



Le 18 octobre 2007

[TRADUCTION]

Madame Lynda Clairmont
Sous-ministre adjointe déléguée
Direction de la Gestion des mesures d'urgence et de la sécurité nationale
Sécurité publique Canada
269, avenue Laurier Ouest
Ottawa (Ontario) K1A 0P8

Madame,

Objet : Consultation sur les renseignements concernant les noms et les adresses des clients

Je fais suite à votre lettre du 11 septembre 2007, dans laquelle vous nous demandiez de vous faire part de nos commentaires au sujet du document de consultation de Sécurité publique Canada sur les renseignements concernant les noms et les adresses des clients (NAC). La présente lettre résume les préoccupations de l'Association du Barreau canadien (ABC) concernant les propositions qui portent sur l'accès des organismes responsables de l'application de la loi et de la sécurité nationale aux renseignements NAC qui sont en la possession des fournisseurs de services de télécommunication (FST). Je vous remercie de nous avoir donné l'occasion d'exprimer notre avis sur cette importante question.

L'ABC est une association professionnelle nationale qui représente plus de 37 000 avocats, notaires, professeurs et étudiants en droit dans l'ensemble du Canada. Le mandat de l'ABC comprend notamment l'amélioration du droit et de l'administration de la justice.

Principes fondamentaux

Lors de précédentes consultations tenues en 2002 et en 2005 sur les propositions concernant ce qui a été désigné comme « l'accès légal », l'ABC a mis l'accent sur plusieurs principes fondamentaux. Nous avons insisté sur le fait que toute mesure doit être valide sur le plan constitutionnel et tenir compte des valeurs fondamentales de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Nous avons fait remarquer qu'à titre de condition préalable à tout nouveau pouvoir d'enquête, la nécessité de ce dernier doit être clairement démontrée et les mesures proposées doivent être soigneusement élaborées afin de garantir autant que possible le respect des droits individuels. Nous avons déjà décrit l'importance cruciale d'un tel mécanisme de pondération de la manière suivante :

500 - 865 Carling, Ottawa, Ontario Canada K1S 5S8

Tel/Tél. : (613) 237-2925 Toll free/Sans frais : 1-800-267-8860 Fax/Télécop. : (613) 237-0185

Home Page/Page d'accueil : www.cba.org E-Mail/Courriel : info@cba.org



[TRADUCTION]

La vie en démocratie suppose que l'État ne perturbe pas et ne limite pas les droits, la liberté ou la sécurité des individus sans que la nécessité en soit démontrée. Lorsqu'il existe des preuves convaincantes d'une telle nécessité, la loi ou toute autre intervention de l'État doit être conçue de telle façon que cette restriction ou cette perturbation des droits individuels n'excède pas ce qui est strictement nécessaire afin de réaliser l'objectif de la loi ou de l'intervention de l'État.¹

Nous répétons que les deux principes corolaires que sont l'exigence de démontrer la nécessité du pouvoir et l'intrusion minimale doivent constituer le fondement de toute proposition visant à renforcer ou à étendre les pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie. Ce fondement constitue également le contexte principal dans lequel la validité et l'efficacité constitutionnelles des nouvelles mesures doivent être évaluées.

D'autre part, l'ABC s'est déjà dit fortement préoccupé par le risque que certaines mesures concernant l'accès légal aient des répercussions profondes sur la vie privée des citoyens canadiens. Parmi nos autres préoccupations, nous avons tout particulièrement insisté sur le risque d'anéantissement du secret professionnel de l'avocat du fait de la violation de la confidentialité des communications entre les avocats et leurs clients.²

Bien que nous soyons conscients du fait que l'accès aux renseignements a fait l'objet de consultations antérieures, l'évolution rapide de la technologie et des techniques d'enquête nécessite d'examiner avec attention le contexte dans lequel les propositions en question ont été formulées. À notre avis, le contexte actuel n'est pas décrit avec suffisamment de détail pour permettre de tirer des conclusions définitives au sujet de ces propositions. Cependant, nous pensons que cette consultation constitue l'occasion d'élaborer un cadre de travail fondé sur des principes au sein duquel ces questions peuvent être étudiées d'une manière appropriée.

Habilitation législative expresse

Comme le document de consultation le fait remarquer, des pratiques très diverses sont apparues en ce qui concerne la communication de renseignements NAC aux autorités chargées de l'application de la loi. L'ABC se réjouit que la nécessité d'une habilitation législative expresse ait été reconnue en ce qui a trait à la communication obligatoire de ces renseignements personnels.

