

EVIDENCE

OTTAWA, Monday, June 6, 2022

The Standing Senate Committee on National Security and Defence met with videoconference this day at 2:02 p.m. [ET] to study Bill S-7, An Act to amend the Customs Act and the Preclearance Act, 2016.

Senator Tony Dean (*Chair*) in the chair.

[*English*]

The Chair: Good afternoon, honourable senators, and welcome to this meeting of the Standing Senate Committee on National Security and Defence.

I'm Tony Dean, a senator representing Ontario and the chair of the committee. I'm joined today by my fellow committee members: Senator Jean-Guy Dagenais representing Quebec, deputy chair; Senator Dawn Anderson representing the Northwest Territories; Senator Peter Boehm representing Ontario; Senator Pierre Boisvenu representing Quebec; Senator Pierre Dalphond representing Quebec; Senator Donna Dasko representing Ontario; Senator Marty Deacon representing Ontario; Senator Mobina Jaffer representing British Columbia; Senator Richards representing New Brunswick; Senator David Wells representing Newfoundland and Labrador; and Senator Hassan Yussuff representing Ontario.

Today we continue our examination of Bill S-7, An Act to amend the Customs Act and the Preclearance Act, 2016, and we will hear from two panels of witnesses.

In the first panel, we welcome, from the Office of the Privacy Commissioner of Canada, Brent Homan, Deputy Commissioner, Compliance Sector; and Regan Morris, Senior Legal Counsel. Thank you both for joining us today by video conference. We will now begin by inviting you to provide your opening remarks, to be followed by questions from our members. Mr. Morris, I believe you're going to lead us off today. Welcome, and please commence when you're ready.

Regan Morris, Senior Legal Counsel, Office of the Privacy Commissioner of Canada: Thank you, chair and members of the committee, for the invitation to speak to the important bill before you.

As was mentioned, I'm senior counsel with the Office of the Privacy Commissioner of Canada. I'm here delivering remarks on behalf of Brent Homan, Deputy Commissioner of Compliance with our office, who unfortunately has technical difficulties with his microphone today.

TÉMOIGNAGES

OTTAWA, le lundi 6 juin 2022

Le Comité sénatorial permanent de la sécurité nationale et de la défense se réunit aujourd'hui, à 14 h 2 (HE), avec vidéoconférence, pour étudier le projet de loi S-7, Loi modifiant la Loi sur les douanes et la Loi sur le précontrôle (2016).

Le sénateur Tony Dean (*président*) occupe le fauteuil.

[*Traduction*]

Le président : Bonjour, chers collègues, et bienvenue à cette réunion du Comité sénatorial permanent de la sécurité nationale et de la défense.

Je m'appelle Tony Dean et je suis sénateur représentant de l'Ontario et président du comité. Je suis accompagné aujourd'hui des autres membres du comité : le sénateur Jean-Guy Dagenais, vice-président du comité et représentant le Québec; la sénatrice Dawn Anderson, représentant les Territoires du Nord-Ouest; le sénateur Peter Boehm, représentant l'Ontario; le sénateur Pierre Boisvenu, représentant le Québec; le sénateur Pierre Dalphond, représentant le Québec; la sénatrice Donna Dasko, représentant l'Ontario; la sénatrice Marty Deacon, représentant l'Ontario; la sénatrice Mobina Jaffer, représentant la Colombie-Britannique; le sénateur David Richards, représentant le Nouveau-Brunswick; le sénateur David Wells, représentant Terre-Neuve-et-Labrador; et le sénateur Hassan Yussuff, représentant de l'Ontario.

Nous poursuivons notre examen du projet de loi S-7, Loi modifiant la Loi sur les douanes et la Loi sur le précontrôle (2016). Nous accueillons aujourd'hui deux groupes de témoins.

Dans le premier groupe, nous entendrons les représentants du Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, soit Brent Homan, sous-commissaire, Secteur de la conformité, et Regan Morris, avocat principal. Je vous remercie tous deux de vous être joints à nous aujourd'hui par vidéoconférence. Je vais maintenant vous inviter à faire votre déclaration préliminaire, après quoi nous passerons aux questions des membres du comité. Maître Morris, je crois que c'est vous qui parlerez en premier. Je vous souhaite la bienvenue et vous invite à commencer dès que vous serez prêt.

Me Regan Morris, avocat principal, Commissariat à la protection de la vie privée du Canada : Je vous remercie, monsieur le président, et mesdames et messieurs les membres du comité, de nous avoir invités à discuter de l'important projet de loi dont vous êtes saisis.

Je m'appelle Brent Homan et, comme cela a été dit, je suis avocat principal au Commissariat à la protection de la vie privée du Canada. Je fais la déclaration préliminaire à la place de Brent Homan, sous-commissaire et responsable du Secteur de la conformité au commissariat, qui éprouve malheureusement des difficultés techniques avec son microphone aujourd'hui.

[Translation]

The legislation before you deals with a complex balancing of individual rights and security objectives.

These complexities are amplified by the unique context of the border, where there is greater latitude extended under the law for border inspection and immigration control, and a corresponding reduced expectation of privacy for travellers.

Despite this greater latitude, it does not mean people lose all rights to privacy at the border. The law needs to be updated in order to recognize the realities of modern technologies and their capacity to reveal a tremendous amount of personal information.

[English]

The Supreme Court of Canada has found that the search of a digital device can constitute a real significant intrusion of privacy. As noted in *R. v. Fearon*, digital devices have immense storage capacity and the ability to generate detailed information about users' interests, habits and identity without their knowledge or intent and may provide access to information extending beyond the location of the search.

Both the Alberta Court of Appeal in *R. v. Canfield* and the Ontario Superior Court of Justice in *R. v. Pike* have now called on Parliament to implement a legal threshold for the examination of digital devices at the border that accords with the Charter. The courts left for Parliament to decide the essential question of what threshold is appropriate to achieve this balance.

I would like to put forward certain considerations in favour of a threshold for reasonable grounds to suspect, which, in our view, would be more appropriate to achieve the balance sought by the courts in Alberta and Ontario than what we currently find in Bill S-7.

First, to our knowledge, no other statute uses the formulation reasonable general concern as opposed to the more common reasonable grounds to believe or reasonable grounds to suspect already found in the Customs Act. It's not clear what the evidentiary basis is for this novel threshold, and its novelty creates a high potential for ambiguity in its interpretation and implementation. There is also a risk that a reasonable general concern could be interpreted as not requiring concern specific to an individual but rather permit examinations based on general concerns, such as what country an individual is arriving from.

[Français]

Le projet de loi dont vous êtes saisis porte sur un exercice complexe qui vise à établir un équilibre entre les droits individuels et les objectifs en matière de sécurité.

Cette complexité est amplifiée par le contexte unique à la frontière, où la loi prévoit une plus grande marge de manœuvre pour les inspections à la frontière et le contrôle de l'immigration, d'une part, et une attente réduite en conséquence sur le plan de la vie privée pour les voyageurs, d'autre part.

Cette plus grande marge de manœuvre ne signifie pas pour autant que les gens perdent tout droit à la vie privée à la frontière. La loi doit être mise à jour afin de mieux prendre en compte les réalités des technologies modernes et la capacité de celles-ci à révéler une énorme quantité de renseignements personnels.

[Traduction]

La Cour suprême du Canada a statué que la fouille d'un appareil numérique peut constituer une intrusion grave dans la vie privée. Comme il est indiqué dans l'arrêt *R. c. Fearon*, les appareils numériques ont une immense capacité de stockage et peuvent générer des données concernant la vie intime de l'utilisateur, comme ses intérêts, ses habitudes et son identité, à l'insu de l'utilisateur ou sans son intention, et donner accès à des renseignements qui ne se trouvent pas concrètement à l'endroit où la fouille est effectuée.

La Cour d'appel de l'Alberta, dans l'affaire *R. c. Canfield*, et la Cour supérieure de justice de l'Ontario, dans l'affaire *R. c. Pike*, ont toutes deux demandé au Parlement d'imposer un seuil pour l'examen des appareils numériques à la frontière, qui respecte la Charte. Les tribunaux ont laissé au Parlement le soin de déterminer le seuil approprié pour atteindre l'équilibre dont il est question.

Je tiens à présenter quelques considérations en faveur d'un seuil fondé sur l'existence de « motifs raisonnables de soupçonner » qui, à mon avis, serait plus approprié pour atteindre l'équilibre recherché par les tribunaux de l'Alberta et de l'Ontario que ce qui est actuellement proposé dans le projet de loi S-7.

Premièrement, à notre connaissance, l'expression « préoccupation générale raisonnable » n'est utilisée dans aucune autre loi, contrairement aux expressions plus courantes « motifs raisonnables de croire » ou « motifs raisonnables de soupçonner » que l'on trouve déjà dans la Loi sur les douanes. On ne sait pas exactement quel est le fondement probatoire de ce nouveau seuil, et sa nouveauté crée un risque élevé d'ambiguïté quant à son interprétation et à sa mise en œuvre. Il existe aussi un risque que l'expression « préoccupations générales raisonnables » soit interprétée comme n'exigeant pas des

Second, it is unclear why a device search should be subject to a lower threshold than for an officer to open and search mail at a border crossing, which requires reasonable ground to suspect under the Customs Act. Inspecting a physical piece of mail is generally less extensive and less intrusive than examining a digital device that can contain or provide access to texts, photos, personal documents and electronic messages potentially spanning years.

Third, reasonable grounds to suspect is a flexible standard that would not unduly constrain border officials.

In the Supreme Court of Canada's recent decision in *R. v. Stairs*, the court stated:

. . . to establish reasonable suspicion, the police require a constellation of objectively discernible facts assessed against the totality of the circumstances . . .

The court then elaborated that the standard required a possibility, not a probability, and that the assessment was “fact-based, flexible, and grounded in common sense and practical, everyday experience.”

As well, in *R. v. Pike*, the Ontario Superior Court of Justice rejected the Crown's submission that having a reasonable grounds to suspect standard would be too burdensome. The court noted at paragraph 77:

Reasonable suspicion has been held to meet constitutional requirements in other contexts and would impose a standard protective of the public interest at the border.

With these cases in mind, coupled with the heightened sensitivity and intrusiveness associated with the search of digital devices having been recognized by the courts, we are not convinced of the need for a lower threshold of reasonable suspicion, which is successfully applied in other regulatory contexts, including the Customs Act.

Before I conclude, I would like to briefly mention a few important procedural and accountability requirements that should also be included within the legal framework in support of a defined threshold, which were key concerns raised in our investigation of the CBSA with respect to the examination of digital devices. These include specific record-keeping requirements, including obligations to document indicators justifying the digital device search; ensuring that certain

préoccupations propres à une personne, et comme permettant plutôt des examens fondés sur des préoccupations générales, comme le pays d'origine de la personne.

Deuxièmement, on ne sait trop pourquoi la fouille d'un appareil devrait être assujettie à un seuil plus bas que celui exigé pour qu'un agent puisse ouvrir et fouiller du courrier à un poste frontalier, alors que la Loi sur les douanes exige des motifs raisonnables de soupçonner. L'inspection d'un article de courrier est sans doute moins approfondie et potentiellement moins intrusive que celle d'un appareil numérique qui peut contenir des textos, des photos, des documents personnels et des courriels datant de plusieurs années.

Troisièmement, l'existence de motifs raisonnables de soupçonner est une norme souple qui n'imposerait pas de contraintes excessives aux autorités frontalières.

Dans le récent arrêt dans l'affaire *R. c. Stairs*, la Cour suprême du Canada a affirmé que :

[...] pour établir l'existence de soupçons raisonnables, les policiers ont besoin d'un ensemble de faits objectivement discernables appréciés à la lumière de toutes les circonstances.

La cour a précisé que la norme était fondée sur une possibilité et non sur une probabilité, et que l'appréciation devait « s'appuyer sur des faits, être souple et relever du bon sens et de l'expérience pratique quotidienne ».

De plus, dans l'affaire *R. c. Pike*, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a rejeté les arguments de la Couronne selon lesquels l'application d'une norme fondée sur l'existence de motifs raisonnables de soupçonner serait trop contraignante. La cour a fait remarquer, au paragraphe 77:

Le soupçon raisonnable a été jugé conforme aux exigences constitutionnelles dans d'autres contextes et imposerait une norme qui protège l'intérêt public à la frontière.

En tenant compte de ces affaires, ainsi que du fait que les tribunaux ont reconnu le caractère sensible et intrusif de la fouille des appareils numériques, je ne suis pas convaincu de la nécessité d'appliquer une norme moins rigoureuse que celle fondée sur l'existence de soupçons raisonnables, qui est appliquée avec succès dans d'autres contextes réglementaires, y compris celui de la Loi sur les douanes.

Avant de conclure, permettez-moi de mentionner brièvement quelques exigences importantes en matière de procédure et de responsabilité qui devraient également être incluses dans le cadre juridique à l'appui d'un seuil établi dans la loi. Il s'agit d'importantes questions soulevées dans le cadre de notre enquête concernant l'ASFC relativement à l'examen d'appareils numériques. Les voici : des exigences précises en matière de tenue de documents relativement à la fouille d'appareils,

technical procedures and requirements are in place to disable network connectivity, thus limiting the scope of the search to only that which is stored on the phone; rules for password collection and retention limits; and mechanisms for complaint, redress and independent oversight.

A search of a personal digital device is inherently intrusive, and I believe important questions remain as to whether the novel threshold proposed in this bill achieves the correct balance. While my remarks today have focused on the threshold on the Customs Act, we would also point out that the same threshold met examinations under the Preclearance Act for a much broader scope of reasons. I would suggest that this aspect of the bill is worthy of distinct consideration, and the broader grounds in the Preclearance Act is a further reason for having a reasonable to suspect standard.

Thank you, and we would be happy to take your questions.

The Chair: Thank you, Mr. Morris.

Before we proceed, I just want to note that we have also been joined today by Senator Gwen Boniface, who is the sponsor of the bill.

I see that Mr. Homan is online with us now. Mr. Homan, would you like to add anything before we go to questions? We should at least test your audio, so if you do have anything to add, please proceed.

Brent Homan, Deputy Commissioner, Compliance Sector, Office of the Privacy Commissioner of Canada: I don't have anything [Technical difficulties] that my colleague shared, and hopefully the mic is working right now. Let me know if not.

The Chair: Still having some trouble with it, I'm afraid.

Mr. Homan: Okay. Thank you.

The Chair: We'll now proceed to questions. Please note that we have to finish at 3 p.m., so please be succinct. We'll have five minutes for each question and answer. The first question goes, as usual, to our deputy chair, Senator Dagenais.

[*Translation*]

Senator Dagenais: My first question is for Mr. Homan.

notamment des obligations de consigner les indicateurs justifiant la fouille; certaines exigences et procédures techniques visant à limiter la portée de la fouille à ce qui est stocké dans le téléphone et à désactiver la fonction de communication réseau; des règles relatives à la collecte des mots de passe et des limites quant à leur conservation; des mécanismes de plainte et de recours, et une surveillance indépendante.

La fouille d'un appareil numérique personnel est de, par sa nature même, envahissante et je crois que d'importantes questions subsistent quant à savoir si le nouveau seuil proposé dans le projet de loi permettrait d'atteindre un juste équilibre. Mes observations d'aujourd'hui ont porté sur le seuil prévu par la Loi sur les douanes, mais je tiens à souligner que ce même seuil permettrait d'effectuer des examens en vertu de la Loi sur le précontrôle pour des motifs ayant une portée beaucoup plus générale. À mon avis, cet aspect du projet de loi mériterait une attention particulière, et les motifs plus généraux énoncés dans la Loi sur le précontrôle constituent une autre raison d'établir une norme fondée sur des motifs raisonnables de soupçonner.

Merci de votre attention. Nous répondrons maintenant volontiers à vos questions.

Le président : Merci, maître Morris.

Avant de poursuivre, je tiens à signaler que la sénatrice Gwen Boniface, qui est la marraine du projet de loi, s'est jointe à nous.

Je vois que M. Homan est en ligne avec nous. Monsieur Homan, voulez-vous ajouter quelque chose avant que nous passions aux questions? Nous devrions au moins vérifier votre signal audio et, si vous avez quelque chose à ajouter, je vous invite à y aller.

Brent Homan, sous-commissaire, Secteur de la conformité, Commissariat à la protection de la vie privée du Canada : Je n'ai rien [Difficultés techniques] dont mon collègue a parlé. J'espère que mon micro fonctionne en ce moment. Si ce n'est pas le cas, dites-le moi.

Le président : Je constate que le problème n'est toujours pas réglé.

M. Homan : Compris. Merci.

Le président : Nous passons maintenant aux questions. Veuillez noter que nous devons terminer à 15 heures. Je vous demande donc d'être concis. Chaque intervenant disposera de cinq minutes, questions et réponses comprises. Comme d'habitude, c'est notre vice-président, le sénateur Dagenais, qui aura la parole en premier.

[*Français*]

Le sénateur Dagenais : Ma première question s'adresse à M. Homan.

Mr. Homan, my question is related to the court ruling that led to the introduction of this bill.

Was the Office of the Privacy Commissioner of Canada consulted before the groundwork was laid for this bill?

Mr. Morris: I'll answer for Mr. Homan since he's having technical difficulties.

First of all, after our investigation, we made our recommendations to the Canada Border Services Agency in 2019, and we made recommendations in terms of reforming the act.

CBSA said that these recommendations would be studied in detail. Following the *Canfield* decision of the Alberta Court of Appeal, we contacted the Department of Public Safety Canada and offered our consultation services on the amendments, but we were not consulted. We were made aware of the bill when it was tabled in Parliament.

Senator Dagenais: There are civil liberties groups that have appeared before us that are opposed to certain phrases, such as "reasonable grounds to suspect" or "reasonable general concerns," that are used in this bill. Is there a more appropriate term that would allow border services officers to justify a search of digital devices without it being abusive?

Mr. Morris: We think the appropriate standards are those found in other aspects of the Customs Act, in other words, there must be reasonable grounds to suspect.

Senator Dagenais: When we heard from the official from the Canada Border Services Agency last week, he said that the introduction of the new standards wouldn't result in any additional burden on officers, noting that they had already been doing this kind of search since 2017. Have you had any reports of abuse in relation to this practice? Could there be abuse? What we understand is that border services officers were already carrying out these practices before the bill.

Mr. Morris: In the investigation we released in October 2019, we found that there had been failings in the implementation of the policy. We looked at six complaints where CBSA examined handheld devices, and in all of those complaints there was at least one failing, whether it was that the officers did not take notes or that they exceeded their authority to examine the devices. So it's possible that there will be failings, since we saw them during our investigation.

Monsieur Homan, ma question est liée au jugement de la cour qui a entraîné la présentation de ce projet de loi.

Le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada a-t-il été consulté avant que l'on jette les bases de ce projet de loi?

Me Morris : Je vais répondre pour M. Homan, puisqu'il a des difficultés techniques.

Tout d'abord, après notre enquête, nous avons fait nos recommandations auprès de l'Agence des services frontaliers du Canada en 2019 et nous avons fait des recommandations sur le plan de la réforme de la loi.

L'Agence des services frontaliers a dit que ces recommandations seraient étudiées en détail. Après la décision *Canfield* de la Cour d'appel de l'Alberta, nous avons communiqué avec le ministère de la Sécurité publique du Canada et nous avons offert nos services de consultation concernant les amendements, mais nous n'avons pas été consultés. Nous avons été informés de l'existence du projet de loi lorsqu'il a été déposé devant le Parlement.

Le sénateur Dagenais : Il y a des groupes de défense des libertés civiles qui ont comparu devant nous et qui sont réfractaires à certaines expressions, comme « motifs raisonnables de soupçonner » ou « préoccupations générales raisonnables », qui sont utilisées dans ce projet de loi. Existe-t-il une expression plus appropriée qui permettrait aux agents des services frontaliers de justifier une fouille des appareils numériques sans que cela soit abusif?

Me Morris : Selon nous, les normes appropriées sont celles que l'on retrouve dans d'autres aspects de la Loi sur les douanes, c'est-à-dire qu'il faut avoir des motifs raisonnables de soupçonner.

Le sénateur Dagenais : Lorsque nous avons entendu le responsable de l'Agence des services frontaliers la semaine dernière, il a affirmé que la mise en place des nouvelles normes n'allait pas entraîner un fardeau supplémentaire pour les agents, en indiquant qu'ils faisaient déjà ce type de fouille depuis 2017. Avez-vous déjà eu des signalements d'abus relativement à cette pratique? Pourrait-il y avoir des abus? Ce que l'on comprend, c'est que les agents des services frontaliers appliquaient déjà ces pratiques avant le projet de loi.

