



Le 4 décembre 2017

Par courriel : secd@sen.parl.gc.ca

L'honorable Gwen Boniface
Présidente, Comité sénatorial de la sécurité nationale et de la défense
Sénat du Canada
Ottawa (Ontario) K1A 0A4

Objet : Projet de loi C-23, *Loi sur le précontrôle (2016)*

Madame la Sénatrice,

Les sections du droit de l'immigration, de la justice pénale, et de la taxe à la consommation, des douanes et du commerce de l'Association du Barreau canadien (ci-après, les « sections de l'ABC ») sont reconnaissantes de pouvoir commenter davantage le projet de loi C-23, *Loi sur le précontrôle (2016)*. Dans notre mémoire de mars 2017, ci-joint, nous invitons vivement le gouvernement à mener des consultations d'envergure sur cette loi projetée et à en faire un examen approfondi, étant donné sa forte incidence sur les droits et libertés individuels¹.

Nous demeurons favorables au concept de précontrôle, et reconnaissons les avantages économiques découlant de la libre circulation des biens et des personnes de part et d'autre de la frontière américaine. Mais rien n'oblige toutefois à ce que ces avantages soient acquis au mépris des droits que garantit la *Charte canadienne des droits et libertés* au peuple canadien².

Nous réitérons que le projet de loi C-23 porte une atteinte inutile et injustifiée aux droits et aux libertés des voyageurs canadiens, et nous insistons pour qu'il soit modifié afin de remédier à la situation. Vous trouverez ci-dessous certaines de nos principales réserves et nos recommandations de modifications au projet de loi.

1. Droit de retrait au précontrôle

L'article 31 du projet de loi C-23 devrait être modifié pour préserver le droit absolu des voyageurs de se soustraire à un précontrôle. Le libellé actuel augmente considérablement les pouvoirs des contrôleurs américains; il leur permettrait de mener des interrogatoires intrusifs et pratiquement

¹ Association du Barreau canadien, *Projet de loi C-23, Loi sur le précontrôle (2016)* ([en ligne](#)), 27 mars 2017. Sur Internet : <<http://ow.ly/IryU30gZPum>>; Association du Barreau canadien, Michael Greene, *Témoignages du Comité permanent de la défense nationale*, no 58, 1^{re} session, 42^e législature ([en ligne](#)), (consulté le 14 septembre 2017). Sur Internet : <<http://ow.ly/5Mhi30gZPw3>>.

² *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* ([en ligne](#)). Sur Internet : <<http://ow.ly/773E30gUU9Y>>.

sans limites. Quiconque refuserait de s'y soumettre pourrait être détenu en vertu de l'article 32, et ensuite interrogé indéfiniment aux termes de l'alinéa 32(1)c), en contravention des droits au silence et à la protection contre l'auto-incrimination prévus par la *Charte*.

S'il n'y a aucune limitation quant à la teneur et à la longueur de l'interrogatoire, le droit de retrait ne vaut rien. Actuellement, la seule limite est qu'on ne peut empêcher le voyageur « de se soustraire au précontrôle dans un délai raisonnable ». Les contrôleurs américains se reportent exclusivement à leurs propres autorités. Leur principal mandat étant de cibler et d'exclure les menaces potentielles à la sécurité des États-Unis, sans doute interpréteront-ils « délai raisonnable » en conséquence. Il est facile de voir comment la politique américaine de « vérification extrême », pour ne nommer que celle-ci, pourrait conduire au questionnement intrusif et prolongé de voyageurs issus de groupes faisant l'objet de profilage.

On justifie ce projet d'augmenter les pouvoirs des contrôleurs par le risque que des voyageurs se mettent à « tester » furtivement les postes frontaliers pour ensuite repartir sans être découverts. Toutefois, les voyageurs doivent présenter leurs passeports dès leur entrée en zone de précontrôle – ce qui n'a rien de furtif. Si l'un d'entre eux invoque des prétextes douteux pour se retirer, les autorités canadiennes pourraient prendre le relais.

Les sections de l'ABC recommandent que les alinéas 30a) et 31(2)b) du projet de loi C-23 soient modifiés pour ne permettre aux contrôleurs américains d'interroger un voyageur que pour l'identifier et, le cas échéant, obtenir les motifs de son retrait au précontrôle.

2. Fouilles à nu

Les contrôleurs américains ne devraient pas pouvoir effectuer de fouilles à nu en sol canadien sans l'intervention d'un agent des services frontaliers du Canada. Ils ne disposent en effet que d'une formation minimale en droit canadien, notamment quant à la teneur de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si un agent canadien estime, en appliquant les normes canadiennes en sol canadien, qu'une fouille est injustifiée, la question devrait être close. Advenant l'indisponibilité d'un agent des services frontaliers du Canada (p. ex., dans une zone de précontrôle ferroviaire), un agent de la paix canadien devrait être autorisé à effectuer la fouille.

Les sections de l'ABC recommandent que l'article 22 du projet de loi C-23 soit modifié pour garantir la compétence exclusive des agents des services frontaliers canadiens – ou, si aucun n'est disponible, des agents de la paix du Canada – en matière de fouille à nu.

