



Où en sommes-nous
avec la mise en
œuvre de la
Déclaration des
Nations Unies sur les
droits des peuples
(DNUDPA)?

Me Elisabeth Patterson,
Associée

Dionne Schulze, s.e.n.c.
5 novembre 2019

Présentation

- A. Historique et contenu
- B. Mise en œuvre
- C. Différences entre la DNUDPA et le droit canadien
- D. Exemples dans la pratique
- E. Conclusion



A. Historique et contenu

1. Contexte historique

- Un des seuls instruments internationaux spécifiques aux peuples autochtones
- Adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 13 septembre 2007
- Négociations pendant deux décennies entre les États membres et les peuples autochtones
- Volonté internationale de lutter contre la discrimination envers les peuples autochtones et de promouvoir leur participation aux questions qui les concernent
- Le Canada est l'un des quatre (4) pays qui ont refusé de voter en faveur de son adoption
- Légitimité par les Premières Nations : perception qu'elle émane d'elles

A. Historique et contenu

2. Contenu

- Autodétermination : **art. 3, 4, 5 et 14.**
- Participation à la prise de décisions, lois : **art. 18, 19.**
- Droit au développement : **art. 23, 29.**
- Consentement préalable, libre et éclairé (CPLÉ) : **art. 10, 19, 28 et 32**
- Culture, langues, savoir traditionnel, pharmacopée : **art. 11-14, 24 et 31.**
- Spiritualité : **art. 12, 25, 36.**
- Terres : **art. 26-28.**
- Droit coutumier : **art. 9, 11, 12, 26, 27, 33, 34, 40.**
- Droits des Nations transfrontalières : **art. 36.**

A. Historique et contenu

2. Contenu

- Respect des traités : **art. 37.**
- Obligation de mise en œuvre : **art. 38.**
- Droit d'avoir accès à une aide financière pour la jouissance de ces droits : **art. 39.**
- Règlement des différends, également en vertu du droit coutumier : **art. 40.**
- Égalité des hommes et des femmes : **art. 44.**
- Ne peut porter atteinte à l'intégrité territoriale des États : **art. 46.**
- Restriction des droits : par la loi et afin de respecter les droits et libertés d'autrui et de satisfaire aux exigences qui s'imposent dans une société démocratique: **art. 46.**

A. Historique et contenu

3. L'appui tardif et sans réserve du Canada



- Soutien en 2010
- Un document « ambitieux » d'après Harper
- Soutien total donné en 2016 par Caroline Bennett, ministre des Affaires autochtones
- Mise en œuvre par biais de l'art. 35
- Le gouvernement Trudeau est en faveur de la mise en œuvre de la DNUDPA

B. Mise en œuvre

1. Mise en œuvre législative

1.1. Au Canada (fédéral)

- Création d'un groupe de travail ministériel chargé d'examiner les lois et les politiques relatives aux Autochtones
- Publication de Principes concernant les relations du gouvernement du Canada avec les peuples autochtones
 - Le principe no. 6 traite directement du CPLÉ
- Mesures visant à accroître la participation des peuples autochtones à la prise de décisions concernant les projets qui affectent leurs droits

B. Mise en œuvre

1. Mise en œuvre législative

1.1. Au Canada (fédéral)

- Loi sur l'évaluation d'impact, L.C. 2019, c-28, art.1
- Loi sur la Régie canadienne de l'énergie, L.C 2019 c-28, art 10
- Loi sur le Ministère des Relations Couronne-Autochtones et des Affaires du Nord, LC 2019, c 29, art 337
- Loi sur le Ministère des Services aux Autochtones, LC 2019, c 29, art 336
- Loi concernant les langues autochtones, L.C. 2019, c-23 (pas encore en vigueur)

B. Mise en œuvre

1. Mise en œuvre législative

1.1. Au Canada (fédéral)

- Projet de loi C-262 par Romeo Saganash (NPD)
- Principale exigence de la Commission de Vérité et Réconciliation
- Le gouvernement fédéral appuyait le projet de loi

B. Mise en œuvre

1. Mise en œuvre législative

1.1. Au Canada (fédéral)

Le projet de loi prévoyait que :

- la DNUDPA, reconnue comme instrument international universel en matière de droits de la personne, s'applique en droit canadien.
- le gouvernement doit, en consultation et en collaboration avec les peuples autochtones du Canada :
 - prendre toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que les lois du Canada sont conformes à la DNUDPA;
 - élaborer et mettre en œuvre un plan d'action national pour atteindre les objectifs énoncés dans la DNUDPA;
 - s'assurer que le ministre des Affaires autochtones et du Nord Canada fasse rapport annuellement à chaque chambre du Parlement sur les deux points susmentionnés.

