

SOLICITOR-CLIENT

PRIVILEGE

MANAGING THE RISK AT THE BORDER

By Cyndee Todgham Cherniak



How many in-house counsel do you know who travel internationally without (1) a laptop and (2) a smartphone?

Chances are the answer is none. Very few lawyers can cut off access to clients and colleagues by leaving their electronic devices at the office, especially when travelling for business or vacation.

In addition to current work files, many of you also have months or years of emails and highly confidential documents (including drafts) saved on your computer and smartphone. There may also be internal emails about sensitive topics, and maybe even an email from a stakeholder asking whether a questionable action (already undertaken) is “legal.” You may also have portal access to your organization’s servers and files on your computer.

Now what would happen if you were randomly (or specifically) selected for a secondary inspection and the Canada Border Services Agency (CBSA) accessed your laptop, smartphone, PDA, USB keys, etc.? What if it were the United States Department of Homeland Security or another foreign customs authority? The customs officer may not accept your claim of solicitor-client privilege and may seize your electronic devices if you did not provide them with the passwords.



If a lawyer is selected for a secondary inspection, it is possible that the CBSA will examine his or her electronic devices and download everything on the hard drive for review. The CBSA takes the position that it has broad powers under section 99 of the *Customs Act* to examine any goods, including electronic devices and electronic documents on electronic devices. Further, the CBSA takes the position that it is not necessary for the officer to have “grounds” or “reasonable suspicion” in order to examine the goods of the traveler. It believes that an examination of a laptop is no different than that of a suitcase.

The CBSA also takes the position that it can copy a hard drive, USB key or electronic device. According to subsection 115(1) of the *Customs Act*, “If any record is examined... the officer... may make or cause to be made one or more copies of it...”

At the present time, the CBSA and the Department of Justice do not have any policy in place to address the examination of a lawyer where documents in the lawyer’s possession are covered by solicitor-client privilege (or the lawyer claims they are).

This issue has recently been complicated by a CBSA officer’s decision to criminally charge Alain Philippon under section 153.1(b) of the *Customs Act* when he refused to provide his password so that the CBSA could access his smartphone. While a decision has not yet been rendered in this case, it illustrates the risk to lawyers. In-house counsel may be faced with two bad choices: (1) provide passwords and grant access to client confidential information in order to cooperate during a CBSA secondary inspection or (2) refuse to provide passwords and end up in jail.

REDUCE YOUR RISK

Since you must travel with electronic devices to stay connected to the office and clients, the risk during a secondary inspection by the CBSA can be mitigated by making a concerted effort not to travel with any electronic or hard-copy documents, emails or other media that you do not wish to share with the CBSA.

For example, bring a laptop that is only used for travel purposes. Save on it only the documents needed for the trip after carefully considering whether the document is too sensitive to transfer to the laptop. Do not load an email program or portal to office computers. Only access emails through a secure web-

site, and make sure passwords are entered each time, not saved. Also, make sure your IT department scrubs the laptop before you take possession (to make sure the “Fifty Shades of Grey” DVD your colleague bought on the black market, or something worse, is no longer on the computer).

For your smartphone, it is possible to scrub it clean of all emails (which can be downloaded again once you are safely home). Also, as some apps permit the user to download documents on the smartphone, it is prudent to review which documents are living on your smartphone before heading to the airport.

In addition, clean out your briefcase. International travel is a great time to look for any stray USB keys and ensure (1) they are not in your briefcase and (2) any information on the USB key is properly saved on the company servers or erased if no longer needed.

Finally, change your passwords once home, as Wi-Fi in hotels and conference spaces may not be secure. A website address, user name and password can be intercepted; and electronic communications can be accessed after you arrive home.

RESPECT THE CBSA

In 2013, the CBA passed Resolution 13-06-A “Solicitor-Client Privilege at the Border,” creating a working group to develop an approach to preserve privilege at the border without obstructing the CBSA officers. To date, the Minister for Public Safety and Emergency Preparedness has not responded to CBA letters to create such a policy.