3. Refus à des résidents permanents d'entrer au pays

L'article 19(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* octroie aux résidents permanents du Canada le droit absolu d'entrer au Canada. C'est là l'une des caractéristiques fondamentales et distinctives du statut de résident permanent. Rien ne justifie de miner ce droit en permettant aux agents canadiens d'empêcher un résident permanent passant par une zone de précontrôle d'entrer au pays.

Les sections de l'ABC recommandent que l'article 48 du projet de loi C-23 soit modifié pour que les résidents permanents du Canada puissent entrer au pays sans entrave.

4. La confidentialité en zone de précontrôle

La collecte et l'échange d'information aux frontières sont essentiels à la sécurité publique. Toutefois, le fait de recueillir et de communiquer trop d'information – ou une information incomplète ou douteuse –

peut être lourd de conséquences pour les voyageurs. Il faut donc établir un juste équilibre entre notre protection collective et celle de notre droit à la vie privée.

Les récents bonds technologiques ont décuplé notre capacité à recueillir et à transférer des renseignements sur les voyageurs transfrontaliers. À plus forte raison que la plupart d'entre eux emportent des appareils portatifs, comme des téléphones intelligents, dont on peut extraire d'importantes quantités de données à caractère personnel et délicat. L'effet des avancées technologiques sera d'autant plus immense que le projet de loi C-23 viendrait augmenter les pouvoirs d'examen, de collecte et de communication de renseignements des contrôleurs en zone de précontrôle, sans assortir ces pouvoirs de restrictions adéquates³. Cela risque de poser problème notamment pour les avocats et leurs clients qui transportent des documents électroniques ou physiques protégés par le secret professionnel de l'avocat, l'un des piliers du système juridique canadien, considéré de toujours par la Cour suprême du Canada comme facteur essentiel à la confiance du public envers l'administration de la justice. Les Canadiens doivent pouvoir l'invoquer à l'égard des documents qu'ils font passer aux douanes, y compris dans les zones de précontrôle américaines.

Les sections de l'ABC recommandent au Canada de négocier avec les États-Unis pour qu'ils étendent la protection de la *Privacy Act* américaine de 1974 à la population canadienne, et pour qu'ils adoptent une politique transparente en matière de fouille des documents et des appareils électroniques cadrant avec les lois canadiennes sur la protection de la vie privée, ainsi qu'un processus simplifié pour les documents protégés par le secret professionnel de l'avocat en zone de précontrôle.

5. Le manque de recours pour les voyageurs

La responsabilisation et la transparence sont des thèmes qui reviennent constamment dans les études et les travaux des commissions au Canada, ainsi que dans les mémoires de l'ABC sur les questions de sécurité nationale⁴. Peu de recours sont ouverts aux voyageurs qui voient leurs droits bafoués en zone de précontrôle. Ceux qui croient subir un interrogatoire trop intrusif n'ont d'autre choix que d'y répondre ou de s'y soustraire. Or, ce faisant, ils pourraient être arrêtés, détenus et poursuivis pour avoir contrevenu à l'article 30 ou 38 du projet de loi C-23, et faire face à des conséquences sur le plan de l'immigration aux États-Unis. De même, ils ne disposeraient que de peu de recours en droit canadien pour contester les actes de contrôleurs américains qui abusent de leurs pouvoirs, l'article 40 exemptant de révision judiciaire au Canada les décisions des contrôleurs américains, l'article 39 les immunisant contre tout recours civil et l'article 42 permettant aux États-Unis de refuser leur extradition au Canada. La seule solution serait de poursuivre le gouvernement des États-Unis devant la justice canadienne – ce qui, dans les faits, reviendrait à une absence de recours.

Les sections de l'ABC recommandent la mise en place de mécanismes efficaces de surveillance et de traitement des plaintes pour donner des recours viables aux voyageurs en cas de violation de leurs droits et libertés en zone de précontrôle.

Les sections de l'ABC sont reconnaissantes de cette occasion d'exprimer leur avis sur le projet de loi C-23. Malgré la légitimité des objectifs de fond qui motivent son adoption, nous ne saurions y donner

³ Association du Barreau canadien, *Protection des renseignements personnels des Canadiens et Canadiennes aux postes frontaliers et dans les aéroports* ([en ligne](http://ow.ly/A97H30gZPzC)), 27 septembre 2017. Sur Internet : <<http://ow.ly/A97H30gZPzC>>.

⁴ Association du Barreau canadien, *Notre sécurité, nos droits : Livre vert sur la sécurité nationale de 2016* ([en ligne](http://ow.ly/gBPV30gZPBo)), 20 décembre 2016. Sur Internet : <<http://ow.ly/gBPV30gZPBo>>; Association du Barreau canadien, *Welcome to the Public Safety Portfolio* ([en ligne](http://ow.ly/MF7E30fkN8v)), 1^{er} février 2016. Sur Internet : <<http://ow.ly/MF7E30fkN8v>>; Association du Barreau canadien, *New National Immigration Detention Framework* ([en ligne](http://ow.ly/IOKa30fkNah)), juin 2017. Sur Internet : <<http://ow.ly/IOKa30fkNah>>.

notre appui dans sa forme actuelle. Nous continuons d'exhorter le gouvernement à mener des consultations approfondies, et à modifier le projet de loi pour répondre aux problèmes ci-dessus..

Nous vous prions d'agréer, Madame la Sénatrice, l'expression de notre profond respect.

