

CORRIDOR D'INFRASTRUCTURE TRANSCANADIEN, DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES ET CONSULTATION VÉRITABLE

David V. Wright*

RÉSUMÉ

Les contraintes perçues quant à l'acheminement des produits de base canadiens vers les marchés mondiaux ont suscité un regain d'intérêt pour un corridor d'infrastructure transnational, un concept initialement conçu il y a plusieurs décennies. L'idée du concept de corridor s'articule dans un contexte de jurisprudence en évolution rapide concernant les droits des peuples autochtones au Canada. Le paysage juridique relatif à ces droits a beaucoup évolué depuis la création du concept de corridor nordique, particulièrement en ce qui concerne l'obligation de consulter de la part de la Couronne.

Les obligations de la Couronne liées au corridor proposé sont importantes en ce qui concerne les droits et intérêts des peuples autochtones. Un corridor pancanadien aurait, de par sa nature linéaire, une incidence directe et indirecte sur plusieurs communautés autochtones dont les contextes varient entre groupes non signataires de traités, signataires de traités modernes, ou encore de traités historiques. Par exemple, le processus d'évaluation et d'approbation du projet Northern Gateway concernait plus de 80 communautés et territoires autochtones de l'Alberta et de la Colombie-Britannique. Quant au projet Énergie Est, maintenant annulé, il aurait traversé le territoire traditionnel de 180 communautés autochtones sur son trajet de l'Alberta aux Maritimes. Dans le même ordre d'idée, le processus d'examen et d'approbation du projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain (TMX) concernait quelque 120 communautés autochtones le long du trajet entre la région d'Edmonton et Vancouver.

Dans le contexte juridique actuel, la Couronne (c'est-à-dire, les gouvernements fédéral et provinciaux) doit consulter et, dans certains cas, accommoder les communautés autochtones si la Couronne a une connaissance réelle ou par extrapolation de l'existence de droits ou de titres autochtones et qu'elle envisage des mesures qui pourraient nuire à ces droits ou titres, comme l'approbation de grands projets d'infrastructure. Dans la mesure où il demande, de la part de la Couronne, une action qui pourrait nuire aux droits ou titres ancestraux établis ou revendiqués, le projet s'inscrit dans l'obligation de consulter, tout comme le sont les projets d'infrastructure spécifiques qui pourraient éventuellement s'ajouter au corridor.

* Professeur adjoint et membre du groupe de recherche sur le droit relatif aux ressources naturelles, à l'énergie et à l'environnement, Faculté de droit, Université de Calgary.

L'obligation de consulter émane des arrêts *Nation Haïda* et *Taku River*, tous deux de 2004. Dès les années suivantes, les tribunaux se sont engagés dans un exercice visant à clarifier la nature du paysage juridique. Un des principaux sujets de cet article concerne la « consultation véritable », notion qui est au cœur des décisions judiciaires sur l'obligation de consulter dans le cadre de grands projets. La jurisprudence est claire en ce qui concerne l'obligation de consulter, notamment en ce qui concerne sa validité. Comme la Cour d'appel fédérale l'a récemment déclaré dans l'affaire *Coldwater Première Nation c. Canada (Procureur général)*, « les indices abondent dans la jurisprudence » sur ce qui constitue une consultation véritable. En termes pratiques, une consultation véritable comprend, par exemple, la consultation de bonne foi, l'existence d'un dialogue bilatéral, la possibilité de participer au processus et de présenter des mémoires, une ouverture d'esprit de la part de la Couronne au sujet de l'accommodement des droits des Autochtones, l'intégration démontrable des préoccupations des communautés autochtones, des réponses complètes aux demandes d'information (notamment la traduction dans certains contextes), le financement de la participation et un moyen de concilier des intérêts conflictuels.

Cependant, tel qu'indiqué dans l'arrêt *Nation Haïda* et dans les nombreux cas sur cette question, l'obligation de consulter dépend fortement du contexte, qui est en grande partie déterminé par la nature de l'activité proposée (p. ex., un oléoduc, un barrage hydroélectrique, une route, des changements au régime de réglementation ou de licence, etc.) et par l'impact potentiel de ces activités sur les droits propres à chaque communauté. Ainsi, le devoir de consulter variera considérablement le long du tracé du corridor. La consultations et l'accommodement qui répondent aux obligations de la Couronne dans un contexte donné pourraient ne pas s'appliquer ailleurs. Par exemple, dans le contexte d'un traité moderne, l'obligation de consulter est en grande partie sujette à des dispositions relativement claires et explicites. La situation est parfois beaucoup moins claire dans le contexte d'un traité historique ou pour les groupes non signataires de traité. Dans ces cas, les droits en cause pourraient être jugés peu clairs ou faire l'objet de contestation. Cette diversité de droits et d'intérêts autochtones complexifie considérablement la réalisation du concept de corridor.