Me Morris : Dans l'enquête que nous avons publiée en octobre 2019, nous avons constaté qu'il y avait eu des manquements dans la mise en œuvre de la politique. Nous avons examiné six plaintes où l'Agence des services frontaliers a examiné des appareils portables; dans toutes ces plaintes, on a trouvé au moins un manquement, que ce soit que les agents n'ont pas pris de notes ou qu'ils ont outrepassé leur autorité d'examiner les appareils. Donc, il est possible qu'il y ait des manquements, puisqu'on en a vu lors de notre enquête.

Senator Dagenais: I have the impression that we're in the process of passing a bill that will regularize what is already being done and that violates the constitutional rights of citizens. I find that worrisome. In other words, we're being asked to regularize a bill, but there are already practices under way. What is your opinion on that?

Mr. Morris: I think we agree that, first, there is a unique context at the borders. The government has an important interest in controlling what happens at the border. However, portable devices can contain a large amount of sensitive information. So it's important to find a balance. For us, this balance is found in the reasonable grounds standards.

Senator Dagenais: If the bill wasn't passed, could the integrity of Canada's border be compromised? If so, how might it be compromised? The bill hasn't yet been passed.

[English]

The Chair: We are running out of time, so can you be brief with your answer?

[Translation]

Mr. Morris: Something must be done to respond to the Alberta and Ontario court rulings; we can't afford to have differences between the provinces, as is currently the case.

Senator Dagenais: Thank you very much.

[English]

The Chair: Before we go to Senator Boisvenu, I wanted to recognize Senator Paula Simons from Alberta, who also joins the committee today. Welcome, Senator Simons.

[Translation]

Senator Boisvenu: Welcome to our witness.

When Mr. Mendicino appeared before the committee last week, he insisted that training was going to solve the privacy issue. Do you agree?

Mr. Morris: Clearly, training is important. It's something we recommended in our 2019 investigation, that CBSA should increase the level of training.

However, we think it's not enough if the legal standard for examining portable devices is too low. So it's important, but it's not enough.

Le sénateur Dagenais : J'ai l'impression qu'on est en train d'adopter un projet de loi qui régularisera ce qui se fait déjà actuellement et qui enfreint les droits constitutionnels des citoyens. Je trouve cela inquiétant. Autrement dit, on nous demande de régulariser un projet de loi, mais il y a déjà des pratiques en cours. Quelle est votre opinion à ce sujet?

Me Morris : Je pense que l'on est d'accord pour dire que, premièrement, il y a un contexte unique aux frontières. L'État a un intérêt important à contrôler ce qui passe à la frontière. Par contre, les appareils portables peuvent contenir une grande quantité d'informations sensibles. Donc, il faut trouver un équilibre. Pour nous, cet équilibre se trouve dans les normes relatives aux motifs raisonnables.

Le sénateur Dagenais : Si le projet de loi n'était pas adopté, est-ce que l'intégrité des frontières canadiennes pourrait être compromise? Si tel est le cas, de quelle façon pourrait-elle être compromise? En ce moment, le projet de loi n'est pas encore adopté.

[Traduction]

Le président : Nous allons manquer de temps. Répondez brièvement, je vous prie.

[Français]

Me Morris : Il faut faire quelque chose pour répondre aux décisions des cours de l'Alberta et de l'Ontario; on ne peut pas se permettre d'avoir des différences entre les provinces, comme c'est le cas actuellement.

Le sénateur Dagenais : Merci beaucoup.

[Traduction]

Le président : Avant de donner la parole au sénateur Boisvenu, je tiens à saluer la sénatrice Paula Simons, de l'Alberta, qui s'est jointe à nous aujourd'hui. Bienvenue, sénatrice Simons.

[Français]

Le sénateur Boisvenu : Bienvenue à notre témoin.

Lors de la comparution du ministre Mendicino devant le comité la semaine dernière, il a insisté sur le fait que la formation allait résoudre le problème sur le plan de la protection de la vie privée. Êtes-vous du même avis?

Me Morris : Il est évident que la formation est importante. C'est quelque chose que nous avons recommandé dans notre enquête de 2019, c'est-à-dire que l'Agence des services frontaliers devait accroître le niveau de formation.

Toutefois, à notre avis, cela ne suffit pas si la norme juridique pour examiner les appareils portables est trop basse. Donc, c'est important, mais ce n'est pas suffisant.

Senator Boisvenu: Police and peace officers are all familiar with the concept of “reasonable grounds,” whether it’s a search or an investigation. We’re talking here about reasonable circumstances. Do you think using the term “circumstances” instead of “grounds” lowers the standard of privacy?

Mr. Morris: As I understand it, the proposed standard is “a reasonable general concern.” I understand that the intention is to have a lower standard than reasonable grounds to suspect. We don’t think it will strike the right balance between privacy and other government interests.

Senator Boisvenu: When people file complaints with the federal government, the bureaucratic process is often very cumbersome. If this new concept of “a reasonable general concern” is adopted, won’t it penalize citizens in terms of their privacy?

Mr. Morris: It will create uncertainty. It’s a new standard that hasn’t been tested in the courts. Moreover, we think it’s vague. What is a general concern? In that sense, it is likely to lead to more disputes and debate between citizens and border services, which will take time to resolve. I don’t think the uncertainty is a good thing.

In comparison, the “reasonable grounds to suspect” standard is well known and doesn’t result in the same uncertainty.

[English]

Senator Dalphond: In answer to a question from Senator Dagenais, you said that you were not consulted in the drafting of Bill S-7, especially in connection with privacy issues, despite the fact that you had issued two reports about that — one about complaints and a further report a year later?

Mr. Morris: That is correct.

Senator Dalphond: I understand from what you’re saying today that, based on what you discovered through your inquiry, relying on policies is unsafe because, in practice, border officers do not comply with these policies, especially in terms of taking notes. Of course, notes are critical in any judicial review of the process.

Mr. Morris: That was one of the findings we had and one of the reasons we recommended legislative reform.

Senator Dalphond: Was it many of the officers who were not taking notes, or was it the odd case?

Le sénateur Boisvenu : Les corps policiers et les agents de la paix connaissent tous la notion de « motifs raisonnables », qu’il s’agisse d’une fouille ou d’une enquête. On parle ici de circonstances raisonnables. Selon vous, baisse-t-on les normes de protection de la vie privée en employant le terme « circonstances » plutôt que le mot « motifs »?

Me Morris : Si je comprends bien, la norme proposée est celle de « préoccupations générales raisonnables ». Je comprends que l’intention est d’avoir une norme inférieure à celle des motifs raisonnables de soupçonner. À notre avis, cela ne créera pas un bon équilibre entre la protection de la vie privée et les autres intérêts de l’État.

Le sénateur Boisvenu : Lorsque les gens déposent des plaintes auprès du gouvernement fédéral, le processus bureaucratique est souvent très lourd. Si l’on adopte cette nouvelle notion de « préoccupations générales raisonnables », cela ne risque-t-il pas de pénaliser les citoyens sur le plan du respect de leur vie privée?

Me Morris : Cela va créer de l’incertitude. Il s’agit d’une nouvelle norme qui n’a pas été testée devant les tribunaux. De plus, à notre avis, elle est vague. Qu’est-ce qu’une préoccupation générale? En ce sens, cela risque de donner lieu à plus de litiges et de débats entre les citoyens et les services frontaliers qui prendront du temps à régler. Je crois que cette incertitude n’est pas une bonne chose.

En comparaison, la norme de « motif général de soupçonner » est bien connue et n’entraîne pas la même incertitude.

[Traduction]

Le sénateur Dalphond : En réponse à une question du sénateur Dagenais, vous avez dit n’avoir pas été consultés lors de la rédaction du projet de loi S-7, notamment sur les questions de protection de la vie privée, malgré le fait que vous aviez publié deux rapports à ce sujet, celui sur les plaintes et un autre un an plus tard?

Me Morris : C’est exact.

Le sénateur Dalphond : D’après ce que je comprends de ce que vous dites aujourd’hui, d’après ce que vous avez découvert dans le cadre de votre enquête, il est risqué de compter sur l’application des politiques, puisque, dans la pratique, les agents frontaliers ne les respectent pas, surtout en ce qui concerne la prise de notes. Bien entendu, les notes sont essentielles à toute révision judiciaire du processus.

Me Morris : C’est l’une des conclusions que nous avons tirées et l’une des raisons pour lesquelles nous avons recommandé une réforme législative.

Le sénateur Dalphond : Ces agents, sont-ils nombreux à ne pas prendre de notes, ou s’agit-il de cas isolés?

Mr. Morris: That is a good question. I believe it was most of them. This is a widespread issue. I can get you the exact number, but it was a large number of the complaints that did not have appropriate notes.

In all six cases we examined, border services officers failed to record the indicators that led to the progressive search of the complainants' digital devices, which areas of the devices or media were accessed during the search or the reasons why those areas were searched. This made it difficult for our office to assess whether the CBSA had demonstrated that it met the threshold required by the policy for the examination of six complainants' devices for the six complaints we looked at.

Senator Dalphond: Thank you.

Senator Wells: Thank you, Mr. Morris and Mr. Homan, for appearing today.

We are told that, flowing from this legislation, there is going to be an obligation that personal digital devices be examined in non-connectivity mode. We also know that it flows from their policy that they examine personal digital devices in non-connectivity mode. We also know that is regularly violated. I have seen this directly. Those who have seen the show "Border Security: Canada's Front Line" see border security officers regularly thumbing through bank records and things like that to find out if people have sufficient funds to enter Canada. Mr. Morris, do you believe that there is a benefit in enshrining in the legislation the obligation of CBSA officers to inform travellers of their rights in respect to non-connectivity searches?

Mr. Morris: We would support transparency to individual travellers around their rights with regard to searches of personal digital devices, given the important interests at stake.

Senator Wells: Would you also say this would assist in protecting personal privacy vis-à-vis the things you look at on a daily basis in your positions?

Mr. Morris: Certainly, transparency is an important part of privacy rights. Informing individuals of what their rights are, as well as the circumstances in which their devices can be examined, is important.

Senator Wells: Thank you.

Senator Jaffer: Thank you to Mr. Homan and Mr. Morris for being here today.

Mr. Morris, I have a number of questions for you, one of which is really bothering me.

Me Morris : C'est une bonne question. Je crois que c'était la plupart d'entre eux. C'est un problème généralisé. Je pourrai vous trouver le chiffre exact, mais dans beaucoup de cas de plainte, les notes appropriées n'existaient pas.

Dans les six cas que nous avons examinés, les agents des services frontaliers n'ont pas consigné les indicateurs qui ont mené à la fouille progressive des appareils numériques des plaignants, à savoir quels secteurs des appareils ou des supports d'information ont été vérifiés pendant la fouille ou les raisons pour lesquelles ils l'ont été. Dans les six plaintes que nous avons examinées, il a donc été difficile pour nous d'évaluer si l'ASFC avait respecté le seuil requis par la politique pour l'examen des appareils des plaignants.

Le sénateur Dalphond : Merci.

Le sénateur Wells : Je vous remercie, maître Morris et monsieur Homan, de comparaître aujourd'hui.

On nous dit que ce texte de loi créera l'obligation d'examiner les appareils numériques personnels en mode de non-connectivité. Nous savons aussi que la politique actuelle prévoit l'examen des appareils numériques personnels en mode de non-connectivité, mais également que cette politique est régulièrement enfreinte. Je l'ai constaté directement. Ceux qui ont regardé l'émission *Border Security: Canada's Front Line* ont vu des agents de la sécurité frontalière consulter, comme de routine, les dossiers bancaires et d'autres sources de ce genre pour déterminer si les gens ont suffisamment d'argent pour entrer au Canada. Maître Morris, croyez-vous qu'il soit utile d'inscrire dans la loi l'obligation pour les agents de l'ASFC d'informer les voyageurs de leurs droits en matière de fouilles en mode de non-connectivité?

Me Morris : Vu les intérêts importants en cause, nous sommes en faveur de la transparence à l'égard des droits des voyageurs en ce qui concerne la fouille des appareils numériques personnels.

Le sénateur Wells : Diriez-vous également que cela aiderait à protéger la vie privée par rapport aux choses que vous examinez quotidiennement dans le cadre de vos fonctions?

Me Morris : La transparence est certainement un élément important du droit à la vie privée. Il importe d'informer les gens de leurs droits, ainsi que des circonstances dans lesquelles leurs appareils peuvent être examinés.

Le sénateur Wells : Merci.

La sénatrice Jaffer : Je remercie M. Homan et Me Morris d'être ici aujourd'hui.

Maître Morris, j'ai à vous questionner sur plusieurs points, dont l'un me tracasse en particulier.

I don't read *Canfield* this way, and maybe I'm wrong, but I got the impression from the minister and others that the judge allowed for a lower bar than would be reasonable grounds to suspect, and that's why the minister has brought in lower grounds. What is your interpretation of *Canfield*?

Mr. Morris: Certainly, there is language that the court in *Canfield* left open in terms of the issue of what the appropriate threshold should be. I would note that at paragraph 75 of the decision — which I think is the paragraph that the CBSA quoted — the court said that:

. . . the search of electronic devices may be something less than the reasonable grounds to suspect required for a strip search under the *Customs Act*.

It didn't say "would"; it said "may be" and left open the issue for Parliament to consider.

It is also important to look at the decision in *R v. Pike*, which considered the same issue and also found the statute to be unconstitutional. The court had a number of things to say about the reasonable grounds to suspect standard that I think are relevant.

Starting at paragraph 77, the court said that reasonable suspicion has been held to meet constitutional requirements in other contexts. The court did not agree with the Crown in that reasonable suspicion is a rigorous standard or that it was an overly onerous threshold, and it pointed out that the reasonable suspicion threshold has been commonly used in other Custom Act search provisions, including to open mail, as we noted in our opening remarks. It said based on the evidence that was presented by the Crown in that case, there was a real concern that the CBSA was overstating the hindrance to a search posed by a legal threshold, and that's in the context of arguments against a "reasonable grounds to suspect" threshold.

So the issue is left open. It's for Parliament to decide what is the most appropriate threshold, in our view.

Senator Jaffer: I'm a little reluctant to ask you this because you, of all people, would not want to speculate what the judge was thinking, but the judge did leave it to Parliament to decide what the right test was. It wasn't up to the judge, and that's why he left the door open. Would you not agree that it should be parliamentarians who have a better pulse of what their citizens require and what is less ambiguous, so he left it to the parliamentarians to decide?

Peut-être que je me trompe, mais ce n'est pas ainsi que je comprends l'arrêt *Canfield*. J'ai eu l'impression, d'après ce qu'ont dit le ministre et d'autres témoins, que le juge admettait un seuil inférieur à celui des motifs raisonnables de soupçonner, et c'est pourquoi le ministre introduit des motifs moins sérieux. Quelle est votre interprétation de l'arrêt *Canfield*?

Me Morris : Il est certain que la cour n'a pas précisé dans l'arrêt *Canfield* quel devrait être le seuil approprié. Je signale qu'au paragraphe 75 de l'arrêt — que l'ASFC a cité, je crois — la cour dit que le seuil :

[...] pourrait être inférieur peut être inférieur aux motifs raisonnables de soupçonner requis pour procéder à une fouille à nu en vertu de la *Loi sur les douanes*.

Elle n'a pas dit « serait », mais bien « pourrait être », laissant ainsi au Parlement le soin de se pencher sur la question.

Il importe également d'examiner l'arrêt *Pike*, qui portait sur la même question et qui a aussi conclu à l'inconstitutionnalité de la loi. La cour a fait un certain nombre d'observations concernant la norme des motifs raisonnables de soupçonner qui me semblent pertinentes.

La cour fait observer, à partir du paragraphe 77, que le soupçon raisonnable a été jugé conforme aux exigences constitutionnelles dans d'autres contextes. Elle rejette l'argument de la Couronne selon lequel le soupçon raisonnable était une norme trop rigoureuse ou qu'il constituait un seuil trop élevé et elle souligne que le seuil du soupçon raisonnable figure dans un certain nombre de dispositions de la Loi sur les douanes relatives aux fouilles, y compris pour ouvrir le courrier, comme nous l'avons mentionné dans notre déclaration préliminaire. Elle affirme, à la lumière de la preuve présentée par la Couronne dans cette affaire et dans le contexte des arguments contre le seuil des « motifs raisonnables de soupçonner », qu'il y avait tout lieu de croire que l'ASFC avait exagéré l'entrave que posait un seuil juridique à l'exécution d'une fouille.

La question reste donc ouverte. À nos yeux, c'est au Parlement qu'il appartient de décider quel est le seuil le plus approprié.

La sénatrice Jaffer : J'hésite un peu à vous poser cette question parce que vous êtes la dernière personne qui voudrait spéculer sur ce que le juge pensait en laissant au Parlement le soin de décider quel était le bon critère. Ce n'était pas au juge d'en décider, et c'est pourquoi il a laissé la porte ouverte. N'êtes-vous pas d'accord pour dire que ce sont les parlementaires qui sont les mieux placés pour savoir ce dont les citoyens ont besoin et ce qui est moins ambigu, et que c'est pour cela qu'il a laissé aux parlementaires le soin de décider?

Mr. Morris: That's right. In both cases, *Canfield* and *Pike*, the court said that the delicate balancing is better left for Parliament to take into account the privacy interests and the interests of the state in protecting the border.

Senator Jaffer: My big concern is what you said about ambiguity, the reasonable general concern. There is no precedent. I have looked, and I haven't found any around the world in common law jurisdictions. The ambiguity would even be for the CBSA officers who are usually expected to do a reasonable grounds to suspect test.

What concerns me is that, for a letter, you have to have reasonable grounds to suspect, but for digital devices, which for me is sort of another letter, it's not the same test. I have real concerns that it's a double standard, just even, say, for a letter. Would you agree with me that it is a double standard?

Mr. Morris: Yes. As we said in our opening remarks, we do not see why you would have reasonable grounds to suspect to open mail, which by definition will be more limited in what it can contain than a digital device, which can contain a whole host of varied information in large quantities, a detailed portrait of an individual and their life, their banking information and their health information. We are not just talking about phones in this legislation. We are also talking about someone's personal laptop computer, which can contain vast quantities and quite sensitive information. We would agree that it would be incongruous to have a higher threshold for opening mail than to examine a personal electronic digital device, which can contain such intimate information.

Senator Jaffer: Thank you, Mr. Morris.

Senator M. Deacon: Thank you for being here.

I'm going to shift to a question around the complaints mechanism. One aspect, in listening last week and continuing to pursue this legislation that I'm trying to understand, is what recourse an individual has if they think they were unfairly targeted by a border services officer. About a week ago, the officials mentioned a mosaic or a variety of ways to file complaints. One was this new civilian oversight body, one was directly with CBSA, and the other one was with your office. To me, it sounded a bit like a menu or up to, perhaps, the one who wants to grieve to figure out where to go. I'm wondering if we have a more centralized or aligned way to easily access the system to lodge complaints. I'm wondering what your opinion is on this, if there needs to be a more centralized system of filing a complaint or if this buffet of options is okay.

Me Morris : Vous avez raison. Dans les deux affaires, *Canfield* et *Pike*, le juge a préféré laisser au Parlement le soin d'établir l'équilibre délicat entre les droits à la vie privée et les intérêts de l'État en matière de protection de la frontière.

La sénatrice Jaffer : Ce qui me préoccupe le plus, c'est ce que vous avez dit au sujet de l'ambiguïté qui entoure le critère de la préoccupation générale raisonnable. Il n'a pas de précédent. J'ai vérifié et je n'en ai trouvé aucun ailleurs au monde dans les pays de common law. Cette ambiguïté existerait même pour les agents de l'ASFC, qui sont ordinairement appelés à appliquer le critère des motifs raisonnables de soupçonner.

Ce qui me préoccupe, c'est que, pour ouvrir une lettre, il faut avoir des motifs raisonnables de soupçonner, mais que pour les appareils numériques, qui sont, à mon sens, un autre moyen de communication écrite, ce n'est pas le même critère qui s'appliquerait. Je crains vraiment qu'il y ait deux poids, deux mesures, ne serait-ce, par exemple, que pour ouvrir une lettre. Êtes-vous d'accord avec moi pour dire qu'il y aurait deux poids, deux mesures?

