

COMMENTAIRES ET OBSERVATIONS DU BARREAU DU QUÉBEC

Protection de la vie privée et des renseignements
personnels aux postes frontaliers et dans les aéroports

Présenté au Comité permanent de l'accès à l'information, de
la protection des renseignements personnels et de l'éthique
de la Chambre des communes

18 octobre 2017

Mission du Barreau du Québec

Afin d'assurer la protection du public, le Barreau du Québec surveille l'exercice de la profession, fait la promotion de la primauté du droit, valorise la profession et soutient ses membres dans l'exercice du droit.

Remerciements

Le Barreau du Québec remercie les membres de son Comité consultatif en droit de l'immigration et de la citoyenneté :

M^e Hugues Langlais, président
M^e Paula Barcelos Imparato
M^e Jocelyne Murphy
M^e Marc-André Séguin
M^e Peter Shams
M^e Alain Vallières
M^e Jean-Sébastien Boudreault
M^e Mitchell Goldberg
M^e Nadine Landry

Le Barreau du Québec remercie le Secrétariat de l'Ordre et Affaires juridiques du Barreau du Québec pour la rédaction de ce mémoire :

M^e Arianne Leblond
M^e Réa Hawi

Édité en octobre 2017 par le Barreau du Québec

ISBN (PDF) : 978-2-924857-10-6

Dépôt légal — Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2017
Dépôt légal — Bibliothèque et Archives Canada, 2017

INTRODUCTION

Le Comité permanent de l'accès à l'information, de la protection des renseignements personnels et de l'éthique de la Chambre des communes a récemment entrepris une étude portant sur la protection des renseignements personnels des Canadiens aux postes frontaliers et dans les aéroports et la protection de la vie privée des Canadiens voyageant aux États-Unis. Le Barreau du Québec est heureux de présenter ses commentaires.

La mission principale du Barreau du Québec étant la protection du public¹, celle-ci l'amène à assumer un rôle social de premier plan dans la promotion de la primauté du droit en se souciant particulièrement de la protection et du respect des droits et libertés de la personne. C'est dans ce contexte que le Barreau du Québec vous fait part de ses commentaires concernant les enjeux juridiques en lien avec cette étude.

1. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX

La protection des renseignements personnels est un enjeu prenant de plus en plus d'importance de nos jours, particulièrement quant aux appareils électroniques. L'information considérable qu'ils contiennent soulève divers questionnements, notamment quant aux droits et libertés de la personne. La *Charte canadienne des droits et libertés*² garantit, à toute personne, le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Ainsi, elle protège le droit d'avoir une attente raisonnable en matière de vie privée³. La Cour suprême a défini le droit à la vie privée comme le droit d'un individu de déterminer lui-même quand, comment et dans quelle mesure il diffusera des renseignements personnels le concernant⁴.

Dans l'arrêt *R. c. Fearon*⁵, la Cour suprême a souligné l'importance des appareils électroniques, des données qu'ils contiennent et de leurs impacts sur la vie privée des individus :

« [101] Les appareils qui nous offrent cette liberté génèrent aussi d'énormes quantités de données sur nos déplacements et nos vies. La technologie de géolocalisation (GPS) toujours plus perfectionnée permet même de suivre les déplacements des propriétaires d'un appareil muni d'un système GPS. Les appareils numériques personnels enregistrent non seulement nos renseignements biographiques, mais aussi nos conversations, nos photos, les sites sur le Web qui nous intéressent, les données concernant nos achats ainsi que nos loisirs. Notre empreinte numérique est souvent suffisante pour reconstituer les événements de notre vie, nos relations avec les autres, nos goûts et nos aversions, nos craintes, nos espoirs, nos opinions, nos croyances et nos idées. Nos appareils numériques sont en quelque sorte des fenêtres sur notre vie privée intérieure.

¹ *Code des professions*, RLRQ, c. C-26, art. 23.

² Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], art. 8 (ci-après « *Charte canadienne* »).

³ *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128.

⁴ *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30.

⁵ 2014 CSC 77.

