

# **La consultation des peuples autochtones et les processus d'évaluation environnementale/des impacts**

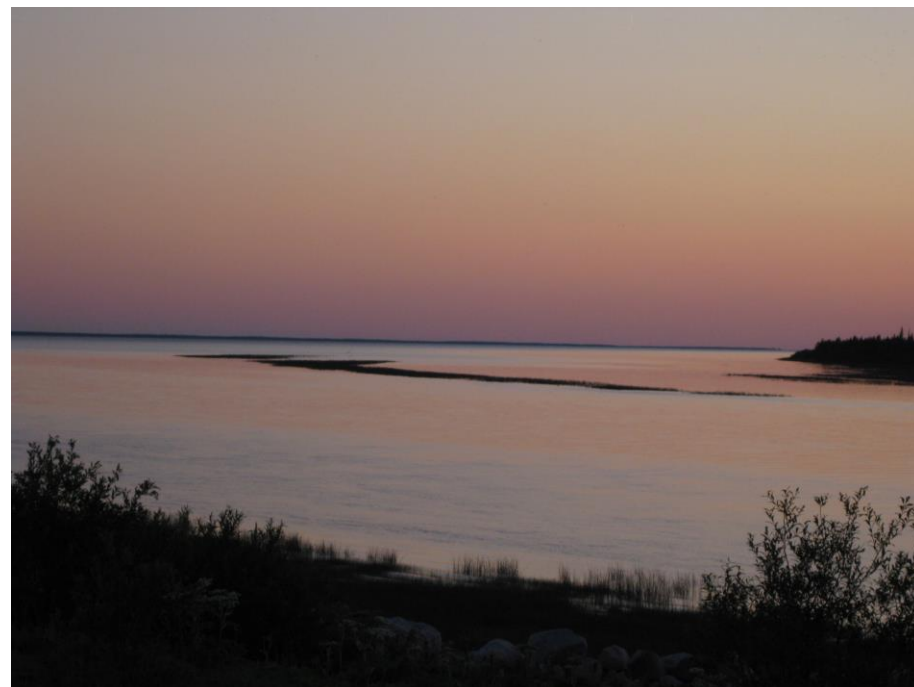
**M<sup>es</sup> Élisabeth Patterson et  
Sara Andrade  
Dionne Schulze, s.e.n.c.**

**SIFÉE**

**mars 2023**

# Présentation

- A. Contexte
- B. Obligation de consulter
- C. Coexistence entre la consultation et les processus d'évaluation environnementale
- D. À surveiller dans l'avenir
- E. Conclusion