Me Morris : Oui. Comme nous l'avons dit dans notre déclaration préliminaire, nous ne voyons pas pourquoi il faudrait des motifs raisonnables de soupçonner pour ouvrir le courrier, qui, par définition, est plus limité dans ce qu'il peut contenir qu'un appareil numérique, qui peut fournir une foule de renseignements variés en grande quantité, un portrait détaillé d'une personne et de sa vie, des renseignements sur ses comptes bancaires et sur la santé. Il n'est pas seulement question de téléphones dans ce projet de loi, mais aussi des ordinateurs personnels portables des gens, qui peuvent contenir de grandes quantités de renseignements passablement délicats. Nous sommes d'accord pour dire qu'il serait incongru d'avoir un seuil plus élevé pour ouvrir le courrier que pour examiner un appareil électronique numérique personnel, qui peut contenir des renseignements tout aussi privés.

La sénatrice Jaffer : Merci, maître Morris.

La sénatrice M. Deacon : Je vous remercie de votre comparution ici aujourd'hui.

J'ai une question concernant le mécanisme des plaintes. Un point que j'ai tenté de comprendre, pendant les témoignages de la semaine dernière et tout au long de l'étude du projet de loi, c'est le recours qu'aurait une personne qui estime avoir été injustement ciblée par un agent des services frontaliers. Il y a environ une semaine, les fonctionnaires qui témoignaient ont fait état d'une mosaïque ou d'une diversité d'organismes où déposer les plaintes. Il y avait d'abord ce nouvel organisme de surveillance civile, un autre qui relèverait directement de l'ASFC, puis le Commissariat à la protection de la vie privée. À mes yeux, cela ressemblait un peu à un menu de restaurant ou, peut-être, à un choix donné au plaignant éventuel de s'adresser à qui il veut. Je me demande pourquoi nous n'aurions pas un mécanisme plus centralisé ou harmonisé permettant d'accéder

Mr. Morris: We are still studying Bill C-20, which will create a new independent oversight body, so I don't want to comment too much on that. I think we would be happy to comment on it later if called upon.

Our office is and will remain an option for individuals to file complaints regarding government institutions and their handling of personal information, and that would include CBSA. So by definition, there's going to be some overlap. I don't think having multiple mechanisms is necessarily problematic, as long as it's clear to individuals their right of recourse and that they do have the ability to seek independent recourse and remedies that are appropriate for the nature of the complaint.

Senator M. Deacon: Thank you.

Maybe just to follow up on another piece that we talked about last week and continues today, we talk about this threshold. We know that, in 2017, the language was reasonable grounds to suspect. Last week, Minister Mendicino gave us examples of behaviour that would justify a search under the proposed threshold of reasonable general concern. He talked about shifting weight back and forth, studying, sweating, perhaps some language. For comparison's sake or from your point of view, what kind of basis needs to be established to conduct a search based on the higher threshold of reasonable grounds to suspect? Can they go off behaviour alone, or does some kind of prior evidence, history or a tip need to come first? I am wondering what your thoughts are on that today.

Mr. Morris: That's a difficult question. It will, obviously, depend on the circumstances of the case. There are probably any number of things that could lead to reasonable grounds to suspect.

I think a good example, a practical one, is the *R. v. Pike* case, where the court found that, based on the evidence, there were reasonable grounds to suspect based on the answers that the accused in that case had given to the Border Services officer about the nature of his trip and why he was there. There were inconsistencies in what he said, based on the questioning. I'm just trying to see if there were other factors. It was the nature of the answers to his questions, a previous conviction and the place that he was coming from. In that circumstance, the court said that, in the totality of the circumstances, that led to a reasonable suspicion.

facilement au système pour déposer les plaintes. Je me demande ce que vous en pensez, s'il faut un système plus centralisé pour le dépôt des plaintes ou si ce buffet d'options est acceptable.

Me Morris : Nous sommes encore à étudier le projet de loi C-20, qui créera un nouvel organisme de surveillance indépendant. Je ne veux donc pas trop faire de commentaires à ce sujet. Je pense que nous serions heureux d'en faire plus tard si on nous le demandait.

Le commissariat est et demeurera une option pour les particuliers qui souhaitent déposer des plaintes concernant les institutions gouvernementales, y compris l'ASFC, et leur traitement des renseignements personnels. Il y aura donc, par la force des choses, un certain chevauchement. Je ne pense pas que le fait d'avoir de multiples mécanismes soit nécessairement problématique, pour peu que les gens sachent clairement qu'ils ont un droit de recours et la faculté de demander un examen indépendant et approprié à la nature de leur plainte.

La sénatrice M. Deacon : Merci.

Je veux revenir sur un autre élément qui a été discuté la semaine dernière, et qui l'est encore aujourd'hui, celui du seuil à atteindre. On sait qu'en 2017, il était question de motifs raisonnables de soupçonner. La semaine dernière, le ministre Mendicino nous a donné des exemples de comportements qui justifieraient une fouille en application du seuil proposé de préoccupation générale raisonnable. Il a donné l'exemple d'une personne qui se dandinerait, qui aurait des gestes étudiés, qui serait en sueur, qui manifesterait peut-être un peu de nervosité en parlant. À titre de comparaison, ou de votre point de vue, sur quelles bases faut-il décider d'effectuer une fouille fondée sur le critère plus élevé des motifs raisonnables de soupçonner? Les agents frontaliers peuvent-ils en décider simplement en fonction du comportement, ou faut-il d'abord avoir connaissance de preuves, d'antécédents ou d'une dénonciation? Je me demande ce que vous en pensez aujourd'hui.

Me Morris : La question est difficile. Évidemment, cela dépendra des circonstances dans chaque cas. Il y a probablement toutes sortes de choses qui pourraient susciter des motifs raisonnables de soupçonner.

Je pense qu'un bon exemple, un exemple concret, c'est l'affaire *R. c. Pike*, dans laquelle la cour a conclu, en se fondant sur la preuve, qu'il existait des motifs raisonnables de soupçonner, compte tenu des réponses données par l'accusé à l'agent frontalier au sujet de la nature de son voyage et de sa raison de l'entreprendre. Il y avait des incohérences dans ce qu'il disait en réponse aux questions. J'essaie simplement de voir s'il y a d'autres facteurs. C'était la nature de ses réponses aux questions, une condamnation antérieure et l'endroit d'où il venait. Dans ce cas, la cour a jugé que, vu l'ensemble des circonstances, cela avait éveillé un soupçon raisonnable.

We would highlight, again, the Supreme Court's decision in *R. v. Stairs*, which was issued a few weeks ago, highlighting the flexible nature of the standard. It is a standard that is based on the totality of the circumstances and is meant to be flexible. It's meant to be a lower standard than reasonable grounds to believe. It's fact-based, flexible and grounded in common sense.

Senator Yussuff: Thank you, witnesses, for being here.

Let me deal with the element that is missing from Bill S-7. You have listed four of them. The one that's not included is the client-solicitor privilege. I notice that's not mentioned. It was raised with us by a previous witness. If these four additional points were to be covered in the regulation, would that give some certainty to some of the points that have been raised here, as long as we know the regulation will apply on a consistent basis to travellers crossing the border?

Mr. Morris: Yes. If they are included in the regulations, then they are part of the legal framework. We don't have the text of the regulations to scrutinize right now, so there's a bit of uncertainty about what those requirements actually look like. If the committee is concerned about certainty and making sure that certain fundamental requirements, like note taking, are included in the legal framework, then they should be included in the bill itself. However, in theory, regulations can also supplement the requirements of the legislation.

Senator Yussuff: In regard to the legislation itself, we have a concern in regard to this new standard because it hasn't been tested yet in the courts. What is the worst that could happen if the legislation is passed with the standard remaining as is?

Mr. Morris: I would say that it's not just that the standard is untested, but it also seems too permissive for the privacy interests at stake.

Some of the consequences could be more searches of electronic devices in circumstances that invade the privacy of Canadians more than is warranted. There could also be additional litigation and further uncertainty around what, exactly, is a reasonable general concern, which could lead to overly intrusive searches, potentially, until it's more settled.

Senator Dasko: Thank you to the witnesses.

I have a question about reasonable general concerns. It is known, and you have shown and others have noted, that this standard has not been used in Canadian jurisdiction or elsewhere.

Nous insistons sur l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Stairs*, rendue il y a quelques semaines, qui souligne la souplesse de la norme. Il s'agit d'une norme qui tient compte de l'ensemble des circonstances et qui se veut souple. Il est voulu qu'elle soit moins élevée que celle des motifs raisonnables de croire. Elle repose sur les faits, elle est d'application souple et elle procède du bon sens.

Le sénateur Yussuff : Je remercie les témoins de leur présence.

Permettez-moi de parler de ce qui manque dans le projet de loi S-7. Vous avez énuméré quatre éléments qui en sont absents, dont le secret professionnel. Je constate qu'il n'est pas mentionné. Un témoin précédent nous en a parlé. Si ces quatre éléments supplémentaires étaient visés par le règlement, est-ce que cela apporterait quelque certitude relativement à certains des points qui ont été soulevés ici, dans la mesure où nous saurions que le règlement s'appliquera de façon uniforme aux voyageurs qui traversent la frontière?

Me Morris : Oui. S'ils sont visés par les règlements, ils deviendront partie du cadre juridique. Nous n'avons pas le texte du règlement à examiner en ce moment, et il y a donc un peu d'incertitude quant à la forme que prendront ces exigences. Si le comité s'inquiète de cette incertitude et veut s'assurer que certaines exigences fondamentales, comme la prise de notes, fassent partie du cadre juridique, il faut alors les inclure dans le projet de loi lui-même. Cependant, en théorie, les règlements peuvent aussi suppléer aux dispositions de la loi.

Le sénateur Yussuff : Pour ce qui est du texte de loi lui-même, cette nouvelle norme nous préoccupe parce qu'elle n'a pas encore subi l'épreuve d'un examen judiciaire. Quel est le pire qui pourrait arriver si le projet de loi était adopté sans que la norme soit changée?

Me Morris : Je dirais que ce n'est pas seulement que la norme n'a pas été examinée par les tribunaux, mais aussi qu'elle semble trop permissive en regard des droits à la vie privée qui sont en cause.

Il pourrait en résulter, dans certaines circonstances, des fouilles d'appareils électroniques qui empièteraient plus que nécessaire sur la vie privée des Canadiens. Il pourrait également y avoir de nouveaux litiges et une plus grande incertitude entourant ce qui, exactement, constitue une préoccupation générale raisonnable, ce qui risquerait éventuellement, d'ici à ce que la situation soit éclaircie, de se traduire par des fouilles trop intrusives.

La sénatrice Dasko : Je remercie les témoins.

J'ai une question au sujet des préoccupations générales raisonnables. On sait, et vous l'avez démontré et d'autres l'ont fait remarquer, que cette norme n'a pas été appliquée au Canada

What is your understanding of where it actually came from? Where did the concept or the phrase come from?

Also, have you considered alternatives to this phrase outside of those that already exist and have been used in other pieces of legislation? For example, there is reasonable concerns, taking out the word “general.” Have you considered any alternatives to this phrase that don’t exist already?

Those are my two questions. Thank you.

Mr. Morris: In terms of the first question of where it came from, my understanding is that there was a desire to seek a lower standard in light of the court leaving it open. That is where the thought was given to what could be a lower standard that is more permissive than reasonable grounds to suspect or reasonable grounds to believe. The use of the word “reasonable” is obviously typical vocabulary in a search standard. It implies an objective threshold that is desirable, in our view. It’s the general concern threshold that is new. My understanding is that it was devised to represent a lower threshold.

In terms of your second question, we have not thought about alternatives. In our view, the most logical and commonsense alternative is to go with reasonable grounds to suspect, which is already meant to be a lower threshold that has been devised by the Supreme Court of Canada to address situations where there is a lower expectation of privacy. Given that it’s already in place in the Customs Act and is used in similar contexts, we don’t see the need, or are not convinced by what we have seen for the need, to have a new language and a new threshold that attempts to be higher than mere suspicion but lower than reasonable grounds to suspect.

Senator Dasko: Thank you.

Senator Richards: Thank you to the witnesses.

I think we’re all asking similar questions today, so I will be brief and will ask two quick questions. Because of the words used here and that they are so open-ended — words like “ambiguous,” “flexible” and “general concern” — I have a fear that this becomes as much a matter of personal opinion or random prejudice by certain border guards and that it can’t really be monitored. If that’s the case, how great might the chasm be between theory and practice in this bill? Mr. Morris, please answer that just quickly. Thank you.

Mr. Morris: It goes back to the importance of note-taking, which was an issue we identified in our investigation. There needs to be a clear requirement for officers to document why

ou ailleurs. D’après vous, quelle en est l’origine? D’où vient le concept ou l’expression?

De plus, avez-vous envisagé des formules pour remplacer cette expression, autres que celles qui existent déjà et qui sont employées dans d’autres lois? Par exemple, en supprimant le terme « générales », on aurait la norme fondée sur des « préoccupations raisonnables ». Avez-vous envisagé des formules, qui n’existent pas déjà, pour remplacer cette expression?

Ce sont mes deux questions. Merci.

Me Morris : Pour ce qui est de la première question, si j’ai bien compris, on souhaitait que la norme soit moins rigoureuse, vu que les tribunaux avaient laissé la question ouverte. C’est à ce moment-là qu’on a songé à ce qui pourrait être une norme moins rigoureuse, plus permissive que celles des motifs raisonnables de soupçonner ou de croire. L’emploi du mot « raisonnable » est évidemment typique dans une norme portant sur les fouilles. Il suppose un seuil objectif, ce qui est souhaitable, à notre avis. C’est l’expression « préoccupations générales » qui est nouvelle. Je crois comprendre qu’elle a été formulée ainsi pour représenter un seuil inférieur.

Quant à votre deuxième question, nous n’avons pas pensé à des formules de remplacement. À notre avis, la solution la plus logique et la plus sensée consiste à opter pour les « motifs raisonnables de soupçonner », un seuil censément moins élevé que la Cour suprême du Canada a établi pour les situations où les attentes de protection de la vie privée sont moindres. Comme ce seuil existe déjà dans la Loi sur les douanes et qu’il est appliqué dans des contextes semblables, nous ne voyons pas la nécessité, ou n’en avons pas été convaincus par ce que nous avons vu, d’avoir un nouveau libellé et un nouveau seuil qu’on voudrait plus élevé que celui fondé sur le simple soupçon, mais moins élevé que celui fondé sur motifs raisonnables de soupçonner.

La sénatrice Dasko : Merci.

Le sénateur Richards : Merci aux témoins.

Il me semble que nous posons tous des questions semblables aujourd’hui, et je serai donc concis et m’en tiendrai à deux brèves questions. À cause des termes utilisés ici et du fait qu’ils sont tellement vagues — des mots comme « ambigu », « souple » et « préoccupation générale » —, je crains que cela devienne une question d’opinions personnelles ou de préjugés quelconques chez certains frontaliers et que la situation échappe à toute réelle surveillance. Si tel est le cas, à quel degré pourrait atteindre, dans le sillage de ce projet de loi, l’écart entre la théorie et la pratique? Maître Morris, je vous prie de répondre brièvement. Merci.

Me Morris : Cela nous ramène à l’importance de la prise de notes, un problème que nous avons relevé dans le cadre de notre enquête. Il faut exiger clairement que les agents documentent la

they are doing the search and how they perform the search. That's going to increase accountability and hopefully address instances where the threshold has not been met. The threshold does have to be objective, even under the proposal in Bill S-7. It's a reasonable general concern, so it has to be not just the officer's subjective views but objectively reasonable based on the circumstances. Our concern is that the phrase general concern is too permissive and would allow for searches in a broad range of circumstances. However, I think that note taking is also a fundamental requirement that will hopefully be addressed in this bill.

Senator Richards: But there could be a rather wide chasm between the theory of this bill and the practice by certain border guards.

Mr. Morris: There's always the potential that the authorities, policies and rules are not followed. That's when you want to have important accountability mechanisms in place. In our investigation, we recommended enhanced accountability, oversight and enhanced training for border officers. Those measures were introduced into the revised version of the CBSA's policy, and that's a good thing, but going forward, those accountability mechanisms need to continue to exist to ensure the authorities are used appropriately.

Senator Richards: Thank you.

Senator Boniface: Mr. Morris and Mr. Homan, thank you for being here.

Mr. Morris, section 98 of the Customs Act deals with the issue of strip searches. If I'm correct in the way I read it, they require a reasonable grounds to suspect threshold. In *Canfield*, I would say they left the door open for a lesser threshold. I'm wondering if you can just comment on the search of a personal digital device and its intrusion on privacy and how that compares to the strip search. I know what's obvious, but I'm asking in terms of the use of that reasonable grounds threshold, which you indicated was your preference.

Mr. Morris: As I mentioned, the court in *Canfield* did leave open the appropriate threshold, and it's true that the Customs Act does have a reasonable grounds to suspect threshold for searches of the person, which I take it includes strip searches. Those are more privacy-invasive searches. Our point is that personal electronic devices are also highly privacy-invasive. The Supreme Court has recognized that in numerous decisions over the last few years, including in *R. v. Pike* and *R. v. Fearon*, where the court said that because of that enhanced nature, you need to have enhanced protections for searches of those devices. In that case, it was searches incident to arrest. So you have a choice. Maybe

raison pour laquelle ils effectuent la fouille et la façon dont ils le font. Cela va accroître l'obligation redditionnelle et, espérons-le, régler les cas où le seuil n'a pas été atteint. Le seuil doit être objectif, même celui proposé dans le projet de loi S-7 s'il est adopté. Comme il repose sur des préoccupations générales raisonnables, il ne peut pas simplement s'agir d'opinions subjectives de l'agent, mais de préoccupations objectivement raisonnables dans les circonstances. Ce qui nous inquiète, c'est que l'expression « préoccupation générale » est trop permissive et ouvrirait la voie à des fouilles dans un large éventail de circonstances. Cependant, je pense que la prise de notes est aussi une exigence fondamentale qui, je l'espère, sera retenue dans ce projet de loi.

Le sénateur Richards : Mais il pourrait y avoir un assez grand écart entre la théorie et la pratique dans l'application de ces dispositions de la loi par certains agents frontaliers.

Me Morris : Il est toujours possible que les autorisations, les politiques et les règles ne soient pas respectées. C'est alors qu'il faut avoir en place d'importants mécanismes de reddition de comptes. À la suite de notre enquête, nous avons recommandé de renforcer la reddition de comptes, la surveillance et la formation des agents frontaliers. Ces mesures recommandées ont été intégrées dans la version révisée de la politique de l'ASFC, et c'est une bonne chose, mais il faut s'assurer de maintenir à l'avenir les mécanismes de reddition de comptes afin de prévenir les abus de pouvoir.

Le sénateur Richards : Merci.

La sénatrice Boniface : Maître Morris et monsieur Homan, je vous remercie d'être ici.

Maître Morris, l'article 98 de la Loi sur les douanes porte sur les fouilles à nu. Si j'ai bien compris, c'est le seuil des motifs raisonnables de soupçonner qui s'applique dans ces cas. Dans l'arrêt *Canfield*, je dirais qu'on a laissé la porte ouverte à un seuil moins élevé. Je me demande si vous pouvez nous dire comment la fouille d'un appareil numérique personnel, avec son intrusion dans la vie privée, se compare à la fouille à nu. Je connais les différences évidentes, mais je pose la question relativement à l'application du seuil fondé sur des motifs raisonnables, pour lequel vous avez indiqué une préférence.

Me Morris : Comme je l'ai mentionné, l'arrêt *Canfield* a laissé ouverte la question du seuil approprié, et il est vrai que la Loi sur les douanes prévoit un seuil fondé sur le soupçon raisonnable pour la fouille de la personne, ce qui, je suppose, comprend la fouille à nu. Ces fouilles constituent une intrusion plus marquée dans la vie privée. Ce que nous cherchons à faire valoir, c'est que la fouille des appareils électroniques personnels est aussi très intrusive. La Cour suprême l'a affirmé dans de nombreux arrêts ces dernières années, y compris les arrêts *Pike* et *Fearon*, où elle a dit que, du fait de la nature renforcée de ce genre de fouilles, le renforcement des mesures de protection

they are not exactly equivalent to a strip search, but they are still highly invasive.

If you look at other parts of the Customs Act where the examinations and searches are permitted, including opening mail in section 99(1)(b), it is on reasonable grounds to suspect. In our view, that's an appropriate comparator to make. As mentioned, in many cases, examining a personal digital device is going to be more invasive than opening mail.

Senator Boniface: Certainly not more invasive than the body search. Would you agree with me on that?

Mr. Morris: They engage different privacy interests. A body search is a search, obviously, of bodily integrity. The Supreme Court has recognized that there are other types of privacy interests that are protected. One of them is informational privacy. I worry a bit that, in that sort of comparison, you lose sight of the importance of informational privacy to individuals when you think about all of the information that's stored on digital devices about a person.