(Lettre originale signée par Kate Terroux au nom Loreley Berra, Barbara Caruso et Alan Kenigsberg)

Loreley Berra

Présidente, Section du droit pénal de l'ABC

Barbara Caruso

Présidente, Section du droit de l'immigration de l'ABC

Alan Kenigsberg

Président, Section de la taxe à la consommation, des douanes et du commerce de l'ABC

p.j.



THE CANADIAN
BAR ASSOCIATION

L'ASSOCIATION DU
BARREAU CANADIEN

Projet de loi C-23, *Loi sur le précontrôle (2016)*

**ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN
SECTION DU DROIT DE L'IMMIGRATION, SECTION DU DROIT PÉNAL ET
SECTION DE LA TAXE À LA CONSOMMATION**

Mars 2017

AVANT-PROPOS

L'Association du Barreau canadien est une association nationale qui regroupe 36 000 juristes, dont des avocats et avocates, des notaires du Québec, des professeurs et professeures de droit et des étudiants et étudiantes en droit dans l'ensemble du Canada. Les principaux objectifs de l'Association comprennent l'amélioration du droit et de l'administration de la justice.

Le présent mémoire a été préparé par les sections du droit de l'immigration, du droit pénal et de la taxe à la consommation de l'Association du Barreau canadien, avec l'aide de la Direction de la législation et de la réforme du droit du bureau national. Ce mémoire a été examiné par le Comité de la législation et de la réforme du droit et approuvé à titre de déclaration publique de la Section du droit de l'immigration, la Section du droit pénal et de la Section de la taxe à la consommation de l'Association du Barreau canadien.

TABLE DES MATIÈRES

Projet de loi C-23, *Loi sur le précontrôle (2016)*

I.	INTRODUCTION	1
II.	OBJECTIFS DE POLITIQUE	2
III.	COMMENTAIRES ARTICLE PAR ARTICLE	3
	A. Application du droit canadien et de ses protections	4
	B. Droit et faculté de retrait du voyageur	4
	C. Fouilles à nu	6
	D. Secret professionnel de l'avocat aux frontières	8
	E. Remise de biens retenus	9
	F. NEXUS	10
	G. Refus à des résidents permanents d'entrer au pays	11
IV.	CONCLUSION ET RÉCAPITULATION DES RECOMMANDATIONS	12

Projet de loi C-23, *Loi sur le précontrôle (2016)*

I. INTRODUCTION

Les sections du droit de l'immigration, du droit pénal et de la taxe à la consommation de l'Association du Barreau canadiens (les sections de l'ABC) sont heureuses de pouvoir présenter leurs commentaires sur les incidences du projet de loi C-23 sur les voyageurs¹.

L'Association du Barreau canadien est une association nationale qui regroupe plus de 36 000 juristes, dont des avocats et avocates, des notaires du Québec, des professeurs et professeures de droit et des étudiants et étudiantes en droit dans l'ensemble du Canada. Les principaux objectifs de l'Association comprennent l'amélioration du droit et de l'administration de la justice.

Les sections de l'ABC ont commenté en détail le projet de loi S-22, devenu la première *Loi sur le précontrôle* en 1999. Le mémoire et la lettre que nous avons adressés en mars et en mai 1999 au Comité des affaires étrangères et du commerce international mettaient en lumière plusieurs de nos préoccupations².

Le projet de loi C-23 augmenterait considérablement les pouvoirs des agents étrangers exerçant leurs fonctions en sol canadien, diminuant de ce fait les droits des Canadiens et Canadiennes et des autres voyageurs qui y seront assujettis sans qu'une protection adéquate leur soit fournie. Cela dit, nous nous voyons obligés de limiter nos commentaires à ce que le gouvernement a bien voulu divulguer des intentions et des considérations qui ont donné naissance au projet de loi dans sa forme actuelle.

Le projet de loi C-23 met 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* (« Accord de précontrôle »), négocié par le Canada et

¹ Ce mémoire ne traitera pas des questions accessoires portant sur l'application des dispositions législatives transfrontalières en matière d'agriculture, de douanes et de questions connexes.

² Voir Association du Barreau canadien, *Lettre adressée à Comité des affaires étrangères et du commerce international* ([en ligne](http://ow.ly/Wscw30aerjS)), 12 mai 1999 (<http://ow.ly/Wscw30aerjS>). Voir aussi Association du Barreau canadien, *Mémoire sur le projet de loi S-22 Loi sur le précontrôle* ([en ligne](http://ow.ly/AGVU30aeslH)), mars 1999 (<http://ow.ly/AGVU30aeslH>).

les États-Unis à l'initiative de chefs d'État et de gouvernements dont les successeurs ne partagent pas les approches et les intentions. Cette évolution de la situation justifie un nouvel examen de la portée et du contenu de l'*Accord* comme de ce projet de loi qui s'en veut l'instrument. Certains événements récents ont engendré de sérieuses préoccupations quant à l'exercice par les agents américains des pouvoirs en sol canadien dont on prévoit la nette amplification. Par conséquent, nous invitons vivement le gouvernement, compte tenu de la forte incidence de cette loi projetée sur les droits et libertés individuels, à mener des consultations d'envergure et à en faire un examen approfondi.