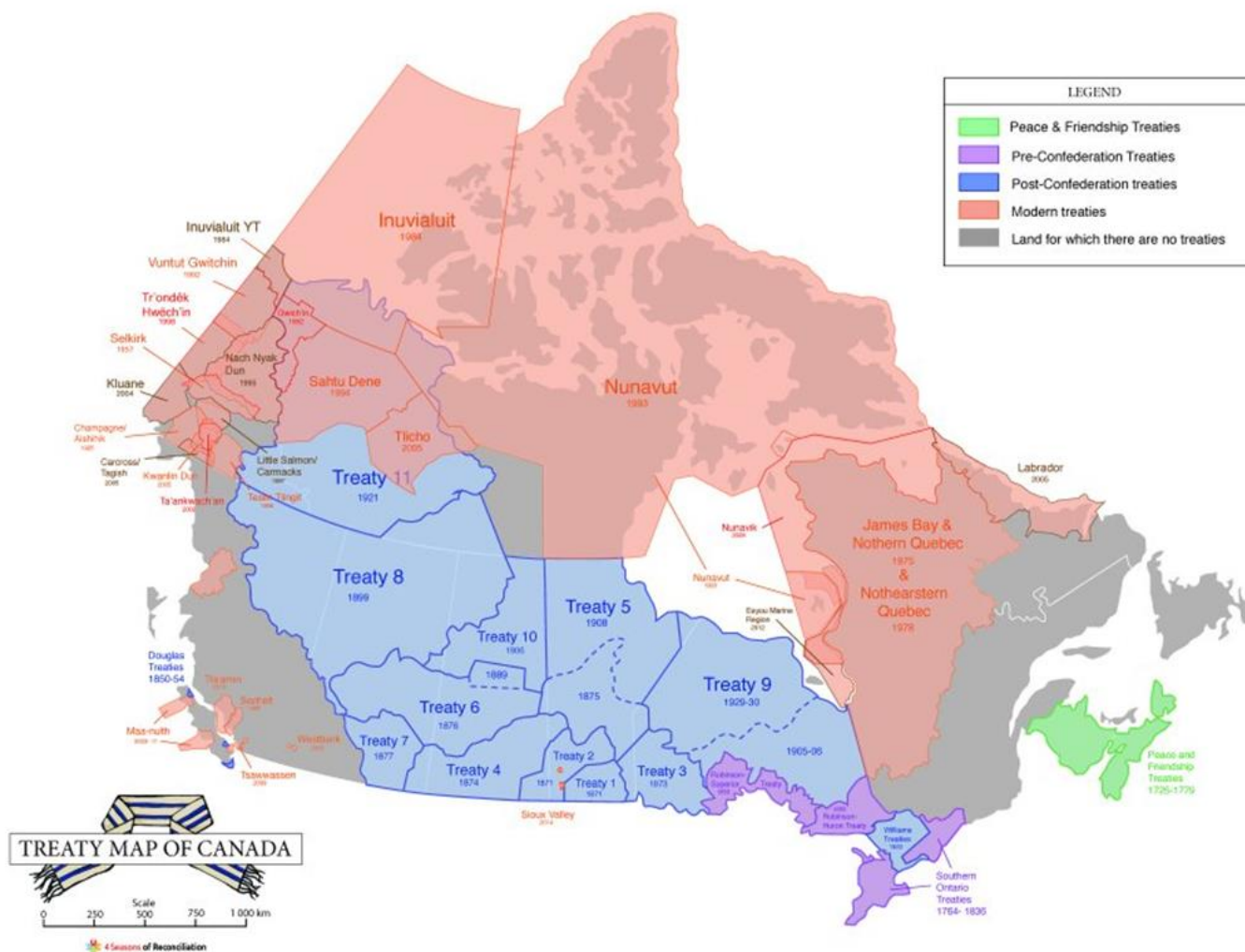




## A. Contexte

- Occupation antérieure des autochtones
- Système juridique (*common law*) reconnaît titre et droits ancestraux
- Droits ancestraux et droits issus des Traités ont été reconnus dans la Constitution canadienne de 1982
- Protégés constitutionnellement - très différent de la consultation publique/ acceptabilité sociale

# A. Contexte : Traités





# A. Contexte : Premières Nations au Québec







# **B. Obligation de consulter**





## B. Obligation de consulter

- Source? Droit anglosaxon et Constitution du Canada de 1982
- Qui? L'État (fédéral, provincial ou territorial)
- Quand? Quand l'État sait qu'un droit ancestral ou issu de Traité est revendiqué de façon crédible et que son action pourrait avoir un effet négatif sur ce droit (ex : émissions de permis)
- Quels droits? Pratique d'activités traditionnelles, droits fonciers, droit à l'autonomie gouvernementale (qu'ils soient établis ou revendiqués)
- Inclut obligation d'accommoder (ex: ententes sur les répercussions et les avantages)
- Inclut les intérêts économiques liés aux droits ancestraux ou issus de traités (ERA)



## B. Obligation de consulter : rôle des organismes administratifs

- Organismes de réglementation détenant le pouvoir de prendre une décision définitive quant à l'approbation d'un projet au nom de la Couronne (par exemple la Régie de l'énergie du Canada (précédemment Office nationale de l'énergie))
- Couronne peut s'en remettre à un organisme si clairement mandaté dans la Loi pour satisfaire obligation
- Les Autochtones doivent être informés que la Couronne prévoit utiliser le régime de la loi pour remplir une partie de son obligation
- Mais la Couronne conserve la responsabilité ultime d'assurer que l'obligation est remplie
  - (*Clyde River, Chippewas of the Thames, Tseil-Waututh/TMP*)