Again, I urge the committee to read carefully the court's decision in *R. v. Pike* which noted the same thing but went on to speak to the important privacy interests protected or engaged by a search of a digital device. It's important to qualify appropriately the privacy interest at stake.

Senator Boniface: I appreciate that. If I remember correctly, though, the *Fearon* case said that strip searches were more intrusive. That was the conclusion of that court. I wanted to give balance to the continuing reference to mail, because I think we have to look at the range. I thank you for your comments.

Senator Simons: Thank you so much, Mr. Morris.

Mr. Morris, in your opening statement you referenced concerns about the retention of records. In your questions with Senator Dagenais, you also talked about concerns that the Privacy Commissioner had raised in your own study. Could you speak to us about what you think of the fact that this change would allow the CBSA to keep on file, for two years at minimum, people's records that they might have been carrying on their documentation, as well as the notes of the search? Do you have any concerns about that length of retention and the fact that those documents could be turned over to other police forces for investigations that have nothing to do with border issues?

contre la fouille de ces appareils était nécessaire. Dans ces cas-là, il s'agissait de fouilles liées à des arrestations. Vous avez donc le choix. Ces fouilles ne sont peut-être pas exactement l'équivalent des fouilles à nu, mais elles sont quand même très intrusives.

Dans d'autres parties de la Loi sur les douanes qui autorisent les examens et les fouilles, y compris l'ouverture du courrier à l'alinéa 99(1)(b), c'est le seuil des motifs raisonnables de soupçonner qui s'applique. À notre avis, c'est un point de comparaison approprié. Comme je l'ai mentionné, dans de nombreux cas, l'examen d'un appareil numérique personnel sera plus intrusif que l'ouverture du courrier.

La sénatrice Boniface : Ce n'est certainement pas plus intrusif que la fouille corporelle. Êtes-vous d'accord avec moi là-dessus?

Me Morris : Les intérêts en matière de protection de la vie privée qui sont en cause sont différents. La fouille corporelle concerne, évidemment, l'intégrité corporelle. La Cour suprême a reconnu que d'autres intérêts en matière de respect de la vie privée sont protégés, notamment le droit à la protection des renseignements personnels. Je m'inquiète un peu du fait que, dans ce genre de comparaison, on perd de vue l'importance de protéger les renseignements personnels qui sont stockés en grande quantité dans des appareils numériques.

Encore une fois, j'exhorte le comité à lire attentivement l'arrêt *Pike*, qui insiste sur ce point, mais qui porte aussi sur les importants intérêts en matière de respect de la vie privée qui sont protégés contre la fouille des appareils numériques. Il est important de bien définir le droit à la vie privée qui est en jeu.

La sénatrice Boniface : Je comprends cela. Cependant, si ma mémoire est bonne, dans l'affaire *Fearon*, le tribunal a affirmé que les fouilles à nu étaient plus intrusives. Je voulais une comparaison avec l'ouverture du courrier, à laquelle on se reporte sans cesse, puisque je pense que nous devons examiner l'éventail des situations. Je vous remercie de vos observations.

La sénatrice Simons : Merci beaucoup, maître Morris.

Maître Morris, dans votre déclaration préliminaire, vous avez fait état de préoccupations au sujet de la conservation des dossiers. Dans vos réponses au sénateur Dagenais, vous avez aussi parlé des préoccupations soulevées par le commissaire à la protection de la vie privée à la suite de votre propre étude. Pourriez-vous nous dire ce que vous pensez du fait que les modifications proposées permettraient à l'ASFC de conserver, pendant au moins deux ans, les dossiers des personnes qu'elle pourrait avoir dans ses archives, ainsi que les notes relatives à la fouille? Est-ce que vous vous préoccupez de cette durée de conservation et du fait que ces documents pourraient être remis à

Mr. Morris: Well, it's a balance between retaining information so that individuals can access it and have recourse. Under the Privacy Act, if personal information has been used for an administrative purpose, it's required to be kept for a minimum of two years so that individuals can exercise those rights of recourse.

On the other hand, you do not want organizations to be retaining information for longer than they need. That's what we found in our investigation regarding the retention of passwords by CBSA officers. We found that they were retaining passwords even where they had no need for them. The CBSA has since changed their practice in that regard.

However, there is an important accountability interest for the individual to be able to access their information when it's been used to make a decision about them, which requires it to be retained for a certain amount of time.

Senator Simons: Are you concerned at all about what could happen to that information afterwards?

Mr. Morris: When information is stored, there's always an increased risk — that is, risks of unauthorized access or risks of disclosure to other entities. If there is a disclosure to another entity, it would obviously have to comply with the rules in the Privacy Act regarding disclosures. That framework would protect information. There would obviously be a need for strong safeguards for the CBSA to maintain that information and protect it pursuant to the Privacy Act.

Senator Boehm: Mr. Morris, thank you for being here.

Would you agree that a reasonable general concern, or the concept of it, could vary in the mind of a CBSA officer and in the mind of a U.S. pre-clearance officer, regardless of the training that the American officer may have received from CBSA? Are there intrinsic mores or a culturalization that could come into play, recognizing that all officers, whether they are Canadian or American, rotate between their positions and different border points? Is this a concern of yours?

Mr. Morris: It is in the sense that we are concerned about the vagueness of the standard. Whenever you have a standard that is vague, it can be interpreted in different fashions by different officers. That is why we're suggesting a standard that is more well known, that has been interpreted by the courts and that has lots of language around what it means and what threshold is needed to meet it. I think that's all I have to say.

d'autres corps policiers dans le cadre d'enquêtes qui n'ont rien à voir avec les questions frontalières?

Me Morris : Eh bien, c'est une question d'équilibre; il faut pouvoir conserver l'information pour que les gens puissent y avoir accès et exercer un recours au besoin. En vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels, si des renseignements personnels sont utilisés à des fins administratives, ils doivent être conservés au moins deux ans pour que les intéressés puissent exercer leurs droits de recours.

Par ailleurs, on ne veut pas que les organisations conservent l'information plus longtemps qu'elles n'en ont besoin. C'est ce que nous avons constaté dans le cadre de notre enquête sur la conservation des mots de passe par les agents de l'ASFC. Ils les conservaient même lorsqu'ils n'en avaient plus besoin. L'ASFC a depuis modifié ses pratiques à cet égard.

Cependant, il est important qu'une personne puisse avoir accès à ses renseignements lorsqu'ils servent à prendre une décision à son sujet, et cela suppose qu'ils soient conservés pendant un certain temps.

La sénatrice Simons : Êtes-vous inquiet de ce qu'il pourrait advenir de cette information par la suite?

Me Morris : Quand de l'information est stockée, il y a des risques supplémentaires, par exemple le risque d'accès non autorisé ou le risque de divulgation à d'autres entités. S'il y a divulgation à une autre entité, celle-ci devra évidemment se conformer aux règles prévues par la Loi sur la protection des renseignements personnels à cet égard. Cette réglementation protège l'information. Il y faut évidemment des mesures de protection solides pour que l'ASFC puisse conserver ces renseignements et les protéger en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels.

Le sénateur Boehm : Maître Morris, merci de votre présence parmi nous.

Ne pensez-vous pas que les préoccupations générales raisonnables ou leur interprétation pourraient être différentes pour un agent de l'ASFC et pour un agent de précontrôle américain, quelle que soit la formation que l'ASFC a donnée à ce dernier? N'y a-t-il pas des moeurs ou une dimension culturelle qui pourraient entrer en ligne de compte, compte tenu du fait que tous les agents, qu'ils soient canadiens ou américains, alternent entre leurs postes et les différents postes frontaliers? Est-ce un souci pour vous?

Me Morris : C'est précisément pour cela que nous nous inquiétons du manque de précision de la norme. Quand une norme est vague, elle peut être interprétée de différentes façons par différents agents. C'est pourquoi nous proposons une norme plus connue, déjà interprétée par les tribunaux et assortie d'un large corpus concernant sa définition et son seuil. Je n'ai rien d'autre à dire.

Senator Boehm: Okay. Thank you very much.

The Chair: This brings us to the end of this panel. I want to thank Mr. Morris and Mr. Homan for your assistance in helping us as we study this legislation. You've been very helpful today, and it's greatly appreciated. Thank you.

We'll now move to our second panel. I'd like to welcome, from the Canadian Bar Association, David Fraser, Member, National Privacy and Access Law Section; and, from the Canadian Muslim Lawyers Association, Ms. Pantea Jafari, Member, Founder and Lead Council, Jafari Law. Thank you for joining us today. We now invite you to provide your opening remarks, to be followed by questions from our members. Mr. Fraser, you may begin when you're ready.

David T. S. Fraser, Member, National Privacy and Access Law Section, Canadian Bar Association: Thank you very much, and good afternoon, honourable senators. I'm a member of the Canadian Bar Association's National Privacy and Access Law Section, and I'm here on behalf of a number of sections of the CBA. We appreciate the opportunity to appear before this committee in its study of Bill S-7.

I personally had the privilege of speaking on behalf of the Canadian Bar Association to the House of Commons Standing Committee on Access to Information, Privacy and Ethics in 2017 for their important and related study protecting Canadians' privacy at the border.

We've delivered a written submission, which I commend for your review as you undertake this important study.

Information collection at the border is necessary to ensure the security of Canadians. However, collecting too much information or unreliable information can also lead to harmful consequences for Canadians. An appropriate balance must be achieved to protect our safety and preserve our individual privacy rights and freedoms.

The CBA sections comment on collection of information at the border on entry and exit and specifically on solicitor-client privilege at the border. Most travellers now carry mobile electronic devices, like smartphones, with sensitive personal data on them. This has become essentially mandatory with the adoption of the ArriveCAN app. The powers of customs agents to inspect the contents of these devices should be re-examined. Information stored on electronic devices is not a good, and any interpretation of the Customs Act that would authorize a

Le sénateur Boehm : D'accord. Merci beaucoup.

Le président : C'est la fin des témoignages de ce groupe. Je remercie Me Morris et M. Homan de nous avoir apporté leur aide dans le cadre de notre étude de ce projet de loi. Vous nous avez été très utiles aujourd'hui, et nous vous en sommes très reconnaissants. Merci.

Passons à notre deuxième groupe de témoins. J'aimerais souhaiter la bienvenue à Me David Fraser, membre de la Section du droit de la vie privée et de l'accès à l'information de l'Association du Barreau canadien, et à Me Pantea Jafari, membre, fondatrice et avocate principale de Jafari Law, de l'Association canadienne des avocats musulmans. Merci de vous joindre à nous aujourd'hui. Nous vous invitons maintenant à faire votre exposé préliminaire, après quoi les membres du comité vous poseront des questions. Maître Fraser, vous pouvez commencer dès que vous serez prêt.

Me David T.S. Fraser, membre, Section nationale du droit de la vie privée et de l'accès à l'information, Association du Barreau canadien : Merci beaucoup et bon après-midi, honorables sénateurs. Je suis membre de la Section nationale du droit de la vie privée et de l'accès à l'information de l'Association du Barreau canadien, ou l'ABC, et je suis ici au nom d'un certain nombre de sections de l'ABC. Nous vous sommes reconnaissants de pouvoir comparaître dans le cadre de votre étude du projet de loi S-7.

J'ai personnellement eu le privilège de prendre la parole au nom de l'Association du Barreau canadien devant le Comité permanent de l'accès à l'information, de la protection des renseignements personnels et de l'éthique de la Chambre des communes en 2017 dans le cadre de son importante étude connexe sur la protection de la vie privée des Canadiens à la frontière.

Nous avons remis un mémoire que je vous invite à examiner dans le cadre de cette importante étude.

La collecte de renseignements à la frontière est nécessaire pour garantir la sécurité des Canadiens. Cependant, la collecte d'une trop grande quantité de renseignements ou de renseignements non fiables peut aussi avoir des conséquences néfastes pour les Canadiens. Il convient de respecter un équilibre propre à protéger notre sécurité et à préserver nos droits et libertés individuels en matière de protection de la vie privée.

Les sections de l'ABC expriment leur avis sur la collecte de renseignements à l'entrée et à la sortie de la frontière et, plus particulièrement, sur le secret professionnel de l'avocat dans ces circonstances. De nos jours, la plupart des voyageurs transportent des appareils électroniques mobiles, comme des téléphones intelligents, qui contiennent des données personnelles confidentielles. C'est devenu pour ainsi dire une obligation depuis l'adoption de l'application ArriveCAN. Il faudrait reconsidérer le pouvoir des agents des douanes d'inspecter le

suspicionless search of data stored on a device would likely be found to be unconstitutional.

The CBA sections have significant concerns about the new lower threshold of reasonable general concern for border searches of a traveller's personal electronic devices and the new authority to examine them created under Bill S-7.

The first question, of course, is what does this mean? This is not a legal standard or threshold adopted in any country that I'm aware of, and it is certainly unknown to Canadian law. In law, we're used to language like reasonable grounds to believe a crime has been committed, or even reasonable grounds to suspect, but reasonable general concern is not a standard for any sort of search in Canadian law. Your guess is as good as mine, but it seems pretty close to whether the officer's spidey sense is tingling.

In our written submissions, we highlight relevant case law on the constitutionality of device searches at the border as authorized by the Customs Act. In our view, the effect of Bill S-7 is not consistent with the existing case law regarding searches of electronic devices, given the very high privacy interests in their contents.

The low threshold set out in Bill S-7 does not offer any meaningful protection to the acute privacy interests of travellers. Rather than settling issues as they stand after appeal courts have declared the CBSA approach to be unconstitutional, Bill S-7 actually opens the door to further expensive and protracted litigation.

In order to pass constitutional muster, two legal facts have to be balanced. The first is, of course, the reduced expectation of privacy at the border. It is reduced, but it is absolutely not eliminated. The second is the fact that the courts have essentially said that the contents of your computer or your smartphone raise essentially the same privacy issues as a search of your house. It may be higher. If the police have a warrant to search your house, they can't search a computer or smartphone they find in your house. They have to go back to the judge to get special permission to search the computer or smartphone. If they arrest you, they can search you and your belongings but can only look into any phone found without a warrant under very narrow, prescribed circumstances. Reasonable general concern, in our view, does not come close to addressing this.

contenu de ces appareils. L'information stockée sur des appareils électroniques n'est pas un bien, et toute interprétation de la Loi sur les douanes qui autoriserait une recherche, sans soupçon préalable, dans les données stockées sur un appareil serait probablement jugée inconstitutionnelle.

Les sections de l'ABC s'inquiètent beaucoup du nouveau seuil inférieur de préoccupation générale raisonnable pour justifier la fouille des appareils électroniques personnels d'un voyageur et du nouveau pouvoir de les examiner prévu par le projet de loi S-7.

Il faut d'abord, évidemment, se demander ce que cela signifie. À ma connaissance, aucun autre pays n'a adopté de norme ou de seuil juridique de ce genre, et ce n'est assurément nulle part dans le droit canadien. En droit canadien, on parle de motifs raisonnables de croire qu'un crime a été commis, ou même de motifs raisonnables de le soupçonner, mais une préoccupation générale raisonnable n'est pas une norme, quel que soit le type de fouille. Je n'en sais pas plus que vous, mais on a plutôt l'impression que le critère est le sixième sens des agents.

Dans nos mémoires écrits, nous rappelons la jurisprudence applicable à la constitutionnalité de la fouille d'appareils autorisée à la frontière en vertu de 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 risques très importants concernant la confidentialité de leur contenu.

Le faible seuil prévu par le projet de loi S-7 n'offre aucune protection réelle de la vie privée des voyageurs. Plutôt que de régler les questions en l'espèce après que des cours d'appel ont déclaré inconstitutionnelle l'approche de l'ASFC, le projet de loi S-7 ouvre la porte à d'autres litiges coûteux et prolongés.

Pour remplir le critère de la constitutionnalité, deux faits juridiques doivent être contrebalancés. Le premier est, bien entendu, le seuil plus faible en matière de respect de la vie privée à la frontière. Il est plus faible, mais il n'est absolument pas éliminé. Le deuxième est que les tribunaux ont statué que le contenu d'un ordinateur ou d'un téléphone intelligent soulève les mêmes questions en matière de protection de la vie privée qu'une fouille à domicile. Dans ce dernier cas, le seuil est peut-être un peu plus élevé. Si la police a un mandat l'autorisant à perquisitionner votre domicile, elle ne peut pas fouiller un ordinateur ou un téléphone intelligent qu'elle y trouverait. Elle doit adresser une autre demande au juge pour obtenir l'autorisation spéciale de fouiller ces appareils. Si on vous arrête, on peut vous fouiller et fouiller vos effets personnels, mais on ne

Bill S-7 will create competing and inconsistent thresholds applicable to screening ports of entry into Canada. By importing a reasonable general concern standard into the Customs Act, border officers will be caught between the threshold needed to examine electronic devices for contraventions of parliamentary acts and the threshold, for example, for breaches of the Immigration and Refugee Protection Act, or IRPA. This can lead to inconsistent application by officers at ports of entry as violations of the Customs Act and IRPA are often interconnected. The CBA sections recommend that the standards be consistent and that the IRPA section 139(1) standard of requiring reasonable grounds, which has existed for over 30 years, be maintained and adopted as the standard.

The CBA sections also highlight a significant omission with respect to CBSA device searches at the border. The CBSA does not have any policies that comport with legal requirements related to searches that may relate to records and information that are subject to solicitor-client privilege. Solicitor-client privilege is fundamental to the proper functioning of the Canadian legal system. It must be respected at the Canadian border, at Canadian airports and when Canadian lawyers and their clients travel to the U.S. The CBA sections recommend the creation of a working group to collaborate on the development of a comprehensive binding policy on solicitor-client privilege that is publicly available on the CBSA website. More detailed guidance should be available to CBSA officers and the public, including lawyers, to ensure safeguards are in place to avoid unauthorized access to documents protected by solicitor-client privilege.

I look forward to your questions.

The Chair: Thank you very much, Mr. Fraser. Next, from the Canadian Muslim Lawyers Association, Ms. Jafari.

Pantea Jafari, Member, Founder and Lead Counsel, Jafari Law, Canadian Muslim Lawyers Association: Thank you, senators, for inviting us to speak today.

The work of the CMLA is driven by several core values, including the promotion of human rights and dignity and the analysis of government conduct and proposed legislation through the lens of rights and values enshrined in the Charter. We not only speak when Canadian Muslims and Muslims in Canada are adversely affected by proposed legislation, but we also recognize

peut examiner le contenu d'un téléphone à moins d'un mandat obtenu dans des circonstances très précises et prescrites. À notre avis, une préoccupation générale raisonnable est loin de remplir ce critère.

Le projet de loi S-7 instaurera des seuils contradictoires et incohérents au contrôle des points d'entrée au Canada. En introduisant la norme de préoccupation générale raisonnable dans la Loi sur les douanes, le projet de loi coince les agents des services frontaliers entre le seuil applicable aux appareils électroniques en cas de contravention à des lois parlementaires et, par exemple, le seuil applicable aux infractions à la LIPR, la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés. Cela risque de donner lieu à une application incohérente de la réglementation par les agents aux points d'entrée, car les infractions à la Loi sur les douanes et à la LIPR sont souvent liées. Les sections de l'ABC recommandent que les normes soient cohérentes et que la norme de l'article 139(1) de la LIPR exigeant des motifs raisonnables, qui existe depuis plus de 30 ans, soit maintenue et adoptée en l'occurrence.

Les sections de l'ABC soulignent également une omission importante au sujet de la fouille d'appareils à la frontière. L'ASFC n'a pas de politiques correspondant aux exigences juridiques liées à la recherche de documents et de renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat. Le principe du secret professionnel de l'avocat est indispensable au bon fonctionnement du système juridique canadien. Il doit être respecté à la frontière canadienne, dans les aéroports canadiens et lorsque des avocats canadiens et leurs clients se rendent aux États-Unis. Les sections de l'ABC recommandent la création d'un groupe de travail chargé de participer à l'élaboration d'une politique exhaustive et contraignante sur le secret professionnel de l'avocat, qui soit accessible au public sur le site Web de l'ASFC. Des directives plus détaillées devraient être mises à la disposition des agents de l'ASFC et du public, et bien sûr des avocats, pour veiller à ce que des mesures de protection soient appliquées pour éviter l'accès non autorisé à des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat.

Je me ferai un plaisir de répondre à vos questions.

Le président : Merci beaucoup, maître Fraser. Nous entendrons maintenant Me Jafari, de l'Association canadienne des avocats musulmans.

Me Pantea Jafari, membre, fondatrice et avocate principale, Jafari Law, Association canadienne des avocats musulmans : Merci, honorables sénateurs, de nous avoir invités à prendre la parole aujourd'hui.

