

LE NOUVEAU RÔLE DES AUTOCHTONES DANS LE DÉVELOPPEMENT
AU QUÉBEC : LES OBLIGATIONS DE CONSULTATION ET
D'ACCOMMODEMENT

M^e David Schulze *

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	103
I.- LE CHEMIN MENANT À LA « PAIX DES BRAVES »	104
II.- LES NÉGOCIATIONS EN COURS AILLEURS AU QUÉBEC	108
A. La politique fédérale	108
B. Les Atikamekw et les Innus	109
C. Les Algonquins	109
D. L'après-Marshall et les Mi'gmaq et Malécites	110
III.- LA RÉALITÉ SUR LE TERRAIN	110
A. Menace à la survie de l'espèce	111
IV.- LES OBLIGATIONS DE CONSULTATION ET D'ACCOMMODEMENT SELON LA COUR SUPRÊME.....	114
A. Introduction.....	114
B. L'arrêt <i>Nation haïda c. Colombie-Britannique (ministre des Forêts)</i>	116
C. L'arrêt <i>Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)</i>	117

* Avocat chez Hutchins Grant & Associés, Montréal.

V.	LES CONSÉQUENCES DES JUGEMENTS	120
A.	L'exemple concret d'un processus inadéquat	120
B.	La consultation et les traités.....	122
C.	Le contenu d'une consultation et d'un accommodement adéquats.....	123
D.	Vers l'émission de lignes directrices ?	124
	CONCLUSION	126

Robert Kanatewat, chef de la bande Fort George, dit que son peuple ne croyait pas que le projet pourrait aller de l'avant sans que les Indiens soient consultés, et quelques-uns ne croient pas encore ce qui arrive.¹

Le fait d'exploiter unilatéralement une ressource faisant l'objet d'une revendication au cours du processus visant à établir et à régler cette revendication peut revenir à dépouiller les demandeurs autochtones d'une partie ou de l'ensemble des avantages liés à cette ressource. Agir ainsi n'est pas une attitude honorable.²

INTRODUCTION

- 1 Depuis la signature hautement médiatisée de la « Paix des braves » en 2002 entre le gouvernement du Québec et le Grand Conseil des Cris³, la population pourrait être portée à croire que la prise de décisions concernant le développement du territoire par le gouvernement comprend dorénavant une prise en compte des peuples autochtones concernés.
- 2 Or, un promoteur industriel ou un gouvernement local souhaitant réaliser un projet et qui comptait sur les gouvernements fédéral ou provincial pour assurer la consultation et obtenir l'assentiment de la population autochtone risquerait d'être surpris. L'implication des peuples autochtones à l'extérieur du territoire régi par la *Convention de la Baie-James*

¹ *Gros-Louis et al. c. Société de développement de la Baie James*, [1974] R.P. 38 (C.S.), p.177.

² *Nation haida c. Colombie-Britannique (ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, par. 27.

³ Entente concernant une nouvelle relation entre le gouvernement du Québec et les Cris du Québec », 7 février 2002, approuvée par le gouvernement du Québec par le décret n° 289-2002, *G.O.Q. II*, 22 mai 2002.; *Loi assurant la mise en œuvre de l'Entente concernant une nouvelle relation entre le gouvernement du Québec et les Cris du Québec*, L.R.Q. c. M-35.1.2. Voir aussi l'Entente Sanarrutik du 9 avril 2002 entre le gouvernement du Québec et les Inuits du Nunavik représentés par la Société Makivik.

*et du Nord québécois*⁴ (ci-après la « CBJNQ ») – à laquelle ont adhéré les Cris, les Inuits et les Naskapis – reste limitée et incertaine.

- 3 La plus récente jurisprudence de la Cour suprême du Canada fait en sorte que la consultation des peuples autochtones et l'accommodement de leurs intérêts ne constituent plus une simple politique souhaitable : il s'agit d'une obligation contraignante pour la Couronne lorsqu'elle envisage autoriser des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits ou le titre ancestraux revendiqués par un peuple autochtone⁵. Ceci est encore plus vrai à l'extérieur du territoire « conventionné » car la Cour suprême a décidé que tant qu'un traité n'a pas été négocié, la Couronne « ne peut traiter cavalièrement les intérêts autochtones qui font l'objet de revendications sérieuses » et qu'[']« elle doit respecter ces intérêts potentiels mais non encore reconnus »⁶.

I.- LE CHEMIN MENANT À LA « PAIX DES BRAVES »

- 4 Même dans la mesure où sur le territoire cri, le gouvernement du Québec a consenti à « un modèle de développement qui mise sur les principes du développement durable, du partenariat et de la prise en compte du mode de vie traditionnel des Cris »⁷, il s'agit là de ce qu'on pourrait qualifier « d'aboutissement d'une bataille longue et difficile à la fois dans l'arène politique et devant les tribunaux »⁸.

⁴ *Convention de la Baie-James et du Nord québécois et conventions complémentaires*, Sainte-Foy, Les Publications du Québec, 1998. Pour la mise en application : *Loi sur le Règlement des revendications des Autochtones de la Baie James et du Nord québécois*, L.C. 1976-77, c. 32; *Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois*, L.R.Q. c. C-67, et *Loi approuvant la Convention du Nord-Est québécois*, L.R.Q. c. C-67.1.

⁵ *Nation haida c. Colombie-Britannique (ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, par. 35.

⁶ *Ibid.*, par. 27.

⁷ « Entente concernant une nouvelle relation entre le gouvernement du Québec et les Cris du Québec », Préambule, 3^e paragraphe.

⁸ Nous empruntons la description donnée par la Cour suprême du Canada à l'adoption du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982 dans R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1105.

- 5 Dans les faits, la « Paix des braves » comprend entre autres le règlement de 16 litiges distincts entre des entités criées et le gouvernement du Québec⁹. Qui plus est, l'entente de 2002 prévoit que la nouvelle relation entre le Québec et les Cris demeure « fondée sur les engagements respectifs des parties en vertu de la CBJNQ et prévoyant des mesures de mise en œuvre à cet égard »¹⁰.
- 6 La CBJNQ doit son existence à une victoire éclatante des Cris et des Inuit devant les tribunaux en 1974 lorsqu'ils ont obtenu du juge Malouf (alors de la Cour supérieure) une injonction pour arrêter la construction de travaux majeurs qui deviendraient les barrages de la Baie James. Seulement une semaine plus tard les effets de ce jugement furent suspendus par la Cour d'appel¹¹ et le jugement fut renversé l'année suivante¹². Néanmoins, les parties ont entamé des négociations intensives qui aboutiront à la CBJNQ le 11 novembre 1975, le premier traité au Canada depuis plus de 50 ans et le premier traité moderne.
- 7 L'enjeu du litige en 1974 et l'objet du règlement effectué en 1975 par la CBJNQ étaient le projet hydroélectrique de la Baie James autorisé par le gouvernement du Québec et le préjudice allégué aux droits « que les indiens Cris et les Inuits ont exercés et exercent présentement dans toute la partie nord du Québec, incluant les droits de trappe, de chasse et de pêche »¹³. En première instance, le juge Malouf avait conclu qu['] « à cause de la dépendance de la population indigène des animaux, des poissons et de la végétation dans le territoire, les travaux auront des effets dévastateurs et de longue portée sur

⁹ « Entente concernant une nouvelle relation entre le gouvernement du Québec et les Cris du Québec », article 9.5.

