

LA PLACE RÉSERVÉE À L'AVIS DES PEUPLES
AUTOCHTONES DANS LE CADRE DU PROCESSUS DE
PRISE DE DÉCISION CONCERNANT LE PLAN NORD OU
L'EXPLOITATION DU NORD QUÉBÉCOIS : PERSPECTIVE
JURIDIQUE INTERNE ET INTERNATIONALE

*Doris Farget et Marie-Pier Fullum-Lavery**

Cet article présente les normes de droit interne et international encadrant la prise en compte de l'avis des peuples autochtones lorsque des décisions gouvernementales sont susceptibles d'avoir un impact sur leurs vies, leurs territoires ou sur leurs droits. L'article met en lumière certaines ambiguïtés quant à l'interprétation de ces normes et propose des pistes de solution afin d'y remédier.

Il tend à démontrer que le régime de consultation en place au Canada devrait prendre en compte l'avis des peuples autochtones de manière plus importante. Pour ce faire, les auteures mettent en lumière les intérêts du droit au consentement préalable, libre et éclairé, outil de conciliation, œuvrant à l'acceptabilité de projets d'envergure et à la prise en compte des peuples autochtones en tant que partenaires de ceux-ci. L'article propose également une interprétation novatrice des normes de droit international et rappelle qu'elles peuvent asseoir l'intégration du droit au consentement en droit interne.

This article compares domestic and international standards concerning the importance attached to taking indigenous peoples' views into account when government decisions or policies have the potential effect of encroaching upon their lives, territories, or rights. This article highlights some of the ambiguities related to these standards' interpretation and emphasizes possible solutions.

It aims at demonstrating that the Canadian regime of consultation should take into account indigenous peoples' opinions more efficiently. To do so, it underlines the interests of the right to free, prior, and informed consent as a tool supporting conciliation, encouraging large-scale projects' acceptability, and enhancing indigenous peoples' status as collaborators. The article also promotes an innovative interpretation of international standards and serves as a reminder of their interaction with domestic law.

* Doris Farget, docteure en droit et chargée de cours, Faculté de droit, Université de Montréal. Elle est actuellement stagiaire postdoctorale au Département d'anthropologie de l'Université McGill. Marie-Pier Fullum-Lavery est diplômée de la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Les deux auteures souhaitent remercier Jean Leclair pour la lecture d'une version antérieure de l'article et les commentaires constructifs qu'il a formulés.

Introduction	597
I. La place équivoque des peuples autochtones dans le processus de prise de décision lié au Plan Nord	604
<i>A. Le droit commun à la consultation : un droit lacunaire</i>	604
<i>B. Les ambiguïtés dans la mise en œuvre du Plan Nord</i>	610
1. Le décalage entre les discours politique et juridique sur la place des peuples autochtones dans le processus de prise de décision	611
2. Le manque de représentativité des parties avec lesquelles Québec a négocié	612
II. L'intérêt des normes promues par l'ordre juridique international et par le système interaméricain	617
<i>A. La catégorie « projet de développement d'envergure » : forces et limites dans le contexte de l'exploitation du Nord québécois</i>	618
<i>B. Le droit à l'obtention du CPLÉ : genèse d'une norme d'intérêt dans le cadre de l'exploitation du Nord québécois</i>	623
1. Signification du droit au CPLÉ	624
2. Les conditions d'application du droit au CPLÉ : des interprétations ambiguës	628
3. Mise en œuvre des conditions d'application dans le cadre du Plan Nord	638
<i>C. Une certaine convergence du droit international quant au rôle de l'État</i>	641
III. L'interaction entre le droit international et le droit interne	646
Conclusion	650

Introduction

Le 9 mai 2011, le gouvernement libéral de Jean Charest dévoilait son projet politique pour le nord du Québec : le Plan Nord¹. Vaste projet de développement territorial, il vise à mettre en valeur le potentiel énergétique, minier, forestier et touristique de l'espace qui se situe au nord du 49^e parallèle. Le gouvernement libéral projetait d'appliquer le plan à 72 % de la superficie totale de la province, ce qui se traduit alors en un total de 120 000 personnes affectées, dont 33 000 Autochtones², pour un total de 63 villes, villages et communautés. Ce projet d'exploitation d'envergure devrait porter sur de nombreuses ressources naturelles, notamment minérales (comprenant aussi des éléments de terres rares)³, forestières⁴, hydrauliques et éoliennes⁵.

