



20.

Affaires juridiques
relatives aux
Autochtones



Introduction

Les peuples autochtones du Canada (Premières Nations, Inuits et Métis) ont des droits ancestraux (y compris des droits issus de traités) qui peuvent comprendre des titres ancestraux rattachés à de vastes territoires. Ces droits doivent être pris en compte par les entreprises dans le cadre de la mise en valeur ou du financement de projets, notamment dans les secteurs des ressources naturelles, de l'exploitation minière, de l'énergie et de l'immobilier ou de tout autre projet nécessitant un permis ou une approbation gouvernementale.

Le gouvernement a l'obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder les peuples autochtones afin d'éviter ou d'atténuer les répercussions qu'une activité proposée pourrait avoir sur les droits et titres ancestraux ou issus de traités. Le gouvernement peut déléguer certaines de ces obligations au secteur concerné, ce qui se produit souvent dans les faits. Par conséquent, au Canada, une collaboration judicieuse avec les peuples autochtones est essentielle pour faire avancer tout projet ou toute opération d'envergure, et assurer la viabilité continue des installations et des opérations existantes. Souvent, la bonne stratégie de collaboration (et sa mise en œuvre diligente) peut faire la différence entre le succès et l'échec.

Le contexte a considérablement évolué au cours des dernières années en raison de changements importants en matière de jurisprudence et, plus récemment, de politiques gouvernementale

Droits ancestraux et droits issus de traités des peuples autochtones

Les droits ancestraux et les droits issus de traités des peuples autochtones du Canada sont protégés en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'article 35 protège les titres ancestraux qui subsistent sur certaines terres au Canada, les droits ancestraux d'utilisation des terres à certaines fins traditionnelles, comme la chasse, la pêche ou le trappage, et les droits conférés aux peuples autochtones par les traités historiques et modernes (article 35, « Droits »).

Obligation de consultation et d'accommodement

Afin de concilier les droits garantis par l'article 35 et la souveraineté de la Couronne, les gouvernements fédéral et provinciaux (la « Couronne ») ont l'obligation constitutionnelle de consulter les peuples autochtones si la Couronne envisage des mesures qui pourraient avoir un effet préjudiciable sur leurs droits en vertu de l'article 35.

Parmi les exemples de mesures de la Couronne qui pourraient rendre applicable l'obligation de consulter, mentionnons les décisions d'accorder des droits de surface pour des terrains publics, la délivrance de nouveaux permis ou la modification de permis existants (comme les certificats et autorisations délivrés à la suite d'une évaluation environnementale ou du processus d'évaluation d'impact sur l'environnement), les décisions approuvant les transferts de permis (p. ex., dans le cadre d'une acquisition) et plusieurs autres.

Le seuil de déclenchement de l'examen de l'obligation de consulter de la Couronne est bas. Il est atteint lorsque la Couronne a connaissance (réelle ou implicite) de l'existence possible d'un titre ou de droits ancestraux et qu'il envisage de prendre des décisions qui pourraient avoir un effet préjudiciable sur de tels droits ou un tel titre. L'obligation prévaut avant que la preuve des droits ou du titre n'ait été établie, et ce, même en présence d'une preuve minimale d'un préjudice potentiel.

Une fois l'obligation déterminée, le contenu de l'obligation, à savoir ce que la Couronne doit effectuer pour la remplir, varie d'un cas à l'autre. Dans les cas les moins complexes, seuls l'avis et le partage de l'information relative au projet pourraient être requis. Dans les cas les plus complexes, où de solides arguments permettent d'établir l'existence d'un titre ou de droits ancestraux et où la possibilité de préjudice est grande, l'obligation de consulter peut nécessiter des mesures concrètes d'atténuation ou de compensation des effets préjudiciables appelées « accommodements », lesquelles peuvent comprendre des modifications au projet et/ou le partage des revenus de la part de la Couronne.



En raison de l'inclusion du principe de « consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause » dans la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones (traitée plus en détail ci-après), bon nombre de communautés autochtones s'attendent à ce que le consentement soit une obligation légale. Or, seule la consultation est obligatoire (sauf s'il y a présence d'un titre ancestral établi). Au moment d'exercer leurs activités au Canada, les entreprises doivent tenir compte de cet écart entre les obligations légales et les attentes.