B. Mise en œuvre

1. Mise en œuvre législative

1.1. Au Canada (fédéral)

- Répercussions qu'aurait C-262 :
 - Ne lierait que le gouvernement fédéral;
 - Les lois devraient être conformes à la DNUDPA;
 - Le gouvernement fédéral n'aurait pas à adopter de nouvelles lois;
 - Obligerait les tribunaux à intégrer la DNUDPA;
 - Demeurerait seulement une déclaration;
 - Aurait sans aucun doute un impact important sur la reconnaissance de la DNUDPA



B. Mise en œuvre

1. Mise en œuvre législative

1.2. Au Québec

- Rapport de la Commission Viens :
 - Appel à l'action no 2, à l'Assemblée nationale :
Procéder à l'adoption d'une motion de reconnaissance et de mise en œuvre de la DNUDPA au Québec.
 - Le 8 octobre 2019, l'Assemblée nationale en a pris acte
 - Appel à l'action no 3, au gouvernement du Québec :
Procéder, en collaboration avec les autorités autochtones, à l'élaboration et à l'adoption d'une loi garantissant la prise en compte des dispositions de la DNUDPA dans le corpus législatif relevant de ses compétences.



B. Mise en œuvre

1. Mise en œuvre législative

1.3. À l'international

- Réformes juridiques depuis l'adoption de la DNUDPA pour protéger les droits des peuples autochtones :
 - Protection par la Constitution : Équateur (2008), Bolivie (2009), Kenya (2010), Suède (2011) et El Salvador (2014)
 - Législation pour la protection des droits des peuples autochtones : la Bolivie a transposé la DNUDPA en législation nationale
- Politiques efficaces conformes aux principes de la DNUDPA
 - Plan national de santé des insulaires et aborigènes du détroit de Torres 2013-2023, Australie



B. Mise en œuvre

2. Statut juridique

Les États sont-ils tenus de respecter la DNUDPA ?

- La DNUDPA n'est pas un traité, mais une résolution de l'Assemblée générale de l'ONU (*soft law*)
- Généralement, pays dualiste, nécessaire d'intégrer par le biais d'une loi
- Toutefois: la DNUDPA a des effets juridiques et crée des obligations claires pour les États
- Les éléments de la DNUDPA qui font partie du droit coutumier international s'appliquent 14 directement au droit canadien comme droit

B. Mise en œuvre

2. Statut juridique

2.1 Droit coutumier international

- Définition du droit coutumier : pratiques acceptées comme étant obligatoires par les États
- Nécessite :
 - Un élément matériel;
 - Un élément psychologique.

R. c Hape CSC : « Les règles prohibitives du droit international coutumier peuvent être incorporées directement au droit interne en application de la common law, sans que le législateur n'ait à intervenir » (par. 36)

- **Certaines parties de la DNUDPA font partie du droit international coutumier et sont donc impératives**

B. Mise en œuvre

2. Statut juridique

2.1 Instrument d'interprétation

- « [l]es déclarations [sont] des sources pertinentes et persuasives quant il s'agit d'interpréter » - Juge en chef Dickson (1987)
- « Le droit autochtone d'utiliser leur propre pharmacopée traditionnelle et leurs pratiques médicales répond à l'article 24 de la Déclaration des Nations Unies » [notre traduction] – *Hamilton Health Science Corp. v. D.H.*
- « Les instruments internationaux comme la DNUDPA peuvent être pris en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois » – *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada c. Canada*, TCDP 2016

B. Mise en œuvre

2. Statut juridique

2.1 Instrument d'interprétation

- Instrument peu employé par les tribunaux (pour l'instant)
- NON : *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique* CSC 2017, *Chippewas, Clyde River*
- OUI : *Mitchell* CSC 2001, *Hupacasath* CF 2013, *Sayers* OCJ 2017, *Nunatukavut* CF 2015, *RRDC* YKSC 2017; *Laliberte* CF 2019, *Manitoba Metis Federation* MBQB 2018



B. Mise en œuvre

2. Statut juridique

2.1 Instrument d'interprétation

- Manque de réceptivité des juges ou désintérêt des plaideurs envers les instruments internationaux ?
- La verrons-nous citée de plus en plus ?
- *Ahousaht Indian Band*, BCCA 2018 (appel CSC): comment la DNUDPA informe l'obligation de consulter ? à suivre...



