

Projet de loi C-27, Loi sur la mise en
œuvre de la Charte du numérique, 2023
et droits des Premières Nations

Mémoire de l'Assemblée des
Premières Nations au Comité permanent
de l'industrie et de la technologie

Octobre 2023

Introduction

L'Assemblée des Premières Nations (APN) est l'organisation nationale de défense des intérêts des chefs des Premières Nations au Canada. Elle défend les intérêts des Premières Nations au nom de plus de 600 d'entre elles dans tout le pays, en suivant les directives et en remplissant les mandats qui lui sont confiés par les Premières Nations réunies en assemblée au moyen de résolutions. L'APN cherche à faire progresser les droits inhérents et les droits issus des traités des Premières Nations par l'élaboration de politiques, l'éducation du public et, le cas échéant, l'élaboration conjointe de lois visant à renforcer les capacités des Premières Nations. L'APN est née de la volonté des dirigeants des Premières Nations de se doter d'une organisation militante collective forte et efficace. Ainsi, des valeurs comme le respect des droits de la personne, la diversité, la justice et la souveraineté de chaque Première Nation détentrice de droits guident le travail de l'organisation. Plusieurs résolutions de l'APN donnent des indications sur le droit des Premières Nations à la souveraineté des données. Le présent mémoire a été préparé par l'APN pour attirer l'attention du Comité permanent de l'industrie et de la technologie (le Comité) sur les lacunes du processus de consultation et les problèmes spécifiques de la *Loi sur la Charte du numérique* (projet de loi C-27), et pour consigner les objections des Premières Nations.

Les Premières Nations partagent en grande partie les mêmes préoccupations que les Canadiens concernant les abus potentiels en matière de renseignements personnels et d'intelligence artificielle (IA) et de données. Le Canada a toutefois l'obligation légale de trouver un équilibre entre les droits des Premières Nations et les désirs légitimes du gouvernement de protéger les citoyens canadiens contre les pires effets de l'ère numérique. Les Premières Nations ont droit à la souveraineté de leurs données, qui est essentielle à la réalisation d'autres droits, notamment les droits à l'autodétermination et à l'autonomie gouvernementale. Le projet de loi C-27 porte atteinte à ces droits et à d'autres encore, tant dans son processus d'élaboration que dans son contenu. Le processus comporte des lacunes, car il n'y a pas eu de consultation de nation à nation entre le Canada et les Premières Nations. Par conséquent, le ministre n'a pas entendu les Premières Nations, il ne les comprend pas, et cela se voit dans le projet de loi. La *Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs*, par exemple, ne tient pas compte des préjudices collectifs subis par les Premières Nations, notamment en ce qui concerne les dispositions relatives au consentement et à l'utilisation de données dépersonnalisées. La *Loi sur le Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données* empiète sur les droits des Premières Nations à l'autonomie gouvernementale, et la *Loi sur l'intelligence artificielle et les données*, ainsi que le code de conduite volontaire pour encadrer les systèmes d'IA générative avancés (code volontaire) ne garantissent guère aux Premières Nations que leurs droits individuels et collectifs seront respectés par les intérêts commerciaux ou les gouvernements.

En fin de compte, il appartient à chaque Première Nation d'exercer sa souveraineté sur les données conformément à sa propre vision du monde et, par conséquent, elle seule peut

s'exprimer de manière définitive sur les amendements requis. Ces amendements pourraient inclure le respect des obligations légales et morales de consulter les Premières Nations et de collaborer avec elles, l'ajout d'une clause de non-dérogation, la suppression de l'autorité du Tribunal et du Commissariat à la protection de la vie privée sur les Premières Nations, et la limitation du pouvoir du ministre et des différents ministères en matière de développement et d'utilisation de l'IA, ainsi que d'application de la loi.

Il est probable que les Premières Nations intentent un procès si la Couronne ne remplit pas ses obligations, ce qui pourrait entraîner la suspension totale de ces lois. Les litiges sont coûteux, et la Couronne perd la plupart du temps. Il vaut mieux faire les choses correctement du premier coup et répondre aux désirs de chacun pour un avenir numérique sûr et sécuritaire.