Négociation

La Couronne peut déléguer les aspects procéduraux de la consultation à des entreprises et à d'autres promoteurs, mais il n'est pas obligatoire pour telle entreprise ou tel promoteur d'obtenir le consentement des peuples autochtones sur des terres où le titre ancestral n'a pas encore été établi par une déclaration judiciaire ou un traité. Des changements récents font évoluer les structures réglementaires vers des structures qui confèrent une plus grande importance au consentement et à l'établissement d'un consensus, particulièrement en ce qui concerne les systèmes fédéraux et provinciaux d'évaluation environnementale. D'ailleurs, de nombreuses entreprises cherchent, préalablement ou parallèlement aux procédures réglementaires, à obtenir un consentement pour des projets et des opérations qui touchent des terres visées par des revendications de droits et de titres ancestraux. Dans certaines régions (principalement dans le nord du Canada), les promoteurs de projets d'envergure sont tenus de négocier une entente sur les répercussions et les avantages avec les peuples autochtones potentiellement touchés en vertu des accords sur les revendications territoriales ou les lois régissant la mise en valeur des ressources. Les autorités fédérales et provinciales chargées de la délivrance des permis accordent de plus en plus d'importance i) au consentement (sans toutefois l'exiger) et, à tout le moins, ii) à l'obligation d'obtenir le consentement lorsqu'un titre ancestral pourrait être touché.

Peu importe l'approche adoptée par la Couronne, en consultant les peuples autochtones et en tentant de répondre au plus grand nombre possible de leurs préoccupations, les promoteurs ont été en mesure d'éviter ou de limiter toute opposition potentielle aux projets et aux opérations ainsi que les conséquences négatives qui pourraient découler d'un manque de communication et de collaboration avec les peuples autochtones, comme des contestations d'une décision gouvernementale de délivrer un permis ou une licence en raison de consultations déficientes.

DNUDPA et adoption législative au Canada

a) Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones

La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA) décrit les droits des peuples autochtones dans le monde et donne des directives sur les relations de coopération avec les peuples autochtones fondées sur des principes d'égalité, de partenariat, de bonne foi et de respect mutuel.

Un aspect important de la DNUDPA est celui du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause (CPLCC), lequel exige, entre autres, que le gouvernement consulte les peuples autochtones et collabore avec ces derniers de bonne foi dans le but d'obtenir leur CPLCC avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives qui pourraient les concerner et avant d'approuver tout projet visant leurs terres, leurs territoires ou d'autres ressources. Dans des situations où les répercussions sont très importantes, comme le déplacement, l'entreposage ou l'enlèvement de substances dangereuses, il peut être obligatoire d'obtenir le CPLCC.

Le gouvernement fédéral a exprimé son plein appui à la DNUDPA, ce que certaines provinces du Canada ont fait également.

b) Réponse du gouvernement à la DNUDPA

Le 15 décembre 2015, après six ans d'audiences sur le système des pensionnats autochtones du Canada, la Commission de vérité et réconciliation du Canada (CVR) a publié son rapport final : *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir*. Le rapport comprend 94 appels à l'action visant à remédier aux séquelles des pensionnats autochtones au Canada et à guider la réconciliation avec les Premières Nations, les Inuits et les Métis. Bon nombre des recommandations portent sur la mise en œuvre de la DNUDPA par le gouvernement. Ces recommandations demandent que la Couronne et l'industrie adoptent la DNUDPA comme cadre de réconciliation et mettent en œuvre le processus visant l'obtention du CPLCC.

Le 21 juin 2021, le gouvernement fédéral a adopté le projet de loi C-15 en réponse à ces appels à la mise en œuvre de la DNUDPA en tant que cadre de réconciliation au Canada. La *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (la « Loi sur la DNUDPA ») exige que le gouvernement du Canada, en consultation et en collaboration avec les peuples autochtones, prenne toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que les lois fédérales actuelles et futures sont conformes à la DNUDPA. Pour atteindre cet objectif, le gouvernement, en consultation avec les peuples autochtones, doit préparer et mettre en œuvre un plan d'action pour réaliser les objectifs de la DNUDPA. Il doit également produire des rapports annuels sur les progrès réalisés et les présenter au Parlement.

