



Comité sénatorial permanent de la sécurité nationale et de la
défense, étude sur le

projet de loi S-7 : Les appareils numériques à nos frontières

Mémoire législatif

Le 9 juin 2022

Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada
Samuelson-Glushko (CIPPIC)
Tamir Israel, avocat-conseil à l'interne

La Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada Samuelson-Glushko (CIPPIC) est une clinique juridique basée au Centre de recherche en droit, technologie et société dans la Section de common law de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

Une version électronique du présent document est accessible à l'adresse suivante :

<https://cippic.ca/uploads/20220609-Bills7-Testimony.pdf>



Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada
Samuelson-Glushko, Université d'Ottawa, Faculté de droit, Section de
common law
57, rue Louis Pasteur
Ottawa (ON) K1N 6N5
Site Web : <https://cippic.ca>
Courriel : admin@cippic.ca
Twitter : @cippic

Introduction

La Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada Samuelson-Glushko (CIPPIC) est heureuse de contribuer à l'étude du Comité sénatorial permanent de la sécurité nationale et de la défense sur le projet de loi S-7, qui vise à créer un cadre pour les fouilles des appareils numériques aux points d'entrée.

La CIPPIC est une clinique juridique basée au Centre de recherche en droit, technologie et société à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Le mandat de la CIPPIC est de défendre l'intérêt public sur les questions se situant au croisement du droit et de la technologie.

Le projet de loi S-7 représente la réponse du gouvernement à la décision de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *R v Canfield*, selon laquelle les contrôleurs aux frontières ne pouvaient pas se fonder sur un pouvoir de fouille généralisé et sur des politiques non exécutoires pour examiner les appareils numériques aux postes frontaliers. Bien que le projet de loi présente plusieurs problèmes, nos commentaires écrits se concentrent sur ce que nous considérons comme étant son principal problème : l'adoption d'une norme nouvelle et, à notre avis, constitutionnellement indéfendable pour les fouilles d'appareils numériques exposera des milliers d'appareils numériques profondément privés de Canadiens à l'examen des agents frontaliers.

L'arrêt *Canfield* a adopté une approche progressive relativement à sa décision constitutionnelle – tout en notant que la norme des soupçons raisonnables semble être la norme la plus appropriée pour les fouilles d'appareils, la Cour d'appel de l'Alberta n'a pas empêché le gouvernement de tenter de justifier une norme plus rigoureuse¹. Cependant, la Cour de *Canfield* a également noté qu'il est difficile de justifier comment le recours à un seuil inférieur peut constituer une atteinte minimale comme l'exige la Constitution lorsque la norme des soupçons raisonnables est utilisée pour les fouilles à la frontière des fouilles moins intrusives². Dans le contexte des fouilles à la

¹ *R v Canfield*, 2021 ABCA 383, par. 75; *R v Pike*, 2022 ONSC 2297, par. 102 à 104.

² *R v Canfield*, 2021 ABCA 383, paragraphes 91 à 102; *R v Pike*, 2022 ONSC 2297, par. 108.

frontière liées à l'immigration, la Cour d'appel de l'Alberta a depuis statué que la norme des soupçons raisonnables est le minimum constitutionnel³.

Malheureusement, le projet de loi S-7 représente l'option la plus intrusive dont dispose le gouvernement à la lumière de l'arrêt *Canfield* et ne parvient pas à adopter une solution qui respecte les intérêts importants en matière de protection de la vie privée menacés par les fouilles étendues des appareils numériques.

Lorsque nous emportons nos téléphones et nos ordinateurs portables dans nos voyages internationaux, des traces détaillées de nos vies nous accompagnent. Si le fait de faire sa valise est un processus sélectif, nous ne vérifions pas nos appareils – et ne devrions pas avoir à le faire – à la recherche de documents médicaux, de conversations politiquement impopulaires ou de photos embarrassantes chaque fois que nous voyageons à l'étranger. Le fait d'autoriser les agents frontaliers à soumettre nos appareils à ce type d'examen en l'absence de soupçons raisonnablement fondés peut avoir des effets dissuasifs qui se répercutent sur nos vies.