B. Mise en œuvre

3. Normes volontaires dans l'industrie

- Contexte forestier : FSC Canada
 - Nouvelle norme nationale (janv 2020)
 - Précise le CLPÉ tel que défini dans la DNUDPA : dialogue afin d'arriver à une entente sur l'aménagement forestier
- Contexte minier : International Council on Mining and Metals
 - Engagement des membres (dont plusieurs compagnies canadiennes) de respecter le CLPÉ de DNUDPA



C. Différences entre DNUDPA et le droit canadien

Quel sera l'impact de la mise en œuvre au Canada? Existe-t-il des différences avec le droit canadien?

- Respect de la culture, du savoir traditionnel et des pratiques traditionnelles
- Le respect du droit coutumier autochtone
- CPLÉ pour les mesures législatives
 - *Mikisew*, CSC 2018
- **1) Test des droits ancestraux**
- **2) Consentement préalable, libre et éclairé cf. projets sur les terres autochtones**

C. Différences entre la DNUDPA et le droit canadien

1. Test des droits ancestraux

- Art. 35 Constitution de 1982 : « Les droits existants—ancestraux ou issus de traités—des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés ».
- *Van der Peet* : une pratique moderne en continuité avec une pratique qui faisait partie intégrante de la culture distinctive au moment du contact avec les européens.
- Rigidité des droits ancestraux
- Ex Adams Mohawks, droits de pêche en 1603 dans le Lac St-François

C. Différences entre la DNUDPA et le droit canadien

1. Test des droits ancestraux

- Article 26 UNDRIP :
 - Droit de posséder, d'utiliser, de mettre en valeur et de contrôler les terres et les ressources *traditionnellement occupées, utilisées ou autrement acquises*
- Décisions interaméricaines Awas Tingni : flexible
- L'instrument d'interprétation pourrait conférer une certaine souplesse au test de *Van der Peet*

C. Différences entre la DNUDPA et le droit canadien

2. L'obligation de consulter

2.1 Le droit canadien

- L'obligation de consulter et d'accommoder de la Couronne en droit canadien (*Haida, Taku River, Delgamuukw*)
 - *La source* : Honneur de la Couronne, art. 35
 - *Source de l'obligation* : connaissance d'un droit potentiel
 - *Portée de l'obligation* : solidité de la preuve, gravité de l'incidence potentielle
 - *Contenu de l'obligation* :
 - bonne foi et prise en compte des préoccupations
 - peut exiger accommodement et consentement dans certains cas si les droits sont prouvés et l'incidence potentielle est sérieuse