In the meantime, consider the following:

1. Be nice to the CBSA officer.
2. Inform the officer in a non-confrontational way that you are a lawyer. (Just like some people are afraid of barking dogs, some people may be afraid of lawyers.)
3. Ask politely if the officer could include his or her supervisor in the discussions about solicitor-client privilege. (The supervisor is there to de-escalate problems and may understand your concerns.)
4. If the officer demands your passwords and you must respectfully decline, ask if the officer can preserve your laptop and contact the CBSA lawyers to schedule a motion before a judge who can help balance your interests with those of the CBSA.

Until a joint CBA/CBSA policy is developed, you should attempt to follow the Lavallee criteria—but understand that the CBSA officer and supervisor most likely have never read the Supreme Court of Canada decision in *Lavallee, Rackel & Heinz v. Canada (Attorney General)* 2002 SCC 61.

The Law Society of Upper Canada has also issued “Guidelines for Law Office Searches,” which you can find here: www.lsuc.on.ca/guidelines-for-law-office-searches. The Guidelines would have to be adapted because the CBSA does not issue search warrants and will not have judicial approval of the examination before inspecting suitcases, briefcases, purses, wallets and electronic devices. (As a technical matter, the activity is referred to as an “examination” in section 99 of the *Customs Act* and is not considered a “search.”)

BE PREPARED

In-house legal departments should test a few laptops and smartphones. The first question to ask is whether there are any electronic documents that the company would not want the CBSA to copy. The second is whether there is a mechanism to disable access to documents on the server (which are technically not in a person’s possession at the time they cross the border). The third is how the person travelling might respond to questioning by a CBSA officer. Based on the answers, provide appropriate training to any in-house counsel travelling outside of Canada so that the lawyer is not arrested and the incident at the border does not become headline news.

Canada does not have a defined process for lawyers to follow at the border. This means the potential for a dispute is higher. In-house counsel manage risks for their organizations every day—this should include their own risk at the border. ■

Cyndee Todgham Cherniak is the founder of LexSage Professional Corporation, a boutique international trade and sales tax law firm. She can be reached at cyndee@lexsage.com.

“AT THE PRESENT TIME,
THE CBSA AND THE
DEPARTMENT OF JUSTICE
DO NOT HAVE ANY POLICY
IN PLACE TO ADDRESS THE
EXAMINATION OF A LAWYER
WHERE DOCUMENTS IN THE
LAWYER’S POSSESSION ARE
COVERED BY SOLICITOR-
CLIENT PRIVILEGE.”



SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

GÉRER LES RISQUES AUX FRONTIÈRES

Combien de conseillers juridiques voyagent à l'international sans 1) un ordinateur portable et 2) un téléphone intelligent?

La réponse est probablement : aucun. Très peu de juristes peuvent se priver de l'accès à leurs clients ou leurs collègues en laissant leurs appareils électroniques au bureau, surtout lorsqu'ils voyagent par affaire ou en vacances.

En plus des dossiers actifs, plusieurs d'entre vous ont aussi des mois ou des années de courriels sauvegardés sur vos ordinateurs ou vos téléphones et qui peuvent contenir des renseignements hautement confidentiels. Il peut y avoir des courriels internes qui portent sur des sujets délicats, et peut-être même le courriel d'un intervenant qui veut savoir si une action (qu'il a déjà posée) est « légale ». Vous avez peut-être aussi un portail qui permet d'accéder aux serveurs et dossiers de votre organisation à distance, à partir de votre ordinateur.

Qu'arriverait-il si vous étiez choisi de manière aléatoire (ou spécifique) pour une fouille secondaire et que l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) avait accès à votre ordinateur portable, votre téléphone intelligent, vos clés USB, etc.? Et si c'était le Département de la sécurité intérieure des États-Unis ou une autre agence étrangère? L'agent pourrait ne pas accepter votre argument du secret professionnel et saisir vos appareils électroniques si vous ne lui fournissez pas de mot de passe.