La nouvelle norme proposée par le projet de loi S-7 pose problème pour plusieurs raisons. Elle n'est tout simplement pas proportionnée au caractère intrusif des fouilles qu'elle est censée autoriser. Par définition, une norme moins restrictive aura des effets sur un plus grand nombre de personnes innocentes, ce qui n'est pas acceptable compte tenu de l'importance des intérêts en jeu en matière de protection de la vie privée. Deuxièmement, plus les autorités frontalières se verront accorder de la latitude, plus leurs préjugés conscients et inconscients joueront un rôle important dans la sélection de leurs cibles. Même en vertu de normes plus restrictives, le profilage racial et le ciblage du contenu LGBTQ marginalisé constituent un problème aux frontières⁴. Troisièmement, l'initiative de fouille des appareils de l'ASFC fonctionne principalement comme un programme d'application de la loi nationale. Si le contenu qui constitue l'objet principal de ce programme est insidieux, il ne présente aucune menace pour la sécurité et, dans la majorité des cas, sa possession a une connexion minimale avec le franchissement des frontières, mais reflète plutôt l'utilisation générale qu'une personne peut faire de ses appareils. Pour finir, la norme plus

³ *R v Al Askari*, 2021 ABCA 204, par. 75.

⁴ *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69.

permissive adoptée par le projet de loi S-7 portera également préjudice aux avocats, aux journalistes, aux défenseurs des droits des humains et aux autres personnes qui emportent leur travail sensible sur leurs appareils personnels lorsqu'ils voyagent.

D'autres préoccupations découlent de la nouveauté de la norme. Si la norme n'est pas déclarée inconstitutionnelle, les tribunaux fourniront, le moment venu, des orientations sur les exigences de fond des « préoccupations générales raisonnables » du projet de loi S-7. Nous constatons également que la plupart des autres pays dans le monde fonctionnent selon un système à deux niveaux pour ce qui est des motifs de fouille formulés, ce qui crée encore plus de confusion sur la place de ladite nouvelle norme dans un système. Toutefois, en attendant, l'ASFC aura le champ relativement libre pour appliquer ses politiques codifiées de manière fluide. Dans cet intervalle, des dizaines, voire des centaines de milliers de Canadiens pourraient subir injustement des fouilles d'appareils.

Le projet de loi S-7 ne repose pas sur des objectifs essentiels de sécurité des frontières.

Nous accordons à nos agents frontaliers une grande latitude pour imposer des fouilles aux voyageurs qui traversent nos frontières. Les voyageurs reconnaissent que « les États souverains ont le droit de contrôler les personnes et les choses qui franchissent leurs frontières » et s'attendent donc à des niveaux de protection de la vie privée plus faibles lorsqu'ils cherchent à entrer dans un pays⁵.

Si les appareils mobiles peuvent également contenir des reçus ou des documents d'identification, les voyageurs peuvent être contraints de montrer ces documents aux agents frontaliers aux points d'entrée, et la présence de ces documents ne justifie pas une norme moins stricte en ce qui concerne les appareils mobiles sensibles⁶. La principale cible des fouilles intrusives d'appareils numériques que l'ASFC pourrait autorisée en vertu du projet de loi est la contrebande numérique.

⁵ *R v Al Askari*, 2021 ABCA 204, paragraphe 31.

⁶ *R v Al Askari*, 2021 ABCA 204, paragraphes 44 et 66; *R v Pike*, 2022 ONSC 2297, paragraphes 95 à 96.

Les passages individuels aux frontières jouent un rôle pour faciliter la diffusion mondiale de certaines formes de contrebande, comme les stupéfiants ou les produits de contrefaçons. Ce n'est pas le cas pour la circulation de contenu numérique illégal comme les documents portant atteinte aux droits d'auteur ou les documents d'exploitation des enfants, qui circulent principalement sur Internet.

L'initiative relative à la contrebande numérique de l'ASFC fonctionne principalement comme un programme d'application de la loi nationale et son fonctionnement est loin des objectifs prioritaires qui justifient des intrusions extraordinaires de la part des agents frontaliers⁷. Si le contenu qui constitue la cible principale de ce programme est insidieux, sa diffusion ne repose pas sur les passages individuels des frontières et ne présente aucune menace pour la sécurité et, dans la majorité des cas, sa possession a un lien minime avec le passage des frontières, mais reflète plutôt l'utilisation générale qu'une personne peut faire de ses appareils.

De plus, s'il est injuste d'exiger de tous les Canadiens qu'ils vérifient le contenu embarrassant de leurs appareils numériques avant chaque voyage à l'étranger, il est probable que les criminels comprendront au fil du temps qu'il est risqué de traverser la frontière avec des produits de contrebande et commenceront à prendre des mesures pour transporter les produits de contrebande sur Internet plutôt que sur leurs appareils⁸.