Souveraineté des données

Avant de traiter des détails du projet de loi C-27, il est important de comprendre la souveraineté des Premières Nations en matière de données. La souveraineté des données est le droit des nations à posséder et à gérer les données relatives à la nation, à ses citoyens et à ses ressources. Le Canada détient ce droit, tout comme les Premières Nations. Règle générale, les Premières Nations incluent dans la souveraineté des données le droit de propriété, de contrôle, d'accès et de possession liés à leurs données. Les principes de PCAP® des Premières Nations, dont la marque est déposée par le Centre de gouvernance de l'information des Premières Nations au bénéfice de toutes les Premières Nations, sont mis en œuvre par les Premières Nations conformément à leur propre vision du monde. La résolution 54/2016 de l'APN, *Obligation de formation aux principes de PCAP® pour les employés et les chercheurs des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux*, se rapporte aux articles 15, 18 et 19 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA) lorsqu'elle stipule que :

Les Premières Nations ont le droit de prendre des décisions en ce qui concerne l'information qui est recueillie sur elles et de déterminer dans quelles circonstances et de quelles manières l'information peut être utilisée et diffusée. Les Premières Nations doivent surtout pouvoir déterminer les façons dont les gouvernements et les chercheurs de l'extérieur ont accès à ces données, conformément aux mandats et aux protocoles appropriés des communautés des Premières Nations elles-mêmes.

Dans le présent document, les données s'entendent des données sur les Premières Nations, des données provenant des Premières Nations et des données sur les terres, les eaux et les ressources des Premières Nations. Les données comprennent, entre autres, les renseignements, les connaissances et les statistiques, ainsi que la propriété intellectuelle et les expressions créatives. La résolution 42/2018 de l'APN, *Souveraineté des données*, s'appuie sur les articles 4 et 34 de la DNUDPA pour réaffirmer que :

les Premières Nations du Canada conservent la propriété et le contrôle des données relatives à leur identité, à leur peuple, à leur langue, à leur histoire, à leur culture et à

leurs communautés, tant historiques que contemporaines, et que chaque nation établira des règles pour régir ses données, en déterminant comment elles seront gérées, rendues accessibles et communiquées aux autres gouvernements, organisations et/ou individus.

Le Comité est invité à se rappeler que le Canada a adopté la *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (LDNU), qui exige du gouvernement du Canada, « en consultation et en collaboration avec les peuples autochtones, [de prendre] toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce que les lois fédérales soient compatibles avec la Déclaration » (art. 5). Le Plan d'action de la *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (Plan d'action) a été adopté par le gouvernement fédéral en juin 2023 pour respecter les exigences de l'article 6 de la LDNU. Ce Plan d'action dresse la liste des activités prioritaires pour « garantir un Canada où le respect des droits des Autochtones est systématiquement inscrit dans les lois fédérales et les politiques élaborées en consultation et en collaboration avec les peuples autochtones concernés » (Introduction aux Priorités partagées, Plan d'action). Le domaine prioritaire transversal du Plan d'action sur l'autodétermination, l'autonomie gouvernementale et la reconnaissance des traités (art. 3, 4 et 37 de la DNUDPA) prévoit la prise de mesures pour « [c]ontinuer de soutenir la souveraineté des données autochtones et les stratégies de données dirigées par les Autochtones grâce à des options législatives, réglementaires et politiques » (mesure n° 30, Plan d'action). Les Premières Nations doivent exercer leur droit à la souveraineté en matière de données, et le Canada a accepté d'honorer et de faciliter ce droit. Le projet de loi peut être utile ou représenter un obstacle, et dans sa forme actuelle, il représente un obstacle.

Processus

Le premier problème que pose le projet de loi est la manière dont il a été présenté au Comité. Le projet de loi a été rédigé sans que les Premières Nations aient été consultées et aient coopéré, comme l'exige au minimum l'article 19 de la DNUDPA, dont voici le texte intégral :

Les États se concertent et coopèrent de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés — par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives — avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de concerner les peuples autochtones, afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.