¹⁰ *Id.*, Préambule, 1^{er} paragraphe.

¹¹ *Gros-Louis et al. c. Société de développement de la Baie James* (1973), [1974] R.P. 38 (C.S.), 8 C.N.L.C. 188 (ci-après *Gros-Louis*), ordonnance suspendue par *James Bay Development Corporation v. Kanatewat*, (1973) 8 C.N.L.C. 414 (Que. C.A.), demande d'autorisation d'appel rejetée (1973), [1975] 1 R.C.S. 48.

¹² *Société de développement de la Baie James et al. c. Kanatewat*, [1975] C.A. 166, demande d'autorisation d'appel accordée (1975), 4 N.R. 482 (C.S.C.); appel réglé hors cour par la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, art. 2.4.

¹³ *Gros-Louis*, *supra* note 11, p. 45.

les indiens Cris et les Inuits vivant dans le territoire et les terres adjacentes »¹⁴.

- 8 Par la CBJNQ, les Cris ont obtenu entre autres l'octroi de certaines terres (dites « de catégorie I ») à leur usage et bénéfice exclusifs, une compensation financière et l'établissement de services de santé, de l'éducation et de services sociaux conçus pour eux. Mais en plus, ils ont obtenu que sur d'autres terres (dites « de catégorie II »), leur droit d'exploitation de la faune et leur participation à la gestion de la chasse et la pêche, du piégeage, du développement du tourisme et de l'exploitation forestière soient assurés. Sur l'ensemble du territoire (y compris les autres terres dites « de catégorie III »), des droits de chasse, de pêche et de piégeage étaient reconnus aux Cris. Enfin, les gouvernements fédéral et provincial se sont obligés à évaluer les répercussions de tout projet de mise en valeur des ressources sur les Cris et des comités consultatifs ont été créés à cette fin.
- 9 Dans les décennies qui ont suivi, cependant, les parties n'ont pas toujours été d'accord sur l'interprétation à donner à chacune des dispositions d'une entente qui, avec les conventions complémentaires, compte maintenant quelque 725 pages. Plus particulièrement, durant les années 1990, l'évaluation environnementale des projets hydroélectriques ultérieurs a fait l'objet d'une série de litiges intentés par les Cris et dans la plupart desquels ils ont obtenu gain de cause¹⁵.
- 10 Si auparavant les revendications des Cris ont surtout préoccupé Hydro-Québec et ses contractants, en 1998, un nouveau litige a mis en cause des dizaines de compagnies forestières qui comptaient pousser l'exploitation forestière au-delà du 49^e parallèle. Les Cris ont plaidé que les dispositions

¹⁴ Gros-Louis, *supra*, note 11, p. 162.

¹⁵ *Coon Come c. Canada (Procureur général)*, [1991] R.J.Q. 922 (C.A.Q.), [1991] 3 C.N.L.R. 40; *Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1991] 3 C.F. 533 (C.A.F.), [1991] 3 C.N.L.R. 82; *Bande d'Eastmain c. Canada (Administrateur fédéral)* (1992), [1993] 1 C.F. 501 (C.A.F.), [1993] 3 C.N.L.R. 5. Voir aussi *Commission scolaire crie c. Canada (Procureur général)*, [2001] R.J.Q. 2128 (C.A.), [2002] 1 C.N.L.R. 112, sur le droit des Cris de négocier avec les deux gouvernements le processus et les modalités d'établissement des fonds remis à la Commission scolaire crie établie en vertu de la convention.

de la *Loi sur les forêts*¹⁶ et la *Loi sur la qualité de l'environnement*¹⁷ appliquées par le Québec, et notamment le processus de consultation prévu par ces lois, contrevenaient aux droits reconnus par la CBJNQ. Jugeant d'une demande de sauvegarde déposée en 1999 pour empêcher le processus d'approbation des plans d'aménagement forestier sur leur territoire, la Cour supérieure a donné raison aux Cris et a déclaré les lois inapplicables sur le territoire conventionné. Ce jugement fut aussitôt infirmé par la Cour d'appel qui a conclu que la question constitutionnelle ne pouvait être déterminée au stade interlocutoire et que même un processus de consultation vicié ne pouvait donner lieu à un préjudice irréparable, puisque la participation des Cris pourrait être faite sous réserve et sans admission¹⁸.

- 11 Encore une fois, la série de victoires et de revirements vécus par les Cris et le Québec a donné lieu à une entente, la « Paix des braves », laquelle a servi à régler un grand nombre de questions litigieuses entre les parties. Plus précisément, le chapitre de l'entente portant sur la foresterie prévoit « une participation, sous forme de consultation, des Cris aux différents processus de planification et de gestion des activités d'aménagement forestier »¹⁹. Les résultats concrets comprennent « la détermination des unités territoriales de référence, la détermination des unités d'aménagement forestier, la reconnaissance et la protection de sites d'intérêt particulier pour les Cris (25 % du territoire), le maintien d'un couvert forestier en territoire de trappe, la protection des territoires adjacents aux lacs et aux cours d'eau, le développement du réseau d'accès routier, les modes de récolte du bois (coupes en mosaïque), la préparation des plans généraux d'aménagement forestier et des plans annuels d'intervention forestière, le

¹⁶ L.R. 1985, ch. F-30.

¹⁷ L.R.Q., c. Q-2.

¹⁸ *Lord c. Québec (Procureure générale)*, (1999), [2000] R.J.Q. 250 (C.S.), [2000] 3 C.N.L.R. 78; sursis d'exécution accordé [2000] J.Q. n° 57 (C.A.) (QL); ordonnance de sauvegarde infirmée [2000] R.J.Q. 1400 (C.A.), [2000] 3 C.N.L.R. 107.

¹⁹ « Entente concernant une nouvelle relation entre le gouvernement du Québec et les Cris du Québec », par. 3. 1(c), et *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, par. 30A. 1 c), tel qu'ajouté par la Convention complémentaire n° 14.

suivi des interventions forestières et de l'évolution de la forêt, etc. »²⁰.

II.- LES NÉGOCIATIONS EN COURS AILLEURS AU QUÉBEC

A. La politique fédérale

12 Ailleurs au Québec, les résultats des négociations de revendications dites territoriales ou globales tardent à venir. La Commission royale sur les peuples autochtones a déjà conclu que ce processus « ne fonctionne pas » et qu'il « est généralement injuste, inefficace, laborieux et beaucoup trop coûteux »²¹.

13 En principe, la CBJNQ ne devait être que la première étape au Québec d'une nouvelle politique adoptée par le gouvernement fédéral suite à l'arrêt *Calder* rendu en 1973²² : le ministre des Affaires indiennes de l'époque, Jean Chrétien, annonça que son gouvernement était dorénavant prêt à négocier avec les peuples autochtones leurs revendications de titres aborigènes²³. Cette nouvelle politique a eu des effets mitigés, surtout dans les régions plutôt éloignées : chez les Atikamekw en Mauricie, les Innus au Saguenay–Lac-Saint-Jean et sur la Côte-Nord et dans une moindre mesure chez les Algonquins dans l'Outaouais et en Abitibi-Témiscamingue²⁴.