Si un avocat est choisi pour une inspection secondaire, il est possible que l'ASFC examine ses appareils électroniques et télécharge tout ce qui se trouve sur son disque dur pour en examiner le contenu. La position de l'Agence est qu'elle a des pouvoirs étendus en vertu de l'article 99 de la *Loi sur les douanes* afin d'examiner tout bien, incluant des appareils et documents électroniques. De plus, l'ASFC estime qu'il n'est pas nécessaire pour un agent d'avoir des raisons de croire ou des doutes raisonnables pour mener de tels examens. Elle croit que l'inspection d'un ordinateur portable n'est pas différente de celle d'une valise.

Selon l'ASFC, elle est en droit de copier le contenu d'un disque dur, d'une clé USB ou d'un appareil électronique en vertu de l'article 115(1) de la Loi, qui stipule qu'« en cas d'examen ou de saisie de documents [...], l'agent [...] peut en faire ou en faire faire des copies ».

À l'heure actuelle, l'ASFC et le ministère de la Justice n'ont pas de politique au sujet d'une telle inspection lorsque les documents en la possession de l'avocat sont susceptibles d'être couverts par le secret professionnel.

Cette question a récemment été compliquée par la décision de l'Agence de déposer des accusations criminelles contre Alain Philippon en vertu de l'Article 153.1(b) de la Loi, lorsqu'il a refusé de fournir son mot de passe pour permettre à l'ASFC d'avoir accès à son téléphone intelligent. Bien qu'une décision n'ait pas été rendue dans cette affaire, elle illustre les risques que courent les avocats. Les conseillers juridiques internes pourraient être confrontés à deux choix difficiles : 1) fournir les mots de passe demandés et donner l'accès à des renseignements confidentiels ou 2) refuser et se retrouver derrière les barreaux.

RÉDUIRE LES RISQUES

Comme vous devez voyager avec des appareils électroniques pour rester connectés au bureau et à vos clients, le risque encouru lors d'une inspection secondaire peut être réduit en faisant l'effort de ne pas voyager avec des documents, courriels ou autres éléments que vous ne voulez pas partager avec l'ASFC.

Par exemple, apportez un ordinateur portable qui n'est utilisé que pour les voyages. Sauvegardez sur son disque dur uniquement les documents nécessaires pour le voyage après avoir soigneusement considéré s'ils sont trop délicats pour être ainsi transférés. Ne téléchargez pas de programme ou portail qui vous donnent accès à vos courriels de bureau. Pour ce faire, utilisez seulement des sites internet sécurisés et assurez-vous que les mots de passe doivent être inscrits chaque fois et qu'ils ne sont pas sauvegardés. Également, assurez-vous que votre département informatique nettoie votre portable avant d'en prendre possession (pour être certain que la copie de « Fifty Shades of Grey » achetée par votre collègue sur le marché noir, ou pire encore, ne se trouve plus sur l'ordinateur).

Pour votre téléphone intelligent, il est possible de le purger de tous les courriels (qui peuvent être téléchargés à nouveau lorsque vous retournez à la maison). Aussi, il est prudent de vous assurer que des documents confidentiels n'y ont pas été téléchargés.

Vous devez également nettoyer votre valise. Les voyages internationaux sont une bonne occasion d'y jeter un coup d'œil pour retrouver les clés USB égarées et vous assurer 1) qu'elles ne sont pas dans votre valise et 2) que toute information qui s'y trouve est adéquatement sauvegardée sur les serveurs de la compagnie ou effacée si elle n'est plus requise.

Enfin, changez votre mot de passe une fois de retour, puisque l'internet sans fil des hôtels ou des salles de conférence pourrait ne pas être sécurisé. L'adresse d'un site web, un nom d'utilisateur et un mot de passe peuvent être interceptés et ainsi donner accès à vos communications électroniques lorsque vous retournez à la maison.