Le 21 juin 2023, à l'issue d'un processus de consultation et de collaboration de deux ans avec les peuples autochtones, le gouvernement fédéral a publié un plan d'action comprenant 181 mesures que le Canada s'est engagé à prendre avec les peuples autochtones, sur une période de cinq ans, pour faire avancer la mise en œuvre de la Loi sur la DNUDPA. Ce plan d'action « évolutif » devrait être renouvelé et mis à jour selon les besoins et inclure des mesures visant à :

- s'attaquer aux injustices, combattre les préjugés et éliminer toutes les formes de violence, de racisme et de discrimination contre les peuples autochtones, y compris les jeunes, les enfants, les personnes âgées, les personnes aux prises avec un handicap, les femmes, les hommes et les personnes bispirituelles et de diverses identités de genre;
- promouvoir le respect mutuel et la compréhension ainsi que les bonnes relations, notamment par le biais de formations sur les droits de la personne;
- assurer la surveillance, le contrôle, le suivi, les voies de recours ou de réparation ou toute autre forme de responsabilité en ce qui concerne la mise en œuvre de la Déclaration de l'ONU;
- veiller au suivi de la mise en œuvre, la révision et la modification du plan d'action.

Le troisième rapport annuel sur le progrès de la mise en œuvre de la Loi sur la DNUDPA a été déposé le 18 juin 2024. Il s'agit du premier rapport à suivre la mise en œuvre du plan d'action et à mettre en lumière les progrès réalisés à l'égard de ses mesures, notamment :

- élaborer une Stratégie en matière de justice autochtone pour lutter contre la discrimination systémique et la surreprésentation des Autochtones dans le système de justice;
- faire avancer le transfert des services d'approvisionnement en eau et de traitement des eaux usées aux communautés des Premières Nations, notamment par le dépôt du projet de loi C-61, *Loi concernant l'eau, les sources d'eau, l'eau potable, les eaux usées et les infrastructures connexes sur les terres des Premières Nations*;

- mener des consultations avec les communautés autochtones et les organisations représentatives sur les enjeux liés aux passages transfrontaliers auxquels sont confrontés depuis longtemps les peuples autochtones dont les territoires ancestraux sont divisés par des frontières coloniales;
- promouvoir les langues autochtones en poursuivant la mise en œuvre de la *Loi sur les langues autochtones* (Priorités partagées, mesure 92);
- garantir la prise en compte des droits autochtones et des droits issus de traités dans toutes les lois fédérales.

Ce rapport cible également les points à améliorer, notamment le besoin d'améliorer la coordination au sein du gouvernement fédéral, de fixer des délais respectueux mais efficaces pour le travail de collaboration et l'élaboration de mesures de performance, d'assurer un financement adéquat et d'établir clairement les responsabilités.

Certaines provinces et certains territoires ont adopté des lois visant à mettre en œuvre la DNUDPA. La Colombie-Britannique est la première province à avoir publié un plan d'action en 2022 et publie des rapports annuels sur son progrès. Les Territoires du Nord-Ouest ont adopté le projet de loi 85 sur la DNUDPA en 2023, et ils procèdent actuellement à l'élaboration et à la mise en œuvre d'un plan d'action en consultation et collaboration avec les peuples autochtones.

En outre, plusieurs entreprises élaborent des politiques de réconciliation décrivant leur engagement et les mesures qu'elles prendront pour faire avancer la réconciliation avec les peuples autochtones au Canada.

c) Interprétation des traités et honneur de la Couronne

L'« honneur de la Couronne » impose aux gouvernements fédéral et provinciaux une norme élevée requérant d'agir honorablement avec les peuples autochtones. Si l'honneur de la Couronne

n'est pas une cause d'action, il s'agit d'un principe constitutionnel directeur qui peut donner naissance à diverses obligations. Dans l'affaire *Ontario (Procureur général) c. Restoule*, la Cour suprême du Canada a conclu que l'honneur de la Couronne avait donné naissance à une obligation de mise en œuvre diligente de ses promesses faites par traité ainsi qu'à l'élargissement de l'éventail des recours possibles pour favoriser l'objectif de réconciliation.

d) Rôle accru des peuples autochtones dans les évaluations environnementales et dans d'autres lois

En août 2019, la *Loi sur l'évaluation d'impact* est entrée en vigueur. Les peuples autochtones sont au cœur de cette nouvelle loi, qui prévoit diverses dispositions visant à s'assurer que leurs droits, leur culture et leurs connaissances traditionnelles sont pris en considération aux différents stades de l'évaluation d'impact. La loi élargit l'examen des projets, qui ne se limite plus aux évaluations axées principalement sur l'environnement, mais s'étend à un plus large éventail d'effets, y compris davantage de consultations avec les peuples autochtones à toutes les étapes du processus d'évaluation d'impact. Certaines provinces ont apporté ou proposé des modifications à leurs propres lois de façon à refléter certaines des modifications apportées par le gouvernement fédéral.