Les divergences existant entre les pratiques des organisations canadiennes en général et des fournisseurs de services de télécommunication en particulier, comme le rapporte le document de consultation, sont une conséquence directe des difficultés que connaissent de nombreuses organisations dans l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE), et tout particulièrement le paragraphe 7(3) de celle-ci. La LPRPDE instaure un régime qui encadre la collecte, l'utilisation et la divulgation de renseignements personnels par le secteur privé, et qui exige en règle générale que la personne visée par ces renseignements personnels en ait connaissance et qu'elle y ait consenti. Toutefois, le paragraphe 7(3) prévoit également un nombre limité de circonstances dans lesquelles les renseignements peuvent être recueillis, utilisés et divulgués sans le consentement de l'intéressé. Les

¹ Association du Barreau canadien, *Mémoire sur l'accès légal* (Ottawa : ABC, 2005), p. 1.

² Association du Barreau canadien, lettre du président de l'ABC de l'époque, B. Tabor, aux ministres de la Justice, de la Sécurité publique et de l'Industrie de l'époque (Ottawa : ABC, le 5 juillet 2006).



dispositions qui nous intéressent aux fins de la consultation sont l'alinéa 7(3)c) qui concerne les mandats et les ordonnances du tribunal, l'alinéa 7(3)c.1) qui s'applique lorsqu'une institution gouvernementale a demandé à obtenir le renseignement en mentionnant la source de l'autorité légitime étayant son droit de l'obtenir, ainsi que l'alinéa 7(3)i) qui s'applique lorsque la communication est « exigée par la loi ».

Les situations dans lesquelles un mandat ou une ordonnance du tribunal est présentée ou dans lesquelles la communication est exigée par la loi prêtent peu à confusion. Toutefois, la portée exacte de « l'autorité légitime » a été la source de confusion et d'incertitudes en ce qui concerne les demandes des organismes responsables de l'application de la loi. L'analyse approfondie de la signification de « l'autorité légitime » au sens de l'alinéa 7(3)c.1) dépasse le cadre de la présente consultation. Cependant, il convient de faire remarquer que certains organismes chargés de l'application de la loi invoquent cet article de la LPRPDE comme fondement de leur « autorité légitime » pour l'obtention des renseignements demandés. Certains organismes ont même élaboré une « lettre d'autorisation » pour demander des renseignements NAC, qui mentionne la LPRPDE comme constituant leur autorité légitime.

En fait, l'alinéa 7(3)c.1) ne saurait constituer l'autorité légitime pour obtenir les renseignements demandés. La LPRPDE met en place un régime discrétionnaire en vertu duquel les organisations **peuvent** communiquer les renseignements personnels lorsque les exigences de cet article ont été remplies.

Les modifications proposées dans le document de consultation auraient pour effet de supprimer toute incertitude pour certaines organisations du secteur privé (c.-à-d. les fournisseurs de services de télécommunication) quant au caractère discrétionnaire de la décision de communiquer les renseignements NAC visés par le document de consultation : selon les modifications proposées, elles seraient tenues par la loi de communiquer les renseignements visés. Toutefois, bien que le document de consultation précise la nature des ordonnances qui donneraient lieu à une obligation de divulgation, nous prenons note du fait que les organisations du secteur privé continueront d'exercer un pouvoir discrétionnaire pour communiquer certains renseignements en vertu des lois applicables qui concernent la vie privée, telle que la LPRPDE.

Autorisation judiciaire préalable et attentes raisonnables en matière de vie privée

Le document de consultation propose un mécanisme administratif suivant lequel un agent désigné peut demander la communication de renseignements NAC. Plusieurs mesures de sécurité possibles sont proposées dans le document de consultation, dont bon nombre semblent faire suite à certaines questions soulevées lors des précédentes consultations.³ Nous avons deux principales préoccupations concernant le modèle proposé dans le document de consultation.

