

ACPPU Bulletin juridique

Mise à jour de l'Avis aux voyageurs de l'ACPPU

L'Avis aux voyageurs à destination des États-Unis publié en juin 2005 par l'ACPPU traitait des droits des voyageurs désireux d'entrer en territoire américain par la voie terrestre, aux postes frontaliers, ainsi que par la voie aérienne, dans les zones de précontrôle des aéroports canadiens. On y examinait la procédure de précontrôle en fonction de la *Loi sur le précontrôle* adoptée en 1999.

En mars 2015, le Canada et les États-Unis ont signé l'*Accord relatif au précontrôle dans les domaines du transport terrestre, ferroviaire, maritime et aérien*, en vertu duquel les deux parties devaient mettre en application de nouvelles lois. La loi visant le territoire américain a été adoptée par le Congrès en décembre 2016.

Au Canada, le projet de loi C-23, intitulé *Loi sur le précontrôle*, a été présenté à la Chambre des communes en juin 2016, a reçu la sanction royale le 12 décembre 2017, mais n'a eu force de loi qu'en août 2019. L'Avis aux voyageurs de l'ACPPU a été révisé en 2017 pour intégrer les modifications proposées aux règles régissant la procédure de précontrôle. L'ACPPU s'y penchait également sur les enjeux liés à la fouille des appareils électroniques à la frontière et dans les zones de précontrôle.

La présente version révisée de l'Avis aux voyageurs renferme les mises à jour adoptées en date de janvier 2020 en vertu de la nouvelle *Loi sur le précontrôle* et tient compte de faits nouveaux dans les procédures de fouille des appareils électroniques tant dans les zones de précontrôle qu'aux postes frontaliers aux États-Unis et au Canada.

Précontrôle

Les discussions sur le projet de loi C-23 ont surtout porté sur les pouvoirs accrus attribués, en vertu de la partie 1, aux agents du service *Customs and Border Protection* (CBP) des États-Unis dans les zones de précontrôle désignées au Canada.

La partie 2 de la nouvelle *Loi* concerne les agents de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) travaillant dans les zones de précontrôle en sol américain que peut maintenant désigner le Canada en vertu de l'Accord canado-américain de 2015. Cela reste encore à faire.

Pour l'heure, les pouvoirs accordés aux agents frontaliers relativement à la fouille d'appareils électroniques aux points d'entrée au Canada et aux États-Unis continuent de susciter des inquiétudes.

Pouvoirs accrus attribués aux agents du service *Customs and Border Protection* (CBP) des États-Unis dans les zones de précontrôle au Canada

Les zones de précontrôle américaines sont situées dans huit aéroports canadiens : Vancouver, Calgary, Edmonton, Winnipeg, Toronto, Ottawa, Montréal et Halifax. D'autres zones de précontrôle se trouvent également dans le terminal ferroviaire de Vancouver, le port de Vancouver et sur certaines routes des traversiers reliant la Colombie-Britannique et l'État de Washington. On prévoit de créer une nouvelle zone à la gare de Montréal pour les services Amtrak traversant la frontière canado-américaine. Les pouvoirs des agents du service

Customs and Border Protection (CBP) des États-Unis dans les zones de précontrôle canadiennes étaient plus restreints dans la loi de 1999. En outre, les mesures législatives canadiennes, dont la législation sur les droits de la personne et la *Charte des droits et libertés*, ont continué d'être appliquées dans les zones de précontrôle.

Les pouvoirs du CBP ont été renforcés par la nouvelle *Loi sur le précontrôle* et, bien qu'elle demeure en vigueur, la capacité de faire appliquer la législation canadienne est effectivement restreinte par des dispositions de la *Loi*. Les pouvoirs ont fait l'objet des modifications suivantes :

- Les Canadiens ne peuvent plus tout simplement quitter la zone de précontrôle après y être entrés. Auparavant, un voyageur pouvait décider de se soustraire au précontrôle et de quitter la zone de précontrôle. La *Loi* de 1999 prescrivait que le refus de répondre à une question d'un agent du précontrôle américain pouvait se traduire par un ordre de quitter la zone. Le refus de répondre n'était pas considéré comme un motif de suspicion ou un motif raisonnable justifiant une fouille du voyageur.
- En vertu de la nouvelle *Loi*, les voyageurs peuvent dorénavant être détenus par des agents du CBP et tenus de répondre à des questions sur leur identité et d'expliquer les raisons pour lesquelles ils veulent se soustraire au précontrôle. Bien que la détention d'un voyageur voulant se soustraire au précontrôle doive se faire dans délai raisonnable, la durée de ce délai n'est pas déterminée dans la nouvelle *Loi*.
- Les agents américains peuvent effectuer des fouilles physiques, y compris des fouilles à nu, dans le cas où un agent canadien n'est pas disponible ou n'est pas disposé à effectuer de telles fouilles. Auparavant, seul un agent canadien pouvait effectuer une fouille.
- Si les agents de l'Agence des services frontaliers du Canada sont armés dans un endroit où se trouve une zone de précontrôle, alors les agents du CBP en poste dans la zone de précontrôle peuvent dorénavant porter eux aussi des armes à feu¹.