20 Commission d'étude sur la gestion de la forêt publique québécoise, *Rapport*, décembre 2004, p.239.

21 CANADA, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, v. 2, *Une relation à redéfinir*, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1996, p.470.

22 *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313.

23 *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C. S. 1075, p. 1104.

24 Pour les fins du présent texte, nous ne traiterons pas des chevauchements entre les revendications de différents peuples autochtones mais nous tenons à signaler qu'il s'agit d'une question importante et complexe : il y a notamment des revendications portant sur le territoire régi par la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* des Algonquins, Atikamekw, Innus, des Inuits du Labrador et des Cris de l'Ontario. Voir les litiges suivants : *La Bande de Betsiamites c. Le Procureur général du Canada*, [2004] J.Q. n° 11247 (C.S.), J.E. 2005-59; *Mocreebec Council of the Cree Nation c. Attorney General of Quebec*, [2004] J.Q. n° 6610 (C.S.). La revendication portant sur le

B. Les Atikamekw et les Innus

14 En 1979, le gouvernement fédéral a accepté pour fins de négociation la revendication globale des Atikamekw et des Innus du Québec et une entente-cadre a été signée en 1988. Depuis 1994, le Canada et le Québec négocient avec le Conseil de la nation Atikamekw séparément et ont signé avec lui un protocole politique tripartite en 1997.

15 Le Canada et le Québec négocient aussi actuellement avec deux groupes innus distincts. Premièrement avec le Conseil tribal Mamuitun qui représente les communautés innues de Mashteuiatsh (Pointe-Bleue), d'Essipit (Escoumins), de Betsiamites et de Natashquan et avec lequel en 2002, les négociateurs fédéral et provincial ont paraphé une entente de principe de nature générale. Deuxièmement, le Canada et le Québec négocient avec l'Assemblée Mamu Pakatatau Mamit, qui représente les communautés innues de Ekuanitshit (Mingan), Unamen Shipu (La Romaine) et Pakua Shipi (St-Augustin)²⁵. Les communautés innues de Matimekush Lac-John (Schefferville) et de Uashat mak Mani Utenam (Sept-Îles) ne participent à aucune table de négociation, mais les conseils ont récemment décidé de s'y joindre dans un avenir rapproché²⁶.

C. Les Algonquins

16 Quant aux Algonquins, en 1989, certaines communautés ont présenté une revendication territoriale globale officielle comprenant le bassin hydrographique de la rivière des Outaouais et le gouvernement fédéral « a confirmé sa volonté d'entamer des négociations avec les Algonquins de l'Ouest québécois ».

17 En 2000, six communautés réunies au sein du Conseil tribal de la Première nation algonquine anishinabeg (Kipawa ou

Labrador des Inuits du Nunavik (au Québec) a donné lieu au litige *Société Makivik c. Canada (ministre du Patrimoine canadien)*, [1999] 1 C.F. 3 8 (1^{re} inst.).

25 MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, « Politique sur les revendications territoriales globales et l'état des revendications », février 2003.

26 « Neuf communautés innues réunies – Une première depuis le CAM », *Innuvelle*, février 2005, p.3.

Eagle Village, Kitcisakik ou Grand Lac Victoria, Kitigan Zibi ou Maniwaki, Pikogan ou Abitibiwinni, Lac Simon, Winneway ou Long Point) ont confirmé qu'elles étaient prêtes à commencer le processus d'analyse des sujets de négociation. Cependant la communauté Kitigan Zibi s'est ensuite retirée du processus pour procéder seule. Les trois collectivités membres du Secrétariat de la nation algonquine (Wolf Lake, Timiskaming et Kitiganik ou Lac Barrière) n'étaient pas prêtes à participer officiellement à ce processus mais ont été invitées à titre d'observateurs²⁷.

D. L'après-Marshall et les Mi'gmaq et Malécites

18 Enfin, après que le jugement de la Cour suprême du Canada dans *Marshall* ait conclu à un droit issu d'un traité de 1760 autorisant les Mi'gmaq d'une communauté en Nouvelle-Écosse à pêcher commercialement sur une petite échelle²⁸, le gouvernement du Canada a convenu que cette décision touchait plusieurs autres communautés mi'gmaq et malécites.

19 Le gouvernement fédéral s'est donc engagé à « entreprendre des processus à long terme pour examiner les questions de droits ancestraux ou issus de traités » avec ces communautés ainsi qu'à « négocier des mesures immédiates » de développement économique et de gestion conjointe²⁹. En plus des communautés situées dans les trois Provinces Maritimes, les communautés touchées en Gaspésie et dans le Bas-Saint-Laurent au Québec sont les Mi'gmaq de Listuguj ou Restigouche, Gesgapegiag ou Maria, et Gespeg ou Gaspé, ainsi que la Première nation malécite de Viger ou Cacouna³⁰.

III.- LA RÉALITÉ SUR LE TERRAIN

20 Sous l'empire chinois, il existait une méthode de torture appelée « la mort par un millier de coupures », processus très

²⁷ *Supra*, note 25.

²⁸ *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; jugement rejetant la requête en nouvelle audition, [1999] 3 R.C.S. 533.

²⁹ *Supra*, note 25.

³⁰ Voir PÊCHES ET OCÉANS CANADA, « L'initiative de l'après-*Marshall*: Ententes de pêche À long terme », http://www.dfo-mpo.gc.ca/communic/marshall/Fish_Agreement/LTR_f.htm.

lent mais avec des résultats funestes. Ce terme sert maintenant à décrire une destruction graduelle causée par une série d'atteintes mineures en soi mais dont l'effet cumulatif est dévastateur.

21 Depuis 1975, aucun autre peuple autochtone au Québec n'a jamais été confronté à un seul projet de l'envergure du complexe hydroélectrique de la Baie James, un projet dont les effets affectaient en premier lieu les Cris et dans une moindre mesure, les Inuits. Mais pourtant, pendant les trois dernières décennies, le développement ne s'est pas arrêté dans les régions du Québec faisant l'objet de revendications par les autres peuples autochtones.

22 Selon le chef des Innus de Betsiamites, Raphaël Picard, « on dénombre pas moins de 13 barrages hydroélectriques construits sur notre territoire ancestral »³¹. Au Québec, « la presque totalité des forêts publiques situées au sud du 52^e parallèle font l'objet d'allocations de bois qui servent à alimenter les usines de transformation »³², sans même compter les effets des complexes hydroélectriques et des concessions minières.

23 Pour une idée des résultats concrets, il suffit de considérer le sort du caribou des bois, une espèce chassée par la plupart des peuples autochtones au Québec et ce, depuis des temps immémoriaux. Des chercheurs de la Société de la faune et des parcs du Québec ont conclu que la survie de cette espèce est menacée par les activités humaines et dont la plus importante est le morcellement de son habitat engendré par la coupe forestière.