En premier lieu, la communication des renseignements visés à la suite d'une demande semble reposer, à tout le moins en partie, sur l'idée que la LPRPDE ne limitera pas la communication de certains documents, parce qu'ils appartiennent déjà au domaine public en raison de certaines sources telles que les annuaires téléphoniques. En fait, la LPRPDE ne fait pas de distinction entre les renseignements sensibles et non sensibles dans ce contexte. La LPRPDE ne permet pas la

³ Voir par exemple la réponse de la Commissaire à la protection de la vie privée du Canada à une proposition similaire en 2005, « Réponse à la consultation du gouvernement sur l'accès légal », qui peut être consultée en ligne à l'adresse : http://www.privcom.gc.ca/information/pub/sub_la_050505_f.asp



divulgaration de renseignements personnels qui sont à la fois accessibles au public *et* visés par le règlement. Toutefois, la plupart des renseignements énumérés dans le document de consultation ne sont pas véritablement accessibles au public et ne sont pas non plus visés par le règlement. Il reste que, comme cela a été dit plus haut, les communications effectuées dans de telles circonstances relèvent d'un pouvoir discrétionnaire et les autres dispositions de la LPRPDE continuent de s'appliquer à toute communication discrétionnaire.

Ensuite, l'énumération des renseignements visés par le document de consultation est bien trop vaste, et va au-delà de ce que l'on pourrait raisonnablement qualifier de « renseignements de base ». Les réponses aux précédentes consultations sur le sujet exprimaient également des préoccupations concernant l'étendue des listes proposées.⁴

Les préoccupations qui touchent à l'étendue et à la nature de ces renseignements doivent être soupesées à l'aune du concept constitutionnel d'attentes raisonnables en matière de vie privée. Ce concept définit le seuil à partir duquel une autorisation judiciaire préalable sera exigée pour une fouille ou une perquisition.⁵ Cependant, il est parfois difficile de déterminer précisément le niveau auquel ce seuil se situe. La Cour suprême du Canada a fait remarquer que la détermination de l'existence d'attentes raisonnables en matière de vie privée nécessite de soupeser avec soin les droits de la personne et les intérêts légitimes de la société à ce que la loi soit appliquée.⁶ À mesure que les techniques et les pratiques d'enquête évoluent, les opérations effectuées sans mandat qui étaient antérieurement constitutionnelles peuvent désormais nécessiter un mandat. La mesure dans laquelle l'évolution des techniques et des pratiques permet la découverte de « renseignements biographiques de base » ou dévoile des « détails intimes concernant le mode de vie » peut faire en sorte qu'une autorisation judiciaire préalable soit nécessaire.⁷ En outre, la capacité que confère actuellement la technologie de combiner différentes sources d'information en vue d'obtenir des détails supplémentaires sur une personne est un élément important qui peut militer en faveur d'une autorisation judiciaire préalable.⁸ L'ABC estime qu'il sera impératif d'examiner tout modèle administratif de manière régulière afin de s'assurer que l'évolution des techniques et des pratiques ne conduit pas à ce qu'un processus viole la *Charte*.⁹

Les procédures de fouille et de perquisition autorisées par voie administrative, par opposition à celles qui sont ordonnées par le tribunal, ont particulièrement été la source d'abus. Aux États-Unis, une étude récente sur les « lettres de sécurité nationale » délivrées en application du *Patriot Act* a révélé que le programme avait donné lieu à d'importants abus et irrégularités.¹⁰ Le bureau de

⁴ *Ibid.*

⁵ Voir, par exemple, *Canada c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

⁶ *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, au para. 17 et 18. Voir également *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281 à la p. 293.

⁷ *Tessling, ibid.*, aux para. 59 à 62.

⁸ Par exemple, les répercussions des nouvelles technologies sur la capacité de combiner de telles sources, ainsi que l'ingérence dans la vie privée qui en résulte, sont décrites dans le contexte de « l'exploration de données » dans « *Redefining Privacy in the Face of New Technologies: Data Mining and the Threat to the "Inviolable Personality"* », (2006) 9 Can. Crim. L. Rev. 273.

⁹ Nous saluons le fait que le ministre de la Sécurité publique ait souligné que l'autorisation judiciaire est nécessaire en permanence pour protéger les renseignements personnels.

¹⁰ *A Review of the Federal Bureau of Investigation's Use of National Security Letters*, mars 2007, Département de la justice des États-Unis, Bureau de l'inspecteur général, résumé p. 34-50. Disponible en ligne à <http://www.usdoj.gov/oig/special/s0703b/final.pdf>



l'inspecteur général a rapporté que le recours à ces lettres s'est accru de manière exponentielle à la suite de l'élargissement de cette faculté dans le *Patriot Act*.¹¹ Les difficultés et les divergences qui existent dans les pratiques et la surveillance de la tenue des dossiers en interne a compliqué la tâche de compilation de statistiques exactes.¹² L'expérience américaine devrait servir d'avertissement pour le Canada en ce qui concerne les programmes administratifs et elle montre que d'importants problèmes peuvent surgir même lorsqu'un programme comporte des restrictions et des mesures de sauvegarde internes.