Fouille des appareils électroniques

Que ce soit dans une zone de précontrôle ou à un poste frontalier, le fait que les agents des services frontaliers exigent d'avoir accès aux appareils électroniques comme les ordinateurs portatifs, les

tablettes électroniques et les téléphones cellulaires mettent en cause la protection de la confidentialité des recherches et l'exercice de la liberté académique.

Si les pouvoirs accordés aux agents des services frontaliers ne sont certes pas nouveaux, que ce soit en vertu de la nouvelle *Loi sur le précontrôle* ou autrement, des témoignages suggèrent que ces pouvoirs d'examen commencent à être exercés et/ou sont exercés plus fréquemment.

Voyages à destination du Canada

S'agissant des inspections et des fouilles d'appareils électroniques aux points d'entrée au Canada, le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada déclare ce qui suit :

Lors de contrôles à la frontière, les agents de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) possèdent de vastes pouvoirs pour intercepter et fouiller les personnes, et examiner leurs bagages et autres biens, y compris les appareils tels que les ordinateurs portables et les téléphones intelligents. En vertu de la Loi sur les douanes du Canada, ces pouvoirs peuvent être exercés sans mandat. Les tribunaux canadiens reconnaissent généralement que les voyageurs ont des attentes réduites en matière de protection de la vie privée aux postes frontaliers. Dans ce contexte particulier, le droit à la vie privée et les autres droits garantis par la Charte continuent de s'appliquer, mais sont réduits en fonction des impératifs de l'État, comme la souveraineté nationale, le contrôle de l'immigration, la fiscalité, la sécurité et la protection du public. À notre connaissance, les tribunaux canadiens n'ont pas encore statué si un organisme chargé de la sécurité frontalière peut contraindre une personne à lui donner un mot de passe pour fouiller un appareil électronique personnel à un poste frontalier.

Bien que la loi ne soit pas établie, la politique de l'ASFC prévoit que les examens des appareils personnels ne devraient pas être menés de manière systématique; ces fouilles ne peuvent être menées que s'il y a des motifs ou des indications selon lesquels « les appareils ou les supports numériques pourraient contenir des preuves de contraventions ».

Si votre ordinateur portable ou votre appareil mobile est fouillé, il devrait l'être conformément à cette politique et, dans ce contexte, on vous demandera probablement de donner votre mot de passe. Selon la politique, les agents peuvent examiner seulement ce qui se trouve dans un

1. À l'heure actuelle, les agents de l'ASFC travaillant dans les aéroports ne sont pas armés.

appareil incluant, par exemple, les photos, les fichiers, les courriels téléchargés et autres supports. Il est conseillé aux agents de désactiver la connectivité Internet et sans fil, limitant l'accès à toute donnée stockée à l'extérieur de l'appareil, par exemple, dans des médias sociaux ou le nuage. Si vous refusez de fournir votre mot de passe, les agents de contrôle pourront conserver votre appareil pour une inspection plus poussée².

Cette déclaration est conforme aux directives et aux politiques de l'ASFC, mais les agents de l'ASFC détiennent leurs pouvoirs non seulement en vertu de la *Loi sur les douanes du Canada*, mais aussi de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Par conséquent, pour ce qui est de l'examen des appareils électroniques, les agents de l'ASFC se réfèrent à la première s'ils soupçonnent une infraction possible aux règles douanières ou à la seconde s'ils sont préoccupés par l'identité du voyageur ou par des menaces à la sécurité³.