## B. Obligation de consulter : délégation et rôle du promoteur

- L'obligation de consulter ne peut pas être déléguée au promoteur; mais
- Certains aspects procéduraux peuvent leur être délégués
  - Par exemple: communication des informations techniques
- Le gouvernement doit participer et même diriger le processus (*Innus de UMM 2022*)

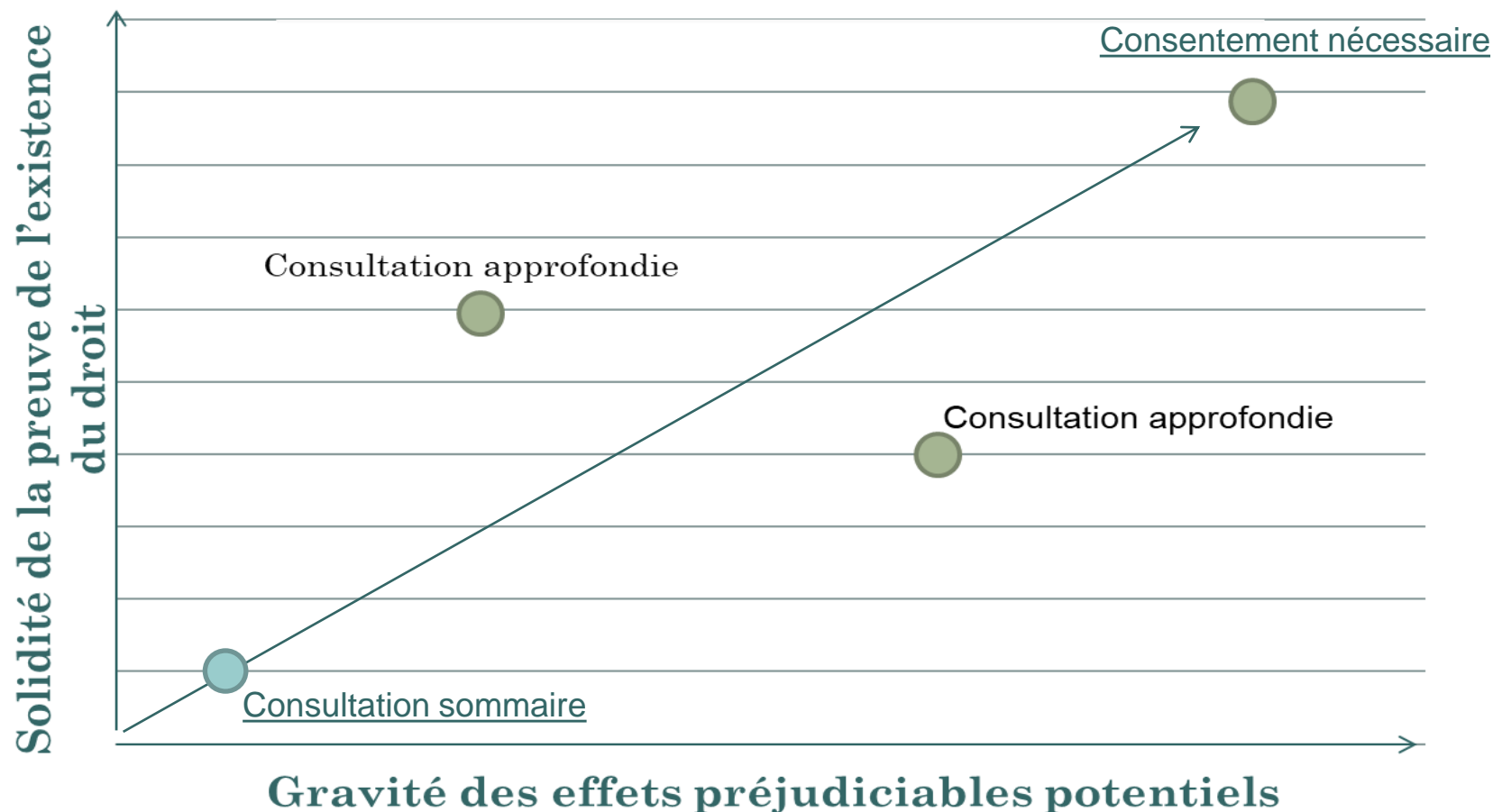


## B. Obligation de consulter : qui doit être consulté ?

- Droits ancestraux et issus de Traités reconnus à des Peuples Autochtones et donc...
- Obligation envers un Peuple Autochtone ou une Première Nation, en tant que collectivité
- Pas d'obligation spécifique envers des individus, et généralement, pas envers des familles affectées (*Moulton Contracting Ltd;*) mais Wetsuweten *Delgamuukw*
- Conseil tribal (Nation) vs. Communauté/village
- Métis au Québec

## B. Obligation de consulter

Degré de consultation requis :  
évaluations au cas par cas





## B. Obligation de consulter : ... en vue d'obtenir le consentement?

- Fédéral et CB: adoption de lois pour mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones
  - art. 5 : « Le gouvernement du Canada, en consultation et en collaboration avec les peuples autochtones, prend toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce que les lois fédérales soient compatibles avec la Déclaration. »
- Principe du consentement libre préalable et éclairé « CLPÉ » dans la DNUDPA (art. 10, 11(2), 19, 28(1), 29(2) et 32(2)).
  - art. 32(2) : « Les États consultent [...] et coopèrent [...] de bonne foi [...] en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ».
- Loi sur l'évaluation d'impact, L.C. 2019, c-28, art.1 fait référence à la DNUDPA mais pas au CLPÉ



## B. Obligation de consulter : ... en vue d'obtenir le consentement?

- Quelques lois et politiques fédérales font référence au consentement:
  - *Loi sur la Régie canadienne de l'énergie*, L.C 2019 c-28 (sur réserve)
  - *Principes régissant la relation du Gouvernement du Canada avec les peuples autochtones* (2021)
  - *Cadre stratégique sur le savoir autochtone dans le contexte des examens de projets et des décisions réglementaires*
  - *Guide du praticien pour les évaluations d'impact fédérales*
- Mais: le consentement n'est pas une exigence explicite pour qu'un projet soit approuvé par le ministre ou le gouverneur en conseil

## B. Obligation de consulter : ... en vue d'obtenir le consentement?

- Au **Québec**, pas d'intégration de la notion de consentement dans les lois, ni dans les politiques du gouvernement
  - Exception: Consentement du maître de trappe cri dans la Paix des Braves, par. 3.10.5 c) (amendement de 2020)
- Au niveau de la **jurisprudence**, elle ne semble pas encore avoir intégré le principe de consentement de la DNUDPA
- Avant 2021: outil d'interprétation
- Certaine confusion concernant sa valeur juridique
  - *East Prairie Métis Settlement v Alberta*, 2021 ABQB 762
  - *Wesley v Alberta*, 2022 ABKB 713
  - *Thomas and Saik'uz First Nation v Rio Tinto Alcan Inc.*, 2022 BCSC 15
  - *SK v Alberta (Child, Youth and Family Enhancement Act, Director)*, 2022 ABPC 144





## B. Obligation de consulter : bonne foi des parties

- Consultation significative ne peut pas exclure la possibilité d'accommodement
- Possibilité que l'action gouvernementale ne puisse pas aller de l'avant
- La Couronne doit notamment :
  - Communiquer en temps utile toute l'information nécessaire (*Mikisew*, para 64), en termes clairs (*Clyde River*)
  - Offrir un financement adéquat
  - Prévoir des échéances flexibles
  - Étudier l'impact sur chaque Nation spécifique (*Tsleil-Waututh*)
  - Montrer de l'ouverture quant à la possibilité de dire ultimement NON au projet
  - Prévoir des mesures pour protéger les informations confidentielles