D'un point de vue pratique, il faut prêter une attention particulière à l'incidence que peut avoir en fin de compte le renforcement des procédures et des protocoles internes sur la rapidité et l'efficacité qui sont présentées comme des avantages du modèle administratif. L'une des conséquences de la prolifération des protocoles internes et des mesures de sauvegarde pourrait être de réduire les différences entre les délais des procédures d'autorisation par voie administrative et judiciaire. Si cet écart peut être comblé dans une large mesure, les avantages pratiques de la démarche administrative ainsi réduits devront être soupesés avec les lacunes et les difficultés que comporte cette démarche et qui ont été décrites plus haut. Il est important de tenir compte du fait que les mesures de sauvegarde interne ne peuvent pas reproduire certains avantages qui étaient auparavant associés à l'autorisation judiciaire, tels que ceux qui concernent le maintien de la confiance du public à l'égard de notre système juridique. Il convient d'autre part de prêter une attention particulière aux mécanismes existants qui sont prévus par le *Code criminel* et qui permettent soit d'obtenir certains renseignements lorsque l'on se situe en deçà des seuils applicables, soit d'avoir recours à un processus accéléré.

Dans sa réponse aux deux derniers documents de consultation de 2002 et de 2005 concernant l'accès légal, et à d'autres occasions, l'ABC a fait valoir qu'il est nécessaire d'adopter une approche globale des pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie dans le *Code criminel*. Une telle approche devrait regrouper toutes les formes de fouille, de perquisition et de saisie dans une partie du Code qui leur serait consacrée, y compris les interceptions, les renseignements NAC, les mandats de localisation, les mandats généraux et les autres types de fouilles, de perquisition et de saisies.

Enfin, le document de consultation laisse penser que des renseignements pourraient être obtenus à des fins de notification du parent le plus proche ou dans d'autres circonstances similaires. Toutefois, de telles situations seraient relativement simples à gérer. Les fournisseurs de services de télécommunication pourraient, par exemple, notifier aux personnes en cause que les autorités ont des informations à leur fournir. Il serait par ailleurs possible d'adopter une disposition législative qui oblige expressément les fournisseurs de services de télécommunication à fournir les renseignements NAC dans ce contexte sans obtenir d'autorisation judiciaire préalable. Cependant, ce contexte unique est sensiblement différent de celui d'une enquête relative à une infraction au *Code criminel*.

Le rôle de la police, du SCRS et du Bureau de la concurrence

L'ABC est particulièrement préoccupée par la proposition selon laquelle les pouvoirs envisagés seraient accordés aux policiers, au SCRS et au Bureau de la concurrence de manière concurrente. L'usage qui peut être fait des renseignements dans le cadre des enquêtes menées par le Bureau de la

¹¹ *Ibid.*, p. 17.

¹² *Ibid.*, p. 17-19.



concurrence ou le SCRS diffère sensiblement de celui que peuvent en faire les organismes responsables de l'application de la loi en vertu du *Code criminel*.

Dans notre mémoire sur l'enquête Air India,¹³ nous avons fait remarquer que l'information rassemblée à des fins de renseignement est par nature différente de celle recueillie à des fins d'application de la loi. L'information destinée au renseignement est recueillie, sans que l'on ne s'attende à ce qu'elle soit produite en preuve devant un tribunal en fin de compte. Les procédures pour rassembler, conserver, enregistrer et communiquer les renseignements relatifs à la sécurité sont complètement différentes de celles qui sont mises en œuvre par les agents de police concernant les preuves recueillies en vertu du *Code criminel*. En règle générale, les actes des agents de renseignements ne font jamais l'objet d'un contrôle judiciaire. Par conséquent, l'exigence d'une autorisation judiciaire préalable est plus pressante, et non l'inverse, dans le cas du SCRS ou de tout autre organisme qui recueille de l'information à des fins de renseignement. Comme cela a été malheureusement le cas dans l'affaire Arar,¹⁴ l'information recueillie à des fins de renseignement peut être utilisée dans le but de causer des effets dévastateurs sur la vie d'une personne, sans aucune intervention ni aucun contrôle judiciaire.