Le travail de notre association repose sur plusieurs principes fondamentaux, dont la promotion des droits et de la dignité de la personne et l'analyse de la conduite du gouvernement et des projets de loi sous l'angle des droits et des valeurs enchâssés dans la Charte. Nous nous exprimons lorsque des musulmans canadiens et des musulmans au Canada sont lésés par un projet

that the post-9/11 era of national security means that a wide range of racialized and vulnerable populations are caught by the vast net cast in the efforts to spot and deter terrorism.

The bill's proposed amendments provide border officers with further unchecked and likely unconstitutional powers, exacerbating similar problems that many groups identified in the review of the most recent amendments to the Preclearance Act made in 2017.

While the CMLA takes issue with a number of the concerning features of the current bill, our brief focuses on the proposed standard of reasonable general concern, as this is the most alarming of the proposed changes. The standard is not only legally unfounded, but also unreasonably broad and low, as testified to in more detail by other witnesses, including today's. The overly broad nature of the proposed standard will invite arbitrary application. It will undoubtedly result in unjustified searches of a wide swath of people and will disproportionately be felt by minority and equity-seeking communities.

Instead, the CMLA proposes that the committee consider the higher standard of reasonable grounds to believe as a more appropriate standard to adopt in the context, for a variety of reasons. The standard to be used is of critical importance from an equity and anti-racism perspective because racialized individuals disproportionately find themselves subject to the immense power of border officers to single them out for heightened scrutiny. This has been demonstrated as a proven fact time and time again.

The data held by a traveller in a digital device is significantly different than other searches of goods because it contains information not only about the traveller but also about all of their contacts, both private and professional. As well, it often contains data that the traveller is unaware of holding on their device. The digital devices have immense storage capacity, containing this information for long periods of time. Again, the traveller is often unaware of retaining it on their phone.

There has been no connection made by the government between dropping the threshold for search of digital devices and an increase in border or national security. No justification for the significantly and unprecedentedly low standard has been demonstrated, nor the need for the requested change.

Digital devices significantly differed from the concept of goods in the minds of legislators at the time of enacting the Customs Act, which is why we are before you today. The CMLA submits that what is required in the circumstances is a reasoned approach to the standard to be set as one that is contemplated in

de loi, mais nous tenons compte également du fait que les événements du 11 septembre ont entraîné un climat de sécurité nationale susceptible de saisir un large éventail de populations racisées et vulnérables dans le vaste filet des mesures visant à repérer et à dissuader les terroristes.

Les modifications proposées dans le projet de loi donnent aux agents des services frontaliers d'autres pouvoirs sans contrôle et probablement inconstitutionnels, qui exacerbent des problèmes semblables à ceux que de nombreux groupes ont circonscrits dans le cadre de l'examen des dernières modifications apportées à la Loi sur le précontrôle en 2017.

Notre association conteste un certain nombre des dispositions préoccupantes du projet de loi, mais notre mémoire porte sur la norme de préoccupation générale raisonnable, car c'est la plus alarmante des modifications proposées. Cette norme est non seulement sans fondement juridique, mais elle est également trop vaste dans sa portée et trop peu définie, comme d'autres témoins l'ont expliqué plus en détail, notamment aujourd'hui. Le caractère trop général de la norme proposée donnera lieu à une application arbitraire. Elle aboutira sans aucun doute à la fouille injustifiée de toutes sortes de gens et sera appliquée de façon disproportionnée aux communautés minoritaires et aux communautés en quête d'équité.

Notre association propose au comité d'envisager la norme plus stricte des motifs raisonnables de croire comme norme adaptée à ce contexte, et ce pour toutes sortes de raisons. La norme applicable est d'une importance cruciale du point de vue de l'équité et de la lutte contre le racisme, car les personnes racisées subissent de façon disproportionnée l'immense pouvoir des agents des services frontaliers de les cibler pour les soumettre à des vérifications plus minutieuses. Cela a été prouvé à maintes reprises.

Les données enregistrées sur un appareil numérique sont très différentes d'autres biens, puisqu'elles contiennent des renseignements non seulement sur le voyageur, mais aussi sur tous ses contacts, aussi bien privés que professionnels. Par ailleurs, l'appareil contient des données dont le voyageur n'a pas connaissance. Ce genre d'appareil a une immense capacité de stockage et contient ces renseignements pendant très longtemps. Je le répète, il est très fréquent que le voyageur ne sache pas que ces renseignements se trouvent dans son téléphone.

Le gouvernement n'a fait aucun lien entre l'abaissement du seuil applicable à la fouille d'appareils numériques et l'augmentation de la sécurité frontalière ou nationale. Il n'a fourni aucune justification de cette norme à la fois très faible et sans précédent ni de la nécessité de cette modification.

Les appareils numériques n'étaient pas de l'ordre des biens dans l'esprit des législateurs au moment de l'adoption de la Loi sur les douanes, et c'est pourquoi nous sommes devant vous aujourd'hui. Notre association est d'avis que, dans les circonstances, il faut une approche raisonnée de la norme

Canadian jurisprudence presently so that officers and the public alike can have some anticipation of what to expect by this new standard. Even mail requires a reasonable grounds to suspect, and that is arguably and demonstrably less intrusive than digital devices.

I won't canvass the case law regarding the courts' dictate about the increased need for protection of searches of digital devices, as my colleague and also the Privacy Commissioner have done an excellent job of both of those. We only reiterate that the courts have confirmed that a search without suspicion of any kind is unwarranted. The proposed standard, in fact, provides a limitless discretion to search akin to a warrantless search without suspicion. The CMLA believes that there has been no meaningful attempt to set limits on the proposed search powers such that it is unlikely to survive a constitutional challenge as being a reasonable limit on one's privacy rights.

As the Privacy Commissioner has testified, even the present set standards aren't being followed by many officers. The Privacy Commissioner testified that the reported problems are a widespread issue and that even simple, present requirements such as note-taking requirements aren't being met. The CMLA is greatly concerned about an increased relaxing of the standards when it has already been demonstrated that officers are practising that relaxed standard without necessarily significant recourse by travellers.

It's important to note that despite the noted mechanisms for complaint, the previous round of amendments to the Preclearance Act confirmed that there is, in fact, no mechanism of holding U.S. border officials accountable for their practices at the border, given the immunities built into the Preclearance Act itself. That too was confirmed by the Privacy Commissioner in the last round of review of the Preclearance Act in 2017.

I welcome questions on CMLA's other concerns with the proposed amendments and will rest my submissions there at the present time.

The Chair: Thank you, Ms. Jafari.

We will move to questions now. Senators, I remind you to keep your questions short and, in this case, identify which witness your question is directed to.

[Translation]

Senator Dagenais: My question is for Mr. Fraser.

actuellement envisagée dans la jurisprudence canadienne afin que les agents et le public puissent avoir une certaine idée de ce à quoi ils doivent s'attendre. Même pour fouiller le courrier, il faut des motifs raisonnables de soupçonner une infraction, et son contenu est probablement moins confidentiel que celui des appareils numériques.

Je ne vais pas faire le tour de la jurisprudence sur la nécessité soulignée par les tribunaux de mieux nous protéger contre la fouille d'appareils numériques, car mon collègue et le commissaire à la protection de la vie privée ont fait un excellent travail à cet égard. Nous ne faisons que rappeler que les tribunaux ont déjà confirmé qu'une fouille sans soupçon, de quelque nature que ce soit, est injustifiée. En fait, la norme proposée prévoit un pouvoir discrétionnaire illimité qui permettrait ce qui reviendrait à une fouille sans mandat et sans soupçon. Notre association est d'avis qu'on n'a pas sérieusement essayé de fixer des limites aux pouvoirs de fouille proposés, de sorte qu'il est peu probable qu'ils résistent à une contestation constitutionnelle comme limite raisonnable du droit à la vie privée.

Comme l'a dit le commissaire à la protection de la vie privée, même les normes actuelles ne sont pas respectées par de nombreux agents. Le commissaire a déclaré que les problèmes signalés sont très répandus et que même les exigences actuelles simples, comme la prise de notes, ne sont pas respectées. Nous sommes très inquiets de l'assouplissement supplémentaire des normes, alors qu'on sait déjà que les agents appliquent cette norme floue sans que les voyageurs aient nécessairement des recours valables.

Il faut rappeler que, malgré les mécanismes de plainte, la série précédente de modifications à la Loi sur le précontrôle a confirmé qu'il n'existe en fait aucun mécanisme pour tenir les agents frontaliers américains responsables de leurs pratiques à la frontière, compte tenu des immunités prévues par la réglementation. Cela a également été confirmé par le commissaire à la protection de la vie privée au cours du dernier examen de la Loi sur le précontrôle en 2017.

Je me ferai un plaisir de répondre à vos questions sur d'autres préoccupations de notre association à l'égard des modifications proposées, mais je m'en tiendrai là pour l'instant.

Le président : Merci, maître Jafari.

Nous allons maintenant passer aux questions. Chers collègues, je vous invite à poser des questions brèves et, en l'occurrence, de préciser à quel témoin votre question s'adresse.

[Français]

Le sénateur Dagenais : Ma question s'adresse à Me Fraser.

We know that the United States doesn't play by the same rules as we do, and Minister Mendicino has said that he doesn't foresee any problems with the fact that they will respect our judicial system during pre-screening operations. Do you share his opinion or do you think that, in certain circumstances with national security implications, the Americans might be tempted to do more than is permitted?

[English]

Mr. Fraser: Thank you very much for the question.

That's not a particular topic we specifically address in our brief, so I may be going beyond the parameters of what the CBA sections have spoken to. I think your question speaks to the significant importance of guardrails that set the parameters under which any state actor is able to exercise their authority, including an actor of another state who is a guest in Canada and is performing a function that is the subject of our Canadian legislation and the parameters under which that is set.

I do have concerns that if there are different standards that are adopted across the board, whether they are by Canadian customs officials or U.S. Homeland Security officials, the difference in standards and different circumstances gives rise to the possibility of a greater likelihood that those standards will be mistaken or conflated and the wrong standard will be applied in the wrong circumstance. This highlights the importance of having a knowable standard, a workable standard, and one that has significant guardrails imposed upon it.

[Translation]

Senator Dagenais: Could you explain why the legislator is using expressions like "reasonable general concern" instead of referring to the well-known expression "reasonable doubt"? What does it gain by presenting a different notion for this type of intervention by border services officers?

For example, I worked in policing for 40 years. I often went to court, and I always heard the expression "reasonable doubt." I must admit that I didn't often hear the expression "reasonable general concern." Why was this wording added to the bill?

[English]

Mr. Fraser: Within the working group that we struck within the CBA sections — and it's a group of very capable lawyers with a long track record and history — nobody was able to come up with an example of where reasonable general concern had been a standard either articulated in law or actually applied on the ground in any circumstance. Why this has ended up in this particular bill, Bill S-7, we can only speculate. It was up to the

On sait que les États-Unis n'observent pas les mêmes règles que nous, et le ministre Mendicino a déclaré qu'il n'entrevoit pas de problèmes quant au fait qu'ils respecteront notre système judiciaire lors d'opérations de précontrôle. Partagez-vous son opinion ou croyez-vous que, dans certaines circonstances ayant des conséquences sur la sécurité nationale, les Américains pourraient être tentés d'en faire plus que ce qui est permis?

[Traduction]

Me Fraser : Merci beaucoup de la question.

Ce n'est pas un sujet que nous abordons plus particulièrement dans notre mémoire, et il se peut donc que je dépasse les paramètres analysés par les sections de l'ABC. À mon avis, votre question souligne l'importance des garanties déterminant les paramètres en vertu desquels tout agent étatique peut exercer son autorité, et cela inclut les agents d'autres États invités au Canada et qui y exercent une fonction visée par la réglementation canadienne et par les paramètres en vertu desquels elle est établie.

Mon souci est que, si des normes différentes sont adoptées de façon générale, que ce soit par les agents des douanes canadiennes ou par les agents du département américain de la sécurité intérieure, la différence entre les normes et les circonstances crée le risque que ces normes soient mal interprétées ou confondues et qu'une norme soit appliquée à tort dans des circonstances où elle ne s'applique pas. Il est donc important d'avoir une norme connaissable, applicable et assortie de garanties importantes.

[Français]

Le sénateur Dagenais : Pourriez-vous nous expliquer pourquoi le législateur utilise des expressions comme « préoccupations générales raisonnables », plutôt que de se référer à l'expression bien connue « doute raisonnable »? Qu'est-ce que cela lui donne de présenter une notion différente pour ce type d'intervention des agents des services frontaliers?

À titre d'exemple, j'ai travaillé pendant 40 ans dans le milieu policier; je suis souvent allé dans les tribunaux et j'entendais toujours l'expression « doute raisonnable ». Je vous avoue que je n'ai pas entendu souvent l'expression « préoccupations générales raisonnables ». Pourquoi a-t-on ajouté cette formulation au projet de loi?

[Traduction]

Me Fraser : Dans le groupe de travail que nous avons mis sur pied au sein des sections de l'ABC — composé d'avocats très compétents qui ont une longue feuille de route et une longue expérience —, personne n'a pu trouver d'exemple où le principe d'une préoccupation générale raisonnable ait été énoncé comme norme dans une loi ou appliquée concrètement où que ce soit. Nous ne pouvons que spéculer sur les raisons pour lesquelles elle

drafters and, I assume, the government department that put that in there. Clearly, it is intended to be a lower standard than has been articulated in reasonable grounds to believe and reasonable ground to suspect, so they are looking for something else, but I don't know what that is. The members of the working group could not necessarily articulate what that was. I'm concerned that it will be completely new to customs officials and it will be completely new to the courts, and it will be fodder for more litigation to try to figure out what that is.

[*Translation*]

Senator Dagenais: Between you and me, if the bill is passed, it will be challenged in court, and it will delay the implementation of better border surveillance. Do you think this bill will be challenged in court?

[*English*]

Mr. Fraser: I do believe it will complicate things, absolutely, because it's an unknown standard. It is something that there will have to be training on. There will have to be policies developed, and then those are going to end up in litigation. The consensus of our working group is that it would likely be found to be unconstitutional because it's too low a standard, however it's going to be adopted. It will just complicate things, slow things down and introduce uncertainty. We know what the other standards mean. Law enforcement knows what those standards mean. The courts know what those standards mean. Those can be applied in a reasonable way.

[*Translation*]

Senator Boisvenu: My question is also for Mr. Fraser.

When the minister appeared before the committee, he said that if we adopt the concept of "reasonable grounds to suspect" in this bill, as has always been the case historically, it might compromise the integrity of the border. Do you share that view?

[*English*]

Mr. Fraser: We do not. From the working group's work, it is a standard that is known and it's a standard that needs to be adopted with respect to the immense privacy interests that are at stake in personal electronic devices as they are now.

I think one thing that can or should be said is that privacy is multidimensional, and a search of a device can be multidimensional as well. We saw in the *Fearon* case, where the Supreme Court of Canada permitted certain kinds of device searches in connection with searches incident to arrest, where they had to be tailored to the exact circumstances. One of the concerns I have with Bill S-7 is that it talks about device searches generally and very broadly. It doesn't talk about a

apparaît dans le projet de loi S-7. C'est une décision qui appartenait aux rédacteurs et, je présume, au ministère. De toute évidence, l'intention est d'abaisser la norme par rapport à celle des motifs raisonnables de croire ou de soupçonner, mais dans quel but, je l'ignore. Les membres du groupe de travail n'ont pas pu l'expliquer non plus. Ce sera tout à fait nouveau pour les agents des douanes, je le crains, et ce sera tout à fait nouveau aussi pour les tribunaux, qui auront probablement à essayer de comprendre de quoi il s'agit dans le cadre d'autres poursuites.

[*Français*]

Le sénateur Dagenais : Entre vous et moi, si on adopte le projet de loi, il sera contesté devant les tribunaux, et cela retardera la mise en place d'une meilleure surveillance des frontières. Selon vous, ce projet de loi sera-t-il contesté devant les tribunaux?

[*Traduction*]

Me Fraser : Je crois effectivement que cela va compliquer les choses, parce que c'est une norme inconnue. Il y faudra de la formation. Il y faudra des politiques, mais cela aboutira à des litiges. Notre groupe de travail est d'avis que cette norme sera probablement jugée inconstitutionnelle, parce qu'elle est trop faible quoi qu'il en soit. Cela ne fera que compliquer et ralentir les choses et créer de l'incertitude. Les autres normes sont connues. Les forces de l'ordre savent ce qu'elles signifient. Les tribunaux savent ce qu'elles signifient. Et ces normes peuvent être appliquées de façon raisonnable.

[*Français*]

Le sénateur Boisvenu : Ma question s'adresse également à Me Fraser.

Le ministre a déclaré, lors de sa comparution devant le comité, que si nous adoptons dans ce projet de loi la notion de « motif raisonnable de soupçonner », comme cela a toujours été le cas historiquement, cela pourrait compromettre l'intégrité de la frontière. Partagez-vous ce point de vue?

[*Traduction*]

Me Fraser : Pas du tout. D'après le groupe de travail, c'est une norme connue, et il faut l'adopter compte tenu des risques immenses en matière de vie privée concernant le contenu des appareils électroniques personnels actuels.

À mon avis, on peut et on devrait dire que la vie privée est multidimensionnelle et que la fouille d'un appareil peut aussi être multidimensionnelle. Dans l'arrêt *Fearon*, la Cour suprême du Canada a permis la fouille de certains appareils dans le cadre de perquisitions incidentes à l'arrestation, mais dans un cadre très circonscrit. Ce qui me préoccupe, entre autres, dans le projet de loi S-7 est qu'il traite de la fouille d'appareils de façon très générale. On ne parle pas d'une fouille précise qui serait

narrow search that would be necessary for particular sorts of things. Just to say that the reasonable general concern opens the door to device searches is not a reasonable step to take. If you look at what could be done in particular circumstances — so a brief search of a device, or of a particular part of a device, in order to look for a very specific thing and allow that to take place, but no further. This is a bit of a blunt instrument.

[Translation]

Senator Boisvenu: In order to conduct a search of a private residence, a court order or a third-party decision is required to authorize a police officer, for example, to enter my home to conduct a search. A cellphone is still a very important extension of privacy. By lowering this threshold, which would allow border officers to interfere in what I would call the extension of my privacy, is there not a risk that this threshold will eventually be lowered to other aspects of privacy and that citizens will feel less and less protected?

[English]

Mr. Fraser: Absolutely. Privacy is absolutely at stake. We have a situation here where we're trying to find an appropriate balance. If we can't do this, then the courts are going to find it for us.

You have a reduced expectation of privacy at the border; you have a very high expectation of privacy in your house, there is no doubt. The courts have said the expectation of privacy you have in a device is very different than the expectation you would have for what is in your wallet, for example, crossing the border. We have to find the right balance that deals with the absolute fact that these days your smartphone contains some of the most personal information related to your life that is probably absolutely irrelevant for a customs agent to see in connection with a legitimate questioning, even at secondary screening.

If we start opening the door and suggesting that an incredibly low threshold is required to search an electronic device, first of all, I don't think the courts will permit that, consistent with our existing jurisprudence, but we are actually undermining, in the big picture, the privacy interests that all Canadians hold in these devices they carry with them all the time, everywhere.

Senator Dalphond: I have three questions for you, Mr. Fraser. First, I would like to thank you very much for this brief.

My first question is about how many committees and how many lawyers were involved. How many meetings were at stake

nécessaire à des fins précises. Le simple fait qu'une préoccupation générale raisonnable permette de procéder à la fouille d'appareils n'est pas une mesure raisonnable. On pourrait imaginer certaines circonstances justifiant une brève fouille d'un appareil ou d'une partie d'un appareil, à la recherche de quelque chose de très précis, mais pas plus. Cet instrument est un peu grossier.

[Français]

Le sénateur Boisvenu : Pour effectuer une perquisition dans un domicile privé, il faut une ordonnance du tribunal ou une décision d'un tiers pour autoriser un policier, par exemple, à entrer chez moi pour faire une perquisition. Un téléphone cellulaire est tout de même une extension très importante de la vie privée. En abaissant ce seuil, ce qui permettrait aux agents frontaliers de s'immiscer dans ce que j'appellerais l'extension de ma vie privée, ne risque-t-on pas éventuellement que ce seuil soit abaissé à d'autres aspects liés à la vie privée et que les citoyens se sentent de moins en moins protégés?

[Traduction]

Me Fraser : Tout à fait. La vie privée est vraiment en jeu. Nous essayons de trouver un juste équilibre ici. Si nous ne le faisons pas, les tribunaux le feront pour nous.