## B. Obligation de consulter : bonne foi des parties


- Peuple Autochtone doit aussi s'engager de bonne foi dans le processus de consultation et d'accommodement en :
  - Participant de manière active aux consultations avec la Couronne et le promoteur
  - Établissant dès le début du processus et exprimer clairement les enjeux clés pour la communauté
  - LORSQUE POSSIBLE, se montrer flexible et prêt à faire des compromis
  - Pas un droit de véto (car unilatéral, à tout moment, sans explication);
  - plutôt un droit de consentement « raisonnable »



## B. Obligation de consulter : obligation d'accommoder

- La Couronne doit :
  - Tenir compte réellement des préoccupations des Autochtones
  - Effectuer des changements pour prendre en compte les droits des Autochtones (*Delgamuukw*, *Clyde River CSC* 2017, *Tsleil-Waututh Nation v. Canada* CAF 2018)
  - Obligation de réduire les impacts négatifs
  - Obligation d'indemnisation (entente sur les répercussions et les avantages)





**C. Coexistence de la  
consultation et du  
processus d'ÉE/ÉI**



## C. Coexistence de la consultation et du processus d'ÉE/ÉI

- Participation d'une communauté autochtone à l'évaluation environnementale/d'impacts peut remplir certains aspects de l'obligation de consulter, surtout si l'obligation se situe au début du continuum
- Difficile de situer l'obligation sur le continuum si l'impact de l'activité n'a pas encore été évalué, y compris l'impact sur les droits ancestraux





# **Coexistence de la consultation et du processus d'ÉE/ÉI du Québec**





## C. Coexistence de la consultation et du processus d'ÉE/ÉI du Québec

### Processus d'autorisations environnementales au Québec (depuis 2018)

- Loi sur la qualité de l'environnement (LQE) : peu de références aux Peuples Autochtones, aucune référence aux droits ancestraux
  - Autorisations diverses (ex: autorisation ministérielle (art. 22 LQE), autorisation par décret (art. 31.1.1 LQE))
- Procédure évaluation d'impacts environnementaux (*Règ. relatif à l'évaluation et l'examen des impacts sur l'environnement de certains projets* (REEIE)) :
  - Avis de projet
  - Directive du Ministre au promoteur pour réaliser l'étude
  - Consultation publique sur les enjeux du projet
  - Étude d'impact sur l'environnement
  - Recevabilité de l'évaluation
  - (Audiences publiques)
  - Analyse environnementale
  - Recommandations du Ministre
  - Décision du Gouvernement
  - Autorisation

## C. Coexistence de la consultation et du processus d'ÉE/ÉI du Québec

### *Règ. sur l'encadrement d'activités en fonction de leur impact sur l'environnement (REAFIE)*

- LQE 2017 : axée sur le niveau de risque environnemental, objectif de réduire les délais, réduire le nombre d'autorisations, transparence
- Activités admissibles à une déclaration de conformité du promoteur
- Quelle est l'action gouvernementale liée à ce type d'exigence ?
- L'article 31.0.10, LQE: un pouvoir discrétionnaire ministériel d'intervenir si le déclarant n'agit pas en conformité avec la loi et avec ses règlements
- La décision d'intervenir, ou pas, peut-elle donner lieu à une obligation de consulter une communauté affectée par l'inaction ?
- Activités exemptées : aucune action gouvernementale requise



## C. Coexistence de la consultation et du processus d'ÉE/ÉI du Québec

### *Règ. relatif à l'évaluation et l'examen des impacts sur l'environnement de certains projets (REEIE)*

- Références aux Autochtones
- Informations sur Autochtones doivent être recueillies
- Vise les réserves indiennes: problématique
- Notion de « communautés autochtones concernées » : n'est pas définie

### *Guide sur la démarche d'information et de consultation réalisée auprès des communautés autochtones par l'initiateur... (2020)*

- Informer et consulter les « communautés autochtones susceptibles d'être touchées par les impacts du projet proposé, c'est-à-dire non seulement celles qui résident à l'intérieur ou à proximité du territoire d'influence du projet et de ses installations, mais aussi celles qui fréquentent ou utilisent ce territoire de manière régulière ou occasionnelle »