A. Menace à la survie de l'espèce

24 Le caribou forestier a vu ses effectifs baisser depuis le début du 20^e siècle. Trois types de causes peuvent être avancées pour expliquer sa précarité : 1) les pertes ou les modifications de l'habitat causées par les interventions forestières, les développements hydroélectriques et, dans l'Ouest du pays, les exploitations des mines et des tourbières ;

³¹ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Commission de l'économie et du travail, le 2 février 2005.

³² COMMISSION D'ÉTUDE SUR LA GESTION DE LA FORÊT PUBLIQUE QUÉBÉCOISE, *Rapport*, p.57.

2) la prédation et 3) la chasse légale (sportive et d'alimentation) et illégale. Ces causes peuvent être partiellement ou totalement additives.

25 Les préoccupations concernant l'habitat semblent justifiées au Québec. Sur la Côte-Nord, environ 3400 km² de forêt ont été inondés par le projet Manic-Outardes et 222 km² par le projet Sainte-Marguerite. À Caniapiscau, c'est un peu plus de 2000 km² de milieux forestiers qui ont été mis en eau, entre 1981 et 1984. Bien que permanentes, ces pertes d'habitats semblent moins importantes que les modifications engendrées par la coupe forestière. L'industrie forestière utilise actuellement de façon intensive tout le secteur de la pessière, entre les 49^e et 51^e parallèles et progresse graduellement vers le nord. À titre d'exemple, on prélève environ 800 km² de forêts résineuses par année au Saguenay et 300 km² sur la Côte-Nord seulement. À ce rythme, on craint que les meilleurs habitats du caribou forestier puissent disparaître en une cinquantaine d'années. D'après nos observations dans ces régions, les habitats perturbés ou rajeunis sont délaissés, à tout le moins très sous-utilisés, par le caribou et peuvent accroître la mortalité du caribou³³.

26 Les chercheurs ont de plus conclu qu'[']« en pratique, à cause d'une formulation inadéquate, aucune harde forestière [au sud du 52^e parallèle] ne jouit de la protection accordée par le *Règlement sur les habitats fauniques*³⁴.

27 Plus précisément, même dans les aires de fréquentation du caribou, au sud du 52^e parallèle, identifiées par un plan dressé par le ministre, la réglementation provinciale permet les activités d'exploration minière, d'exploitation et d'entretien d'un barrage, d'installation de lignes de distribution électrique, ainsi que la construction de corridors routiers et ferroviaires et de chemins forestiers³⁵. Dans les aires de fréquentation du caribou au sud du 52^e parallèle, un autre règlement permet l'implantation des aires d'empilement, de tronçonnage et de

³³ COURTOIS, R. et al., *Rapport sur la situation du caribou forestier au Québec*, Société de la faune et des parcs du Québec, Direction de la recherche sur la faune, Direction de l'aménagement de la faune de Jonquière et Direction de l'aménagement de la faune de Sept-Îles, 2003, p. 23 à 24 (citations omises).

³⁴ *Id.*, p. 27-28.

³⁵ *Règlement sur les habitats fauniques*, R.R.Q. c. C-61.1, r.0.1.5, art. 1, 40, 10, 19, 21, 36,37.

mise à l'eau de bois, ainsi que les coupes sur une superficie allant jusqu'à 50 hectares d'un seul tenant³⁶.

28 Dans le cas du caribou des bois, les autorisations cumulatives du développement forestier, hydroélectrique et minier, ainsi que de la chasse sportive ont pu, ensemble, mener jusqu'au risque de la disparition de son habitat mais sans qu'une seule décision soit la source du problème. C'est l'exemple parfait des menaces posées à l'utilisation traditionnelle du territoire par les peuples autochtones.

29 En principe, une loi telle que la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*³⁷ devrait apporter une solution puisqu'elle exige l'évaluation non seulement des effets directs d'un projet mais aussi les « effets cumulatifs que sa réalisation, combinée à l'existence d'autres ouvrages ou à la réalisation d'autres projets ou activités, est susceptible de causer à l'environnement » ainsi que leur importance. De plus, la loi prévoit expressément que les « effets environnementaux » comprennent « les changements que la réalisation d'un projet risque de causer à l'environnement » et leurs répercussions « sur l'usage courant de terres et de ressources à des fins traditionnelles par les Autochtones »³⁸. Mais lors de contestations judiciaires, les tribunaux ont décidé qu'ils s'en remettraient aux autorités responsables lorsqu'elles décident des autres projets ou activités devant être inclus ou exclus aux fins de l'évaluation des effets environnementaux cumulatifs, une décision qui relève de leur pouvoir discrétionnaire³⁹.

³⁶ *Règlement sur les normes d'intervention dans les forêts du domaine de l'État*, art. 15, 69 (a contrario).

³⁷ L.C. 1992, c. 37.

³⁸ *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, c. 37, art. 2(1), 16(1) a) et b).

³⁹ *Bow Valley Naturalists Society c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2001] 2 C.F. 461 (C.A.).

IV.- LES OBLIGATIONS DE CONSULTATION ET D'ACCOMMODEMENT SELON LA COUR SUPRÊME

A. Introduction

30 Le 18 novembre 2004, la Cour suprême du Canada a rendu deux jugements sur les obligations de consulter les peuples autochtones et d'accommoder leurs intérêts. Ces obligations trouvent leur fondement dans la protection des droits ancestraux prévue à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et non pas dans les autres textes de loi et ne constituent pas une simple obligation d'agir avec équité⁴⁰.

31 Cette jurisprudence constitue un changement majeur qui risque d'affecter tous les projets au Québec sur l'ensemble du territoire qui n'est pas régi par la CBJNQ. En quelques mots, la Cour suprême a décidé que :

- ◆ les obligations de consulter et d'accommoder les peuples autochtones naissent lorsqu'un représentant de la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle d'un titre ou de droits ancestraux et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ces droits ou ce titre ;
- ◆ l'étendue de l'obligation de consultation dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre ;
- ◆ l'obligation requiert dans tous les cas que la Couronne consulte véritablement et de bonne foi les Autochtones concernés et qu'elle soit disposée à modifier ses plans à la lumière des données recueillies au cours du processus ;

⁴⁰ *Nation haida c. Colombie-Britannique (ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73 et *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74. Les droits issus de traités, bien que protégés également par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n'étaient pas en litige et feront l'objet de l'appel dans la cause *Première nation crie Mikisew c. Canada (ministre du Patrimoine canadien)*, [2004] 3 R.C.F. 436 (C.A.F.), C.s.C. dossier n° 30246.

- ◆ lorsque la revendication repose sur une preuve à première vue solide et que la décision que le gouvernement entend prendre risque de porter atteinte de manière appréciable aux droits visés par la revendication, l'obligation d'accommodement pourrait exiger l'adoption de mesures pour éviter un préjudice irréparable ou pour réduire au minimum les conséquences de l'atteinte jusqu'au règlement définitif de la revendication sous-jacente.