Cette dépendance au contexte présente des défis pour la consultation en ce qui concerne le corridor, car il s'agit d'une entreprise relativement abstraite. Même si dans sa forme définitive la proposition prévoit une emprise légale qui suivra un tracé précis, cela demeure une entreprise relativement abstraite et il est très difficile d'en prévoir tous les impacts potentiels, puis de procéder à des consultations pour chacun d'eux. Cette difficulté est exacerbée par le fait que les projets d'infrastructure sont principalement initiés par le secteur privé et il est très difficile de prédire quels projets intéresseront les acteurs du secteur privé. Bien qu'il soit possible que le processus de consultation du corridor fonctionne comme une sorte d'« enveloppe de Rochdale » et procède à des consultation sur les diverses utilisations du corridor (route, rail, oléoduc, réseaux de transport électrique

ou de communication), des consultations supplémentaires s'ajouteront presque certainement au fur et à mesure que chacun des projets se réalisera.

Au final, cependant, en vertu du droit canadien contemporain et malgré les critiques de la part des communautés autochtones, des juristes ou autres, l'obligation de consulter est principalement de nature procédurale et confère à la Couronne le pouvoir juridique d'agir sans le consentement des communautés autochtones. Tant que l'obligation de consulter est remplie, la Couronne peut aller de l'avant (bien que, comme indiqué dans le présent article, il faut tenir compte des répercussions juridiques en cas d'atteinte aux droits et de sa justification par la Couronne, problème qui demande une analyse plus approfondie). Par conséquent, il y a une voie juridique à suivre pour la réalisation du corridor, mais c'est une voie complexe dans laquelle il faut respecter l'obligation de consulter les nombreuses communautés autochtones concernées.

Dans ce contexte, l'histoire canadienne présente au moins un modèle : la Commission Berger. L'enquête des années 1970 sur le pipeline de la vallée du Mackenzie, généralement appelée Commission Berger, visait l'évaluation générale des grands projets d'oléoduc proposés pour le transport du pétrole et du gaz de l'Arctique de l'Ouest au sud du Canada. L'enquête comprenait plusieurs caractéristiques que les tribunaux d'aujourd'hui jugent nécessaires pour mener des consultations, tel que les audiences communautaires, la possibilité de poser des questions et de présenter des données ainsi que le financement de la participation.

La *Loi sur l'évaluation d'impact* récemment adoptée par gouvernement fédéral devrait également avoir un rôle important à jouer. Par exemple, le ministre pourrait désigner le corridor comme une activité physique et il ferait ainsi l'objet d'une évaluation complète en vertu de la Loi. La Couronne pourrait s'appuyer sur les responsabilités et pouvoirs juridiques considérablement accrus énoncés dans la Loi pour consulter les communautés autochtones et intégrer leurs connaissances et commentaires. Par ailleurs, le corridor pourrait aussi faire l'objet d'une évaluation régionale en vertu de la nouvelle Loi, dans laquelle le gouvernement étudie une aire de développement afin d'assurer la planification et la gestion des effets cumulatifs. Ensuite, le gouvernement peut faire appel à cette étude pour d'éventuelles évaluations d'impact liées au projet. De telles évaluations régionales peuvent être l'occasion d'amorcer les consultations auprès des communautés autochtones concernées.

Nonobstant ces forums juridiques et l'état actuel du droit canadien qui autorise l'action de la Couronne sans le consentement des Autochtones tant que l'obligation de consulter a été respectée, la jurisprudence continue d'évoluer de manière pertinente pour le corridor. Plus particulièrement, en 2016, le gouvernement fédéral a annoncé le « plein appui » du Canada à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA), notamment pour la question du « consentement préalable donné librement et en connaissance de cause (CPLCC) ». Le gouvernement s'est également engagé à légiférer sur la mise en œuvre de la

DNUDPA, une mesure déjà prise par le gouvernement de la Colombie-Britannique. La mise en œuvre de la DNUDPA dans le contexte juridique canadien est en pleine transformation. Cependant, le gouvernement fédéral adopte largement le point de vue selon lequel la DNUDPA et la notion de CPLCC ne nécessitent qu'un effort de bonne foi pour obtenir le consentement; il n'y a pas d'obtention réelle de consentement dans tous les cas. Cela est conforme au devoir de se référer à la jurisprudence, qui indique que le consentement n'est pas requis et qu'il n'y a pas d'obligation d'accord. Cependant, il est certainement prévisible que ce domaine du droit continuera d'évoluer.

Bien que la législation soit de plus en plus claire en ce qui concerne l'obligation de consulter et l'accommodement de la part de la Couronne, la dépendance au contexte juridique présente des défis importants pour la réalisation du projet de corridor, compte tenu de sa nature linéaire et relativement abstraite. En outre, ce domaine du droit évolue, en particulier à mesure que les gouvernements travaillent à la mise en œuvre de la DNUDPA. Cet article présente succinctement les divers contextes des droits des Autochtones et des intérêts présents au Canada, clarifie le concept de « consultation véritable » dans la jurisprudence canadienne contemporaine et applique cet ensemble de lois au concept du corridor. Les critiques, la complexité et les points à approfondir sont mentionnés tout au long de l'article, notamment en ce qui concerne les développements juridiques à venir.