## C. Coexistence de la consultation et du processus d'ÉE/ÉI du Québec

- Loi et les règlements ne prévoient pas de financement pour la participation d'une communauté autochtone à :
  - Des audiences publiques
  - D'autres étapes de l'évaluation et l'examen des impacts
- Budget annuel du SAA pour les activités de consultation de chaque communauté
  - Potentiellement inadéquat
  - Problématique de recevoir une majoration ponctuelle selon le volume des activités
  - Financement du promoteur possible





## **Coexistence de la consultation et du processus d'ÉE/EI du fédéral (Canada)**



## C. Coexistence de la consultation et du processus d'ÉE/ÉI du fédéral

### Processus d'évaluation d'impact (Canada) : *Loi sur l'évaluation d'impact (LÉI)*

#### ○ Préambule:

- L'évaluation d'impact comme moyen efficace pour intégrer les connaissances autochtones dans les processus décisionnels relatifs aux projets désignés
- Engagement, dans l'exercice de ses attributions à l'égard des évaluations d'impact et des évaluations régionales et stratégiques, à veiller au respect des droits des Peuples Autochtones du Canada reconnus et confirmés par l'art. 35 de la Loi Constitutionnelle de 1982 et à promouvoir la réconciliation et le travail en partenariat avec ceux-ci
- Engagement de mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies sur les droits des Peuples Autochtones

## C. Coexistence de la consultation et du processus d'ÉE/ÉI du fédéral

### Processus d'évaluation d'impact (Canada) : *Loi sur l'évaluation d'impact (LÉI)*

- Objet de la Loi (art. 6(1)):
  - e) de promouvoir, en ce qui touche les évaluations d'impact, la collaboration ... du Gouvernement fédéral et des corps dirigeants autochtones qui sont des instances
  - f) de promouvoir la communication et la collaboration avec les Peuples Autochtones du Canada en ce qui touche les évaluations d'impact
  - g) de veiller au respect des droits des Peuples Autochtones du Canada reconnus et confirmés par l'art. 35 de la Loi Constitutionnelle de 1982, dans le cadre des évaluations d'impact et de la prise de décisions sous le régime de la présente loi



## C. Coexistence de la consultation et du processus d'ÉE/ÉI du fédéral

### Processus d'évaluation d'impact (Canada) : *Loi sur l'évaluation d'impact (LÉI)*

- Rôle des « corps dirigeants autochtones »:
  - Le Ministre peut conclure accords pour que le gouvernement autochtone ait des « attributions en matière d'évaluation d'impact » sur les terres précisées dans l'accord (art. 114(1)(e))
  - Potentiel de répondre à la volonté de certaines communautés autochtones de faire leur propre évaluation d'impact sur le territoire



## C. Coexistence de la consultation et du processus d'ÉE/ÉI du fédéral

### Processus d'évaluation d'impact (Canada) : *Loi sur l'évaluation d'impact (LÉI)*

- Projets assujettis à l'évaluation d'impact sont désignés
  - par règlement (*Règlement sur les activités concrètes*); ou
  - par arrêté ministériel
- Lorsque le Ministre considère d'adopter un arrêté, il peut prendre en compte les « répercussions préjudiciables que l'activité concrète peut avoir sur les droits des peuples autochtones du Canada — incluant les femmes autochtones — reconnus et confirmés par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 »



## C. Coexistence de la consultation et du processus d'ÉE/ÉI du fédéral

### Processus d'évaluation d'impact (Canada) : *Loi sur l'évaluation d'impact (LÉI)*

- Étape préparatoire : l'Agence d'évaluation d'impact offre de consulter tout « groupe autochtone qui peut être touché par la réalisation du projet » (art. 12)
- Plus vaste que l'obligation constitutionnelle de consultation
- L'Agence transmet toute « question pertinente » au promoteur, y compris celles transmises par les groupes autochtones (art. 14)
- Décision de procéder à l'évaluation d'impact dépend notamment des répercussions préjudiciables sur les droits des Peuples Autochtones (art. 16(2)(c)) et des observations des groupes autochtones touchés par le projet (art. 16(2)(d))