La conduite que le projet de loi S-7 autoriserait est donc loin des objectifs prioritaires qui justifient les fouilles extraordinaires à nos frontières.

La norme des préoccupations générales raisonnables favorise les préjugés raciaux et les autres biais subjectifs lorsqu'il s'agit de déterminer qui fouiller

Pour survivre à l'examen constitutionnel, les motifs de fouille intrusive doivent être objectifs et individualisés. La norme des préoccupations générales raisonnables exige que certains signes soient en place avant qu'une fouille d'appareil puisse avoir lieu. Le terme « préoccupation » a une

⁷ *R v Singh*, 2019 ONCJ, 453, par. 78, 83-84 et 87-90.

⁸ Témoignage de Lex Gill, chercheuse, Citizen Lab, Comité sénatorial permanent de la sécurité nationale et de la défense, étude sur le projet de loi S-7, 44^e législature, 1^{re} session, 8 juin 2022.

signification moins forte que le terme « soupçon » qui, lui-même, est moins fort que le terme « croyance » dans la hiérarchie des normes juridiques qui régissent le moment où les fonctionnaires peuvent s’immiscer dans la vie privée d’une personne.

Lorsque la *Charte* exige qu’une fouille soit fondée sur des motifs formulés, ces motifs doivent être objectifs et individualisés pour satisfaire au minimum constitutionnel⁹. En ce qui concerne sa portée règlementaire, la nouvelle norme est objective dans le sens où elle ne s’applique qu’aux préoccupations « raisonnables ». Nous n’acceptons pas, en revanche, que la nouvelle norme soit individualisée, car elle englobe des préoccupations « générales » plutôt qu’individualisées.

Si l’on met de côté le libellé précis de la norme proposée, nous doutons sérieusement qu’il y ait de la place pour l’objectivité ou l’individualisation sous le seuil des soupçons raisonnables. Bien que les agents du contrôle frontalier seront tenus d’indiquer des critères objectifs et peut-être individualisés pour justifier une fouille d’appareil, plus le seuil est bas, moins des critères objectifs doivent être en place pour déclencher une fouille.

Quelle que soit la façon dont cette norme est appliquée à l’heure actuelle ou quels que soient les indices qui seront encodés dans les règlements d’application une fois que le projet de loi S-7 sera adopté, la norme mise de l’avant est intrusive et portera atteinte à la vie privée de milliers de Canadiens. La norme des soupçons raisonnables elle-même se démarque par sa capacité à porter atteinte à la vie privée d’un plus grand nombre de Canadiens innocents par rapport à la norme robuste des motifs raisonnables de croire¹⁰.

Le seuil proposé par le projet de loi S-7 est par définition si bas que des milliers de voyageurs répondront aux critères objectifs nécessaires pour justifier une fouille. La sélection, sur ces milliers de voyageurs, de ceux qui feront bel et bien l’objet d’une fouille sera donc finalement guidée par des intuitions et des préjugés subjectifs qui ne nécessitent aucune documentation ou formulation, car le seuil exigé par la loi sera déjà atteint.

⁹ *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18; *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49; *R. c. MacKenzie*, 2013 CSC 50.

¹⁰ *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, par. 28 : « Les soupçons raisonnables étant une affaire de possibilité, plutôt que de probabilité, il s’ensuit nécessairement que les policiers soupçonneront raisonnablement, dans certains cas, des personnes innocentes d’être des criminels. »

Comme nous l'avons indiqué précédemment, la norme des préoccupations générales raisonnables adoptée par le projet de loi S-7 vise à codifier sans alternance une méthode existante de l'ASFC pour déterminer les appareils à fouiller. Ces politiques exigent que les agents frontaliers reconnaissent une « multiplicité d'indicateurs » avant de fouiller un appareil. De nombreux indicateurs sont de nature générale et d'autres exigent des observations subjectives de la part de l'agent. L'ASFC a témoigné devant les tribunaux et devant ce comité que la présence de deux indicateurs suffit pour justifier une première fouille d'appareil¹¹. Par exemple, les agents de l'ASFC considèrent les États-Unis comme un pays « connu pour être source de pornographie juvénile »¹², alors que plus d'une centaine de milliers de voyageurs entrent au Canada en provenance des États-Unis *quotidiennement* en période non pandémique¹³.