RESPECTEZ L'ASFC

EN 2013, l'Association du Barreau canadien a adopté la résolution 13-06-A qui porte sur le secret professionnel de l'avocat aux frontières et qui crée un groupe de travail afin de développer une approche qui protège le secret professionnel sans faire obstruction aux agents frontaliers. À ce jour, le ministre de la Sécurité publique n'a pas répondu à la lettre de l'ABC pour l'inviter à créer une telle politique.

En attendant la suite des choses, gardez ces quelques conseils en tête si une telle situation se produit :

1. Soyez gentils avec l'agent de l'ASFC;
2. Informez l'agent de manière non conflictuelle que vous êtes avocat;
3. Demandez poliment si l'agent peut inclure son superviseur dans les discussions au sujet du secret professionnel;

4. Si l'agent demande votre mot de passe et vous devez poliment refuser, lui demander de préserver votre ordinateur portable et contacter les avocats de l'ASFC pour prévoir une requête devant un juge.

Vous devriez également suivre le critère Lavalée – mais comprendre que l'agent ou le superviseur n'ont probablement pas lu cet arrêt de la Cour suprême du Canada (*Lavalée, Rackel & Heinz c. Canada (Procureur général)* 2002 CSC 61).

Le Barreau du Haut-Canada a aussi publié des lignes directrices pour les fouilles menées dans les bureaux d'avocats, que vous pouvez trouver ici : www.lsuc.on.ca/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=2147485688. Ces lignes directrices devraient être adaptées aux circonstances, puisque l'ASFC ne requiert pas de mandat ni d'autorisation judiciaire pour inspecter vos valises, sacs à main, portefeuilles et appareils électroniques (et l'activité est d'ailleurs considérée comme un examen et non pas comme une fouille en vertu de l'article 99 de la *Loi sur les douanes*).

« À L'HEURE ACTUELLE, L'ASFC ET LE MINISTÈRE DE LA JUSTICE N'ONT PAS DE POLITIQUE AU SUJET D'UNE TELLE INSPECTION LORSQUE LES DOCUMENTS EN LA POSSESSION DE L'AVOCAT SONT SUSCEPTIBLES D'ÊTRE COUVERTS PAR LE SECRET PROFESSIONNEL. »

SOYEZ PRÊTS

Les départements juridiques internes devraient tester quelques ordinateurs portables et téléphones intelligents. La première question à se poser est si on y trouve des documents électroniques qu'une compagnie ne souhaite pas voir copiés par l'ASFC. La deuxième est si des mécanismes permettent de désactiver l'accès aux documents du serveur (qui ne sont pas techniquement en possession d'une personne au moment de traverser la frontière). La troisième est de savoir comment la personne qui voyage pourrait répondre aux questions d'un agent de l'ASFC. Sur la base de ses réponses, fournissez de la formation nécessaire aux conseillers juridiques internes qui se déplacent à l'étranger pour éviter les arrestations et qu'un incident aux douanes ne se retrouve dans les grands titres des journaux.

Le Canada n'a pas de processus défini pour les avocats aux douanes. Cela signifie que le potentiel pour les différends est élevé. Les conseillers juridiques d'entreprise gèrent chaque jour les risques pour leur organisation – cela devrait inclure ceux qu'ils courent eux-mêmes en traversant les frontières. ■

He who wins last, wins.

Whether you won at trial and face an appeal or lost at trial and wish to launch an appeal, we can help you determine the final outcome for your client.



To sign up for the Lerner's Appellate Advocacy Netletter, visit www.lerners.ca/appealsnetletter

Toronto: **416 867 3076**

Earl A. Cherniak, Q.C., William Pepall, Kirk Boggs, Mark Freiman, Kirk Stevens, Angus McKinnon, Bryan Smith, Jasmine Akbarali, Brian Radnoff, Cynthia Kuehl, Jason Squire, Stuart Zacharias

London: **519 672 4510**

Peter Kryworuk, Andrew Murray, Carolyn Brandow

LERNERS

Appellate Advocacy Lawyers

www.lerners.ca