C. Différences entre la DNUDPA et le droit canadien

2. L'obligation de consulter

2.1 Le droit canadien

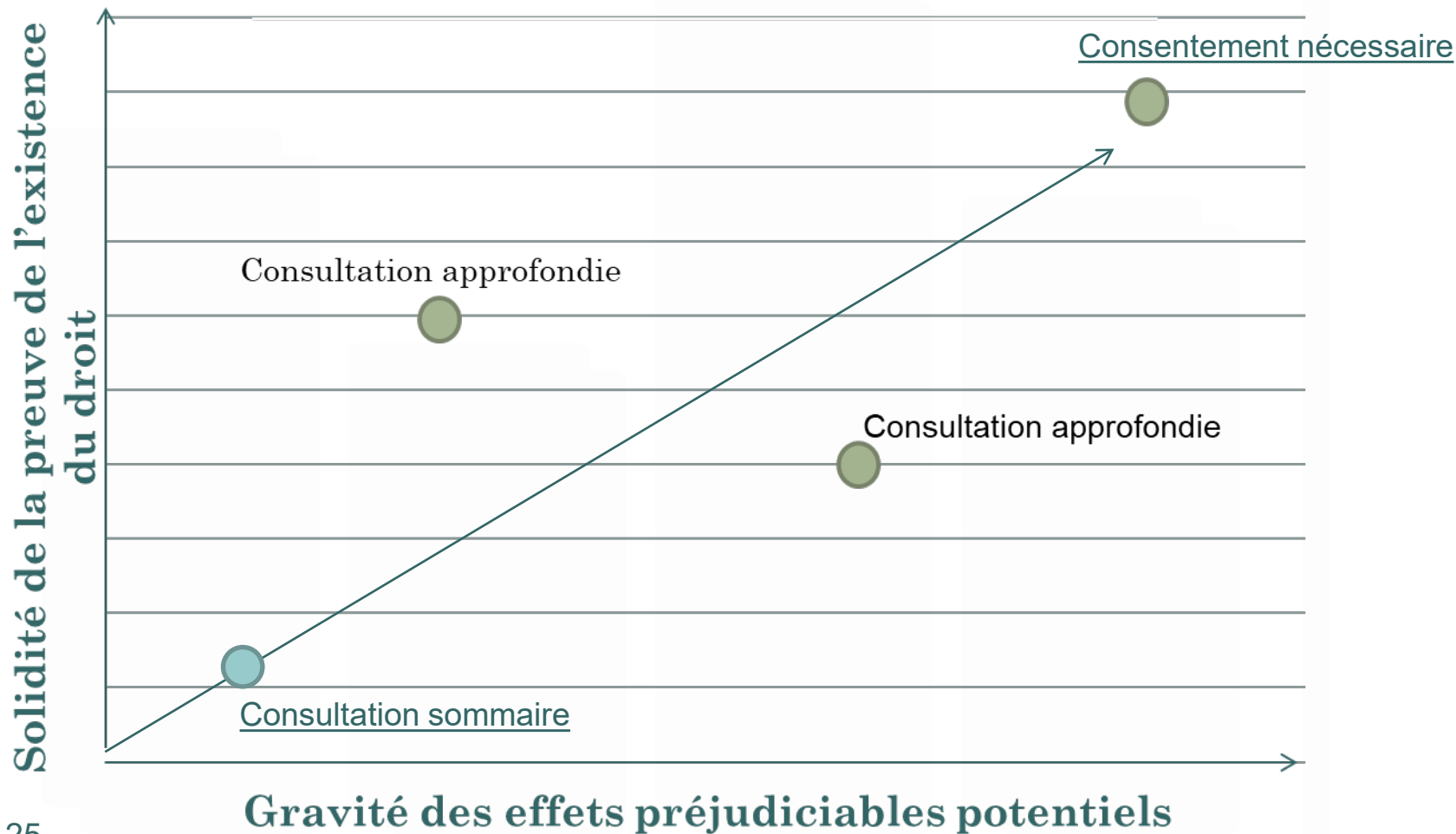
- Lorsque les droits ont été prouvés, une atteinte aux droits est permise si :
 - Consentement de la Première Nation;
OU
 - Test *Sparrow* rempli
 - Objectif législatif impérieux et réel
 - Atteinte minime
 - Compensation juste
- Lorsque les droits sont revendiqués :
 - Obligation de consultation et d'accommodement avant d'impacter les droits, selon un continuum



C. Différences entre la DNUDPA et le droit canadien

2. L'obligation de consulter

2.1 Le droit canadien



C. Différences entre la DNUDPA et le droit canadien

2. L'obligation de consulter

2.1 La DNUDPA

- Principe du « CPLÉ » dans la DNUDPA (art. 10, 11(2), 19, 28(1), 29(2) et 32(2)).
- Que veut dire CLPÉ dans la pratique?
 - 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 ».
 - James Anaya, Rapporteur spécial des NU sur les droits des peuples autochtones : **généralement pas de veto**



C. Différences entre la DNUDPA et le droit canadien

2. L'obligation de consulter

2.1 La DNUDPA

- Consultation varie en fonction de l'intérêt autochtone et de l'impact attendu de la décision envisagée (James Anaya) :
 - Effets importants nécessitent le consentement, surtout dans les cas de projets extractifs
 - À moins que l'État assure la protection des droits OU des mesures d'atténuation des impacts du projet
- Exploitation de ressources naturelles en territoire autochtone requiert leur consentement (Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Lhaka Honhat*, 2018)



C. Différences entre la DNUDPA et le droit canadien

3. Comparaison

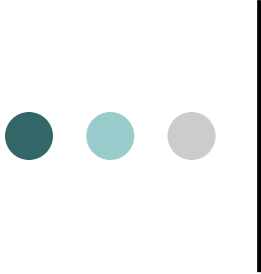
- Les deux exigent bonne foi et accommodement dans le but d'obtenir le consentement
- Les Peuples autochtones doivent agir de bonne foi en :
 - participant de manière active aux consultations avec la Couronne et le promoteur;
 - établissant dès le début du processus et exprimant clairement les enjeux clés pour la communauté;
 - **LORSQUE POSSIBLE**, se montrant flexible et prêts à faire des compromis;



C. Différences entre la DNUDPA et le droit canadien

3. Comparaison

- Pas un droit de véto; dans certains cas, peut être un droit de consentement « raisonnable »
- Le CPLÉ de la DNUDPA est conforme au droit canadien
- Légère différence concernant l'emphase sur le consentement
- Les efforts déployés et l'accommodement nécessaire varieront en fonction de la force des droits et des impacts sur ces droits
- Vers davantage d'emphase sur le consentement « raisonnable »



D. Exemples dans la pratique: vers la recherche du consentement raisonnable?

1. Stratéco

- Exploration d'uranium
- COMEX a recommandé de ne pas octroyer le certificat d'autorisation, à moins d'avoir le consentement de la communauté de Mistissini par le biais de son Conseil de bande quant à l'acceptabilité sociale du projet
- Administrateur provincial (MELCC) ne l'a pas émis
- Poursuite de Stratéco contre le Québec
- Audiences du BAPE (uranium) ont reconnu consentement nécessaire...
- Intégration consultation dans EE et autorisation refusée : consentement CLPE...