Si la formation et le suivi statistique sont des mesures utiles pour réduire les préjugés implicites raciaux et autres, des études ont montré qu'il existe une limite dans l'effet atténuant de ces types d'intervention pour réduire les préjugés profondément enracinés et implicites¹⁴. Le fait

¹¹ Témoignage de l'honorable Marco EL Mendicino, ministre de la Sécurité publique, Comité sénatorial permanent de la sécurité nationale et de la défense, étude sur le projet de loi S-7, 44^e législature, 1^{re} session, 30 mai 2022, <https://sencanada.ca/fr/Content/Sen/Committee/441/SECD/55555-F> :

Laissez-moi vous donner quelques exemples : un voyageur canadien célibataire revient d'un long séjour dans un pays connu pour son trafic sexuel, sans explication raisonnable pour son voyage. Le voyageur devient de plus en plus agité et nerveux au fur et à mesure que l'examen progresse, évite constamment le contact visuel, déplace son poids d'avant en arrière, bégaye et transpire. De multiples appareils numériques sont trouvés lors de l'examen des bagages, sans que l'on sache pourquoi ils sont nécessaires au voyage. L'examen des appareils permet de découvrir de multiples images de pornographie juvénile. Dans ce cas, nous pensons que le seuil des préoccupations générales raisonnables aurait été atteint, autorisant ainsi l'agent à examiner les appareils numériques personnels. Cependant, il n'est pas certain que le seuil plus élevé des « motifs raisonnables de soupçonner » aurait été atteint, permettant ainsi à ce matériel dangereux de traverser la frontière et d'entrer au pays.

R v Pike, 2022 ONSC 2297, par. 88 :

Les directives en matière de politiques qui incombent aux agents des douanes sont à mon avis insuffisantes pour fournir l'assurance nécessaire qu'une fouille d'appareil numérique est effectuée dans le respect approprié de la vie privée. Ces directives n'ont pas valeur de loi. Les examens des appareils numériques ne doivent pas être effectués « d'office [et] [...] devraient avoir lieu uniquement lorsqu'il y a une multiplicité d'indicateurs laissant entrevoir une infraction [...] » Cette politique est intrinsèquement vague et donne une grande latitude à l'agent. Un « indicateur » est « un élément d'information unique, une tendance, une anomalie ou une incohérence qui, lorsqu'il est ajouté à d'autres renseignements ou données, fait craindre à un agent une menace présentée par un voyageur ou une cargaison. » Un indicateur peut être aussi mineur que l'observation que le sujet est nerveux. Dans le cas de M. Pike, il tapait les doigts sur le bureau à un moment donné. De plus, pour les appareils numériques, de multiples indicateurs sont requis, mais en contre-interrogatoire, M. Vinette a semblé dire que multiples pouvait signifier aussi peu que deux. La politique en la matière, M. Vinette a tenu à le préciser, ne vise pas à imposer un seuil légal. Le résultat, à mon avis, est d'accorder aux agents de services frontaliers un pouvoir discrétionnaire pratiquement absolu de fouiller des appareils numériques.

R c. A.M., 2008 CSC 19, par Bastarache, J, par. 151; *R c. Chehil*, 2013 CSC 49, par. 28 et 31 (les soupçons raisonnables ne peuvent pas se rattacher « à un lieu ou une activité en particulier plutôt qu'à une personne bien précise » et « les caractéristiques qui s'appliquent globalement aux personnes innocentes ne suffisent pas, puisqu'elles ne peuvent révéler que des soupçons généraux Il en va de même des facteurs qui peuvent aller « dans les deux sens », par exemple le fait qu'une personne regarde ou non quelqu'un dans les yeux. À eux seuls, de tels facteurs ne sauraient fonder des soupçons raisonnables. »

¹² *R v Canfield*, 2020 ABCA 383, par. 57.

¹³ Statistique Canada, « Voyages entre le Canada et les autres pays, décembre 2021 », 23 février 2022, <https://www150.statcan.gc.ca/n1/daily-quotidien/220223/dq220223b-fra.htm> : « En décembre, les résidents des États-Unis ont effectué 550 300 voyages au Canada. Ce nombre est près de cinq fois supérieur à celui enregistré en décembre 2020 (113 900), mais il représente moins du tiers (32,4 %) des 1,7 million de voyages de ce genre effectués en décembre 2019. [...] Les résidents canadiens sont revenus de 1,1 million de voyages aux États-Unis en décembre 2021, un nombre plus de quatre fois supérieur à celui enregistré en décembre 2020 (271 100), mais bien en deçà des 3,4 millions de voyages de ce genre effectués en décembre 2019. »