De même, la nature de la *Loi sur la concurrence* et les enquêtes menées par le Bureau de la concurrence en vertu de la Loi diffèrent assez du type d'enquêtes menées par la police. Dans le cadre de la *Loi sur la concurrence*, on s'attend à ce que la procédure donne lieu à une documentation volumineuse et les violations de la loi prennent principalement la forme d'avantages financiers illicites, par opposition à des menaces de dommages corporels. En pratique, il est peu probable que le Bureau de la concurrence demande des renseignements NAC de manière urgente de telle sorte que l'absence d'autorisation judiciaire préalable soit justifiée.

Conclusion

L'ABC est heureuse d'avoir la possibilité de participer aux consultations en cours qui portent sur l'accès légal et l'accès aux renseignements NAC. Nous avons souligné le fait que la fixation de normes constitutionnelles à cet égard est un exercice sensible au contexte. Aucun élargissement des pouvoirs de fouille et de perquisition dans le *Code criminel* ou dans toute autre loi ne devrait être effectué sans un fondement clair et qui puisse être démontré. Nous vous remercions de la possibilité qui nous est donnée de prendre part à de futures discussions une fois que ce contexte aura été pleinement défini, tout particulièrement en ce qui concerne les capacités actuelles sur les plans technique et pratique.

Nous avons soulevé plusieurs difficultés que pose le modèle administratif. Sa validité constitutionnelle pourrait être minée par les progrès technologiques, l'évolution des pratiques ou la capacité à combiner ou à compiler des données provenant de différentes sources. En outre, l'approche administrative comporte des difficultés inhérentes qui font qu'un mécanisme fondé sur l'autorisation judiciaire préalable pourrait constituer à long terme l'approche la plus stable et la plus efficace du point de vue constitutionnel. Enfin, dans la mesure où le document de consultation propose une même démarche unique applicable au *Code criminel*, à la *Loi sur la concurrence* et au SCRS, nous exprimons notre préoccupation et nous insistons sur le caractère distinct des rôles de ces lois et de ces organismes et sur les contextes dans lesquels ceux-ci interviennent en règle générale. Une approche adéquate doit tenir compte de ces différences significatives.

¹³ Association du Barreau canadien, *Mémoire présenté sur l'enquête Air India* (Ottawa : ABC, 2007).

¹⁴ Association du Barreau canadien, *Mémoire présenté sur l'enquête Arar* (Ottawa : ABC, 2005).



La question des coûts supportés pour se conformer à une ordonnance judiciaire ou à un ordre administratif est complexe et litigieuse. Il est difficile de comparer les coûts découlant d'un régime administratif avec un autre régime fondé sur les ordonnances des tribunaux, au vu de certains facteurs tels que les répercussions indirectes en termes de coûts sur le système judiciaire et pour les organismes responsables de l'application de la loi qui sont concernés. Les propositions actuelles peuvent également avoir des conséquences financières pour les fournisseurs de services de télécommunication et pour d'autres tiers. Cette question a fait l'objet d'autres consultations et représente une question complexe de politique générale. Elle fait d'autre part régulièrement l'objet de contentieux¹⁵. Nous serons heureux d'avoir l'occasion de présenter nos remarques sur cette importante question connexe au cours des prochaines consultations.

Nous faisons également remarquer qu'il convient d'étudier la question de l'application extraterritoriale des lois canadiennes, puisque les propositions formulées dans le document de consultation pourraient avoir des répercussions indirectes sur les organisations ou les citoyens d'autres ressorts. Encore une fois, il s'agit d'une question complexe et importante dans une économie qui est de plus en plus mondialisée et qui met en présence, entre autres, de nombreux fournisseurs de services Internet et la mémorisation de données à l'étranger.

L'ABC estime que la qualité de tout processus de consultation publique se trouve considérablement renforcée par le niveau de détail fourni dans les documents de consultation. Dans la mesure du possible, il serait utile que les concepts soient présentés de la manière la plus détaillée possible, y compris avec des exemples d'ébauche du libellé des propositions en question.

Dans l'attente de poursuivre les discussions sur ces questions importantes, nous vous remercions à nouveau de nous donner l'occasion de prendre part à la présente consultation.

Veuillez agréer, Madame, mes salutations distinguées.

(Original signé par Bernard Amyot)

Bernard Amyot

¹⁵ Voir par exemple *R. c. Tele – Mobile*, qui devrait être plaidée devant la Cour suprême du Canada au mois de décembre de l'année en cours.