La *Loi sur l'évaluation d'impact* a été modifiée en juin 2024 en réponse à la conclusion de la Cour suprême du Canada (renvoi relatif à la *Loi sur l'évaluation d'impact*) selon laquelle le régime des « projets désignés » de la loi était anticonstitutionnel parce qu'il outrepassait les limites de la compétence législative fédérale. D'autres modifications législatives seront nécessaires pour que la *Loi sur l'évaluation d'impact* soit conforme à la Constitution. On s'attend, par exemple, à ce que des modifications au Règlement sur les activités concrètes soient apportées, notamment pour revoir la liste des projets désignés afin de s'assurer que le cadre juridique applicable aux évaluations d'impact fédérales s'aligne avec les conclusions de la Cour.

e) Stratégie fédérale d'approvisionnement auprès des entreprises autochtones

Le 6 août 2021, le gouvernement fédéral s'est engagé à ce qu'au moins 5 % de la valeur totale des contrats fédéraux soient attribués aux entreprises autochtones d'ici la fin de l'exercice financier 2024-2025. Pour respecter cette exigence, le gouvernement a apporté des modifications à sa Stratégie d'approvisionnement auprès des entreprises autochtones (SAEA) de longue date qui établit les règles visant à accroître les possibilités d'approvisionnement offertes aux entreprises autochtones, notamment par la réservation de contrats fédéraux pour les entreprises autochtones.

La SAEA constitue une politique obligatoire pour l'ensemble des ministères et organismes du gouvernement fédéral. Avant qu'un appel d'offres pour le contrat visé ne soit lancé, une autorité contractante doit déterminer si l'approvisionnement envisagé est assujéti à la SAEA. Si la SAEA s'applique, l'approvisionnement doit être attribué à une entreprise autochtone dans les cas où le contrat vise une zone, une communauté ou un groupe dans lesquels les Autochtones représentent plus de la moitié de la population et seront les principaux bénéficiaires des biens, des services ou des travaux de construction. Dans d'autres circonstances, et sous réserve de certaines conditions, les contrats peuvent être volontairement attribués à des entreprises autochtones. Depuis l'annonce de la cible de 5 %, le gouvernement a apporté des modifications à la SAEA, y compris l'élargissement du champ d'application des attributions obligatoires et de la définition de l'expression « entreprise autochtone », dont l'existence est nécessaire pour satisfaire aux critères d'admissibilité.

Les approvisionnements dont l'attribution est déterminée par la SAEA ne sont pas visés par les exigences d'approvisionnement concurrentiel prévues par les accords commerciaux nationaux et internationaux du Canada. Si d'autres obligations relatives à des traités modernes s'appliquent (consultations, accommodements, droit de premier refus des entreprises autochtones, accords relatifs aux répercussions et avantages, etc.), ces obligations prévalent et doivent être prises en compte avant l'application de la SAEA.

Les préoccupations à l'égard du processus de la SAEA se multiplient : application incohérente (ou absence de prise en compte) de la SAEA par les autorités contractantes et signalements selon lesquels des entreprises non autochtones s'approprient faussement l'identité autochtone, entre autres. Par conséquent, une nouvelle réforme de la SAEA est à prévoir.

Éléments à considérer lorsqu'on souhaite faire affaire au Canada

En raison de l'évolution du cadre législatif, la participation des Autochtones aux opérations et aux projets augmente rapidement dans tous les secteurs de l'économie canadienne. Les promoteurs et les exploitants cherchent activement à conclure des ententes avec les peuples autochtones afin d'obtenir leur consentement et leur appui à l'égard de nouveaux projets et des installations existantes qui pourraient avoir une incidence sur les droits conférés par l'article 35.

Parallèlement, les peuples autochtones cherchent à conclure des alliances commerciales avec le secteur privé pour combler le manque d'infrastructures au sein de leurs communautés, ainsi que créer de la richesse et des possibilités économiques pour les générations futures. De ce fait, les peuples autochtones jouent un rôle actif dans la mise en valeur de leurs territoires : ils ne sont pas que consultés ou employés dans le cadre de projets, ils participent à l'exploitation d'entreprises et d'installations industrielles à titre d'actionnaires. Pour ce qui est des participants au capital-actions, il y a eu une progression, passant des petites prises de participation ou de la pleine propriété de petits projets à des partenariats élaborés ou à d'autres accords commerciaux. On s'attend à ce que cette tendance se maintienne au cours des prochaines années.