¹⁴ Témoignage de Lex Gill, chercheuse, Citizen Lab, Comité sénatorial permanent de la sécurité nationale et de la défense, étude sur le projet de loi S-7, 44^e législature, 1^{re} session, 8 juin 2022; témoignage de Pantea Jafari, membre de l'Association canadienne des avocat-e-s musulman.e.s,

d'accorder aux agents un grand pouvoir discrétionnaire pour fouiller les appareils individuels sans obligation de justifier les fouilles par des critères objectifs rigoureux invite les agents à s'appuyer de manière continue sur la force directrice des préjugés implicites raciaux et autres pour décider quels appareils seront fouillés.

Les critères de fouille de l'ASFC que le projet de loi S-7 codifierait ont été qualifiés par la Cour supérieure de justice de l'Ontario comme « un pouvoir discrétionnaire pratiquement absolu de fouiller les appareils numériques accordé aux agents des services frontaliers¹⁵ », tandis que la Cour d'appel de l'Alberta dans *Al Askari* a décrit les fouilles d'appareils par l'ASFC en vertu de cette politique comme des « expéditions de pêche¹⁶ ». La norme des préoccupations raisonnables que le projet de loi S-7 adopterait codifie ce pouvoir discrétionnaire ouvert et appuierait les préjugés implicites raciaux et autres qui guident les fouilles discrétionnaires.

La norme des soupçons raisonnables est le minimum constitutionnel

À notre avis, la norme des soupçons raisonnables est le minimum constitutionnel pour les fouilles des appareils à la frontière et, de fait, les motifs raisonnables et probables pourraient être la norme la plus appropriée et, finalement, exigée par les tribunaux¹⁷.

La norme des soupçons raisonnables est déjà très permissive et a été initialement adoptée expressément pour le contexte des fouilles à la frontière. Le problème est aggravé par la nature de la fouille — les agents frontaliers doivent seulement formuler des soupçons raisonnables qu'une preuve d'un acte répréhensible relié à la frontière pourrait se trouver sur un appareil donné¹⁸. Par conséquent, même la norme des soupçons raisonnables permettra de saisir un nombre plus élevé d'appareils numériques que lorsqu'elle est appliquée à d'autres fouilles à la frontière, comme les fouilles à nu ou à l'examen des cavités corporelles, où le soupçon doit établir la possibilité de contrebande¹⁹.

Comité sénatorial permanent de la sécurité nationale et de la défense, étude du projet de loi S-7, 44^e Législature, 1^{re} session, 6 juin 2022; Colleen Walsh, « Solving Racial Disparities in Policing », 23 février 2021, *The Harvard Gazette*, <https://news.harvard.edu/gazette/story/2021/02/solving-racial-disparities-in-policing/>.

¹⁵ *R v Pike*, 2022 ONSC 2297, par. 88.

¹⁶ *R v Al Askari*, 2021 ABCA 204, par. 39; comparaison des paragraphes 67-74.

¹⁷ *R v Al Askari*, 2021 ABCA 204, par. 52.

¹⁸ *R v Pike*, 2022 ONSC 2297, par. 97-100; proposition 99... (c).

¹⁹ *R c. Chehil*, 2013 CSC 49, par. 36 : « Il doit y avoir un lien entre le comportement suspect et la technique d'enquête utilisée (voir *Mann*, par. 34). Dans le contexte des chiens détecteurs de drogue, ce lien est établi dès lors qu'un ensemble de faits justifie raisonnablement de soupçonner une activité liée à la drogue que l'animal est dressé pour détecter. »

Malgré notre inquiétude quant à la permissivité de la norme des soupçons raisonnables, nous reconnaissons qu'elle est une norme acceptable pour le Parlement en matière de fouille des appareils à la frontière. Il s'agit d'une norme établie, bien encadrée par les tribunaux et dont il existe des équivalents connus dans d'autres pays.

En revanche, la norme des préoccupations générales raisonnables du projet de loi S-7 n'a pas d'équivalent connu en droit et établit un seuil si bas qu'elle invite à une ingérence raciale et subjective dans les intérêts importants en matière de protection de la vie privée inhérents à nos appareils numériques. Nous vous demandons de modifier le projet de loi S-7 et d'insérer la norme des soupçons raisonnables comme fonnement pour les fouilles.

FIN.