Le projet de loi renvoie à des règlements qui, nous l'inférons, existent eux aussi à l'état de projet. La présentation conjointe de la loi et des règlements projetés permettrait de mieux cerner l'exercice de certains pouvoirs. Cette considération s'avère d'une importance particulière compte tenu du paragraphe 27(1), qui exige qu'un voyageur voulant entrer aux États-Unis « se conforme à [...] toute exigence prévue par règlement ». Toutefois, outre ces éventuelles exigences réglementaires que nous n'avons pas examinées, nous sommes profondément préoccupés par divers aspects du projet de loi.

II. OBJECTIFS DE POLITIQUE

De nombreux problèmes guettent les voyageurs transfrontaliers dans des circonstances où les intérêts des deux gouvernements sont à la fois communs et opposés. Ce contexte particulier occasionne une véritable souque à la corde entre deux impératifs : d'une part, la reconnaissance qu'ouvrir les frontières soit bénéfique aux intérêts économiques mutuels et, d'autre part, le désir que ces mêmes frontières soient imperméables aux menaces. Ainsi, tandis que le Canada tient à promouvoir la libre circulation transfrontalière des biens et des personnes, le législateur américain mise de plus en plus sur la protection de ses frontières. Cette dernière orientation se traduit par la volonté d'augmenter sensiblement les pouvoirs des contrôleurs et les droits des intervenants américains en sol canadien³.

Selon nous, la loi devrait faciliter le passage transfrontalier de gens et de biens sans pour autant contrevenir aux droits et libertés des Canadiens et Canadiennes et d'autres voyageurs en zone de précontrôle. En effet, les sections de l'ABC sont pour des politiques, des règles et des procédures transparentes qui favorisent la libre circulation de voyageurs entre le Canada et les

³ Voir « Preclearance at Foreign Airports Seen as a Necessity to Fight Terrorism » ([en ligne](http://ow.ly/EzsL30aeswZ)), *The New York Times*, 25 juillet 2016, (<http://ow.ly/EzsL30aeswZ>).

États-Unis. Il importe cependant de protéger les droits individuels en limitant et en précisant les pouvoirs des gouvernements du Canada et des États-Unis sur les territoires l'un de l'autre.

Avec égard pour les objectifs de fond légitimes qui motivent l'encadrement législatif du précontrôle, les sections de l'ABC s'opposent au projet de loi C-23 dans sa forme actuelle pour les raisons suivantes :

- La loi pourrait contrevenir à la *Charte canadienne des droits et libertés*;
- Les pouvoirs de détention, de fouille, de saisie, de confiscation et de recours à la force conférés aux contrôleurs ne sont pas convenablement limités;
- La faculté d'exercer ces pouvoirs à l'encontre des voyageurs et de contraindre ces derniers à rester en zone de précontrôle contre leur gré est douteuse;
- La portée des pouvoirs des contrôleurs en matière de fouille et de détention lors d'un précontrôle, et la procédure encadrant ces pouvoirs, sont insuffisamment définis;
- La norme à laquelle sont tenus les contrôleurs dans l'exercice de leurs pouvoirs n'est pas conforme à celle à laquelle doivent se conformer les agents de la paix canadiens en matière de fouille et de détention, en vertu des lois criminelles et quasi criminelles;
- le projet de loi ne prévoit pas de mesures accordant aux voyageurs une protection suffisante et un exercice effectif de leurs droits et libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*;
- Le déni du droit de demander l'asile ou le statut de réfugié au sens de la Convention, en zone de précontrôle, paraît contrevenir aux obligations internationales du Canada;
- Permettre aux contrôleurs de refuser l'entrée au Canada aux résidents permanents limite les droits de ces derniers.

Selon nous, ces lacunes peuvent être comblées pour que soient atteints les objectifs économiques et sociaux escomptés sans pour autant sacrifier les droits et libertés fondamentaux ni étendre la responsabilité criminelle de façon déraisonnable. Nous recommandons des changements majeurs aux objectifs de fond du projet de loi et à son libellé.

III. COMMENTAIRES ARTICLE PAR ARTICLE

Les sections de l'ABC approuvent l'article 10 du projet de loi, qui assujettit explicitement les contrôleurs au droit canadien pour tout interrogatoire ou examen et pour toute fouille,

saisie, confiscation, détention et arrestation, et ce, malgré leur faculté d'exercer des pouvoirs de compétence américaine en matière de douanes et d'immigration.

A. Application du droit canadien et de ses protections

Les sections de l'ABC sont d'accord avec la teneur de l'article 11 du projet de loi C-23, qui rend compte de l'état du droit au Canada. En l'espèce, le législateur fait face à deux défis :

- Il doit atteindre un équilibre entre, d'une part, octroyer des pouvoirs suffisants aux contrôleurs et, d'autre part, garder au minimum les procédures intrusives et respecter la *Charte canadienne des droits et libertés*;
- Il doit assortir de restrictions l'exercice des pouvoirs conférés aux contrôleurs en vertu de l'article 10 pour satisfaire à l'exigence de conformité avec le droit canadien.

L'article 12 du projet de loi, qui traite des droits, des taxes et des frais, n'indique pas clairement si le voyageur qui veut contester une sanction administrative pécuniaire infligée par un contrôleur doit s'adresser aux autorités canadiennes ou américaines.

Un voyageur peut se prévaloir d'un processus de révision formel s'il juge inappropriées des sanctions administratives pécuniaires infligées par l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC). Toutefois, l'article 40 exclut de la compétence judiciaire canadienne le refus d'un contrôleur d'effectuer le précontrôle ou d'admettre une personne ou un bien aux États-Unis. Le projet de loi C-23 devrait permettre aux voyageurs qui passent en zone de précontrôle d'en appeler à un processus de révision similaire en vertu du droit américain.

