

## nota bene

Publié par les avocats de Heenan Blaikie partout au pays

actualités,  
commentaires et  
études de cas  
portant sur des  
questions d'intérêt  
pour nos clients

### DROIT AUTOCHTONE – DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES – ASPECTS JURIDIQUES ET PRATIQUES

PAR SIMON RUEL ET ANNE-MARIE DUPONT, MEMBRES DE L'ÉQUIPE DE DROIT AUTOCHTONE D'HEENAN BLAIKIE

**Mai 2012** — La compréhension du droit et des enjeux autochtones est essentielle au développement harmonieux des projets liés aux ressources naturelles. Plusieurs décisions jurisprudentielles récentes établissent les paramètres et limites des droits autochtones.

#### INTRODUCTION

- Les autochtones sont des acteurs incontournables dans le cadre des projets de développement des ressources, particulièrement en territoire nordique;
- Les projets susceptibles d'avoir des effets préjudiciables sur les droits des autochtones peuvent faire naître une obligation de consultation et d'accommodement de l'État qui peut être sanctionnée par les tribunaux;
- À tout événement, les promoteurs voudront s'assurer de l'acceptabilité sociale et environnementale de leurs projets par les autochtones, au-delà des exigences légales ou réglementaires;
- La compréhension des questions de droit autochtone, qui font notamment appel à des enjeux complexes de droit public et constitutionnel, est donc fondamentale;

#### LES AUTOCHTONES DU QUÉBEC

- Les autochtones sont les premiers habitants du Canada. Le Québec compte actuellement 55 communautés autochtones, réparties entre 11 nations autochtones, comprenant 10 Premières Nations et les Inuits;

- Sur le territoire du Plan Nord, au nord du 49<sup>e</sup> parallèle, on retrouve les Cris, les Naskapis (près de Schefferville), les Innus (ou Montagnais, sur la Côte-Nord) et les Inuits (au nord du 55<sup>e</sup> parallèle, essentiellement);

#### LES DROITS AUTOCHTONES – CONCEPTS GÉNÉRAUX

- Les autochtones du Canada n'ont jamais été conquis par les puissances coloniales. Ils ont conséquemment maintenu des droits ancestraux qui découlent de leur occupation et de leur utilisation historique de leurs terres tribales;
- Les droits ancestraux, dont l'intensité varie en fonction de leur degré de rattachement avec le territoire visé, comprennent les titres aborigènes et les droits à l'exercice de coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone;
- Les droits autochtones comprennent également les droits issus de traités entre la Couronne et les autochtones;
- Les droits autochtones bénéficient d'une protection constitutionnelle, ce qui signifie que les droits ancestraux ou issus de traités ne peuvent être unilatéralement modifiés ou éteints par voie de législation, sans justification – articles 25 et 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*;