D. Exemples dans la pratique

2. Anticosti

- EES (2014-2016) (public): Innu participent et partagent leurs préoccupations – pas de suite
- 10 février 2016: demande d'autorisations (pas de processus public d'EI); peu d'information publique (documents confidentiels) (a changé en 2018)
- Avril 2016: MDDELCC envoie consultation distincte aux Innus (délai 30 j)
- Entreprise les invite aux réunions : délais courts, pas de réponses aux questions, documentation non transmise
- 15 juin 2016: permis de fracturation hydraulique est délivré
- On parle de mesures pour minimiser les risques sans expliquer lesquelles

D. Exemples dans la pratique

2. Anticosti

- 2016: contestation du permis émis, car manque de consultation
- Contre le Gouvernement du Québec (l'entreprise était une partie intéressée)
- Consultation suffisante?
- Suspension du permis durant le litige

D. Exemples dans la pratique


2. Anticosti

- Délibération du juge
- Candidature UNESCO
- Les autochtones se sont alliés à la municipalité d'Anticosti
- Le Gouvernement annule le permis
- Compensation à l'entreprise(\$20.5M)
- Juge n'a pas eu besoin de décider
- Efforts médiatiques, politiques et judiciaires
- Ob de consulter distincte, participation ds EES, pas d'EE générale



D. Exemples dans la pratique

3. Nemaska Lithium

- Co-gestion d'EE Cri-Qc (chap 22 CBJNQ) + EE féd
 - Exemple de Nemaska (Eenou)
 - Mine de Lithium (28 km)
 - Impacts sur le droit de chasse et de pêche, mais territoire très grand
 - Pas de contestation des permis
 - Achat d'actions de la société
- 
- Co-rédaction de la directive pour l'étude ÉIE
 - Promoteur réalise l'étude, mais ACEE a financé des consultants techniques indépendants.
 - Obtention d'une autre opinion concernant l'impact des effluents sur la le lac

D. Exemples dans la pratique

3. Nemaska Lithium

- COMEX: recommandations, conditions
 - MELCC: certificat + Conditions supplémentaires
 - Processus fédéral (comité mixte)
 - Consultation + Préoccupations intégrées
 - Signature d'une entente sur les répercussions et les avantages (ERA)
 - ERA: Comité mixte Eenouch/Compagnie, Suivi, Utilisation des connaissances Eenu
-
- Intégration consultation dans EE (dans le cadre du COMEX) (décision MELCC mais informée par COMEX)

D. Exemples dans la pratique

4. Bassin hydrographique Peel

- Situé au nord du Yukon, 68 000 km² écosystème intact, activités traditionnelles des PN
- Peu d'aménagement, mais potentiel de développement économique
- Couvert par l'accord cadre définitif (traité moderne)
 - Reconnaissance des territoires traditionnels





D. Exemples dans la pratique

4. Bassin hydrographique Peel

- Processus de co-gestion pour l'aménagement du territoire :
 - Consultations avec diverses PN
 - Commission indépendante recommande que 80% du territoire soit protégé
- Décision : gouvernement du Yukon décide de ne protéger que 29% du territoire, ouvrant le reste à l'exploration de minerais



D. Exemples dans la pratique

4. Bassin hydrographique Peel

- Saga judiciaire, décision de la CSC (*Nacho N'yak Dun*, 2017) donne raison aux PN
 - Après des années de consultations détaillées, le Yukon ne pouvait pas complètement modifier le plan de sorte à le rejeter
- Processus de consultation robuste, « examen complet et équitable » des positions des PN, tel que défini dans l'accord
- Emphase sur l'importance d'agir de bonne foi et selon l'honneur de la Couronne
- Vers un consentement



E. Conclusion

- DNUDPA est très importante pour les Premières Nations
- Consultation en vue d'obtenir un consentement n'est pas étrangère au droit canadien
- Traités modernes: co-gestion
- Lois canadiennes: début/ à suivre
- Québec: LQE occasion ratée (vs foresterie)
- Plus d'emphase sur le consentement
- Vers une notion de « consentement raisonnable »

Questions?