RECOMMANDATION

- 1. Les sections de l'ABC recommandent la modification de l'article 12 pour accorder aux voyageurs le droit à la révision judiciaire de sanctions administratives pécuniaires ou d'autres sanctions civiles en vertu du droit américain.**

B. Droit et faculté de retrait du voyageur

Les articles 18 et 30 du projet de loi C-23, qui traitent des obligations du voyageur et de sa faculté de se soustraire au précontrôle, ne partagent pas l'esprit de la loi de 1999 qui, elle, prévoit le droit absolu des voyageurs de quitter une zone de précontrôle. Se soustraire volontairement à un examen y met fin. Nous croyons que la faculté d'un voyageur de quitter

une zone de précontrôle est un droit essentiel : à ce titre, elle ne devrait être restreinte qu'en cas d'allégation d'infraction. Cette approche reconnaît au voyageur en sol canadien le droit à une limitation minimale de sa liberté de mouvement.

Nous reconnaissons le droit des autorités américaines d'interroger de façon raisonnable les voyageurs qui désirent entrer aux États-Unis. Toutefois, le caractère intrusif de l'examen est préoccupant, spécialement lorsque le voyageur est contraint de déclarer les raisons qui le poussent à se soustraire au contrôle avant qu'il y soit mis fin.

Le droit de retrait n'a plus aucune valeur si le contenu et la longueur de l'interrogatoire ne souffrent d'aucune limite. La formulation suggérée ferait de chaque demande de retrait une véritable partie de pêche pour les contrôleurs, qui pourraient alors poser des questions indiscrettes aux voyageurs sur leurs idées politiques ou religieuses, leurs comportements et leurs affiliations passées, tout cela sous prétexte d'obtenir les motifs de leur retrait.

L'obligation vague de ne pas empêcher le voyageur de se soustraire au précontrôle dans un délai raisonnable, prévue au paragraphe 31(3), n'est pas une protection suffisante. En effet, les voyageurs seraient, malgré celle-ci, dans l'impossibilité de mettre fin à un interrogatoire qu'ils jugeraient trop intrusif, trop long ou injustifié, sauf en refusant de répondre ou en s'en allant, auquel cas on pourrait les faire arrêter et détenir pour infraction à l'article 30 (répondre véridiquement à toute question posée par le contrôleur) ou à l'article 38 (entraver volontairement un contrôleur), quitte à ce que la force physique soit utilisée. Ils pourraient aussi faire face à des conséquences sur le plan de l'immigration aux États-Unis – et à une éventuelle accusation en vertu de la loi analysée ici – pour s'être soustraits à un contrôle malgré l'ordre d'un contrôleur. Ils n'auraient aucun recours en droit canadien, ni possiblement en droit américain, contre un contrôleur qui aurait agi hors des pouvoirs qui lui sont conférés par le droit canadien. Les contrôleurs seraient pratiquement intouchables, le projet de loi exemptant leurs décisions de révision judiciaire au Canada (art. 40), les immunisant contre tout recours civil (art. 39) et permettant aux États-Unis de refuser leur extradition au Canada (art. 42).

Une loi qui n'assujettit l'exercice d'un pouvoir de détention discrétionnaire à aucun critère implicite ou explicite est une loi arbitraire⁴. En théorie, l'interrogatoire d'un voyageur pourrait s'étirer indéfiniment si celui-ci refusait de répondre, ou si l'agent était insatisfait des réponses

⁴ R. c. Hufsky, [1988] 1 R.C.S. 621, à la p. 633.

qui lui seraient données. Prenons l'exemple d'un citoyen canadien de foi musulmane qui se rend aux États-Unis pour affaires. En application de la politique américaine récente de « vérification extrême » des musulmans, il est soumis à un interrogatoire invasif sur ses croyances et ses affiliations. Offensé par ce qu'il croit être de la discrimination, il déclare vouloir demeurer au Canada et quitter la zone de précontrôle. Plutôt que d'accéder à sa demande, le contrôleur l'interroge de plus belle, croyant que son retrait se fonde sur le désir de dissimuler ses affiliations plutôt que sur une question de principe. Que peut-il faire? S'il tente de partir, il sera vraisemblablement déclaré coupable d'avoir entravé le travail d'un contrôleur, en vertu de l'article 38. Il pourrait invoquer le paragraphe 31(3), mais le contrôleur pourrait facilement prétendre que la sécurité nationale, intérêt prédominant, justifie la poursuite de l'interrogatoire.

Il y a lieu de détailler la façon dont un voyageur doit satisfaire à son obligation de justifier son retrait. Il pourrait, par exemple, s'il retire sa demande d'entrer aux États-Unis, présenter par écrit les motifs de cette décision.