#### Heenan Blaikie-Québec

900, boul. René-Lévesque Est  
Bureau 600  
Québec (Québec) G1R 2B5

T 418 524.5131  
F 418 524.1717

heenanblaikie.com

- Des litiges liés au développement de la Baie-James ont pavé la voie à la signature, en 1975, par les Cris, les Inuits, les Gouvernements du Québec et du Canada et Hydro-Québec, de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*. Les Naskapis de la région de Schefferville ont quant à eux signé la *Convention du Nord-Est québécois* en 1978;
- La *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* et la *Convention du Nord-Est québécois* sont, juridiquement, des traités signés entre des nations autochtones et la Couronne et bénéficient d'une protection constitutionnelle – voir *Québec (Procureur général) c. Moses*, [2010] 1 R.C.S. 557;
- Ces *Conventions* constituent un règlement général des revendications territoriales des Cris, Inuits et Naskapis sur une large partie du territoire du Québec, leur accordant une autonomie politique, des droits de chasse et de pêche, et des compensations financières;
- Les *Conventions* prévoient l'extinction des revendications, droits, titres et intérêts des autochtones dans les terres des territoires visés, en contrepartie des avantages prévus. Elles établissent un régime territorial pour distribuer équitablement les droits et privilèges exclusifs octroyés aux autochtones, tout en permettant le développement du territoire – terres de catégorie I, II et III. Elles contiennent des procédures d'évaluation environnementale se distinguant par une participation active des autochtones, leur permettant ainsi de protéger leurs droits et intérêts;
- À noter que le processus d'évaluation environnementale d'un projet de développement provincial en vertu de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, comme une mine, un barrage ou une route, ne dispense pas la nécessité pour le promoteur d'obtenir les autorisations fédérales requises – *Québec (Procureur général) c. Moses*;
- Les dispositions de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* et de la *Convention du Nord-Est québécois* ont été mises en vigueur par une série de lois fédérales et provinciales, notamment la *Loi sur le régime des terres dans les territoires de la Baie-James et du Nouveau-Québec*, L.R.Q., c. R-13.1 et la *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2;
- Toutes les communautés autochtones du Québec n'ont pas signé de traités avec la Couronne réglant leurs revendications territoriales. Conséquemment, plusieurs communautés autochtones revendiquent toujours des droits sur de larges parties du territoire du Québec, sans que ces droits ne soient précisément définis;
- C'est notamment le cas des Innus, dont le territoire ancestral – le Nitassinan, couvre de larges portions de la Côte-Nord et du Saguenay-Lac-Saint-Jean;

- Plusieurs communautés Innues se sont engagées distinctement dans une négociation territoriale en vue de la conclusion d'un traité avec les Gouvernements du Québec et du Canada. Une entente de principe a été signée en 2004 permettant d'établir le cadre des négociations – *Entente de principe d'ordre général entre les Innus, le Gouvernement du Québec et le Gouvernement du Canada*, mais la signature d'un traité se fait toujours attendre;

## L'OBLIGATION DE CONSULTATION ET D'ACCOMMODEREMENT DE L'ÉTAT ET L'IMPACT SUR LES PROMOTEURS

### L'obligation de consultation de l'État

- Les tribunaux ont reconnu que l'État avait l'obligation d'agir honorablement envers les autochtones, devoir qui est mis en cause lorsque l'État a connaissance de l'existence potentielle de droits autochtones et envisage des mesures susceptibles d'avoir des effets préjudiciables sur ces droits, par exemple l'émission de permis ou d'autorisations gouvernementales dans le cadre de projets miniers, forestiers ou hydro-électriques;
- Avant les affaires *Nation Haïda c. Colombie britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511 et *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur de l'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550, les tribunaux exigeaient que les autochtones prouvent leurs droits avant que l'État ne doive justifier une atteinte à ces droits;
- Dans *Haïda Nation et Taku River*, la Cour suprême a établi une obligation de consultation de l'État envers les autochtones, avant même que les droits autochtones ne soient formellement reconnus judiciairement ou autrement;
- La Cour suprême a établi que l'étendue de l'obligation de consultation varie selon les circonstances et dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant le droit autochtone revendiqué et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur ce droit – *Haïda Nation et Taku River*;
- Les tribunaux ont jugé que l'obligation de consultation s'appliquait aux projets d'exploration et d'échantillonnage d'un projet minier, dans la mesure où ceux-ci peuvent avoir des impacts sur les droits ancestraux des autochtones ou les droits issus de traités – voir *West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247 (Cour d'appel de la Colombie-Britannique);
- Un acte fautif antérieur de l'État, une simple répercussion hypothétique ou un effet préjudiciable sur une position de négociation ultérieure ne suffisent cependant pas en principe à provoquer une obligation de consultation – *Rio Tinto Alcan inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, [2010] 2 R.C.S. 650;