32 À ces grands principes, il faut ajouter les suivants :

- ◆ *les tiers ne sont pas liés par l'obligation* : la Couronne peut déléguer certains aspects procéduraux de la consultation à des acteurs industriels qui proposent des activités d'exploitation mais la responsabilité juridique demeure celle de la Couronne ;
- ◆ *le consentement de la partie autochtone n'est pas requis* : le processus ne donne pas aux groupes autochtones un droit de veto sur les mesures prises sur le territoire qu'ils revendiquent – en cas de désaccord quant aux mesures requises pour répondre à leurs préoccupations, la Couronne peut prendre la décision finale mais dans une attitude de pondération et de compromis.

33 La Cour s'est expressément déclarée préoccupée par la situation des peuples autochtones pour qui la situation sur le terrain risque d'être changée par les décisions gouvernementales alors même qu'ils sont en train de négocier des traités :

34 Si cette dernière [la Couronne] entend agir honorablement, elle ne peut traiter cavalièrement les intérêts autochtones qui font l'objet de revendications sérieuses dans le cadre du processus de négociation et d'établissement d'un traité. Elle doit respecter ces intérêts potentiels mais non encore reconnus. La Couronne n'est pas paralysée pour autant. Elle peut continuer à gérer les ressources en question en attendant le règlement des revendications. Toutefois, selon les circonstances, question examinée de façon plus approfondie plus loin, le principe de l'honneur de la Couronne peut obliger celle-ci à consulter les Autochtones et à prendre raisonnablement en compte leurs intérêts jusqu'au règlement de la revendication.

Le fait d'exploiter unilatéralement une ressource faisant l'objet d'une revendication au cours du processus visant à établir et à régler cette revendication peut revenir à dépouiller les demandeurs autochtones d'une partie ou de l'ensemble des avantages liés à cette ressource. Agir ainsi n'est pas une attitude honorable.⁴¹

- 35 Ainsi, l'ère de la gestion unilatérale par les provinces ou le gouvernement fédéral des ressources d'un territoire sujet aux revendications autochtones semble être terminée, même si c'est à la Couronne qu'il revient de prendre la décision finale.

B. L'arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (ministre des Forêts)*

- 36 L'objet du litige était une concession de ferme forestière qui couvre un quart des Îles de la Reine-Charlotte ; une action distincte en reconnaissance de leur titre aborigène est pendante devant les tribunaux. Depuis 1965, la concession autorisait une compagnie à récolter des arbres dans une région connue sous le nom de Bloc 6 mais par une série de décisions, le ministre des Forêts de la province a remplacé et permis sa cession à une autre compagnie en dépit des objections des Haïda⁴².

- 37 En première instance, le juge avait conclu qu'il est très probable que les Haïda parviennent à démontrer leur droit ancestral à la récolte des cèdres dans la région forestière en litige. Il a toutefois conclu que la Couronne avait tout au plus une obligation morale de consulter les Haïda et ne pouvait y être contrainte en l'absence d'une reconnaissance judiciaire de leurs droits⁴³. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé le jugement et a décidé que tant la Couronne que la compagnie forestière avaient l'obligation de consulter les Haïda et de trouver des accommodements à leurs préoccupations en ce qui concerne la récolte de bois⁴⁴.

- 38 La Cour suprême du Canada a maintenu l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones sur leurs

⁴¹ *Nation haïda c. Colombie-Britannique*, par. 27.

⁴² *Id.*, par. 1 à 6.

⁴³ [2001] 2 C.N.L.R. 83 (C.S. C.-B.).

⁴⁴ 2 C.N.L.R. 121 (C.A.C.-B.).

« droits potentiels » visés par leurs revendications globales et risquant d'être affectés par les décisions de la Couronne. Cette obligation tire ses origines du fait que « les Autochtones du Canada étaient déjà ici à l'arrivée des Européens, ils n'ont jamais été conquis »⁴⁵. L'exercice de la souveraineté par la Couronne doit être concilié avec les revendications des Autochtones afin de respecter l'honneur de la Couronne et oblige celle-ci à consulter les peuples autochtones et à prendre en compte leurs intérêts⁴⁶.

39 Cependant, la Cour suprême a infirmé la conclusion de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique voulant que les compagnies détentrices de permis soient également obligées de consulter et d'accommoder les peuples autochtones. Selon la Cour suprême, il s'agit d'une obligation qui incombe à la Couronne (fédérale ou provinciale) seulement. La Cour a également rappelé à la Couronne que les gouvernements disposent de mécanismes administratifs et législatifs pour modifier une autorisation accordée à une compagnie « pour la rendre conforme aux décisions des tribunaux relativement aux droits ou titres ancestraux »⁴⁷.

C. L'arrêt *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*

40 La Première nation Tlingit de Taku River avait déposé une revendication en 1983 en vertu de la politique fédérale de règlement des revendications territoriales globales, laquelle a été acceptée pour négociation en 1984, sur le fondement de l'utilisation et de l'occupation traditionnelles des terres par les Tlingit. En vertu du processus de conclusion de traités établi par la Commission des traités de la Colombie-Britannique en 1993, la Première nation avait signé un protocole d'entente et un accord-cadre avec les gouvernements fédéral et provincial en 1999 et elle négociait un accord de principe.

41 L'objet du litige était une mine dans une région vierge et éloignée du nord-ouest de la Colombie-Britannique, au confluent des rivières Taku et Tulsequah. Après une longue

⁴⁵ *Id.*, par. 25.

⁴⁶ *Id.*, par. 16.

⁴⁷ *Id.*, par. 53 à 56.

période de fermeture, la compagnie Redfem a demandé au gouvernement de la province l'autorisation de réouvrir la mine. Le projet a été accepté pour évaluation environnementale et un comité d'examen a été créé en novembre 1994 en vertu de la loi provinciale sur l'évaluation environnementale. Les Tlingit ont participé au comité d'examen mais ils étaient dissidents lorsque le comité a recommandé l'émission d'un certificat d'approbation de la mine. Les objections des Tlingit portaient notamment sur la proposition de construire une route sur une partie de leur territoire traditionnel et des effets sur l'exercice de leurs droits de chasse et de pêche ; ils se sont aussi objectés à une rédaction à la hâte du rapport final et ont maintenu qu'à cause des délais imposés, le comité d'examen a été empêché de tenir compte d'une étude scientifique préparée à la demande expresse des Tlingit. La province a néanmoins octroyé le certificat d'approbation de projet en 1998, sous réserve de conditions détaillées⁴⁸.

- 42 Les Tlingit ont déposé une demande visant l'annulation du certificat d'approbation en deux volets. D'une part, la demande alléguait des manquements aux exigences de la loi ainsi qu'un manquement à l'obligation de consulter les Tlingit et d'accommoder leurs droits. D'autre part, leur demande alléguait un empiétement par le projet sur leur territoire traditionnel mais cette question a été scindée pour faire l'objet d'un procès distinct avec preuve testimoniale⁴⁹. C'est donc uniquement la légalité du certificat eu égard à la loi sur l'évaluation environnementale et à l'obligation de consulter et d'accommoder qui a fait l'objet d'un jugement.
- 43 La juge de première instance a annulé le certificat et l'a renvoyé au ministre pour une nouvelle décision car, nonobstant la participation des Tlingit au comité d'examen, il n'apparaissait pas à la décision du ministre qu'il avait tenu compte de leurs préoccupations et notamment des effets du projet sur la faune⁵⁰. La majorité de la Cour d'appel a confirmé la décision,

⁴⁸ Voir la description des faits dans le jugement de première instance : *Taku River Tlingit First Nation v. Tulsequah Chief Mine Project* (2000), 77 B.C.L.R. (3^d) 310 (C.S.).