RECOMMANDATION

- 2. Les sections de l'ABC recommandent la modification du projet de loi pour imposer des limites strictes à l'interrogatoire prévu par l'article 30 afin de le rendre conforme à la *Charte*, par exemple en remplaçant l'obligation du voyageur de répondre aux questions sur son retrait par celle de le motiver brièvement par écrit, de sorte à remplir pleinement son obligation.**

C. Fouilles à nu

Le projet de loi, en autorisant, à l'article 22, un contrôleur à mener une fouille à nu, s'éloigne considérablement de l'actuelle *Loi sur le précontrôle*, qui réserve l'exercice de ce pouvoir en zone de précontrôle aux agents canadiens. Bien qu'à première vue le projet de loi semble reprendre cette exigence, l'article 22(4) octroie ce pouvoir aux contrôleurs en cas d'absence ou de refus d'un agent des services frontaliers du Canada, ou lorsque ce dernier ne se présente pas sur les lieux dans le délai convenu avec le contrôleur. Autrement dit, un agent américain peut légalement passer outre aux conclusions d'un agent canadien qui, en appliquant des normes canadiennes en sol canadien, estime qu'il ne peut pas justifier une fouille à nu. Qu'un contrôleur puisse aller si loin dans le cadre d'un précontrôle sans l'intervention d'un agent des services frontaliers du Canada est inacceptable. Une fouille à nu ne devrait se produire que sur

entente entre les agents américains et canadiens, et la fouille devrait être effectuée par l'agent canadien ou selon ses instructions.

Bien que le projet de loi C-23 assujettisse les contrôleurs au droit canadien, et donc à la *Charte canadienne des droits et libertés*, pour l'exercice de leurs pouvoirs et l'accomplissement de leurs devoirs et fonctions (dont l'exécution de fouilles), le fait qu'il autorise les agents américains plutôt que leurs homologues canadiens à effectuer des fouilles invasives en sol canadien est problématique. N'ayant aucune formation quant au droit constitutionnel canadien et aux méthodes canadiennes d'application de la loi, les agents américains sont mal outillés pour intervenir dans ces situations. Ils peuvent donc contrevenir par inadvertance aux droits constitutionnels des citoyens canadiens, sans pour autant pouvoir être tenus responsables d'une violation du droit canadien. Les sections de l'ABC recommandent que soit maintenue l'exigence selon laquelle seuls les agents canadiens peuvent effectuer des fouilles à nu invasives.

En vertu de l'article 25, le voyageur a le droit d'être amené devant un agent supérieur avant qu'on le fouille à nu. Le rôle de l'agent supérieur dans ce contexte est nébuleux. En vertu du paragraphe 25(2), l'agent supérieur doit être « d'avis que le contrôleur ou l'agent des services frontaliers, selon le cas, est autorisé à l'effectuer au titre de la disposition applicable ». Il ne lui est requis, ou même permis, aucun examen au fond des motifs de la fouille, y compris les motifs raisonnables sur lesquels se fonde la décision du contrôleur ou de l'agent des services frontaliers, et l'article 25 n'accorde aucun droit supplémentaire au voyageur. Or la fouille constituerait une détention, et par conséquent mettrait en jeu les droits du voyageur en vertu de *Charte canadienne des droits et libertés*. Malgré cela, il serait difficile pour ce dernier d'obtenir des conseils juridiques dans ces circonstances.

RECOMMANDATIONS

- 3. Les sections de l'ABC recommandent que le projet de loi C-23 soit modifié pour limiter les fouilles à nu en zone de précontrôle à la seule compétence des agents canadiens.**
- 4. Les sections de l'ABC recommandent la suppression du paragraphe 22(4).**

- 5. Les sections de l'ABC recommandent l'octroi aux agents supérieurs, en vertu de l'article 25, du droit discrétionnaire d'empêcher une fouille à nu lorsqu'ils jugent qu'elle n'est pas justifiée dans les circonstances, compte tenu de son caractère invasif.**

D. Secret professionnel de l'avocat aux frontières

À notre connaissance, le Canada n'a pas de politique définie – ou facilement accessible – en matière de fouilles frontalières mettant en cause des informations protégées par le secret professionnel de l'avocat. Le Département de la sécurité intérieure des États-Unis, quant à lui, a publié en 2009 des directives qui précisent ce qui constitue une fouille en règle ainsi que le processus régissant les appareils examinés et détenus à la frontière.

L'article 99 de la *Loi sur les douanes* confère aux agents de l'ASFC de vastes pouvoirs qui leur permettent d'examiner les marchandises importées au Canada. Le terme « marchandises », défini au paragraphe 2(1) de la *Loi*, vise tout document, quel que soit son support. Aucune politique de l'ASFC ne traite de la revendication du secret professionnel de l'avocat quant aux documents et aux archives électroniques sur ordinateur, téléphone intelligent ou autres assistants numériques personnels (ANP). Cette lacune pourrait nuire aux voyageurs qui transportent des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat, peu importe la forme de ceux-ci ou le support sur lequel ils se trouvent.

L'ABC a demandé au ministre de la Sécurité publique de constituer un groupe de travail pour cerner les problèmes liés au secret professionnel de l'avocat à la frontière canado-américaine et d'établir une politique gouvernementale à ce sujet en cas de fouille.

Le secret professionnel de l'avocat est un pilier du système juridique canadien, considéré de toujours par la Cour suprême du Canada comme facteur essentiel à la confiance du public envers l'administration de la justice. Ce privilège est une protection essentielle pour le client qui prémunit celui-ci contre la divulgation volontaire ou forcée d'informations confidentielles par son avocat alors que le client n'y a pas consenti et en l'absence d'ordonnance du tribunal.

