appareils des avocats contiennent des renseignements confidentiels concernant leurs clients, ceux-ci ne sont pas non plus protégés. L'intégration d'une exemption pour les dispositifs transportés dans le but « unique » d'un usage professionnel ne permettra pas de saisir l'un ou l'autre de ces deux scénarios, car dans aucun des deux cas le dispositif n'est susceptible d'être « uniquement » destiné à un usage professionnel.
- L'ACAM est profondément préoccupée par l'accroissement arbitraire du délai accordé aux agents pour entamer des poursuites par procédure sommaire, qui passe de trois ans, à l'heure

²⁷ L'al. 36(2)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* rend les résidents temporaires (c.-à-d. les visiteurs, les travailleurs étrangers et les étudiants étrangers) inadmissibles au Canada s'ils sont reconnus coupables d'un acte criminel, et l'al. 36(3)a) désigne toutes les infractions hybrides comme des actes criminels aux fins de l'al. 36(2)a). Ainsi, même lorsqu'un résident temporaire est accusé et reconnu coupable d'une infraction sommaire n'entraînant rien de plus qu'une petite amende, il sera rendu inadmissible au Canada en raison de sa criminalité.

actuelle, à huit ans²⁸. Le ministre n'a fourni aucun raisonnement ni aucune justification discernable pour expliquer pourquoi un tel accroissement de la portée des pouvoirs est souhaité. L'ombre d'accusations éventuelles ne devrait pas planer sur les voyageurs pendant si longtemps.

Conclusion

Nous remercions le Comité sénatorial permanent de la sécurité nationale et de la défense d'avoir pris le temps de lire notre mémoire et d'avoir tenu compte de nos recommandations pour améliorer le projet de loi S-7, de manière à garantir la protection des droits des Canadiens et des immigrants, pendant leurs voyages.

²⁸ Le projet de loi, l'art. 163 de la *Loi sur les douanes*

Annexe A

« *renseignements personnels* » Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment :

- a) les renseignements relatifs à sa race, à son origine nationale ou ethnique, à sa couleur, à sa religion, à son âge ou à sa situation de famille;
- b) les renseignements relatifs à son éducation, à son dossier médical, à son casier judiciaire, à ses antécédents professionnels ou à des opérations financières auxquelles il a participé;
- c) tout numéro ou symbole, ou toute autre indication identificatrice, qui lui est propre;
- d) son adresse, ses empreintes digitales ou son groupe sanguin;
- e) ses opinions ou ses idées personnelles, à l'exclusion de celles qui portent sur un autre individu ou sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à octroyer à un autre individu par une institution fédérale, ou subdivision de celle-ci visée par règlement;
- f) toute correspondance de nature, implicitement ou explicitement, privée ou confidentielle envoyée par lui à une institution fédérale, ainsi que les réponses de l'institution dans la mesure où elles révèlent le contenu de la correspondance de l'expéditeur;
- g) les idées ou opinions d'autrui sur lui;
- h) les idées ou opinions d'un autre individu qui portent sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à lui octroyer par une institution, ou subdivision de celle-ci, visée à l'alinéa e), à l'exclusion du nom de cet autre individu si ce nom est mentionné avec les idées ou opinions;
- i) son nom lorsque celui-ci est mentionné avec d'autres renseignements personnels le concernant ou lorsque la seule divulgation du nom révélerait des renseignements à son sujet; toutefois, il demeure entendu que, pour l'application des articles 7, 8 et 26, et de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information*, les renseignements personnels ne comprennent pas les renseignements concernant :
- j) un cadre ou employé, actuel ou ancien, d'une institution fédérale et portant sur son poste ou ses fonctions, notamment :
 - (i) le fait même qu'il est ou a été employé par l'institution;
 - (ii) son titre et les adresse et numéro de téléphone de son lieu de travail;
 - (iii) la classification, l'éventail des salaires et les attributions de son poste;
 - (iv) son nom lorsque celui-ci figure sur un document qu'il a établi au cours de son emploi,
 - (v) les idées et opinions personnelles qu'il a exprimées au cours de son emploi; un individu qui, au titre d'un contrat, assure ou a assuré la prestation de services à une institution fédérale

et portant sur la nature de la prestation, notamment les conditions du contrat, le nom de l'individu ainsi que les idées et opinions personnelles qu'il a exprimées au cours de la prestation;

- k) un individu qui, au titre d'un contrat, assure ou a assuré la prestation de services à une institution fédérale et portant sur la nature de la prestation, notamment les conditions du contrat, le nom de l'individu ainsi que les idées et opinions personnelles qu'il a exprimées au cours de la prestation;
- l) des avantages financiers facultatifs, notamment la délivrance d'un permis ou d'une licence accordés à un individu, y compris le nom de celui-ci et la nature précise de ces avantages;
- m) un individu décédé depuis plus de vingt ans. (*renseignements personnels*)