- Même si les parties à un traité moderne – comme la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, peuvent s'entendre sur les modalités de la consultation des autochtones dans certaines circonstances ou pour certains projets, l'État ne peut se soustraire à son obligation de traiter honorablement avec les autochtones, obligation qui reste perpétuelle – voir *Beckman c. Première Nation de Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 R.C.S. 103;
- La consultation ne comprend pas l'obligation de parvenir à une entente et ne confère pas de droit de veto aux autochtones. Des consultations de bonne foi peuvent cependant faire naître une obligation d'accommodement – c'est-à-dire une modification des mesures envisagées afin de tenir compte des renseignements obtenus lors de la consultation – *Haïda Nation et Taku River*;
- Les parties autochtones ont une obligation réciproque de participer aux processus de consultation, de faire part de leurs préoccupations et de tenter de trouver une solution mutuellement satisfaisante – voir *Première Nation Crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388, para. 65;
- Les droits autochtones sont des droits collectifs et, en principe, l'obligation de consultation s'applique aux communautés autochtones et non pas de leurs membres individuellement – voir *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, para. 35;
- Les communautés autochtones visées peuvent exercer des recours judiciaires suite à un défaut de consultation. Entre autres recours, la « requête *Haïda* » vise à faire constater le défaut ou l'absence de consultation ou de mesures d'accommodement, et l'obtention d'une réparation, par exemple l'annulation de décisions gouvernementales prises en violation de l'obligation de consultation des autochtones – voir *Kruger inc. c. Première Nation des Betsiamites*, 2006 QCCA 569 (Cour d'appel du Québec);

### L'impact de l'obligation de consultation sur les promoteurs

- La Cour suprême a précisé que l'obligation de consultation et d'accommodement incombe à l'État – fédéral ou provincial, et ne pouvait être déléguée, bien que l'État puisse déléguer certains aspects procéduraux de la consultation à des acteurs industriels – *Haïda Nation et Taku River*;
- Voir le *Guide intérimaire en matière de consultation des communautés autochtones* du Gouvernement du Québec (2008) – l'obligation de consulter incombe à l'État mais les promoteurs peuvent prendre part au processus en vue d'assurer son bon déroulement, notamment pour expliquer les aspects techniques du projet et en ce qui concerne la détermination et la mise en œuvre de mesures d'accommodement;
- En pratique, les promoteurs peuvent avoir un rôle important en matière de consultation, particulièrement sur les mesures d'accommodement, qui pourront notamment se refléter dans ententes socio-économiques;

### LES ENTENTES SOCIO-ÉCONOMIQUES

- Les promoteurs industriels peuvent vouloir intégrer directement avec les autochtones en vue de faciliter le développement de leurs projets;
- Ces discussions peuvent mener à la conclusion d'ententes de divers type – entente de collaboration, ententes de pré-production, ententes sur les répercussions et avantages (« ERA »). Une ERA est un accord contractuel confidentiel entre une communauté autochtone et une entreprise en vertu duquel la communauté donne son aval à un projet de développement en échange d'avantages spécifiés;
- Les ERA peuvent couvrir les sujets suivants : le consentement au projet par la partie autochtone; un mécanisme de coordination et transmission d'informations entre les parties; la priorité d'emploi pour les autochtones et les relations de travail; des contrats et opportunités d'affaires pour des entreprises autochtones; des clauses environnementales enrichies; et des dispositions prévoyant des indemnités monétaires ou des redevances;
- La *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* et la *Convention du Nord Est québécois* n'obligent pas formellement les promoteurs à conclure des ERA avec les communautés autochtones;
- Cependant, les ERA sont probablement incontournables en ce qu'elles visent à assurer l'acceptabilité sociale et environnementale d'un projet de développement auprès des communautés autochtones, au-delà des exigences légales ou réglementaires;
- Néanmoins, dans l'évaluation de la pertinence ou de la nécessité de conclure une ERA, il faut considérer l'existence et la crédibilité de revendications autochtones sur le territoire visé. Il faut aussi considérer la possibilité que plusieurs communautés autochtones puissent avoir des revendications concurrentes sur un même territoire;
- Les ERA ne remplacent pas l'obligation de consultation imposée à l'État fédéral ou provincial. Il est donc fondamental, dans le cadre de projets de développement, que l'État s'acquitte adéquatement de ses obligations de consultation envers les autochtones;