[102] En conséquence, au fur et à mesure qu'évolue la technologie, le droit doit lui aussi évoluer afin que les appareils portables ne deviennent pas les « télécrans » du roman *1984* de George Orwell. »

Ainsi, la Cour a conclu que la fouille d'un téléphone cellulaire est susceptible de constituer une atteinte à la vie privée beaucoup plus grave que la fouille normale accessoire à l'arrestation et qu'un cadre d'analyse distinct doit être utilisé, afin de déterminer si celle-ci est valide⁶.

Cependant, il existe certains endroits où nos attentes en matière de protection de la vie privée sont moindres, tels que les postes frontaliers et les aéroports. En effet, la plupart des individus se soumettent volontiers à des contrôles de sécurité rigoureux lors du passage vers un autre pays. La Cour suprême a confirmé cet élément dans l'arrêt *R. c. Simmons*⁷ :

« 52. J'accepte la proposition de la poursuite que les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres aux douanes que dans la plupart des autres situations. En effet, les gens ne s'attendent pas à traverser les frontières internationales sans faire l'objet d'une vérification. Il est communément reconnu que les États souverains ont le droit de contrôler à la fois les personnes et les effets qui entrent dans leur territoire. On s'attend à ce que l'État joue ce rôle pour le bien-être général de la nation. Or, s'il était incapable d'établir que tous ceux qui cherchent à traverser ses frontières ainsi que leurs effets peuvent légalement pénétrer dans son territoire, l'État ne pourrait pas remplir cette fonction éminemment importante. Conséquemment, les voyageurs qui cherchent à traverser des frontières internationales s'attendent parfaitement à faire l'objet d'un processus d'examen. » (Nos soulignés)

Cependant, cela ne veut pas dire que les voyageurs doivent renoncer à toute protection de leurs droits. Il s'agit de trouver un juste équilibre entre assurer une sécurité efficace des aéroports et des frontières et la protection de la vie privée.

2. PROJET DE LOI C-23

Le projet de loi C-23⁸ est présentement à l'étude par le Sénat à la suite de son adoption par la Chambre des communes. Celui-ci a pour objectif de mettre en œuvre l'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique relatif au précontrôle dans les domaines du transport terrestre, ferroviaire, maritime et aérien, afin de permettre, sur le territoire de chaque État, le précontrôle de voyageurs et de biens à destination de l'autre État.

Actuellement, la *Loi sur le précontrôle*⁹ (ci-après « Loi actuelle ») régit le processus de précontrôle entre les États-Unis et le Canada dans le domaine du transport aérien. Cette loi serait ainsi abrogée et remplacée par le projet de loi C-23.

⁶ *Id.*, par. 58.

⁷ [1988] 2 R.C.S. 495.

⁸ *Loi relative au précontrôle de personnes et de biens au Canada et aux États-Unis*, projet de loi n° C-23 (Débat en 2^e lecture - 20-09-2017), 1^{ère} sess., 42^e legis. (Can.).

⁹ L.C. 1999, c. 20.

Le précontrôle est défini dans le projet de loi comme l'exercice par un agent américain ou un agent des services frontaliers canadien d'attributions qui lui sont conférées par les lois des États-Unis ou du Canada afin d'établir si un voyageur ou un bien à destination des États-Unis ou du Canada est admissible et, le cas échéant, pour leur permettre d'y entrer¹⁰. Le précontrôle permet donc à des représentants du pays à destination duquel le voyageur se dirige de déterminer, avant son arrivée, s'il lui est permis d'y entrer.

Le Barreau du Québec considère que plusieurs éléments du projet de loi C-23 sont susceptibles d'intéresser le Comité permanent de l'accès à l'information, de la protection des renseignements personnels et de l'éthique. En effet, le projet de loi prévoit l'impossibilité pour le voyageur de simplement se retirer du processus de précontrôle¹¹, alors que la Loi actuelle permet à la personne refusant de répondre aux questions du contrôleur de quitter la zone de précontrôle, sans autre formalité¹². Qui plus est, la Loi actuelle prévoit spécifiquement que le refus de répondre aux questions du contrôleur ne constitue pas un motif raisonnable à fouiller le voyageur ni à le soupçonner d'avoir fait une déclaration fausse ou trompeuse ou d'avoir entravé les contrôleurs dans l'exercice de leurs fonctions¹³.