L'attente en matière de respect de la vie privée est moindre à la frontière, alors qu'elle est très élevée à votre domicile, bien évidemment. Les tribunaux ont statué que ce principe est différent selon qu'il s'agit d'un appareil ou de ce qui se trouve dans votre portefeuille, par exemple, quand vous passez la frontière. Nous devons trouver un juste équilibre en tenant compte du fait absolu que, de nos jours, un téléphone intelligent contient certains des renseignements personnels les plus confidentiels et que ces renseignements n'ont probablement aucun intérêt pour un agent des douanes dans le cadre d'un interrogatoire légitime, même au deuxième palier de contrôle.

Si nous ouvrons cette porte et que nous laissons entendre qu'il suffit d'une norme extraordinairement faible pour fouiller un appareil électronique, tout d'abord, je ne crois pas que les tribunaux le permettront compte tenu de notre jurisprudence, mais il se trouve aussi que nous porterions gravement atteinte, globalement, à la protection de renseignements que tous les Canadiens détiennent dans ces appareils, qu'ils transportent tout le temps et partout.

Le sénateur Dalphond : J'ai trois questions à vous poser, maître Fraser. Mais je veux d'abord vous remercier de ce mémoire.

Ma première question concerne le nombre de comités et le nombre d'avocats qui y ont participé. Combien de réunions y

here? You have filed a very comprehensive and substantive brief. Please be brief, because I have a longer question to follow.

Mr. Fraser: Thank you very much. You are very kind. We did provide a written brief that does list all the different sections that were involved. In fact, we did have a head start because we had previously participated in the FE study in 2017, I think it was, where we already canvassed in a big picture sense many of these questions. I'll pass your compliments off to the working group.

Senator Dalphond: I will assume that there were 20, 30, 40 lawyers involved in that?

Mr. Fraser: Overall, I would say that is probably right. The working group itself was probably around a dozen in terms of those who held the pen and contributed to the draft.

Senator Dalphond: Thank you.

My second question is for clarification and to make sure everybody understands the legal concepts. Are reasonable grounds to suspect and reasonable suspicion the same thing?

Mr. Fraser: Largely, although the words that appear after that are important. In terms of reasonable grounds to suspect, we sometimes say reasonable grounds to suspect that an offence has taken place and that the search will afford evidence of it, or reasonable grounds to suspect that the search will produce evidence. It's always part of a sentence, but it's the threshold for the rest of the sentence that usually permits law enforcement to do particular things or seek a particular item, like a production order or a search warrant.

Senator Dalphond: Would the same be true of reasonable suspicion? Would they be synonyms?

Mr. Fraser: That's right. That is often in contrast to reasonable grounds to believe, which would be higher; you suspect something or you believe something.

Senator Dalphond: The real question is about the protection of solicitor-client privilege. Your recommendation is to have a working group to try to define a policy on searches and a way to protect solicitor-client privilege. You're not suggesting any amendments to the bill to protect solicitor-client privilege? For example, should we have something within the power of the Governor-in-Council that would stipulate that they must address the issue of how to protect solicitor-client privilege? I suppose that would also be true for journalists' sources or other types of professionals who have the phone numbers and details about their clients, such as psychologists or priests or whoever.

a-t-il eu? Vous avez déposé un mémoire très complet et très étoffé. Soyez bref, s'il vous plaît, car j'ai une autre question plus longue à vous poser.

Me Fraser : Merci beaucoup. Vous êtes très aimable. Nous vous avons remis un mémoire qui énumère toutes les sections concernées. En fait, nous avons une longueur d'avance, parce que nous avons déjà participé à l'étude qui s'est déroulée en 2017, je crois, et dans le cadre de laquelle nous avons examiné globalement beaucoup de ces questions. Je transmettrai vos compliments au groupe de travail.

Le sénateur Dalphond : Je suppose qu'il y avait 20, 30 ou 40 avocats?

Me Fraser : Probablement. Le groupe de travail lui-même se composait probablement d'une douzaine de personnes qui ont pris des notes et ont contribué à la rédaction de la version provisoire.

Le sénateur Dalphond : Merci.

Deuxièmement, j'aimerais obtenir des précisions et m'assurer que tout le monde comprend les concepts juridiques. Est-ce que les motifs raisonnables de soupçonner et le soupçon raisonnable sont la même chose?

Me Fraser : En grande partie, bien que les mots qui suivent soient importants. Pour ce qui est des motifs raisonnables de soupçonner, nous disons parfois qu'il y a des motifs raisonnables de soupçonner qu'une infraction a été commise et que la fouille fournira des preuves, ou des motifs raisonnables de soupçonner que la perquisition produira des preuves. Cela fait toujours partie d'un verdict, mais c'est le seuil applicable au reste du verdict qui permet habituellement aux forces de l'ordre de prendre certaines mesures ou d'obtenir, par exemple, une ordonnance de production ou un mandat de perquisition.

Le sénateur Dalphond : Est-ce la même chose pour le soupçon raisonnable? Est-ce que les deux sont synonymes?

Me Fraser : En effet. C'est souvent mis en contraste avec les motifs raisonnables de croire, qui est une norme plus élevée; on soupçonne quelque chose ou on croit quelque chose.

Le sénateur Dalphond : La vraie question est celle de la protection du secret professionnel. Vous recommandez la création d'un groupe de travail pour essayer de définir une politique sur la fouille et un moyen de protéger le secret professionnel de l'avocat. Vous ne proposez donc aucun amendement au projet de loi pour protéger le secret professionnel? Par exemple, le gouverneur en conseil devrait-il, dans le cadre de ses pouvoirs, avoir l'obligation de régler la question de la protection du secret professionnel de l'avocat? Je suppose que cela vaut aussi pour les sources des journalistes ou d'autres types de professionnels qui ont les numéros de

Mr. Fraser: Certainly, at this stage, we think it's a sufficiently important matter that it should be part of a discussion, which is why we advocate for a working group.

There is also a distinction in terms of information. For example, my work laptop contains nothing but information related to my clients. As a lawyer, I cannot waive the privilege of any of my clients without their permission.

Similar interests are carried by my client when they cross the border and have information that is subject to privilege because I provided them with advice. They can waive that privilege, but they should never be required to. It's a relatively nuanced discussion.

You raised the important question of other kinds of privileges. Solicitor-client privilege is almost the gold standard as set by the courts. It's a quasi-constitutional right and is integral to our justice system, but other elements of confidentiality absolutely should be taken into account.

We think that a collaborative discussion that includes stakeholders would likely produce the best results, which may be an amendment to the Customs Act or to another piece of legislation that is overarching. That conversation should take place, and stakeholders should be part of that conversation.

Senator Dalphond: Thank you.

Senator Jaffer: Thank you, Mr. Fraser and Ms. Jafari, for your presentations. I found them very interesting and I will certainly be thinking about them.

My question is to Ms. Jafari. *As-Salaam-Alaikum* and congratulations for founding the Muslim Lawyers Association. Ms. Jafari, it's not a secret within the Muslim community that the CBSA is not very kind to us when we come to the border. As someone who founded the Muslim Lawyers Association — and I think it was after 9/11 — obviously, you don't want to give examples of specific people, but generally, what do you hear from the Muslim community about what happens to them at the border?

Ms. Jafari: Thank you, Senator Jaffer, for your question. I'll just correct that I'm not one of the founders of the CMLA. I founded Jafari Law.

In terms of the issues we are discussing today, many witnesses have advised that the standard of general concern is unlikely to survive a constitutional challenge. While we might theoretically think that is years of litigation, those years of litigation will come on the backs of the marginalized and racialized

téléphone et des renseignements sur leurs clients, comme les psychologues, les prêtres ou d'autres.

Me Fraser : À ce stade, nous estimons que c'est une question suffisamment importante pour être discutée, et c'est pourquoi nous préconisons la création d'un groupe de travail.

Il y a aussi une distinction sur le plan de l'information. Par exemple, mon ordinateur portable de travail ne contient que des renseignements liés à mes clients. Comme avocat, je ne peux pas lever le secret professionnel sans leur permission.

Mes clients sont dans une situation semblable lorsqu'ils traversent la frontière avec des renseignements protégés parce que je leur ai donné des conseils. Ils peuvent renoncer à ce privilège, mais ils ne devraient jamais y être contraints. C'est une question relativement nuancée.

Vous avez parlé d'autres types de privilèges importants. Le secret professionnel de l'avocat est presque la norme d'excellence établie par les tribunaux. C'est un droit quasi constitutionnel qui fait partie intégrante de notre système de justice, mais il faut absolument tenir compte d'autres éléments en matière de confidentialité.

Nous pensons qu'une discussion en collaboration avec les différentes parties intéressées produirait probablement les meilleurs résultats, qui pourraient prendre la forme d'une modification de la Loi sur les douanes ou d'une autre loi générale. Cette discussion est nécessaire, et les différentes parties intéressées devraient y participer.

Le sénateur Dalphond : Merci.

La sénatrice Jaffer : Merci de vos exposés, maîtres Fraser et Jafari. Je les ai trouvés très intéressants et ils seront pour moi matière à réflexion.

Ma question s'adresse à Me Jafari. *As-Salaam-Alaikum*. Je vous félicite d'avoir fondé l'Association canadienne des avocats musulmans. Maître Jafari, ce n'est pas un secret pour la communauté musulmane que les agents de l'ASFC ne sont pas très aimables à l'égard des personnes qui se présentent à la frontière. Comme membre fondatrice de votre association — créée, je crois, après le 11 septembre —, vous ne voudrez évidemment pas donner d'exemples de cas précis, mais, en général, que vous disent les membres de la communauté musulmane de leur expérience à la frontière?

Me Jafari : Je vous remercie de votre question, sénatrice Jaffer. Je tiens à préciser que je ne suis pas membre fondatrice de l'association. Je suis la fondatrice de Jafari Law.

Quant aux questions dont nous discutons aujourd'hui, de nombreux témoins estiment que la norme de préoccupation générale ne résistera pas à une contestation constitutionnelle. Même si, en théorie, on peut s'attendre à des années de litiges, ces litiges se feront sur le dos des communautés marginalisées et

communities that are proven to be disproportionately and discriminatingly affected at the borders.

What we see and hear from our community members oftentimes is that they are repeatedly and almost always selected for “random” spot checks. They are questioned to a much higher degree than other travellers, oftentimes even in their own travel group. The concern about the limitless search and the lack of any protections and parameters on the data that is collected and retained is that the information will not only be used against the traveller but also the contacts of the traveller whose information is contained in their phone.

These days, our phones collect data about our contacts, both personal and professional, whether or not we’re aware of this, and our correspondence could potentially incriminate other people, which the government will rely on. There are no parameters for the collection or retention of that data. It could be used for any purpose and potentially disclosed to third parties for charges and investigations outside the context of the pre-clearance areas.

Senator Jaffer: Another question I have is about the note taking. We already heard from Mr. Morris, from the Office of the Privacy Commissioner, about the inadequacy of note taking, and you also mentioned it. If note taking is inadequate, you have to go through further legal or complaints processes. What has been your experience with the marginalized community, the people you work with? How have they been able to proceed? Are they able to lodge complaints? I’m not saying all Muslims are marginalized, but it’s a challenge. What is your experience?

Ms. Jafari: Thank you for that question, Senator Jaffer.

The issue is that even in the last round of amendments to the Preclearance Act, this was particularly and specifically our concern. I had the pleasure and honour of testifying before the House and Senate committees in terms of those amendments. One of the pivotal concerns was that there aren’t enough parameters or limits prescribed on the authorities given presently, and we are seeing an ever-increasing rush to expand those powers without the checks and balances that are required for a reasonable limit on one’s individual privacy rights.

Not only are there no parameters set, but we have already seen that the few parameters that are there aren’t being observed. We were concerned at the last round that note taking wasn’t going to be a sufficient check and balance on the expanded authorities given at that time, and that has proven to be the case. Note taking has become an afterthought for a lot of officers. They already have the legal authority to conduct themselves and question travellers on a myriad of things that might be unnecessary or unreasonable in the circumstances, and top of that, they don’t

racisées qui sont ciblées de façon disproportionnée et discriminatoire aux frontières.

Ce que dont nous sommes témoins et ce que nous disent les membres de notre communauté, c’est qu’ils sont systématiquement et presque toujours retenus pour des contrôles « aléatoires ». Ils sont beaucoup plus interrogés que les autres voyageurs, souvent même dans leur propre groupe de voyageurs. Ce qui est inquiétant au sujet de la fouille illimitée et de l’absence de mesures de protection et de paramètres sur les données recueillies et conservées, c’est que ces renseignements seront utilisés non seulement contre le voyageur, mais aussi contre ses contacts dont les renseignements sont contenus dans son téléphone.

De nos jours, nos téléphones recueillent des données sur nos contacts personnels et professionnels, que nous en soyons conscients ou pas, et notre correspondance pourrait potentiellement incriminer d’autres personnes. Il n’y a pas de paramètres applicables à la collecte ou à la conservation de ces données. Elles pourraient être utilisées à n’importe quelles fins et être divulguées à des tiers en vue d’accusations et d’enquêtes sans rapport avec le contexte des zones de précontrôle.

La sénatrice Jaffer : J’ai une autre question au sujet de la prise de notes. Me Morris, du Commissariat à la protection de la vie privée, nous en a signalé les lacunes, et vous en avez parlé, vous aussi. Si la prise de notes est insuffisante, il faut passer par d’autres processus juridiques ou procédures de plainte. Que pouvez-vous nous dire au sujet de la communauté marginalisée, des gens avec qui vous travaillez? Que peuvent-ils faire? Peuvent-ils déposer des plaintes? Je ne dis pas que tous les musulmans sont marginalisés, mais c’est un enjeu. Parlez-nous de votre expérience, s’il vous plaît.

Me Jafari : Je vous remercie de cette question, sénatrice Jaffer.

Il se trouve que c’était déjà notre principal souci au cours de la dernière série de modifications à la Loi sur le précontrôle. J’ai eu le plaisir et l’honneur de témoigner devant les comités de la Chambre et du Sénat au sujet de ces modifications. Ce qui nous inquiétait déjà était qu’il n’y avait pas suffisamment de paramètres ou de limites prescrits aux pouvoirs actuels, et nous constatons un élargissement croissant de ces pouvoirs sans les freins et contrepoids nécessaires pour limiter raisonnablement l’empiétement sur les droits individuels à la vie privée.

Non seulement il n’y a pas de paramètres, mais on a pu constater que les quelques paramètres en vigueur ne sont pas respectés. La dernière fois, nous étions préoccupés par le fait que la prise de notes ne serait pas un mécanisme suffisant pour contrebalancer les pouvoirs élargis accordés à l’époque, et cela s’est avéré. C’est devenu une considération secondaire pour beaucoup d’agents. Ils ont déjà le pouvoir légal d’interroger les voyageurs sur une foule de choses sans rime ni raison dans les circonstances, et, en plus, ils ne respectent pas la norme de la

comply with the note-taking standard. Recourse to the actions of officers at the border becomes almost meaningless in a lot of ways — or not necessarily meaningless but so cumbersome and with such little effect and impact in the end that many don't exercise even those few available mechanisms. Many people simply state, "I basically have no rights at the border." The power imbalance is so great that they have to give in to whatever the demands of the officer are.

Senator Wells: Thank you to our witnesses for appearing.

This question is for Mr. Fraser. I'm going to ask you to speculate, based on your experience and the experience and discussions of the working group. If reasonable general concern is permitted to stand and is passed into law — and you noted in your brief, on page 7, that absent further qualification, as written, it is at serious risk of not surviving Charter scrutiny or challenge — will this end up back in Parliament to come up with a greater level of detail or scrutiny for that term?

Mr. Fraser: Thank you for the question.

Generally, I hesitate to speculate, but I'm relatively confident that this will end up in front of courts. Those courts will have to grapple with what is a reasonable general concern and whether that passes constitutional muster in light of the extremely high and acute privacy interests in the contents of mobile electronic devices. I think we're probably going to see what happened in *Canfield* and *Al Askari* happen again, which is to strike down that particular portion. In *Canfield*, we saw that the court wasn't ready to take out the pen and rewrite it. It was sent back to Parliament, quite rightly. If I were a betting person — and I'm not going to make a wager on behalf of the committee, but I'll do it on my own behalf — I'd bet that we will be revisiting this issue in a parliamentary committee with an amendment to the Customs Act within 5 or 10 years.

Senator Wells: Thank you for that. My next question was how likely would it be successfully challenged, so good on you for jumping ahead and answering my next question.

Finally, Mr. Fraser, with the provision of note taking, which is not a new concept but a new provision for this bill, in your experience or in your discussions with your working group, would that be more for justifying actions or for noting observations? Who does that protect?

Mr. Fraser: Well, it should be for both. One thing that's notable is that the Supreme Court of Canada in the *Fearon* decision, related to searches incident to arrest, put in place an obligation on police officers to take detailed notes about what it was they were searching and why they were searching it. Note taking has the benefit of clearly recording, contemporaneous

prise de notes. Les recours contre les mesures prises par les agents des douanes n'ont presque plus de sens à bien des égards, ou, du moins, ce n'est pas qu'ils n'aient pas de sens, mais ils sont tellement fastidieux et ont si peu d'effet et d'impact que beaucoup de gens ne se donnent même pas la peine d'utiliser les quelques mécanismes disponibles. Ils se disent simplement qu'ils n'ont aucun droit quand ils passent la frontière. Le déséquilibre des pouvoirs est si grand qu'ils doivent se plier aux exigences des agents, quelles qu'elles soient.

Le sénateur Wells : Je remercie les témoins de leur présence.

Ma question s'adresse à Me Fraser. Je vais vous demander de faire des conjectures en fonction de votre propre expérience et de l'expérience et des discussions du groupe de travail. Si une préoccupation générale raisonnable est permise et adoptée — et vous avez indiqué dans votre mémoire, à la page 7, que, à défaut d'autres réserves, elle risque fort, dans sa forme actuelle, de ne pas résister à un examen ou à une contestation en vertu de la Charte —, est-ce que le projet de loi sera renvoyé au Parlement pour que celui-ci fixe une norme plus détaillée ou plus contrôlée?

Me Fraser : Je vous remercie de la question.

En général, j'hésite à spéculer, mais je suis à peu près sûr que les tribunaux en seront saisis. Ils devront se pencher sur ce qui constitue une préoccupation générale raisonnable et déterminer si elle est conforme à la Constitution, compte tenu des risques extrêmement élevés et précis en matière de protection de la vie privée concernant le contenu des appareils électroniques mobiles. Je pense que nous allons probablement voir se reproduire ce qui s'est produit dans des affaires comme *Canfield* et *Al Askari*, c'est-à-dire que cette partie de la loi sera annulée. Dans l'arrêt *Canfield*, la cour ne s'est pas montrée disposée à la réécrire. La loi a été renvoyée au Parlement, à juste titre. Je serais prêt à parier — pas au nom du comité, mais en mon nom personnel — que nous reviendrons sur cette question en comité parlementaire avec une modification à la Loi sur les douanes d'ici 5 ou 10 ans.

Le sénateur Wells : Merci. Je voulais également savoir dans quelle mesure une contestation pourrait aboutir, et je vous remercie d'avoir anticipé ma prochaine question.

Enfin, maître Fraser, au sujet de la prise de notes, qui n'est pas un nouveau concept, mais une nouvelle disposition du projet de loi, d'après votre expérience ou vos discussions avec votre groupe de travail, est-ce que cela sert davantage à justifier des mesures ou à noter des observations? Qui protège-t-on ainsi?

Me Fraser : Eh bien, cela devrait protéger les uns et les autres. Je rappelle que, dans l'arrêt *Fearon*, la Cour suprême du Canada a imposé aux policiers l'obligation de prendre des notes détaillées sur ce qu'ils cherchaient et pourquoi ils le faisaient. La prise de notes a l'avantage d'enregistrer clairement, en même temps que la fouille, l'objet de la préoccupation générale

with the search, what is your reasonable general concern. What are you concerned about? It allows its reasonableness to be checked after the fact.

It would also hopefully document the search. Was the search itself reasonable in the circumstances? Was it related to the general concern? It does both of those things in terms of making sure that there's a record after the fact. Otherwise, when it does end up in front of a court, for example, you're not left with only somebody's *ex post facto* justification. You have something that's contemporaneous.

I would also note that it creates a little bit of friction. It does have that beneficial effect as well if the officer thinks, "Is this really important to search? Is it worth my time to whip out my notepad and take these detailed notes?"

Senator M. Deacon: I'm thinking as I'm speaking because I don't want to duplicate anything I've heard so far. I will ask one question, and then I would be happy to defer my time back to Senator Jaffer's other question, if we can squeeze that in.