## C. Coexistence de la consultation et du processus d'ÉE/ÉI du fédéral

### Processus d'évaluation d'impact (Canada) : *Loi sur l'évaluation d'impact (LÉI)*

- Éléments à examiner dans une évaluation d'impact (art. 22(1)) :
  - (c) les répercussions que le projet désigné peut avoir sur tout groupe autochtone et les répercussions préjudiciables qu'il peut avoir sur les droits des peuples autochtones du Canada reconnus et confirmés par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982
  - (l) les enjeux relatifs aux cultures autochtones soulevés à l'égard du projet
- Agence évalue la portée de ce critère et établit ce qui est pertinent dans le cadre de l'ÉI (art. 18(1.2) & art. 22(2))



## C. Coexistence de la consultation et du processus d'ÉE/ÉI du fédéral


### Processus d'évaluation d'impact (Canada) : *Loi sur l'évaluation d'impact (LÉI)*

- Le rôle des connaissances autochtones:
  - Les connaissances autochtones fournies à l'égard du projet sont parmi les éléments examinés dans une ÉI (art. 22(1)(g)),
  - Le rapport d'évaluation d'impact décrit comment l'Agence a pris en compte et utilisé les connaissances autochtones (art. 28(3.1))
  - Mais l'Agence n'a pas le pouvoir d'évaluer leur portée, ni leur pertinence dans le cadre d'une ÉI (art. 18(1.2) ne l'inclut pas)
  - À noter : les connaissances autochtones peuvent être confidentielles (art. 119(1))

## C. Coexistence de la consultation et du processus d'ÉE/ÉI du fédéral

### Processus d'évaluation d'impact (Canada) : *Loi sur l'évaluation d'impact (LÉI)*

- Financement (art. 75) : obligation de maintenir un programme d'aide financière aux participants à toute étape de l'ÉI (sauf dans le cas de substitution à une autre instance)



**D. À surveiller  
dans l'avenir**





## D. À surveiller dans l'avenir

- Décision sur la validité de la *Loi sur l'évaluation d'impact* (C-69) à venir
  - Renvoi constitutionnel soumis par le gouvernement de l'Alberta
  - Question : la LÉI outrepassa-t-elle le domaine de compétence fédérale ?
  - Avis de la majorité de la Cour d'appel de l'Alberta (2022) : LÉI est inconstitutionnelle
    - Le domaine de l'environnement : champ de compétences partagées
    - Enjeu : projets désignés intraprovinciaux (ex : mines, autoroutes)
  - En attente d'une décision de la CSC dans *Procureur général du Canada c. Procureur général de l'Alberta*



## D. À surveiller dans l'avenir

- Glissement de l'obligation de consulter à l'obligation de consulter « en vue d'obtenir le consentement »?
  - Modifications potentielles à la *Loi sur l'évaluation d'impact* pour mettre en œuvre la *DNUDPA*
- Meilleure intégration des droits des Autochtones au Québec



## D. À surveiller dans l'avenir

- Meilleure prise en compte des effets cumulatifs
  - *Yahey* dans le contexte de droits issus de traités, en C-B :
  - Les effets cumulatifs du développement des ressources (hydrocarbures, mines, foresterie) sur le territoire couvert par Traité ont violé les droits de la PN
- Question de savoir combien d'effets cumulatifs sont permis par la province avant qu'ils n'empiètent sur les droits des PN sur les terres
- Question quant à l'application de ce principe dans les dossiers de droits ancestraux
- Régimes d'évaluation d'impact doivent tenir compte des effets cumulatifs des projets



# **E. Conclusion**



## E. Conclusion

- Obligation de la Couronne mais rôles complémentaires (pas toujours clairs) du Ministère/promoteur/organisme
- Coexistence des EE/Consultation varie et évolue
- Consultation distincte, mais PN devrait participer à l'EIE / recoupement
- PN/ Ministères/ entreprise: agir tôt dans le processus
- Efforts faits par le fédéral / beaucoup moins au provincial – conception étroite des droits ancestraux
- PN: Avoir recours aux tribunaux si nécessaire – développements de la jurisprudence





Questions ?