Le projet de loi C-23 fait ressortir l'importance du secret professionnel de l'avocat en contexte frontalier. Il doit pouvoir être invoqué par les avocats, les citoyens et les résidents canadiens à l'égard de leurs documents électroniques et physiques aux frontières du Canada et des États-Unis, y compris en zone de contrôle.

RECOMMANDATION

- 6. Les sections de l'ABC recommandent au ministre de la Sécurité publique la constitution d'un groupe de travail comprenant des représentants de l'ABC pour l'établissement d'une politique juste et équilibrée visant à protéger le secret professionnel de l'avocat aux frontières, et en zone de précontrôle, en ce qui a trait aux documents et aux appareils électroniques. Cette politique devrait protéger quiconque passe en zone de précontrôle à son entrée au Canada ou à son départ. Elle devrait permettre de faire droit aux revendications de secret professionnel de l'avocat et permettre un recours ultime devant un tribunal canadien.**

E. Remise de biens retenus

Le paragraphe 34(4) n'exige pas du United States Customs and Border Protection (USCBP) qu'il remette les biens d'une personne canadienne qu'il saisit ou qu'il détient en zone de précontrôle. Le libellé du paragraphe 34(4) est formel : « Sous réserve des règlements, le contrôleur peut, dans la mesure et de la manière permises par les lois visées au paragraphe (1), remettre tout bien qu'il a saisi ou disposer de tout bien qu'il a saisi ou accepté. » Une saisie formelle peut s'expliquer de plusieurs raisons, et l'absence de contravention peut être constatée en fin de compte. Par exemple, si un chargement d'équipement est saisi (pour examen en application des lois sur le contrôle des exportations), rien n'exige d'accorder l'entrée aux États-Unis, quand bien même le feu vert serait donné.

En outre, les ordinateurs portables et les ANP peuvent être saisis et examinés (ce qui est admissible), mais sans être remis par la suite : l'USCBP peut décider de les détruire. Aucun mécanisme n'existe qui permet d'en demander le retour plutôt que la destruction.

RECOMMANDATION

- 7. Les sections de l'ABC recommandent la modification de l'article 22 du projet de loi C-23 pour que soient retournés les biens saisis en zone de précontrôle si aucun motif ne justifie leur détention prolongée (par exemple, s'il n'a été contrevenu à aucune loi) ou, le cas échéant, pour que leur entrée aux États-Unis soit autorisée.**

F. NEXUS

NEXUS, un programme conjoint de l'ASFC et de l'USCBP, permet à des voyageurs préautorisés à faible risque un passage accéléré à la frontière canado-américaine. Il s'agit d'un programme de réglementation de nature discrétionnaire.

Le projet de loi C-23 ne traite pas de la saisie de cartes NEXUS en zone de précontrôle ou de leur annulation. L'USCBP, qui présentement s'adonne à de telles saisies en zones de précontrôle canadiennes, peut révoquer des cartes NEXUS canadiennes sans qu'aucun mécanisme de recours ne soit offert à leurs titulaires en droit américain. Bien qu'il soit possible d'écrire à l'ombudsman de l'USCBP, ce dernier tend à rejeter les plaintes en adressant aux demandeurs un courriel 8 à 12 mois plus tard sans donner de motifs. Il n'est pas possible d'examiner des éléments de preuve (par exemple, en saisissant les notes de l'agent) ou de contester la loi.

Des cartes NEXUS sont fréquemment confisquées en zone de précontrôle pour des motifs douteux. Ces quelques exemples se sont produits à l'aéroport international Pearson :

1. Un homme d'affaires canadien de plus de 65 ans, qui jouit d'une excellente réputation, s'est fait confisquer sa carte NEXUS au motif déclaré que son épouse avait un muffin maison dans son sac à main, et qu'il aurait dû inspecter le sac avant d'entrer en zone de précontrôle.
2. Une famille de cinq personnes (dont trois enfants en poussette) s'est fait confisquer ses cartes NEXUS au motif déclaré que la nounou des poupons (qui n'avait pas de carte NEXUS) en a conduit deux en poussette au kiosque NEXUS. Elle avait l'intention de rejoindre la file d'attente pour subir son propre précontrôle après celui des enfants. L'USCBP a déclaré qu'il était trop tard et a assimilé son cas à celui d'une personne qui tente de traverser une frontière en voiture ayant à son bord une personne sans carte NEXUS.
3. Un citoyen canadien titulaire d'un visa de travail américain valide s'est fait confisquer sa carte NEXUS après avoir demandé de sa propre initiative un nouveau visa devant entrer en vigueur quelques mois plus tard. Vivant et travaillant aux États-Unis, il prenait toutes les précautions nécessaires pour s'assurer de toujours détenir un visa valide. L'agent de l'USCBP lui a refusé son nouveau visa, a annulé son ancien visa et sa carte NEXUS, et lui a refusé l'entrée aux États-Unis. Il n'était question d'aucune activité illégale.
4. Des citoyens canadiens titulaires d'une carte NEXUS ont vu cette carte révoquée unilatéralement depuis l'entrée en vigueur du récent décret américain sur l'admission d'étrangers aux États-Unis.

En cas de révocation de leur carte NEXUS par l'ASFC, les voyageurs ont droit à une procédure d'appel plus robuste devant le comité de recours de NEXUS, et devant sa Direction des recours.