⁴⁹ *Taku River Tlingit First Nation v. Tulsequah Chief Mine Project*, [1999] B.C.J. No. 2204 (C.A. C.-B.) (QL), confirmant [1999] B.C.J. No. 984 (C.S.) (QL).

⁵⁰ *Taku River Tlingit First Nation v. Tulsequah Chief Mine Project*, (2000), 77 B.C.L.R. (3^d) 310 (C.S.).

mais le débat en appel s'est porté surtout sur la question de savoir si la province avait une obligation contraignante de consulter la Première nation tant que la détermination judiciaire de ses droits n'était pas accomplie⁵¹.

44 Contrairement aux instances inférieures, la Cour suprême du Canada a décidé que l'accommodement des préoccupations de la Première nation Tlingit de Taku River a été suffisant. La Cour suprême a jugé qu'il était « clair que la province connaissait l'existence des revendications de titre et de droits » des Tlingit et qu'au moment où la compagnie « a présenté sa demande d'approbation du projet visant la réouverture de la mine Tulsequah, il était évident que la décision pouvait avoir un effet préjudiciable sur les droits et le titre revendiqués »⁵². Par conséquent, la Cour a conclu que « dans les circonstances, la PNTTR avait le droit de s'attendre à des consultations plus poussées que le strict minimum et à une volonté de répondre à ses préoccupations qui puisse être qualifiée d'accommodement »⁵³.

45 Mais même si la Cour suprême a reconnu « qu'il y a eu, à la fin, accélération du processus d'approbation du projet », elle a conclu que « la consultation menée par la province [a] été suffisante malgré tout »⁵⁴. Plus précisément, la Cour a noté que : « Dans le cadre du processus prévu par la Loi [provinciale sur l'évaluation environnementale] pour la délivrance du certificat d'approbation de projet, les préoccupations de la PNTTR ont fait l'objet de mesures d'accommodement suffisantes ». Aussi, « le rapport majoritaire a exposé en détail les préoccupations de la PNTTR et a recommandé des mesures d'atténuation, lesquelles ont été intégrées dans les conditions du certificat »⁵⁵. La Cour suprême a rajouté que contrairement aux Haïda qui n'avaient pas été consultés à l'étape de la « stratégie » et auxquels la province offrait seulement « la possibilité de se faire entendre ultérieurement, à l'étape des "activités" », les Tlingit avaient été consultés « tout au long du

51 *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, [2002] 2 C.N.L.R. 312 (C.A. C.-B.).

52 *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique*, par. 26, 27.

53 *Id.*, par. 32.

54 *Id.*, par. 39.

55 *Id.*, par. 44.

processus de délivrance du certificat, et ses préoccupations ont fait l'objet de mesures d'accommodement »⁵⁶.

- 46 Enfin, la Cour suprême a constaté que seulement une étape du projet avait été franchie et « que, pour la délivrance des permis subséquents », des consultations ultérieures « pourront entraîner la prise de mesures d'accommodement » additionnelles. Elle a pris soin de rappeler : « On s'attend à ce que, à chacune des étapes (permis, licences et autres autorisations) ainsi que lors de l'élaboration d'une stratégie d'utilisation du territoire, la Couronne continue de s'acquitter honorablement de son obligation de consulter la PNTTR et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux préoccupations de celle-ci »⁵⁷.

V. LES CONSÉQUENCES DES JUGEMENTS

A. L'exemple concret d'un processus inadéquat

- 47 Au printemps 2004, le ministre de l'Environnement du Québec a confié au Bureau d'audiences publiques sur l'environnement (BAPE) le mandat de faire l'évaluation et l'examen des impacts sur l'environnement d'un projet d'aménagement hydroélectrique du site d'un barrage sur la rivière Magpie proposé par deux compagnies privées associées à la municipalité régionale de comté (MRC) de Minganie⁵⁸.

- 48 Mais les représentants du ministère ne semblent pas avoir consulté auparavant ni les Innus d'Ekuanitshit dont la réserve est située à une centaine de kilomètres à l'est de la rivière, ni les Innus de Uashat mak Mali-Utenam (Sept-Îles) dont la réserve est à environ 150 kilomètres à l'ouest de la rivière. Il est revenu au Secrétariat aux affaires autochtones (SAA) du gouvernement du Québec de rappeler au ministère de l'Environnement que « les Innus d'Ekuanitshit sont actuellement en négociation territoriale globale et le territoire, où se situe le projet, fait partie de leur territoire revendiqué ». Sur un

⁵⁶ *Id.*, par. 45.

⁵⁷ *Id.*, par. 45.

⁵⁸ BUREAU D'AUDIENCES PUBLIQUES SUR L'ENVIRONNEMENT, *Projet d'aménagement hydroélectrique du site du barrage Magpie sur la rivière Magpie: Rapport d'enquête et d'audience publique*, août 2004.

plan bien plus élémentaire, le SAA a constaté que le document du promoteur sur l'étude d'impact ne faisait mention que d'une seule rencontre avec le Conseil de bande d'Ekuanishit et que le profil socio-économique ne faisait aucune mention de cette communauté⁵⁹. Le promoteur a ensuite essayé de corriger ces lacunes en incluant dans l'étude d'impact « quelques données sur les Innus de Mingan » et en envoyant au chef Jean-Charles Piétacho une invitation à une rencontre⁶⁰.

49 Dans les faits, le conseil des Innus de Ekuanitshit a informé le BAPE « que le dossier de la rivière Magpie est particulier parce qu'il y a déjà eu une centrale à cet endroit » et que la communauté ne s'opposait pas au projet dans les circonstances. Par son conseil, la communauté des Innus de Ekuanitshit a toutefois déploré « ne pas avoir été consultée lors de la sélection des lieux offerts pour l'aménagement de petites centrales hydroélectriques » ni avoir été invitée à désigner une personne pour siéger à la commission. Le conseil a aussi tenu à préciser que « le débat sur le développement des rivières aux fins d'aménagement de petites centrales est loin d'être clos et nous nous opposerons fermement à tout nouveau projet tant que cette question ne sera pas réglée par le biais de la table centrale de négociation »⁶¹.

50 Pour sa part, le BAPE a recommandé un programme de suivi pour protéger le castor dans le secteur affecté et auquel les Innus de Ekuanitshit devraient être associés, une recommandation due à la demande expresse formulée en ce

⁵⁹ Lettre du 21 novembre 2003 de Pierre-Santo Blanchard du ministère du Conseil exécutif, Secrétariat aux affaires autochtones, Direction des négociations, à Gilles Brunet du Service des projets en milieu hydrique de la Direction des évaluations environnementales au ministère de l'Environnement dans le « Recueil des avis issus de la consultation auprès des ministères et organismes sur la recevabilité de l'étude d'impact » (21 octobre 2003 au 15 mars 2004), BAPE, Procédure PR-6.