Le Canada a accepté à maintes reprises, tant à l'échelle internationale que nationale, d'honorer ses obligations à ce sujet, notamment en approuvant sans réserve la DNUDPA et en promulguant la LDNU. Les vastes consultations publiques menées par le ministère de l'Innovation, des Sciences et du Développement économique (le Ministère) ne répondent pas à cette norme. Les consultations sur le projet de loi C-27, tenues entre juin et septembre 2018, ont consisté en une série de réunions auxquelles ont participé près de 600 personnes issues

d'un « vaste segment de la société » (Innovation, Sciences et Développement économique Canada, 28 septembre 2023, <https://rb.gy/w1s5k>). Les consultations sur le code volontaire ont quant à elles consisté en des séances de consultation auxquelles ont participé des parties prenantes qui « possèdent une expertise et de l'expérience dans le domaine de l'IA. Il s'agit entre autres de membres du Conseil consultatif en matière d'intelligence artificielle du Canada, ainsi que de représentants du milieu universitaire, de la société civile, d'instituts de recherche en IA et de l'industrie » (Innovation, Sciences et Développement économique Canada, 28 septembre 2023, <https://rb.gy/ojtc2>). Les parties prenantes ne détiennent pas de droits, quel que soit leur degré d'expertise ou d'expérience, et un engagement limité avec certaines personnes ou représentants autochtones ne répond pas à l'obligation légale et morale de mener des consultations de nation à nation. La reconnaissance des droits des Premières Nations nécessite une compréhension des questions et des préoccupations des Premières Nations et l'adaptation du projet de loi afin qu'il puisse protéger leurs droits. Si elles ne découlent pas de consultations, les affirmations du Ministère selon lesquelles il a entendu les préoccupations des Premières Nations sont vaines, et cela se voit dans un projet de loi qui est effrayant par son potentiel d'abus des droits des Premières Nations.

Il y a probablement beaucoup de choses que les Premières Nations soutiendraient dans ce projet de loi. Il existe cependant des obstacles aux droits des Premières Nations qui doivent être levés avant que le projet de loi ne réponde aux normes de la DNUDPA, de la Constitution et de la *Loi sur la DNUDPA*. À tout le moins, avant que le projet de loi ne soit adopté, il faut consacrer du temps et des efforts pour consulter les Premières Nations et coopérer avec elles afin d'obtenir leur consentement libre, préalable et éclairé au projet de loi et aux mesures administratives. De plus, alors que les Premières Nations attendent d'éventuelles modifications à la *Loi d'interprétation*, une clause de non-dérogation ajoutée à chaque loi dans le cadre du projet de loi leur apporterait un peu de réconfort.

Éléments de fond

Si le ministre avait respecté son obligation de consultation, les éléments du projet de loi qui portent atteinte aux droits des Premières Nations auraient pu être retirés. Or, actuellement, les problèmes sont multiples. En fait, chaque loi contenue dans le projet de loi C-27 présente des lacunes. La *Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs* ne tient pas compte du risque d'atteinte aux droits collectifs des Premières Nations résultant de la dépersonnalisation des données individuelles, de l'agrégation des données individuelles dépersonnalisées et de la recherche utilisant les données des Premières Nations sans le consentement de ces dernières. La *Loi sur le Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données (Loi sur le Tribunal)* ne reconnaît pas les droits des Premières Nations à l'autonomie gouvernementale et à la souveraineté des données, et la *Loi sur l'intelligence artificielle et les données*, ainsi que le code volontaire récemment élaboré, soutiennent les intérêts commerciaux, ne limitent pas suffisamment les possibilités d'abus par les gouvernements et ne tiennent guère compte des risques potentiels pour les droits et les intérêts collectifs des Premières Nations. Il n'est pas

possible d'examiner chacune de ces questions en détail. Comme son nom et sa nature l'indiquent, il s'agit d'un mémoire, et l'APN renvoie donc le Comité aux études détaillées de la *Loi sur les renseignements personnels et les documents électroniques* et du régime fédéral de protection de la vie privée dans son ensemble réalisées par le Centre de gouvernance de l'information des Premières Nations, disponibles sur le site Web <https://fnigc.ca/fr/>. Comme on le verra plus loin, certains des problèmes posés par la loi actuelle ont été repris dans le nouveau projet de loi.

Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs

Les Premières Nations sont concernées par cette loi de quatre manières. Premièrement, en tant que personnes; deuxièmement, en tant qu'entités commerciales; troisièmement, en tant qu'entreprises fédérales; quatrièmement, en tant que nations.

La loi répond à juste titre aux préoccupations des personnes en matière de confidentialité des données, ce qui est essentiel à l'ère numérique. Le présent mémoire se concentre plutôt sur ses répercussions sur les entités commerciales des Premières Nations, en tant qu'entreprises fédérales, et en tant que nation collective.

Les risques qui pèsent sur les droits collectifs des Premières Nations et qui peuvent découler de l'utilisation des données personnelles de leurs citoyens ne sont pas abordés dans cette loi. Ils se présentent lorsque les données recueillies auprès des personnes sont dépersonnalisées et/ou agrégées. Ils devraient être atténués si les personnes donnent leur consentement, mais le projet de loi prévoit des circonstances dans lesquelles le consentement n'est pas nécessaire. Lorsque les données sont dépersonnalisées, elles peuvent être utilisées par des intérêts commerciaux, des organisations et des entreprises fédérales aux fins de recherche, d'analyse et de développement internes (art. 21), de transactions commerciales éventuelles (art. 22) et à des « fins socialement bénéfiques » (art. 39). Les identifiants des Premières Nations, comme les codes postaux ou le statut d'Indien, peuvent être utilisés avec des renseignements sensibles dépersonnalisés, comme les dossiers médicaux ou les renseignements bancaires, afin de recueillir des données au niveau de la population. Dans ces cas, les données pourraient être utilisées pour enrichir des intérêts commerciaux et la Couronne, établir le profil de personnes et de communautés, ou imposer aux Premières Nations des concepts étrangers à des « fins socialement bénéfiques », comme ce fut le cas avec les pensionnats. Les Premières Nations ont adopté les principes PCAP® pour contrer ce type de menaces, et le ministre l'aurait su s'il les avait consultées comme il se doit. Actuellement, la loi est contraire aux principes de PCAP®, car elle retire aux Premières Nations le contrôle de leurs données et l'accès à celles-ci, et ce, sans leur consentement.

La loi porte à confusion et est coûteuse dans son application aux Premières Nations en tant qu'entreprises fédérales ». Les Premières Nations doivent déterminer à quel titre elles opèrent et établir si la loi provinciale ou fédérale s'applique aux circonstances en question. Dans l'affaire *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, on a jugé que la Première Nation exerçait une activité sous réglementation

provinciale (un service de garderie) et n'agissait pas en tant qu'entreprise fédérale, de sorte que la loi provinciale en matière de protection des renseignements personnels s'appliquait. Les Premières Nations de l'Alberta, de la Colombie-Britannique ou du Québec doivent respecter les lois provinciales dans certains cas et les lois fédérales dans d'autres. Les coûts de mise en œuvre, les coûts de mise en conformité permanents et la responsabilité potentielle en cas d'infraction constituent un autre élément important pour les Premières Nations appauvries. Le respect des lois peut exiger beaucoup de temps et de moyens financiers de la part des Premières Nations et les détourner de priorités comme le logement, l'eau potable et l'éducation, empiétant ainsi sur leur droit à l'autodétermination.

Des solutions possibles pour amender cette loi pourraient être trouvées dans la *Anti-Racism Data Act (loi sur la collecte et l'utilisation de données aux fins de la lutte contre le racisme)* de la Colombie-Britannique, qui exige la consultation des Premières Nations et la collaboration avec elles dans certaines circonstances, réduisant ainsi le potentiel d'abus. De plus, ou bien, l'article 12 pourrait être amendé de sorte que les tribunaux prennent en compte les principes de PCAP®, les droits des Premières Nations et les risques pesant sur elles lorsqu'ils se penchent sur des questions concernant le processus de collecte et d'utilisation de leurs données. L'ajout d'une clause de non-dérogation est une autre option, mais elle risque à elle seule d'engendrer plus de confusion que de clarification en ce qui concerne l'utilisation des données dépersonnalisées. Les Premières Nations et le ministre peuvent déterminer la meilleure façon d'aller de l'avant en consultation et en coopération.