Le refus de donner le mot de passe pour que les agents de l'ASFC puissent accéder à un appareil électronique peut entraîner la saisie de l'appareil, mais non l'arrestation de la personne pour non-collaboration. Il convient d'observer que, dans son *Bulletin opérationnel*, l'ASFC insiste sur le fait que, dans le cas où un agent demande qu'on lui donne un mot de passe ou qu'on lui remette un appareil électronique à des fins d'examen, « [L]a fouille d'appareils et de supports numériques étant de nature plus personnelle que la fouille des bagages, l'examen doit se faire dans le plus grand respect de la vie privée du voyageur »⁴.

En outre, si l'agent a le pouvoir d'examiner un appareil électronique, il n'a pas celui d'activer la connexion Internet pour accéder à des informations qui n'ont pas été téléchargées sur l'appareil. En fait, selon les directives, les agents de l'ASFC doivent immédiatement mettre l'appareil en mode « avion ».

En août 2016, un résident du Québec a été déclaré coupable d'entrave au travail des agents des services frontaliers et a reçu une amende de 500 \$ parce qu'il avait refusé de donner le mot de passe de son téléphone intelligent alors qu'il rentrait au Canada à l'aéroport d'Halifax. En portant des accusations en vertu de la *Loi sur les douanes*, l'ASFC s'intéressait de toute évidence aux marchandises que la personne tentait peut-être d'introduire au Canada⁵. Comme l'accusé a plaidé coupable, il n'y a pas eu de procès et l'on n'a pu trancher si les agents de l'ASFC sont effectivement habilités par la loi à exiger les mots de passe des appareils électroniques, comme les téléphones cellulaires et si cette habilitation comporte des limites⁶.

En avril 2019, un avocat s'est vu confisquer son téléphone cellulaire et son ordinateur portable par un agent de l'ASFC à l'aéroport Pearson de Toronto après qu'il eût refusé de fournir ses mots de passe. Il a soutenu que ses deux appareils contenaient des informations confidentielles protégées par le secret professionnel auquel il était assujéti. Il n'a pas été détenu, mais ses appareils ont été envoyés à un service gouvernemental chargé de découvrir ses mots de passe et d'examiner ses fichiers⁷.

Le pouvoir revendiqué d'examiner le contenu d'un ordinateur portable, d'une tablette électronique ou d'un téléphone cellulaire peut donner à penser au personnel académique qu'il peut être risqué de conserver sur des appareils électroniques des informations sur des recherches, ou des informations recueillies dans le contexte de la liberté académique, puisque ces informations pourraient être examinées à un point d'entrée au Canada ou après confiscation des appareils.

Voyages à destination des États-Unis

Au vu des décrets présidentiels et du renforcement apparent d'un profilage ethnique et religieux par les agents américains du CBP, les voyages à destination des

2. COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA. « Votre droit à la vie privée dans les aéroports et aux postes frontaliers : Fouilles aux douanes canadiennes », *Sécurité publique et application de la loi* [En ligne], 2016, [https://www.priv.gc.ca/fr/sujets-lies-a-la-protection-de-la-vie-privée/aéroports-et-frontières/votre-droit-a-la-vie-privée-dans-les-aéroports-et-aux-postes-frontaliers/].

3. AGENCE DES SERVICES FRONTALIERS DU CANADA. *Bulletin opérationnel* PRG-2015-31 : Examen des appareils et des supports numériques aux points d'entrée, 2015.

4. Voir la section « Mesures à prendre par les agents de l'ASFC » à la page 2 du « *Bulletin opérationnel* : PRG-2015-31 ».

5. RUSKIN, Brett. « Alain Philippon pleads guilty over smartphone password border dispute », CBC News: Nova Scotia, [En ligne], 2016, [https://www.cbc.ca/news/canada/nova-scotia/alain-philippon-to-plead-guilty-cellphone-1.3721110].

6. BAILEY, Sue. « Border phone search raises privacy, charter issues, say lawyers », CBC News: Nova Scotia, [En ligne], 2016, [https://www.cbc.ca/news/canada/nova-scotia/alain-philippon-cbsa-border-cellphone-smartphone-search-1.3724264].

7. HARRIS, Sophia. « Canada Border Services seizes lawyer's phone, laptop for not sharing password », CBC News: Business, [En ligne], 2019, [https://www.cbc.ca/news/business/cbsa-boarder-security-search-phone-travellers-openmedia-1.5119017].

États-Unis soulèvent des préoccupations qui dépassent les inspections et les examens des appareils électroniques.