This might be even seen as playing a little bit of the devil's advocate, but I am curious about this. We are talking continuously about this new language, the reasonable and general concern. I also wonder if new language is needed, given the rapid evolution of our devices and the capacity of what can be stored on them. While these devices contain personal information, their potential to contain gigabytes of illegal photos and videos and those kinds of things is also there. I think I heard it suggested that while reasonable general concern is considered by some to be too low a bar, perhaps traditional language, like reasonable grounds to suspect, is too high. Do we need new legal language to keep up-to-date with technology? I'll direct this towards the Canadian Bar Association.

Mr. Fraser: Thank you very much for your question.

I'm not sure that our legal system is so stagnant that it cannot contemplate new language, new concepts and new thresholds. I think the concern specifically with reasonable general concern, as it's dropped in Bill S-7, is that we just have those words and we don't have a fleshing out of what the concept is or what the concept is intended to be. If there were more details and more parameters, more clear guardrails on what is in and what is out, what does this mean and what does this not mean, and reasonable general concern about what? General about the circumstance? General about the threat level for the border that day? General related to the visitor in front of you? General related to their luggage? General having a bad day? What exactly does that mean? If we had a better understanding of exactly what that means, we would certainly be in a more detailed position to

raisonnable. Quelle est la préoccupation? On peut ainsi vérifier après coup si elle était raisonnable.

Cela permettra aussi, espère-t-on, de documenter la fouille. La fouille elle-même était-elle raisonnable dans les circonstances? Était-elle liée à la préoccupation générale? Les deux sont notées en même temps et permettent de monter un dossier. Faute de quoi, si l'affaire se retrouvait devant un tribunal, par exemple, on serait laissé à la seule justification de l'agent *ex post facto*. Il existerait donc un document contemporain des faits.

Je souligne également que cela crée un peu de friction. Et cela a l'avantage de faire réfléchir l'agent : La fouille est-elle vraiment nécessaire? Est-ce qu'il vaut la peine de sortir le bloc-notes et de prendre ces notes détaillées?

La sénatrice M. Deacon : Je réfléchis en parlant parce que je ne veux pas répéter ce qui a déjà été dit jusqu'à présent. Je vais poser une question, puis je me ferai un plaisir de céder mon temps de parole à la sénatrice Jaffer pour son autre question, si on peut l'insérer.

Je vais me faire un peu l'avocate du diable, car cela m'intrigue. Nous parlons continuellement de ces nouveaux termes, de cette préoccupation raisonnable générale. Est-ce qu'il ne faudrait pas effectivement un nouveau vocabulaire, compte tenu de l'évolution rapide de nos appareils et de leur capacité de stockage? Ces appareils contiennent des renseignements personnels, mais ils peuvent contenir des gigaoctets de photos et de vidéos illégales et de ce genre de choses. Il me semble avoir entendu dire que la norme de la préoccupation générale raisonnable est peut-être trop faible, mais qu'une norme traditionnelle comme les motifs raisonnables de soupçonner est peut-être trop stricte. N'avons-nous pas besoin d'un nouveau vocabulaire juridique à hauteur de la réalité technologique? Ma question s'adresse au représentant de l'Association du Barreau canadien.

Me Fraser : Merci beaucoup de votre question.

Je ne suis pas certain que notre système juridique soit si stagnant qu'il ne puisse pas envisager de nouveaux termes, de nouveaux concepts et de nouveaux seuils. À mon avis, ce qui nous inquiète au sujet du critère de la préoccupation générale raisonnable, étant donné qu'il figure dans le projet de loi S-7, c'est que nous n'avons que ces termes et que nous n'avons pas de définition de leur sens ou de leur intention. Ce serait différent s'il y avait plus de détails et de paramètres, ainsi que des garanties plus claires, sur ce qui est inclus et ce qui ne l'est pas, sur ce que cela signifie ou non, sur l'objet de la préoccupation, sur sa généralité à l'égard des circonstances, du degré de menace à la frontière tel ou tel jour, du visiteur interrogé, de ses bagages ou d'une mauvaise journée : que veut-on dire exactement? Si nous comprenions mieux ce que cela signifie exactement, nous

say, yeah, this might work, or it might work in some circumstances and not in others.

I don't think that we need to close the door to new concepts, but we need to understand what those concepts are, particularly when there are such distinct and acute privacy interests at stake, and also when you're dealing with vulnerable people. Canadian citizens have the right to enter Canada, but anybody facing a customs officer in a uniform is going to feel somewhat intimidated. There are racialized and marginalized communities who are extra vulnerable in those sorts of circumstances. For them to be able to understand what the rules and the parameters are — and the clearer they are, the less likely that they can be abused or that the abuse of that authority can be recognized and checked.

That's probably a long-winded way of answering your question, that as long as we understand what those parameters are, we would be in a position to adopt them or criticize them or say that they are fine.

Senator Yussuff: Thank you, witnesses, again, for your rich evidence to the committee.

Mr. Fraser, let me start with a question to you. In regard to the court rulings, the court certainly allowed for Parliament to come up with this new definition. Granted, there are some challenges as to what exactly does it mean in regard to its legal parameters, but there's nothing that's stopping Parliament from proceeding with the definition that the government has adopted that's before us right now. Am I wrong to assume that?

Mr. Fraser: No. The Senate and the house can pass the legislation as written, and it will go out into the wild and it will be acted upon. It's not a concern about the authority of Parliament to pass the legislation, by any means. It's the concern that there will be confusion later. It will be litigated, and there's a very high chance that it would be found to be unconstitutional and we would be back to the drawing board.

Senator Yussuff: Quickly, on my second question to you before I get to Ms. Jafari, on the issue of solicitor-client privilege, can the concern that you are raising be taken care by explicitly acknowledging that reality in the regulation?

Mr. Fraser: I imagine there's probably a way to do it. This wasn't the subject of our working group's work, so I will speculate personally. One could say that this authority to search does not extend to any materials over which solicitor-client privilege is claimed, and to build in a process. For example, if a judge authorizes a search of a law firm, there are specific rules in place in that nothing gets reviewed in order to determine whether it's privileged, except by a judge or a referee, who is a lawyer

pourrions plus facilement dire que, en effet, cela pourrait fonctionner ou que cela pourrait fonctionner dans certaines circonstances et pas dans d'autres.

Je ne pense pas qu'il soit nécessaire de fermer la porte à de nouveaux concepts, mais nous devons les comprendre, surtout lorsqu'il y a des risques distincts et précis en matière de protection de la vie privée, mais aussi lorsqu'il s'agit de personnes vulnérables. Les citoyens canadiens ont le droit d'entrer au Canada, mais tous les gens qui font face à un agent des douanes en uniforme se sentent plutôt intimidés. Et les membres de certaines communautés racisées et marginalisées sont encore plus vulnérables dans ce genre de situation. Il faut que ces gens puissent comprendre les règles et les paramètres applicables — et plus ils sont clairs, moins il y a de risques d'abus ou plus l'abus de pouvoir pourra être reconnu et vérifié.

C'est probablement une longue réponse à votre question, mais elle revient à dire que, si nous comprenons les paramètres, nous pouvons les adopter ou les critiquer ou dire qu'ils sont acceptables.

Le sénateur Yussuff : Je remercie également nos invités de leurs riches témoignages.

Maître Fraser, permettez-moi de commencer par vous. Concernant les décisions des tribunaux, la cour a évidemment permis au Parlement d'élaborer cette nouvelle définition. Certes, il y a des problèmes quant à sa signification exacte au regard des paramètres juridiques, mais rien n'empêche le Parlement d'entériner la définition que le gouvernement a adoptée et dont nous sommes actuellement saisis. Est-ce que je me trompe?

Me Fraser : Non. Le Sénat et la Chambre peuvent adopter le projet de loi tel qu'il est rédigé, et il sera lâché dans la nature et mis en œuvre. Il ne s'agit pas du tout du pouvoir du Parlement d'adopter le projet de loi. Ce qui est en cause est le risque de confusion ultérieure. Il y aura des litiges, et il y a de très fortes chances que la loi soit jugée inconstitutionnelle, ce qui nous ramènera à la case départ.

Le sénateur Yussuff : Brièvement, avant de passer à Me Jafari, j'aimerais vous poser une deuxième question au sujet du secret professionnel de l'avocat. Peut-on régler le problème que vous soulevez en prenant explicitement acte de cette réalité dans le règlement?

Me Fraser : J'imagine qu'il y a probablement moyen de le faire. Notre groupe de travail ne s'est pas penché sur cette question, et je ne vais donc pas me livrer à des conjectures. On pourrait dire que ce pouvoir de fouille ne s'applique pas aux documents à l'égard desquels le secret professionnel de l'avocat est invoqué, et intégrer un processus. Par exemple, si un juge autorise une perquisition dans un cabinet d'avocats, il y a des règles précises au sens où seul un juge ou un arbitre qui est un

appointed by a judge. A similar mechanism could absolutely be put in the regulations.

Senator Yussuff: Thank you very kindly.

Ms. Jafari, you raised some very important points that are of concern from a personal perspective, but also for the general concerns, of course, for people of colour that travel across the border. There has been a lot of evidence previously to CBSA's attitudes towards people of colour, and in many circumstances the agency has had to adapt and change accordingly. The minister did indicate to us when he came before the committee that he is establishing a new agency to monitor the CBSA and the RCMP in regard to their behaviour and to collect data. Would this be of any value in trying to discern the degree to which racial profiling is happening at the border, and also happening with other agencies that this new agency will be overlooking?

Ms. Jafari: Thank you for the question.

We will be monitoring the progress of that bill and seeking to make submissions as well. I would suggest that that body, once it comes forward, will still be a post facto review of what has gone wrong. It doesn't provide upfront protection to travellers seeking to travel the border. In fact, these increased powers still continue to serve as increased deterrents for racialized and vulnerable minorities from travelling to the border because of the palpable knowledge of the power imbalance security officers wield over travellers when crossing the border.

What is even more concerning is that there are other problems with the proposed amendments, and one of them is the increase of consequences for the offence of hindering an officer. By switching that offence to a hybrid offence, there is an increased power of border officials, which is that they can render, with the sleight of a pen, temporary residents in Canada inadmissible on the grounds of criminality. On the immigration side, in the immigration context, they have deemed that any hybrid offence will be deemed to be an indictable offence, even if proceeded by way of summary conviction. That means that travellers have this even more significant consequence to fear each time they cross the border lest an officer think that travellers' behaviour or conduct is somehow seeking to hinder those officers' ability to conduct themselves.

Unparalleled and unrestrained increased powers granted to border officers are things that we have demonstrated and have known for many years to have come on the backs of experiences of marginalized individuals. To answer your question, yes, this new body will likely provide additional sets of data on when and how that's occurring, but again, that's after the fact and not a reasonable solution to the concerns being raised.

avocat nommé par un juge pourra déterminer ce qui est protégé par le secret professionnel. Un mécanisme semblable pourrait tout à fait être prévu dans le règlement.

Le sénateur Yussuff : Merci beaucoup.

Maître Jafari, vous avez attiré notre attention sur des éléments très importants qui soulèvent des préoccupations d'un point de vue personnel, mais aussi à titre général, bien sûr, pour les personnes de couleur qui passent la frontière. Beaucoup de preuves se sont accumulées sur l'attitude des agents de l'ASFC à l'égard des personnes de couleur, et, dans bien des cas, l'Agence a dû s'adapter et changer ses méthodes. Lorsqu'il a comparu devant le comité, le ministre nous a dit qu'il était en train de créer une nouvelle agence chargée de surveiller le comportement de l'ASFC et de la GRC et de recueillir des données. Ne serait-ce pas une mesure utile pour essayer de déterminer dans quelle mesure il y a du profilage racial aux douanes, mais aussi dans d'autres organismes que cette nouvelle agence ne surveillera pas?

Me Jafari : Je vous remercie de la question.

Nous suivrons l'évolution de ce projet de loi et nous essaierons également de présenter des mémoires. Je dirais que cet organisme, s'il advient, restera un organisme d'examen après coup de ce qui a mal tourné. Il n'offrira pas de protection immédiate aux voyageurs qui passent la frontière. En fait, ces pouvoirs supplémentaires continuent de dissuader de plus en plus de membres de minorités racisées et vulnérables de passer la frontière parce qu'ils sont parfaitement conscients du déséquilibre des pouvoirs entre les agents de sécurité et les voyageurs.

Ce qui est encore plus inquiétant, c'est que les modifications proposées soulèvent d'autres problèmes, dont l'augmentation des conséquences de l'entrave à l'action d'un agent. En remplaçant cette infraction par une infraction mixte, on confère aux agents des services frontaliers un pouvoir accru, c'est-à-dire qu'ils peuvent, d'un coup de crayon, interdire l'accès au territoire à des résidents temporaires pour criminalité. Du côté de l'immigration, dans le contexte de l'immigration, on a jugé que toute infraction mixte serait considérée comme un acte criminel, même si on passe par une procédure sommaire. Cela signifie que les voyageurs ont encore plus à craindre chaque fois qu'ils franchissent la frontière, du moment qu'un agent estimerait que leur comportement vise à nuire à sa capacité de remplir ses fonctions.

Les pouvoirs sans précédent et sans restriction accordés aux agents des services frontaliers s'exercent, comme nous l'avons démontré et comme nous le savons depuis de nombreuses années, surtout sur les personnes marginalisées. Pour répondre à votre question, ce nouvel organisme fournira en effet probablement des données supplémentaires sur ces occurrences et sur leurs caractéristiques, mais seulement après coup, et ce

Senator Boehm: I'd like to thank both witnesses for being here.

My question is for Ms. Jafari, and I'm following up on earlier points made by my colleagues Senators Jaffer and Yussuff. At one of our previous meetings, government officials stated that there's an hour of diversity training for CBSA officers. We weren't given more of a context as to whether it is an hour in a two-week training program or if it's less than that. Do you believe that is a sufficient amount of time to understand the complexities of racial profiling and diversity training?

I was struck by the comment you made that, in the community, there is generally a sense of quiet resignation that there is no real recourse once a decision is taken. Would you see this new standard as perhaps increasing that sense? It's a very subjective question, I realize, but I would really like your perspective on both of those points.

Ms. Jafari: Thank you. Again, to some extent, I'll be speaking in my personal capacity in terms of my interpretation of what would happen based on these amendments.

To answer your first question, I do not think that an hour of sensitivity training for officers is sufficient by any standards. The stereotypic beliefs that permeate border officials and the national security context are deeply ingrained. They are something that not only officers but a lot of sectors of society buy into. They are systemically entrenched. One hour of training cannot easily undo them, which is why racial profiling and the stereotypic assumptions they are based upon are so predominant in the national security context and so significantly felt by racialized and minority individuals.

In answer to your second question, I absolutely do think that the increased powers will increase the feeling of helplessness and lack of power at the border, again, especially given the proposed designation of the offence of hindering an officer as a hybrid offence and the significant immigration consequences that could befall travellers, visitors visiting their family members, foreign workers on a variety of work contracts, international students — people who have invested years and years into the hopes of a future in Canada. Every time they cross the border, they are now not only going to have the ordinary potential indignation of being singled out for specific questioning, but they would also have this looming significant immigration consequence in their concern that would further entrench their willingness to accept whatever treatment they receive by border officials, however unreasonable, due to a desire to circumvent the significant consequences that could come thereafter.

Senator Boehm: Thank you very much.

n'est pas une solution valable aux problèmes que nous soulevons.

Le sénateur Boehm : Je remercie les deux témoins de leur présence.

Ma question s'adresse à Me Jafari et fait suite à des remarques précédentes de mes collègues les sénateurs Jaffer et Yussuff. Au cours d'une de nos réunions précédentes, des fonctionnaires nous ont dit que les agents de l'ASFC recevaient une formation d'une heure sur la diversité. On ne nous a pas précisé s'il s'agissait d'une heure dans un programme de formation de deux semaines ou si c'était moins que cela. Croyez-vous que ce soit suffisant pour comprendre les tenants et aboutissants du profilage racial et pour sensibiliser les agents à la diversité?

J'ai été frappé par ce que vous avez dit des membres de votre communauté qui se résignent silencieusement à ce qu'il n'y ait pas de véritable recours lorsqu'une décision est prise. Pensez-vous que cette nouvelle norme risque d'accroître ce sentiment? C'est une question très subjective, j'en conviens, mais j'aimerais vraiment connaître votre point de vue sur ces deux points.

Me Jafari : Merci. Je vais, ici encore, vous donner ma propre interprétation personnelle de ce qui se passerait compte tenu de ces modifications.

Pour répondre à votre première question, je ne pense pas qu'une heure de sensibilisation soit suffisante, quoi qu'il en soit. Les stéréotypes qui imprègnent les agents frontaliers et le contexte de la sécurité nationale sont profondément enracinés. Ils sont courants non seulement parmi les agents, mais dans toute la société. Ils y sont ancrés de façon systémique. Une heure de formation ne saurait facilement les défaire, et c'est pourquoi le profilage racial et les préjugés sur lesquels il se fonde sont si prédominants dans le contexte de la sécurité nationale et si fortement ressentis par les personnes racisées et minoritaires.

Pour répondre à votre deuxième question, je suis absolument convaincue que l'augmentation des pouvoirs des agents va accroître le sentiment d'impuissance des voyageurs, notamment en raison du fait que l'infraction d'entrave à un agent sera considérée comme une infraction mixte et qu'elle aura des conséquences graves en matière d'immigration pour les voyageurs, pour ceux qui rendent visite à des membres de leur famille, pour les travailleurs étrangers dans le cadre de divers contrats de travail, pour les étudiants étrangers — des gens qui ont investi pendant des années dans l'espoir d'un avenir au Canada. Chaque fois qu'ils franchiront la frontière, non seulement ils subiront l'indignité ordinaire d'être ciblés pour des interrogatoires précis, mais ils seront sous une menace imminente en matière d'immigration, qui leur fera encore davantage accepter le traitement que leur réservent les agents frontaliers, aussi déraisonnable soit-il, pour éviter des conséquences ultérieures graves.

Le sénateur Boehm : Merci beaucoup.

Senator Simons: My question is for both witnesses, but it arises from something Ms. Jafari mentioned in response to an earlier question.

We're told that Bill S-7 is ostensibly to deal with border contraventions, whether that's the importation of child pornography, the importation of hate literature or even something as simple as looking through your receipts to make sure you actually declared all the things you brought on your shopping trip across the border. I remain deeply concerned, though, that the bill also allows that if the CBSA officers are doing a regulatory examination and they discover what may be evidence of a criminal offence, that such evidence can be provided to local law enforcement authorities who can then conduct their own criminal investigation and consider criminal charges. As lawyers, how concerned are you that a bit of a fishing trip through somebody's personal devices at the border could lead to criminal investigations and criminal convictions for offences that have nothing to do with the border crossing itself?

Mr. Fraser: That's a good question, and it raises an important point. However, it's not only restricted to the border circumstance. There are certainly other circumstances where regulatory audit or review will lead to information that could give reasonable grounds to suspect a crime has been committed, and it's beneficial that it be moved over to someplace else.

What's notable is that as soon as that threshold is crossed and it relates to an electronic device, that electronic device should be shut down, sealed, placed in an envelope and it can't actually be looked at unless the law enforcement agency gets a warrant. On that side of the line, a warrant is required based on reasonable grounds to believe, but five minutes earlier, just reasonable general concern was what was necessary in order to go flipping through it.

There's nothing in Bill S-7 that limits the scope of a search. You gave the example of receipts. If you have a reasonable general concern that I have misdeclared the price of these items, that can still lead to looking through my camera roll, going back a year and a half, which would be completely unrelated and is not a reasonable search exercise in a reasonable manner.

I expect my colleague has some things to say about that, as well.

Ms. Jafari: Yes, thank you.

Again, that is precisely the concern. Not only are there no parameters on the scope of the search, but there are also no parameters on the retention and use of that data. We know that the border officials use metadata, and store and collect as much metadata as possible to see where it could be useful for them down the road, and these expansive search powers of digital

La sénatrice Simons : Ma question s'adresse aux deux témoins, mais elle découle d'une chose que Me Jafari a déclarée en réponse à une question précédente.

On nous dit que le projet de loi S-7 vise manifestement les contraventions à la frontière, qu'il s'agisse de l'importation de pornographie juvénile, de l'importation d'ouvrages haineux ou même de quelque chose d'aussi simple que la vérification des reçus permettant de confirmer la déclaration de tout ce que vous avez acheté pendant votre voyage à l'étranger. Mais je suis extrêmement inquiète du fait que le projet de loi permette également que, si les agents de l'ASFC découvrent, dans le cadre d'un examen réglementaire, quelque chose qui pourrait constituer une preuve d'infraction criminelle, ces preuves puissent être communiquées aux autorités locales chargées de l'application de la loi, qui pourront ensuite mener leur propre enquête et envisager des accusations criminelles. Comme avocats, dans quelle mesure êtes-vous inquiets qu'une simple fouille d'appareils personnels puisse mener à une enquête criminelle et à une condamnation pour une infraction qui n'a rien à voir avec le passage de la frontière proprement dit?