Loi sur le Tribunal

Cet article du projet de loi est un affront direct aux droits des Premières Nations à l'autodétermination, à l'autonomie gouvernementale et à la souveraineté des données. La LPRPDE était déjà inacceptable en soumettant les gouvernements des Premières Nations à l'autorité du commissaire fédéral à la protection de la vie privée. Le projet de loi aggrave le problème en prévoyant la création d'un nouveau tribunal qui est également habilité à donner des instructions aux gouvernements des Premières Nations. En vertu de leur droit à l'autodétermination et à l'autonomie gouvernementale, les Premières Nations sont les seules à pouvoir prendre des décisions sur leurs données et sur la manière dont elles peuvent être utilisées, partagées, éliminées, interprétées, consultées, etc. Dans de nombreux cas, le gouvernement d'une Première Nation peut exploiter une entité commerciale, une organisation ou une entreprise fédérale; sans la reconnaissance de la souveraineté des données, il sera traité comme n'importe quelle autre entité de ce type. Il s'agit d'un dépassement de l'autorité fédérale qui doit être annulé.

La solution ultime réside dans le respect des droits des Premières Nations. Le gouvernement fédéral s'est engagé à fournir un financement continu aux Premières Nations afin de renforcer leur souveraineté en matière de données. À court terme, les Premières Nations auront besoin de fonds fédéraux pour se conformer à la loi et, à long terme, elles auront besoin de fonds et d'autres formes de renforcement des capacités pour développer et mettre en œuvre leurs propres régimes de gouvernance des données, fondés sur leurs propres visions du monde. Par

exemple, un poste de commissaire à la protection de la vie privée des Premières Nations, qui rendrait compte aux Premières Nations, pourrait être créé pour travailler en collaboration avec ses homologues fédéraux et provinciaux, mais c'est aux Premières Nations qu'il appartient de décider.

Intelligence artificielle (IA)

Les répercussions de l'IA sur les Premières Nations, en fait sur toute l'humanité, sont peu étudiées et pourtant cette loi permet de poursuivre le développement de l'IA avec peu de restrictions. Le code volontaire du Canada annoncé le 27 septembre 2023 n'apporte guère plus de réconfort aux Premières Nations.

Les Premières Nations ont des préoccupations légitimes quant à l'utilisation de l'IA. Ces préoccupations portent notamment sur la tendance croissante au capitalisme de surveillance, les expériences passées de profilage racial et ethnique et les violations des droits de la personne. Les Premières Nations ont été traitées comme des criminels lorsqu'elles tentaient d'ouvrir des comptes bancaires et elles ont fait l'objet de profilage racial dans le secteur de la santé, par la police et les fonctionnaires. Imaginez la possibilité que de tels abus se poursuivent, voire s'aggravent, lorsque des personnes et des organisations ayant des préjugés et des idées préconçues construisent des systèmes d'IA qui incluront les Premières Nations. Ce projet de loi et un code volontaire ne rassurent guère les Premières Nations.

Premièrement, l'autorité déléguée à un commissaire à l'intelligence artificielle et aux données pour appliquer la loi n'est pas suffisamment indépendante du ministre. Le Canada a l'habitude de faire passer les intérêts commerciaux avant les droits des Premières Nations, et le fait de confier cette loi à un commissaire qui rend compte au ministre de l'Innovation, des Sciences et du Développement économique n'est pas très rassurant. Il faut un commissaire indépendant qui respecte le droit des Premières Nations à l'autonomie gouvernementale.