## CONCLUSION

- Les autochtones font partie des peuples fondateurs du Canada et n'ont jamais été conquis. Ils maintiennent conséquemment des droits – ancestraux ou issus de traités, qui découlent de leur occupation et de leur utilisation historique de leurs terres tribales. Ces droits collectifs des autochtones ont été reconnus et mis en œuvre par les tribunaux à de nombreuses reprises;
- De très larges parties du territoire du Québec, particulièrement les territoires du Plan Nord, au nord du 49<sup>e</sup> parallèle, sont visés par des traités avec les Cris, Inuits et Naskapis, ou par des revendications territoriales, notamment celles des Innus;
- Tout développement qui est susceptible d'avoir des effets préjudiciables sur les droits des autochtones peut faire naître une obligation de consultation de l'État, qui peut requérir la participation des promoteurs, et qui peut être sanctionnée par les tribunaux;
- La consultation n'est pas une simple obligation administrative. Tel que l'indiquait Madame le juge Deschamps dans l'affaire *Beckman c. Première Nation de Little Salmon/Carmacks* (para. 103) : l'obligation de consultation vise à « permettre la réconciliation des intérêts respectifs des Autochtones et des autres parties concernées »;
- Au-delà des balises légales, l'acceptabilité des projets par les communautés autochtones est une notion essentielle au développement harmonieux du territoire.

## AUTEURS



**Simon Ruel**  
418 649.5491  
sruel@heenan.ca



**Anne-Marie Dupont**  
418 649.5495  
adupont@heenan.ca

## HEENAN BLAIKIE ET LE DROIT AUTOCHTONE

Au fil des ans, Heenan Blaikie a acquis une expertise solide et diversifiée en matière de droit autochtone. Nous avons conseillé nos clients des secteurs privé et public dans divers dossiers qui avaient des impacts sur les relations avec les nations autochtones, tels les mines, l'énergie, l'environnement et la santé. Les projets d'envergure auxquels notre cabinet a souvent été associé, le large éventail de nos services juridiques et l'expérience pertinente de plusieurs de nos avocats font de Heenan Blaikie un cabinet juridique de premier plan pour nos clients dans le domaine du droit autochtone.

Heenan Blaikie fournit à ses clients une vaste gamme de services juridiques qui touchent à l'ensemble des défis et enjeux en matière de droit autochtone, incluant : les conseils juridiques et stratégiques concernant les questions autochtones, notamment l'obligation constitutionnelle de consultation et d'accommodement des peuples autochtones; la négociation et la rédaction d'ententes sur les répercussions et les avantages (ERA); la prévention des différends et les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC); et les litiges, y compris en matière constitutionnelle et relatifs aux droits découlant des traités ou de revendications de droits ancestraux.

## Les bureaux de Heenan Blaikie

Montréal	514 846.1212
Toronto	416 360.6336
Vancouver	604 669.0011
Québec	418 524.5131
Calgary	403 232.8223
Ottawa	613 236.1668
Sherbrooke	819 346.5058
Trois-Rivières	819 373.7000
Victoria	250 381.9321
Paris	+33 (0)1 40 69 26 50
Singapour	+65 6221 3590

Les textes publiés dans *nota bene* ne constituent pas un avis juridique et ne sauraient être interprétés comme créant un lien de droit entre le lecteur, les auteurs et l'éditeur. Leur contenu n'est pas exhaustif, ni à l'abri d'erreurs. Les avis et interprétations exprimés sont propres aux auteurs et n'engagent aucunement la responsabilité de Heenan Blaikie S.E.N.C.R.L., S.R.L. © 2012, Heenan Blaikie S.E.N.C.R.L., S.R.L.

[heenanblaikie.com](http://heenanblaikie.com)

**Heenan Blaikie**