Me Fraser : C'est une bonne question, qui soulève un point important. Mais cela ne se limite pas aux douanes. Il y a bien d'autres circonstances dans lesquelles une vérification ou un examen en vertu d'une réglementation aboutiront à des renseignements susceptibles de donner lieu à des motifs raisonnables de soupçonner qu'un crime a été commis, et il est bon que ce soit distinct.

Ce qui est remarquable, c'est que, dès que ce seuil est franchi dans le cas d'un appareil électronique, cet appareil doit être fermé, scellé et placé dans une enveloppe et ne peut être examiné à moins que l'organisme d'application de la loi n'obtienne un mandat. À ce stade, un mandat est exigible en raison de motifs raisonnables de croire, mais, cinq minutes plus tôt, une simple préoccupation générale raisonnable suffisait pour fouiller le contenu de l'appareil.

Rien dans le projet de loi S-7 ne limite la portée de la fouille. Vous avez donné l'exemple des reçus. Si une préoccupation générale raisonnable vous donne à penser que j'ai mal déclaré le prix de ces articles, vous pourrez quand même regarder ma liste de photos, en remontant à un an et demi, ce qui n'aurait aucun rapport et ne constituerait pas une fouille raisonnable.

J'imagine que ma collègue a aussi des choses à dire à ce sujet.

Me Jafari : Oui, merci.

C'est précisément ce qui nous préoccupe. Non seulement la portée de la recherche n'est pas paramétrée, mais la conservation et l'utilisation des données ne le sont pas non plus. Nous savons que les agents frontaliers utilisent des métadonnées, qu'ils les stockent et qu'ils en recueillent le plus possible au cas où elles seraient utilisables ultérieurement, et ces vastes pouvoirs leur

devices will allow them to aggregate and add to that pool of metadata. They can potentially retain information that they know is of no value or use to them in the border context but that they hope may somehow down the line connect to some other points of metadata and lead to some information that could be relied upon for the purposes of criminal or other investigations.

We are deeply concerned with the lack of parameters on the search powers, the increased authority to search and the lack of parameters on the retention and the destruction of the information gathered.

Senator Simons: I think you're the first witness who's talked about metadata, and I don't think we've asked questions about that. That will be something we will want to consider. Thank you.

Ms. Jafari: Our pleasure.

Senator Jaffer: I want to go first to you, Mr. Fraser. I've known of you for a long time, and thank you for all you do for the CBA.

Ms. Jafari and I are both members of the CBA, as are other Muslims, I was wondering if, in your presentations in the future or even now, you consider the challenges faced by racialized communities. As a lawyer, you well know that it's very rare that a racialized community member can go to court because of their particular circumstances, and I was wondering if you could comment on that. Thank you, Mr. Fraser.

Mr. Fraser: Thank you very much. Thank you for your kind words, and I'll certainly take them back to the group.

I'm acutely aware, and it came up in the context of the discussions, and I will speak for myself. When talking about border searches and the powers of customs agents, the question came up, "How many times have you been sent over to secondary?" I'm a middle-aged white guy, a professional. I travel for business. I'm not on the sharp end of this, and I realize that. I travel internationally a fair amount. There are communities that are significantly and greatly affected in terms of the number of people, as a proportion, and the degree to that effect. My colleague spoke very acutely to the consequences of some of those contacts or the potential of those contacts. I am mindful of that, absolutely.

On the reference to diversity training, I can't imagine a civil service job where diversity training and understanding are more important than somebody who is probably the first Canadian official that somebody will encounter on moving to a new home in Canada, other than the visa officer whom they likely encountered at a Canadian mission abroad. Absolutely, that is a

permettront d'agréger des données et d'ajouter à cette réserve de métadonnées. Il leur sera permis de conserver de l'information dont ils savent qu'elle n'a aucune valeur ou qu'elle ne leur sert à rien dans le contexte douanier, mais qui, espèrent-ils, pourrait éventuellement être reliée à d'autres bases de métadonnées et permettre d'obtenir des renseignements propres à justifier des enquêtes criminelles ou autres.

Nous sommes extrêmement inquiets de l'absence de paramètres concernant les pouvoirs de fouille, du pouvoir supplémentaire de procéder à des fouilles et de l'absence de paramètres concernant la conservation et la destruction des renseignements recueillis.

La sénatrice Simons : Je pense que vous êtes le premier témoin à parler des métadonnées, et je ne crois pas que nous ayons posé de questions à ce sujet. C'est un enjeu qu'il nous faudra examiner. Merci.

Me Jafari : À votre service.

La sénatrice Jaffer : Je vais commencer par vous, maître Fraser. Je vous connais depuis longtemps et je vous remercie de tout ce que vous faites pour l'ABC.

Me Jafari et moi sommes toutes deux membres de l'ABC, tout comme d'autres musulmans. Est-ce que, dans vos exposés futurs ou même actuels, vous tenez compte des difficultés auxquelles font face les communautés racisées? Comme avocate, vous savez très bien qu'il est très rare qu'un membre d'une communauté racisée puisse s'adresser aux tribunaux en raison de sa situation particulière, et je me demandais si vous aviez des réflexions à partager à ce sujet. Merci, maître Fraser.

Me Fraser : Merci beaucoup. Je vous remercie de vos bons mots et je vais évidemment les transmettre au groupe.

Je suis très sensible à cette question. Elle a été soulevée dans le cadre des discussions, mais je vais m'exprimer en mon nom personnel. Concernant les fouilles aux douanes et les pouvoirs des agents, la question suivante a été posée : « Combien de fois avez-vous été envoyé au palier de contrôle secondaire? » Je suis un homme blanc d'âge moyen, exerçant une profession spécialisée. Je voyage pour affaires. Je ne suis pas du côté vulnérable, et je le sais bien. Je vais souvent à l'étranger. Certaines communautés sont particulièrement touchées en nombre, en proportion et en intensité. Ma collègue a parlé très longuement des conséquences de certaines de ces interactions ou de leur éventualité. J'en suis tout à fait conscient.

Concernant la formation sur la diversité, je ne peux pas imaginer d'emploi dans la fonction publique où la formation et la compréhension à cet égard soient plus importantes, puisque ces agents sont probablement les premiers représentants du gouvernement que l'on rencontre quand on déménage au Canada, en dehors des agents des visas probablement rencontrés dans les

key consideration. Not only is it in the background but it should be in the foreground. Thank you for bringing that up.

Senator Jaffer: Thank you for being so open-minded. I know of your reputation, so I know you will not just say those words; you will follow it. But I am an old Muslim senator of over 21 years. The number of secondary searches and random searches that I have had to go through is something that we can talk about privately. Having a green passport, I still have, almost every time I travel, a secondary search. You can imagine how passionate I feel about this issue.

Ms. Jafari, you mentioned random searches. I'm one person who gets a random search so often that my Senate colleagues sometimes follow me. At first they joked, "Oh, you must have bought a lot of jewellery. That's why you got a secondary search." But now they follow me because they want to see what this random search is. Nothing is found, happily, because if I have something, I'll declare it. But the random search is something racialized people, and especially Muslim people, know very clearly. Can you expand on what you've said, Ms. Jafari? Maybe Mr. Fraser has something to say as well.

Ms. Jafari: Sure. Thank you so much for that question. If I may, I will briefly comment on your previous question as well, but I will address your random search issue first.

With all due respect, the term "random search," for all intents and purposes, is for those using those powers. The people who are being subjected to the "random searches" know and feel firsthand that there's nothing random about it. I can't even count the number of media coverages of incidents of racial profiling at the border and the number of prominent, racialized individuals who are repeatedly subjected to these random searches. As your own experience attests to, there's nothing random about the same person being taken to secondary questioning on almost every single visit to Canada. Statistically, that is not possible if it's truly a random search. Clearly, there's more to it.

To wed back to the previous question, the issue is so significantly felt by racialized individuals, but there doesn't seem to be a genuine interest in correcting the problem. When you see that the minister is proposing a one-hour diversity training to rectify this overwhelming and extremely well-documented issue of significant racial profiling at the border, that speaks to how seriously they take this issue, which is really not at all. They know that these expanded powers will be wielded disproportionately against racialized individuals. They know that is a prominent practice of border officials, but their solution is to say, "Don't worry about how much worse it could

missions canadiennes à l'étranger. C'est effectivement une considération très importante. Elle ne devrait pas seulement être à l'arrière-plan, mais aussi à l'avant-plan. Merci d'avoir soulevé cette question.

La sénatrice Jaffer : Je salue votre ouverture d'esprit. Je connais votre réputation et je sais que vous ne vous contentez pas de parler; vous agissez. Mais je suis sénatrice depuis plus de 21 ans, et musulmane de surcroît. Nous pourrions parler en privé du nombre de fouilles secondaires et de fouilles aléatoires que j'ai subies. Comme j'ai un passeport vert, je subis encore, presque à chaque voyage, une fouille secondaire. Vous pouvez imaginer à quel point cette question m'intéresse.

Maître Jafari, vous avez parlé de fouilles aléatoires. Je subis ce genre de fouille si souvent que mes collègues du Sénat me suivent parfois. Au début, on me disait à la blague : « Ah, vous avez dû acheter beaucoup de bijoux. C'est pour cela qu'ils vous ont envoyée à la fouille secondaire. » Mais maintenant, ils me suivent parce qu'ils veulent voir ce qui se passe. Les agents ne trouvent rien à redire, heureusement, parce que si j'ai quelque chose, je le déclare. Mais la fouille aléatoire est quelque chose que les personnes racisées, et notamment les musulmans, connaissent bien. Pouvez-vous nous en parler plus précisément, maître Jafari? Me Fraser aura peut-être quelque chose à ajouter, lui aussi.

Me Jafari : Certainement. Merci beaucoup de cette question. Si vous le permettez, je vais également réagir brièvement à votre question précédente, mais je vais d'abord répondre à votre question sur les fouilles aléatoires.

Sauf votre respect, l'expression « fouille aléatoire » appartient pratiquement au vocabulaire de ceux qui exercent ces pouvoirs. Les gens qui sont soumis à des « fouilles aléatoires » savent et perçoivent distinctement qu'elles n'ont rien d'aléatoire. Je ne compte plus les reportages sur les incidents de profilage racial aux douanes et les personnes racisées éminentes qui sont constamment soumises à ces fouilles aléatoires. Comme votre propre expérience l'atteste, il n'y a rien d'aléatoire quand la même personne est soumise à un interrogatoire secondaire presque chaque fois qu'elle vient au Canada. Statistiquement parlant, il est impossible que ce soit aléatoire. C'est manifestement plus complexe.

Pour revenir à la question précédente, le problème est vivement ressenti par les personnes racisées, mais on ne semble pas vraiment vouloir corriger la situation. Quand on voit que le ministre propose une formation d'une heure sur la diversité pour corriger le problème accablant et extrêmement bien documenté du profilage racial aux douanes, on comprend à quel point il prend cette question au sérieux, c'est-à-dire pas du tout. Tout le monde sait que ces pouvoirs élargis seront exercés de façon disproportionnée contre les personnes racisées. Tout le monde sait que c'est une pratique courante chez les agents frontaliers, mais leur solution est de dire : « Ne craignez pas que la situation

get. We'll give our officers one-hour training, and that should be enough." I think that speaks to how problematic the circumstances are.

Senator Jaffer: Thank you, Ms. Jafari. Mr. Fraser, did you want to add anything further?

Mr. Fraser: I would just reinforce that, certainly in my personal experience, and this wasn't part of the committee's study, having seen random searches in action, they are seldom random. If you give somebody power and you give somebody that much latitude in order to select their random population, it's not going to be random. It's going to reflect their personal biases and their personal approach to these sorts of things. The more information that we have on the application — well, take away the ability to do things randomly, but the more supervision we have of things like this, then we can understand them and then hopefully we can rectify them.

Ms. Jafari: I would add briefly that that is also why the lack of specific exemption around solicitor-client privilege is particularly concerning to the CMLA and other witnesses. When racialized individuals are known to be more targeted at the border — and we testified to this in the last round of amendments to the Preclearance Act as well — they are more likely to seek legal advice about their rights at the border. The advice that they receive is now presently not protected. As well, lawyers who will predominantly be known to have a clientele from marginalized communities may too have their digital devices targeted for general concern searches where the metadata is extracted. The lack of specific exemption around solicitor-client privilege is particularly concerning to racialized and minority groups.

Senator Yussuff: This question is to Ms. Jafari. Based on your reading of the bill and what you believe will be the outcome of this legislation, if we were to adopt the definition put forward by the minister and the government, you could basically say racial profiling will increase at the border versus decreasing at the border. Am I right to understand that in your testimony?

Ms. Jafari: In my personal opinion, I would say absolutely, because these ingrained and entrenched biases and stereotypical assumptions being exercised at the border will only become more entrenched with increased power to exercise them in that way. Without the proper safeguards, I would highly venture that things will get disproportionately and significantly worse for racialized individuals at the border.

Senator Yussuff: Thank you.

Senator Dasko: The exchange about randomness raises a question for me. Random processes are not haphazard. They are supposed to be systematic. Are you saying they are not systematic? But they should be systematic because randomness is not haphazard. You can actually use things like random

empire. Nous allons donner une heure de formation à nos agents, et cela devrait suffire. » Je pense que cela montre à quel point la situation est problématique.

La sénatrice Jaffer : Merci, maître Jafari. Maître Fraser, voulez-vous ajouter quelque chose?

Me Fraser : J'aimerais simplement confirmer que j'ai personnellement pu constater que les fouilles aléatoires sont rarement aléatoires, mais cela ne faisait pas partie de l'étude du comité. Si on donne à quelqu'un un pouvoir et une telle latitude pour choisir des gens au hasard, ce ne sera pas aléatoire. Cela traduira ses préjugés personnels et sa perspective personnelle. Plus nous avons de renseignements... Eh bien, en dehors de la possibilité de faire des choses au hasard, mais plus nous surveillons ces activités et plus nous pouvons comprendre et, espérons-le, corriger la situation.

Me Jafari : J'ajouterais brièvement que c'est aussi la raison pour laquelle l'absence d'exemption pour le secret professionnel de l'avocat inquiète particulièrement notre association et d'autres témoins. Quand on sait que les personnes racisées sont davantage ciblées aux douanes — et nous en avons témoigné lors de la dernière série de modifications à la Loi sur le précontrôle —, on comprend qu'elles sont plus susceptibles de demander un avis juridique au sujet de leurs droits. À l'heure actuelle, les conseils qu'elles reçoivent ne sont pas protégés. De plus, les avocats dont on sait qu'ils ont principalement une clientèle provenant de communautés marginalisées peuvent, eux aussi, être visés par une fouille générale de leurs appareils numériques, dont les métadonnées sont extraites. L'absence d'exemption concernant le secret professionnel de l'avocat est particulièrement préoccupante pour les groupes racisés et minoritaires.

Le sénateur Yussuff : Ma question s'adresse à Me Jafari. Si je m'en tiens à votre interprétation du projet de loi et à ce que vous estimez qu'il en découlera, l'adoption de la définition proposée par le ministre et par le gouvernement accentuera la tendance au profilage racial aux douanes et non le contraire. Est-ce que je comprends correctement votre témoignage?

Me Jafari : Oui, c'est ce que je pense, parce que ces préjugés et ces stéréotypes ne feront que s'enraciner davantage si les agents sont dotés du pouvoir accru de les déployer. Je suis convaincue que, à moins de garanties suffisantes, la situation va empirer de façon disproportionnée pour les personnes racisées qui passent la frontière.

Le sénateur Yussuff : Merci.

La sénatrice Dasko : La discussion sur le caractère aléatoire soulève pour moi une question. Les processus aléatoires ne se font pas au hasard. Ils sont censés être systématiques. Selon vous, ils ne le seraient pas? Mais ils devraient l'être puisque le caractère aléatoire n'est pas un fait du hasard. On peut se servir,

number tables. You can say that you will examine every n-th person. That is a process that is random. You are saying they don't use those processes? Can either of the witnesses clarify the nature of a random process?

Ms. Jafari: I can't necessarily speak to that. I don't know enough about police and border customs and recording to be able to advise on that.

I can speak to the fact, from personal experience and from that of many affected individuals, that, should a set criteria be used, like every third traveller, that does not pan out in reality. When you're in line and there are 15 people ahead of you and the 2 people who are selected are racialized and marginalized, and they were, let's say, 4 people or 10 people away from each other, that demonstrates that it wasn't a one-in-every-four people, or whatnot, type of search.

The other problem is the indicia of what's considered suspicious behaviour. The minister spoke of pivoting from one foot to another. That is also based on not necessarily stereotypic assumptions but certainly not with the sensitivity of the cultural context and the context of the reality of experiences by racialized individuals. There are a myriad of reasons why a racialized individual might be more nervous at the border, likely because they have been investigated and questioned thousands of times, likely because they have grown a little bit uncomfortable, frustrated and upset by those interactions, and likely because they are afraid of what else might become the consequence of these searches.

There are a lot of things that factor into a person's lived experience with an official that has power and authority over them. A lot of it could be based on the circumstances in their home country. Many of these people have experienced significant trauma at the hands of officials in their own country, which is why they are seeking refuge in Canada. There are many factors to their behavioural indicia that might be deemed suspicious and that are actually not at all suspicious.

The Chair: Thank you, Ms. Jafari.

We are over time, so I'm bringing the meeting to a close, I'm afraid, but I want to extend a thank you to the two witnesses, as well as our admiration for the information that you've brought to us today. It's been very helpful. We appreciate your time with us.

Our next meeting will take place on Wednesday, June 8, at 12 p.m., where we will continue our study on Bill S-7. With that, the meeting is adjourned. Thank you, everyone.

(The committee adjourned.)

par exemple, de tableaux de nombres aléatoires. On peut décider, par exemple, de vérifier chaque énième personne. Ça, c'est un processus aléatoire. Vous dites qu'ils n'utilisent pas ces processus? L'un ou l'autre des témoins peut-il préciser la nature d'un processus aléatoire?

Me Jafari : Je ne peux pas nécessairement me prononcer à ce sujet. Je n'en sais pas assez sur la police, les douanes et l'enregistrement pour pouvoir vous donner un avis.

Mais, d'après mon expérience personnelle et celle de nombreuses personnes touchées, si on choisissait comme critère, par exemple, de vérifier une personne sur trois, cela ne fonctionnerait pas en réalité. Quand, dans une file d'attente de 15 personnes, les deux qui sont retenues appartiennent à des communautés racisées et marginalisées et qu'il y avait, disons, 4 ou 10 personnes à l'écart les unes des autres, on voit bien qu'il ne s'agit pas de vérifier une personne sur quatre, ou peu importe le chiffre.

Il y a aussi le problème des indices de ce qui est considéré comme un comportement suspect. Le ministre a donné l'exemple de se balancer d'un pied sur l'autre. Cela ne repose pas nécessairement sur des stéréotypes, mais certainement pas plus sur une sensibilité au contexte culturel et aux expériences vécues par les personnes racisées. Les raisons d'être plus nerveux au passage de la frontière sont multiples pour les personnes racisées, entre autres, probablement, parce qu'on les a interrogées des milliers de fois, parce qu'elles se sont senties mal à l'aise, frustrées et énervées par ces interactions et parce qu'elles ont peur des conséquences éventuelles de ces fouilles.

Beaucoup de facteurs entrent en ligne de compte dans l'expérience de l'interaction avec un fonctionnaire jouissant de pouvoir et d'autorité. Cela peut dépendre en grande partie de la situation dans le pays d'origine des intéressés. Beaucoup ont subi des traumatismes importants dans leurs relations avec les autorités de leur propre pays, et c'est pourquoi ils cherchent refuge au Canada. Beaucoup de signes pourraient être considérés comme des indices, alors qu'ils n'en sont pas.

Le président : Merci, maître Jafari.

Nous avons dépassé le temps prévu, et je vais donc mettre fin à la séance, hélas, mais je tiens à remercier les deux témoins et à exprimer notre admiration pour leurs témoignages. C'était très instructif. Nous vous sommes reconnaissants du temps que vous nous avez consacré.

Notre prochaine réunion aura lieu le mercredi 8 juin à midi, et nous y poursuivrons notre étude du projet de loi S-7. Sur ce, la séance est levée. Merci à tous.

(La séance est levée.)