Ces dispositions ne se retrouvent pas dans le projet de loi C-23. Il s'agit d'un changement important de la législation, puisqu'il ne sera plus possible pour le voyageur de simplement retirer sa demande d'entrée au Canada ou aux États-Unis. En effet, le voyageur aura l'obligation de répondre aux questions des agents quant aux motifs justifiant sa volonté de quitter le processus de précontrôle¹⁴. Ce pouvoir s'apparente à une « expédition de pêche » afin de s'enquérir des motivations du voyageur.

Le Barreau du Québec considère que ces éléments sont particulièrement inquiétants dans le cadre de la protection des renseignements personnels et de la vie privée. Par ailleurs, le Barreau du Québec recommande d'inclure une disposition exigeant de procéder à un examen indépendant de la loi et de son application cinq ans après son entrée en vigueur¹⁵.

3. SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

À l'heure actuelle, la question du secret professionnel n'est pas traitée par la *Loi sur les douanes*¹⁶ ni par la Loi actuelle sur le précontrôle. Le Barreau du Québec est d'avis qu'il est essentiel de s'assurer que l'exercice des pouvoirs conférés par la *Loi sur les douanes* et le projet de loi C-23 soit effectué dans le respect du secret professionnel de l'avocat, principe de justice fondamentale protégé par l'article 7 de la Charte canadienne :

« La Cour a déjà reconnu que le secret professionnel est un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 (*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*), 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 49). C'est aussi un droit civil de

¹⁰ Articles 5, 10 et 46 du projet de loi C-23.

¹¹ Article 55 du projet de loi C-23.

¹² Loi actuelle, art. 16.

¹³ *Id.*, art. 16(3).

¹⁴ Articles 30 et 55 du projet de loi C-23.

¹⁵ Pour la position complète, voir le mémoire du Barreau du Québec sur le projet de loi C-23, en ligne : <http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2017/20170505-memoire-pl-c23.pdf>.

¹⁶ L.R.C. (1985), c. 1 (2^e suppl.) (ci-après « *Loi sur les douanes* »).

la plus haute importance dans le système de justice canadien. Le secret professionnel doit donc demeurer aussi absolu que possible, et les tribunaux doivent adopter des normes rigoureuses afin d'en assurer la protection. »¹⁷

Au Québec, le secret professionnel est également protégé à l'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁸ ainsi que dans le *Code des professions*¹⁹. En effet, les professionnels régis par le *Code des professions*, ce qui inclut les avocats, sont tenus de respecter le secret professionnel. De plus, la *Loi sur le Barreau*²⁰ traite également de la question et oblige l'avocat à « conserver le secret absolu des confidences qu'il reçoit en raison de sa profession »²¹, à l'exception des cas qui y sont expressément prévus, par exemple lorsque l'avocat en est relevé par la personne qui lui a fait ces confidences ou lorsque la loi l'ordonne ou l'autorise expressément. Aussi, le secret professionnel appartient au client et non à l'avocat et seul le client peut y renoncer :

« Lorsqu'entre en jeu une information protégée par le secret professionnel, la situation est fort différente. Vu sa nature, cette information n'en est pas une qui pourrait être divulguée dans un cadre de réglementation quelconque par un notaire ou un avocat. Même si elle peut être obtenue d'une tierce partie ou faire partie du type de renseignements qu'un contribuable doit régulièrement fournir au fisc, lorsqu'elle se trouve entre les mains d'un notaire ou d'un avocat, elle est présumée protégée par le secret professionnel et demeure pour cette raison insaisissable (*Maranda*, par. 33-34). [...] Ainsi, nous sommes d'avis que, mis à part quelques rares exceptions, la règle générale demeure que l'information protégée par le secret professionnel détenue par le conseiller juridique est à l'abri de la divulgation (*Société d'énergie Foster Wheeler Ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 CSC 18, [2004] 1 R.C.S. 456, par. 37; *Smith*, par. 51; *McClure*, par. 34-35).

[...]