Deuxièmement, la non-application de la loi à certains ministères donne froid dans le dos. La Défense nationale, le Service canadien du renseignement de sécurité et le chef du Centre de la sécurité des télécommunications sont tous exemptés de la loi, de même que « toute autre personne qui est responsable d'un ministère ou d'un organisme fédéral ou provincial et qui est désignée par règlement » (al. 3(2)d)). La Couronne a toute latitude pour déterminer, par voie réglementaire, les personnes, les ministères ou les organismes qui en sont exemptés. Ce pourrait être la GRC et les services de police provinciaux. Ce pourrait être l'Agence des services frontaliers du Canada. Ce pourrait aussi être Relations Couronne-Autochtones et Affaires du Nord Canada. Les Premières Nations ne peuvent que s'interroger et s'inquiéter, car ce sont précisément ces outils du gouvernement colonial qui ont été utilisés pour les opprimer dans le passé. Si vous avez le moindre doute à ce sujet, pensez aux Kanyen'kehà:ka de Kanesatake qui se souviennent clairement du jour où l'armée est intervenue pour étouffer leurs plaintes légitimes, de l'échec collectif à protéger les femmes et les filles autochtones, de l'enlèvement d'enfants autochtones par la GRC pour les envoyer dans des pensionnats et des conséquences néfastes de l'ordre donné par le gouvernement Harper au ministère des Affaires autochtones

et du Nord de renforcer la surveillance des personnes et des communautés des Premières Nations. Ces questions sont fraîches à l'esprit des Premières Nations, qui s'attendent à ce que les futurs gouvernements soient tentés d'utiliser les pouvoirs offerts par ce projet de loi à leur détriment. Ces pouvoirs doivent être limités avant l'adoption du projet de loi.

Comme pour le reste du projet de loi et, en fait, pour l'ensemble du régime canadien de protection des renseignements personnels, l'accent est mis sur la personne. La définition du préjudice dans cette loi se concentre uniquement sur les préjudices subis par la personne (paragraphe 5(1)). Certes, les personnes doivent être protégées, mais il en va de même pour les Premières Nations dans l'exercice de leurs droits collectifs protégés par la Constitution. L'IA pourrait détruire les cultures des Premières Nations, menacer leur sécurité et accroître la demande pour leurs ressources. Les droits collectifs à ne pas subir de discrimination, à vivre dans la liberté, la paix et la sécurité, à protéger nos cultures, nos langues et notre propriété intellectuelle, etc. doivent être pris en considération dans la réglementation de l'IA. Ce projet de loi ne le fait pas.

Là encore, consulter les Premières Nations et collaborer avec elles constituent la meilleure façon d'avancer. Elles pourront ainsi donner leur consentement libre, préalable et éclairé à la réglementation du développement de l'IA, et le ministre pourra atténuer de manière appropriée les risques qui pèsent sur leurs droits.

Conclusion

Les Premières Nations ont droit à la souveraineté de leurs données, c'est-à-dire à la propriété, au contrôle et à la possession de leurs données, ainsi qu'à l'accès à celles-ci conformément à leurs propres visions du monde. Ce projet de loi porte atteinte à ces droits. Le Canada s'est engagé moralement et légalement à consulter les Premières Nations et à collaborer avec elles afin d'obtenir leur consentement libre, préalable et éclairé à l'adoption ou à la mise en œuvre de mesures législatives ou administratives ayant une incidence sur leurs droits. Il n'y a pas eu de consultation, il n'y a pas eu de possibilité de collaboration, et les Premières Nations n'ont pas la capacité ou l'envie de donner leur consentement libre, préalable et éclairé à ce projet de loi. Sans les consultations et la collaboration nécessaires, le ministre ne connaît pas les préoccupations des Premières Nations et ne les a donc pas prises en compte dans ce projet de loi. Il en résulte un abus de pouvoir inquiétant visant à imposer davantage la domination coloniale, à ignorer les droits et les intérêts des Premières Nations et à les exposer à de graves préjudices potentiels.

Ce projet de loi ne peut rester tel qu'il est actuellement. La meilleure solution est que le ministre respecte son obligation de consultation de nation à nation avec les Premières Nations et obtienne leur consentement libre, préalable et éclairé. À défaut, le ministre doit préciser que la loi ne peut être interprétée ou appliquée de manière à déroger aux droits des Premières Nations.