⁶⁰ Lettre du 13 février 2004 de Marie-José Thomas, Secrétaire adjoint du Secrétariat aux Affaires autochtones du ministère du Conseil exécutif, à Gilles Brunet du Service des projets en milieu hydrique de la Direction des évaluations environnementales au ministère de l'Environnement dans le « Recueil des avis issus de la consultation auprès des ministères et organismes sur la recevabilité de l'étude d'impact » (21 octobre 2003 au 15 mars 2004), BAPE, Procédure PR-6.

⁶¹ BAPE, *Projet d'aménagement hydroélectrique du site du barrage Magpie sur la rivière Magpie : Rapport d'enquête et d'audience publique*, p.20.

sens par les Innus et après qu'ils aient eux-mêmes informé le BAPE de la présence de cabanes de castors⁶². Quant aux Innus de Uashat mak Mali-Utenam (Sept-Îles) qui revendiquent un intérêt sur le territoire même s'ils ne sont pas en négociation, ils ne semblent jamais avoir été consultés par le ministère de l'Environnement et le rapport du BAPE ne fait que constater sans plus les attentes de leur conseil à ce sujet⁶³.

- 51 La décision du ministre de l'Environnement suite au rapport du BAPE se fait encore attendre, mais peut-on prétendre que les Innus ont eu droit à une véritable consultation de bonne foi menée par la Couronne ? Il semble évident que le gouvernement ne peut se montrer disposé à modifier ses plans à la lumière des données recueillies des Innus si le processus requis n'a jamais eu lieu. Mais par ailleurs, le seul office du gouvernement du Québec qui a démontré un quelconque intérêt pour les effets du projet sur les Innus s'est empressé d'informer le ministère de l'Environnement que « le SAA tient à informer les promoteurs afin d'éviter des problèmes dans la réalisation de projets économiques indispensables à des régions en difficulté »⁶⁴. Comment le gouvernement peut-il « proposer des énoncés qui ne sont pas encore arrêtés définitivement » ou « être prêt à modifier l'énoncé original »⁶⁵ s'il qualifie déjà le projet « d'indispensable » avant même la tenue d'audiences publiques ?

B. La consultation et les traités

- 52 La Cour suprême a précisé dans l'arrêt *Tlingit de Taku River* qu'« il n'est pas nécessaire qu'un groupe autochtone soit admis à participer au processus de négociation de traités pour que la Couronne ait l'obligation de le consulter »⁶⁶. Cependant l'arrêt *Haïda* semble suggérer que les obligations de consultation et d'accommodement prennent tout leur sens dans le contexte de la négociation des traités par lesquels les

62 *Id.*, p. 35.

63 *Id.*, p. 20.

64 Lettre du 13 février 2004 précitée de Marie-José Thomas à Gilles Brunet dans le « Recueil des avis issus de la consultation auprès des ministères et organismes sur la recevabilité de l'étude d'impact » (21 octobre 2003 au 15 mars 2004), BAPE, Procédure PR-6.

65 *Nation haïda c. Colombie-Britannique*, par. 46.

66 *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique*, par. 30.

Premières nations vont avoir « concilié leurs revendications avec la souveraineté de la Couronne »⁶⁷.

53 Il est intéressant à cet égard de constater le processus d'évaluation environnementale qui a été suivi pour le projet d'exploration minière proposé à la baie Voisey au Labrador entre 1997 et 1999. À l'époque, il était reconnu que « le projet en question serait réalisé sur des territoires dont les sols et les eaux font presque entièrement l'objet de revendications territoriales globales dont les négociations sont en cours » avec les Innus et les Inuits⁶⁸.

54 En fait, le processus d'évaluation du projet de la baie Voisey comptait les organismes Innu Nation et l'Association des Inuits du Labrador comme parties et ce, au même titre que les gouvernements fédéral et provincial. De plus, la commission avait le mandat exprès d'examiner « la relation entre le projet et les négociations sur les revendications territoriales même si un examen du contenu ou la définition des droits des Autochtones ou une détermination de la portée ou du contenu des négociations sur les revendications territoriales ne font pas partie du mandat de la commission »⁶⁹.

C. Le contenu d'une consultation et d'un accommodement adéquats

55 Le processus qui a donné lieu à la cause *Tlingit de Taku River* nous enseigne sur ce qui serait un processus de consultation et d'accommodement adéquat puisque ses résultats ont été jugés acceptables par la Cour suprême du Canada. En l'occurrence :

- ◆ le processus d'approbation du projet a été mené en vertu de la loi d'évaluation environnementale provin-

⁶⁷ *Nation haïda c. Colombie-Britannique*, par. 25.

⁶⁸ AGENCE CANADIENNE D'ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE, *Rapport de la commission d'évaluation environnementale - Projet Voisey's Bay*, 1999, annexe C, « Protocole d'entente sur l'évaluation environnementale du projet d'exploration minière proposé à la baie Voisey », Préambule, 2^e paragraphe. Le 22 janvier 2005, les représentants des gouvernements de Terre-Neuve et du Canada et de l'Association des Inuit du Labrador ont signé l'*Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador* : ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, Communiqué n° 2-02574.

⁶⁹ *Id.*, article 1 et Annexe 1.

ciale qui exigeait que les peuples autochtones soient invités à faire partie du comité d'examen lorsque le projet était situé sur leur territoire traditionnel ;

- ◆ la Première nation a participé à part entière en tant que membre du comité d'examen du projet ;
- ◆ la Première nation a été aidée financièrement à participer à de nombreuses réunions du comité d'examen ; et
- ◆ devant les préoccupations de la Première nation, l'organisme provincial responsable de l'évaluation environnementale a mandaté un expert jugé acceptable par la Première nation pour effectuer une étude particulière sur l'utilisation traditionnelle des terres, sous les auspices d'un groupe directeur autochtone.

56 Aussi, le processus d'évaluation environnementale suivi pour le projet de la baie Voisey au Labrador pourrait servir d'exemple : à titre de parties, les organismes Innu Nation et l'Association des Inuits du Labrador ont pu, tout comme la province, proposer des listes de candidats à la commission d'examen et dont au moins un candidat devait être nommé membre par le gouvernement fédéral. De plus, le secrétariat de la commission a été établi en territoire inuit à Nain au Labrador avec des centres d'information publique en territoire innu à Utshimasits et la documentation de la commission a été traduite en innu et en inuktitut, y compris son rapport final déposé en 1999. Le budget de la commission a été établi par les quatre parties⁷⁰.

D. Vers l'émission de lignes directrices ?

57 La Cour suprême a suggéré aux gouvernements de mettre en place des règlements ou des lignes directrices pour servir de guide aux décideurs : il s'agit de fixer les exigences procédurales applicables à la consultation lors des différentes étapes de l'approbation d'un projet⁷¹. Dans tous les cas, les ministres ou leurs subordonnés qui ont un pouvoir décisionnel

⁷⁰ ACÉE, *Rapport de la commission d'évaluation environnementale - Projet Voisey's Bay*, Annexe C, « Protocole d'entente », art. 2.6, 2.7, 6.4.