RECOMMANDATION

- 8. Les sections de l'ABC recommandent la modification du projet de loi C-23 pour soumettre toute confiscation et toute annulation d'une carte NEXUS en zone de précontrôle à l'examen du comité de recours et de la Direction des recours de NEXUS. Subsidiairement, les intervenants américains devraient être contraints d'adopter un autre processus de révision conforme aux principes d'équité procédurale et d'application régulière de la loi.**

G. Refus à des résidents permanents d'entrer au pays

La Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés contraint les agents des services frontaliers à laisser entrer au Canada les résidents permanents sur preuve, à la suite d'un contrôle fait à leur arrivée, qu'ils ont ce statut. Ce droit absolu est une prérogative fondamentale du statut de résident permanent du Canada, que les paragraphes 47(3) et 48(5) du projet de loi C-23 bafoueraient en autorisant les agents des services frontaliers en zone de précontrôle américaine à refuser l'entrée au Canada à un voyageur en dépit de son statut de résident permanent. Ce changement est aussi inacceptable que superflu. Bien que nous ne remettons pas en question le pouvoir, conféré par les paragraphes 48(4) et (5) aux agents des services frontaliers, d'émettre des rapports d'interdiction de territoire aux résidents permanents, rien ne justifie une telle atteinte à leur droit d'entrer au Canada.

De même, le projet de loi donne aux contrôleurs canadiens le pouvoir de refuser l'entrée au Canada de personnes voulant y présenter une demande d'asile. L'esprit de cette loi étant de faciliter le passage transfrontalier de personnes et de biens tout en renforçant la sécurité nationale, restreindre ainsi les demandes d'asile semble injustifié et pourrait même contrevenir aux obligations du Canada en vertu de la *Convention de l'ONU relative au statut des réfugiés*.

RECOMMANDATIONS

- 9. Les sections de l'ABC recommandent la modification du projet de loi pour que reste sans équivoque le droit des résidents permanents d'entrer au Canada.**

10. Les sections de l'ABC recommandent la modification du projet de loi pour permettre aux personnes demandant l'asile ou le statut de réfugié au sens de la Convention de se présenter au point d'entrée pour faire leur demande.

IV. CONCLUSION ET RÉCAPITULATION DES RECOMMANDATIONS

Malgré la légitimité des objectifs de fond qui motivent l'encadrement législatif du précontrôle, les sections de l'ABC ne sauraient donner leur appui au projet de loi C-23 dans sa forme actuelle. Elles invitent vivement le gouvernement à mener des consultations approfondies avant de sanctionner cette loi aux effets hautement intrusifs, et émettent les recommandations suivantes sur le libellé du projet de loi et sur les objectifs qu'il est censé poursuivre. Nous espérons que nos commentaires seront utiles, et nous fournirons avec plaisir tout éclaircissement demandé.

Les sections de l'ABC recommandent que :

- 1. l'article 12 soit modifié pour accorder aux voyageurs le droit à la révision judiciaire de sanctions administratives pécuniaires ou d'autres sanctions civiles en vertu du droit américain;**
- 2. le projet de loi soit modifié pour imposer des limites strictes à l'interrogatoire prévu par l'article 30 afin de le rendre conforme à la *Charte*, par exemple en remplaçant l'obligation du voyageur de répondre aux questions sur son retrait par celle de le motiver brièvement par écrit, de sorte à remplir pleinement son obligation;**
- 3. le projet de loi C-23 soit modifié pour limiter les fouilles à nu en zone de précontrôle à la seule compétence des agents canadiens;**
- 4. le paragraphe 22(4) soit supprimé;**
- 5. les agents supérieurs soient octroyés, en vertu de l'article 25, le droit discrétionnaire d'empêcher une fouille à nu lorsqu'ils jugent qu'elle n'est pas nécessaire ou appropriée;**
- 6. la constitution, par le ministre de la Sécurité publique, d'un groupe de travail comprenant des représentants de l'ABC pour l'établissement d'une politique juste et équilibrée visant à protéger le secret professionnel de**

l'avocat aux frontières, et en zone de précontrôle, en ce qui a trait aux documents et aux appareils électroniques. Cette politique devrait protéger quiconque passe en zone de précontrôle à son entrée au Canada ou à son départ. Elle devrait permettre de faire droit aux revendications de secret professionnel de l'avocat et permettre un recours ultime devant un tribunal canadien;

- 7. l'article 22 du projet de loi C-23 soit modifié pour que soient retournés les biens saisis en zone de précontrôle si aucun motif ne justifie leur détention prolongée (par exemple, s'il n'a été contrevenu à aucune loi) ou, le cas échéant, pour que leur entrée aux États-Unis soit autorisée;**
- 8. le projet de loi C-23 soit modifié pour soumettre toute confiscation et toute annulation d'une carte NEXUS en zone de précontrôle à l'examen du comité de recours et de la Direction des recours de NEXUS. Subsidiairement, les intervenants américains devraient être contraints d'adopter un autre processus de révision conforme aux principes d'équité procédurale et d'application régulière de la loi;**
- 9. le projet de loi soit modifié pour que reste sans équivoque le droit des résidents permanents d'entrer au Canada;**
- 10. le projet de loi soit modifié pour permettre aux personnes demandant l'asile ou le statut de réfugié au sens de la Convention de se présenter au point d'entrée pour faire leur demande.**