« Le secret professionnel appartient au client, non au notaire ou à l'avocat; seul le client peut y renoncer (*Blood Tribe*, par. 9; *McClure*, par. 37; *FOPJ*, par. 48). Ainsi, lorsque ce secret est menacé, il faut que le client ait une occasion de veiller à sa protection. »²²

La Cour suprême a récemment réitéré l'importance de préserver la confiance dans le cadre de la relation de l'avocat avec son client :

« Ainsi, lorsque le secret professionnel est en cause, ce qui importe n'est pas le contexte dans lequel des documents ou informations privilégiés risquent d'être dévoilés à l'État, mais plutôt leur nature privilégiée. Dans le cadre d'une consultation entre un client et son conseiller juridique, il importe que le client ait confiance que l'information ou la documentation qu'il partage ne risque pas d'être divulguée dans le futur, et ce, que ce soit dans le contexte d'une enquête

¹⁷ *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, par. 5.

¹⁸ RLRQ, c. C-12.

¹⁹ RLRQ, c. C-26.

²⁰ RLRQ, c. B-1.

²¹ *Id.*, art. 131.

²² *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, par. 32 et 45.

administrative, pénale ou criminelle : ‘L’obligation de confidentialité imposée à l’avocat s’explique ainsi par la nécessité de préserver une relation fondamentale de confiance entre l’avocat et son client’ (*Foster Wheeler*, par. 34). »²³

Le secret professionnel est le plus important privilège reconnu par les tribunaux²⁴ et la Cour suprême du Canada a énoncé à maintes reprises son statut fondamental pour notre système judiciaire²⁵.

Par ailleurs, la divulgation de documents visés par une revendication du secret professionnel de l’avocat ne peut être ordonnée qu’en cas de nécessité absolue. La Cour suprême du Canada a défini le critère de la nécessité absolue :

« L’absolue nécessité est le critère le plus restrictif qui puisse être formulé en deçà d’une interdiction absolue dans tous les cas. »²⁶

Évidemment, les agences douanières des pays traversés n’ont pas l’obligation de voir à la protection des informations confidentielles transportées par l’avocat canadien. Cependant, la question du respect du secret professionnel de l’avocat lors du passage à la douane canadienne demeure entière, celle-ci n’ayant jamais fait l’objet d’une décision judiciaire.

Les pouvoirs de l’Agence des services frontaliers en vertu de la *Loi sur les douanes* sont relativement larges et imprécis. C’est pourquoi les tribunaux ont interprété le terme « marchandise » pour y inclure les appareils électroniques et les données qu’ils contiennent. En effet, la Cour provinciale de la Colombie-Britannique a récemment conclu que :

« [93] There is a body of case law that I have reviewed that has consistently found, explicitly or implicitly, that data stored on a cellular device is a good within the meaning of s. 99(1)(a) of the *Customs Act*. I am unaware of any cases that have held otherwise.

[...]

[95] [...] Accordingly, I find that s. 99(1)(a) authorizes a CBSA officer to examine the data stored on any electronic device in the actual possession of, or in the accompanying baggage of the traveller. »²⁷ (Nos soulignés)

Ainsi, l’agent des douanes a le pouvoir d’examiner et d’ouvrir tout appareil électronique qu’un voyageur tente de faire entrer au Canada, sans mandat. Également, le voyageur a l’obligation de répondre à toute question qui lui est posée par l’agent lors de son passage à la douane²⁸.

Ces éléments sont problématiques quant au respect du secret professionnel de l’avocat. En effet, l’avocat devant traverser la frontière avec des appareils électroniques contenant de

²³ *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, par. 39.

²⁴ *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, par. 44.

²⁵ *Id.*, par. 45.

²⁶ *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, 2006 CSC 31, par. 20.

²⁷ *R. v. Gibson*, 2017 BCPC 237.

²⁸ *Loi sur les douanes*, précitée, note 16, art. 11.

l'information privilégiée n'a aucune protection actuellement et il est tenu de répondre aux questions de l'agent sur ses dossiers ou ses clients.

Considérant l'importance fondamentale du secret professionnel de l'avocat et les difficultés rencontrées aux frontières sur cette question, le Barreau du Québec recommande la constitution d'un groupe de travail pour l'établissement d'une politique visant à protéger le secret professionnel de l'avocat aux frontières et dans les zones de précontrôle.