⁷¹ *Nation haïda c. Colombie-Britannique*, par. 51.

sur le développement qui se fait sur le territoire pourront être appelés à démontrer comment ils ont consulté les peuples autochtones concernés et quelles mesures d'accommodement de leurs droits ils ont adoptées.

58 Les mécanismes précis de la consultation et de l'accommodement qui doivent être assurés par la Couronne restent évidemment à élaborer. La Cour suprême du Canada a décidé clairement qu'il s'agit d'une responsabilité exclusive du gouvernement tout en prévoyant que les promoteurs puissent jouer un rôle délégué :

59 La Couronne demeure seule légalement responsable des conséquences de ses actes et de ses rapports avec des tiers qui ont une incidence sur des intérêts autochtones. Elle peut déléguer certains aspects procéduraux de la consultation à des acteurs industriels qui proposent des activités d'exploitation; cela n'est pas rare en matière d'évaluations environnementales. Ainsi, la CFF 39 obligeait Weyerhaeuser à préciser les mesures qu'elle entendait prendre pour identifier et consulter les Autochtones qui revendiquaient un intérêt ancestral dans la région (CFF 39, CFF haïda, sous-al. 2.09g)(i)). Cependant, la responsabilité juridique en ce qui a trait à la consultation et à l'accommodement incombe en dernier ressort à la Couronne. Le respect du principe de l'honneur de la Couronne ne peut être délégué.⁷²

60 La question se posera d'une façon différente pour les tribunaux administratifs. À cause de leur devoir de réserve, les tribunaux administratifs pourraient être réticents à consulter les peuples autochtones directement. Cependant, plusieurs sont expressément investis du pouvoir de « faire les enquêtes nécessaires » à l'exercice de leurs fonctions⁷³, un cadre qui est différent du débat contradictoire d'un litige ordinaire. De plus, les tribunaux administratifs pourront difficilement éviter la question puisque la Cour suprême du Canada a décidé qu'un tribunal administratif provincial a la compétence pour examiner

⁷² *Nation haïda c. Colombie-Britannique*, par. 53.

⁷³ À titre d'exemple, la *Loi sur la Régie de l'énergie*, L.R.Q. c. R-6.01, art.35. Voir également l'art.6 de la *Loi sur les commissions d'enquête*, L.R.Q. c. C-37 : « Afin de découvrir la vérité, les commissaires peuvent, par tous les moyens légaux qu'ils jugent les meilleurs, s'enquérir des choses dont l'investigation leur a été déferée ».

une question de droits ancestraux dans l'accomplissement de la mission valide que l'assemblée législative lui a confiée⁷⁴.

61 Avant même les jugements *Haïda et Taku River*, l'Office national de l'énergie (ONE) a émis des directives à ce sujet. Ce tribunal fédéral régleme entre autres les projets interprovinciaux tels les gazoducs et les lignes de transmission. L'Office constitue une cour d'archives en vertu de sa loi constitutive⁷⁵ et son rôle n'est pas simplement consultatif puisqu'il émet les permis et ne fait pas de recommandations à un ministre sauf pour l'adoption de certains décrets.

62 Devant l'Office, il est de la responsabilité des promoteurs–requérants d'identifier les peuples autochtones qui pourraient être affectés par un projet et de « s'assurer que les consultations de l'État nécessaires sont menées et pour prendre des dispositions afin que les informations se rattachant à ces consultations soient transmises à l'Office ». L'Office se réserve pourtant le droit « d'examiner les efforts déployés directement par les requérants pour contacter les peuples autochtones susceptibles d'être touchés afin de les informer du projet et de les engager dans un vrai débat en ce qui concerne les possibles impacts du projet et les mesures d'atténuation »⁷⁶.

CONCLUSION

63 La protection constitutionnelle des droits ancestraux comprend l'obligation pour la Couronne de consulter et d'accommoder les peuples autochtones lorsqu'elle s'apprête à autoriser des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur un titre ou des droits ancestraux potentiels.

⁷⁴ *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585.

⁷⁵ *Loi sur l'office national de l'énergie*, S.R.C., c. N-6, art. 11(1). La Cour suprême du Canada a déjà décidé que l'Office n'est pas lui-même régi par l'obligation de fiduciaire de l'État fédéral envers les peuples autochtones lorsqu'il remplit une fonction quasi-judiciaire : *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159.

⁷⁶ OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE, *Directives – « Consultation des peuples autochtones »*, 4 mars 2002, dossier n° 230-A000-16.

- 64 Cette obligation consiste non seulement à consulter véritablement et de bonne foi le peuple autochtone concerné, mais exige aussi que le gouvernement soit disposé à modifier ses plans à la lumière des données recueillies au cours du processus. L'obligation distincte d'accommodement oblige le gouvernement à adopter des mesures pour éviter un préjudice irréparable ou pour réduire au minimum les conséquences de l'atteinte jusqu'au règlement définitif de la revendication sous-jacente.
- 65 Quant aux tiers, s'ils ne sont pas liés par l'obligation de la Couronne, si le processus est valablement entamé, ils peuvent néanmoins se voir déléguer certains aspects de la consultation lorsqu'ils proposent des activités d'exploitation. Si la consultation n'a pas lieu, il est évident que les permis et autorisations qu'ils ont obtenus du gouvernement risquent d'être invalidés⁷⁷.
- 66 La présidente de la Fédération des chambres de commerce du Québec s'est plainte récemment d'une demande d'injonction intentée par les Innus de Betsiamites afin d'empêcher une coupe forestière sur leur territoire, demandant s'il est juste que « cette demande survient après que des investissements importants, respectant les lois et les règlements en vigueur, ont été consentis et que des usines sont déjà en activité ». Elle a demandé une intervention gouvernementale puisque « nos entreprises ne peuvent régler et supporter seules les problèmes de fonds soulevés par les revendications des communautés autochtones »⁷⁸.
- 67 Or, jusqu'à récemment ce furent les communautés autochtones qui se voyaient contraintes à « supporter seules les problèmes de fonds soulevés » par un développement sur leur territoire et sur lequel elles n'ont jamais été consultées. Nous vivons encore les conséquences du fait que, comme l'a

⁷⁷ Dans *Homalco Indian Band v. British Columbia (Minister of Agriculture, Food and Fisheries)*, [2004] B.C.J. No. 2804 (C.S. C.-B.), une injonction interlocutoire a été émise pour empêcher le promoteur de mettre des saumons atlantiques dans les eaux pacifiques revendiquées par la Première nation jusqu'à l'audition d'une contestation du processus de consultation menée par le ministre intimé avant de remettre le permis.

⁷⁸ BERTRAND, Françoise, « Requête en cour des Innus de Betsiamites – Une menace pour le développement économique du Québec », *Le Devoir*, le 11 février 2005, p. A10.

déjà expliqué la Cour suprême du Canada, « pendant plusieurs années les droits des Indiens à leurs terres ancestrales – certainement à titre de droits reconnus en common law – ont été à toutes fins pratiques ignorés »⁷⁹. Dorénavant ces droits devront faire partie de toute prise de décision importante.

⁷⁹ R. c. *Sparrow*, p. 1103.