Les préoccupations quant au respect, aux points d'entrée aux États-Unis, de la confidentialité des informations conservées sur des appareils électroniques sont d'autant plus vives qu'il semble que les agents du CBP américain appliquent plus largement leurs pouvoirs d'examen que le font leurs homologues de l'ASFC à la frontière canadienne⁸. Par exemple, les agents américains semblent disposés à demander les mots de passe pour accéder non seulement aux appareils électroniques, mais aussi à des sites externes, comme les médias sociaux ou les sites web, à partir de l'appareil. Les possibilités d'atteinte à la vie privée sont donc encore plus nombreuses⁹.

Aux États-Unis, les « fouilles sans mandat » (*warrantless searches*), en forte progression, font l'objet de litiges portés devant les tribunaux. Ce ne sont pas tant les fouilles effectuées aux douanes mais celles visant la surveillance et la sécurité qui ont entraîné une augmentation du nombre d'appareils examinés aux points d'entrée. Ces fouilles portent atteinte à la vie privée des voyageurs, mais aussi à la vie privée de toutes les personnes dont l'identité peut être révélée par la liste des contacts et les communications contenues dans l'appareil¹⁰.

Les citoyens et les résidents américains peuvent contester ces fouilles devant des tribunaux nationaux. Par exemple, dans une affaire jugée en 2019, le Tribunal fédéral américain pour le District du Massachusetts a conclu que la fouille sans mandat des téléphones et des ordinateurs portables de dix citoyens et d'un résident permanent qui revenaient de voyager à l'étranger (deux du Canada) dans des aéroports américains violait le quatrième amendement de la Constitution américaine¹¹. Cet amendement protège les individus contre les perquisitions, fouilles et saisies arbitraires.

À moins d'être adoptée par le CBP à l'échelle nationale, la décision est applicable uniquement dans le champ de compétence du tribunal de district du Massachusetts. Étant donné que le tribunal a refusé de prononcer un redressement plus large par voie d'injonction, la décision ne s'applique qu'à l'égard des onze plaignants nommés dans l'action. L'option consistant à l'appliquer rétroactivement à d'autres personnes est loin d'être satisfaisante puisque le mal (l'atteinte à leur vie privée) est déjà fait.

Les résidents canadiens ne disposent vraiment d'aucun moyen légal efficace pour contester les gestes des agents de la CBP aux points d'entrée aux États-Unis¹². La résistance a un prix : être vraisemblablement bloqué à la frontière – peut-être sans son appareil électronique. Le refus d'entrée sera également enregistré dans une base de données américaine et pourra entraîner des problèmes aux points d'entrée dans d'autres emplacements et à d'autres moments.

Conclusion

Les voyageurs qui quittent le Canada ou y reviennent sont de plus en plus susceptibles d'être soumis à des fouilles dans les zones de précontrôle et aux douanes qui pourraient avoir pour résultat de compromettre la confidentialité de leurs recherches et l'exercice de la liberté académique. L'ACPPU continuera de tenir ses membres au courant des derniers développements dans ce dossier. Entre-temps, les membres du personnel académique devraient examiner avec soin les types d'informations qu'ils détiennent, ou dont ils ont besoin, dans leurs appareils lorsqu'ils souhaitent franchir la frontière et, au besoin, protéger les informations confidentielles.

8. GREENBERG, Andy. « A Guide to Getting Past Customs with your Digital Privacy Intact », *Wired*, 2017 [En ligne] <https://www.wired.com/2017/02/guide-getting-past-customs-digital-privacy-intact/>.

9. WADDELL, Kaveh. « Give Us Your Passwords », *The Atlantic*, 2017. [En ligne] <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2017/02/give-us-your-passwords/516315/>.

10. NOGUIERA, Daniela L. « Warrantless device searches at the border will threaten privacy in the US heartland », *The Guardian*, 18 juillet 2019. [En ligne] <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/jul/18/us-border-warrantless-device-searches-cellphones-court-hearing>.

11. *Alasaad et al v. McAleenan et al*, No 1:17-cv-11730-DJC (Massachusetts).

12. L'exercice de tels pouvoirs par les agents du CBP dans une zone de précontrôle américaine comme un aéroport canadien peut être contesté. Les lois du Canada, et particulièrement la *Charte canadienne des droits et libertés*, continuent de s'appliquer, car une telle zone est toujours en territoire canadien. Cependant, encore une fois, le voyageur peut être forcé de choisir entre accepter la fouille ou se voir refuser l'entrée et toute poursuite intentée subséquemment pourrait ne pas avoir d'issue satisfaisante, les tribunaux canadiens n'étant pas habilités à ordonner au gouvernement américain de cesser d'exercer de tels pouvoirs.