¹ Dans le cadre de cet article, nous conservons le terme Plan Nord, parce que nous avons fait l'analyse de ce grand projet de développement industriel et économique sous cette appellation, telle que proposée par le gouvernement Charest dans son dernier mandat. Suite à son accession au pouvoir en septembre 2012, le gouvernement péquiste a renommé ce projet, favorisant l'appellation « Le Nord pour tous » (Gouvernement du Québec, « Le Nord pour tous : un développement durable, responsable et rassembleur », en ligne : <www.nord.gouv.qc.ca/documents/depliant-nord-pour-tous.pdf>). Cette nouvelle qualification n'entraîne pas de transformations fondamentales sur le plan du contenu du projet. Par rigueur, nous préférons toutefois conserver l'appellation Plan Nord. Cette appellation est d'autant plus pertinente que le 7 avril 2014, soit quelques jours avant la parution de cet article, le Parti Libéral du Québec (PLQ) a gagné les élections provinciales et est devenu le nouveau parti majoritaire à l'Assemblée nationale. Par ailleurs, il est important de mentionner qu'un nouveau site Internet a été élaboré pour le projet « Le Nord pour tous ». Il remplace le site initial du Plan Nord, rendant ce dernier inaccessible et éliminant les discours et prises de position qui y étaient publiés. Nous aurons donc recours au nouveau site Internet uniquement lorsqu'il reprend des éléments identiques à ceux publiés sur le site du Plan Nord, sachant que malgré la victoire du PLQ aux élections provinciales du 7 avril 2014, le site internet gouvernemental promouvant le Plan Nord n'a pas encore été réhabilité.

² Ce chiffre est approximatif car aucune statistique fiable n'existe à ce sujet. De plus, il ne prend en compte que les populations des peuples Inuit, Cri, Naskapi et Innu, tel que l'indique le site internet gouvernemental du Secrétariat au développement nordique (Gouvernement du Québec, « Le portrait du Nord québécois » (2013), en ligne : Développement nordique <www.nord.gouv.qc.ca/portrait/index.asp>). Remarquons qu'aucune mention n'est faite des peuples Anishnabe et Atikamekw qui revendiquent pourtant certains territoires au nord du 49^e parallèle.

³ Gouvernement du Québec, « Le potentiel économique : Les ressources minérales » (2013), en ligne : Développement nordique <www.nord.gouv.qc.ca/potentiel/minerales.asp>.

⁴ Gouvernement du Québec, « Le potentiel économique : Les ressources forestières » (2013), en ligne : Développement nordique <www.nord.gouv.qc.ca/potentiel/forestieres.asp>.

Dans le cadre d'un tel projet, qu'il soit libellé de Plan Nord, Développement nordique ou Le Nord pour tous, le gouvernement du Québec dit vouloir assurer un développement économique respectueux des écosystèmes et des populations locales. Le développement du Nord québécois peut, en effet, comporter des avantages multiples pour les populations autochtones et plus largement pour les populations locales : résolution de problèmes sociaux, économiques et sanitaires; création de nouveaux logements; création d'emplois et accès à la formation; installation d'infrastructures de santé, d'éducation et autres; développement économique; expansion de l'entrepreneuriat autochtone ou encore protection du patrimoine. Le Plan Nord pourrait aussi être l'occasion rêvée de concrétiser une nouvelle relation entre les peuples autochtones et l'État, qu'il soit fédéral ou provincial, c'est-à-dire une relation basée sur la confiance, la loyauté et le dialogue d'égal à égal⁶. Pourtant, dans son état actuel, ce projet comporte de nombreuses incertitudes pour les droits des Premières nations dont le territoire est affecté⁷.

Le territoire traditionnel de six Premières nations sur onze enracinées au Québec coïncide avec celui du Plan Nord à l'œuvre. Il s'agit de celui des Innus, des Anishnabes, des Atikamekws, des Inuits, des Cris et des Naskapis. Les trois dernières Nations voient leurs droits protégés par la *Convention de la Baie-James et du Nord Québécois*⁸ et par la *Convention du*

⁵ Gouvernement du Québec, « Le potentiel économique : Les ressources énergétiques », 2013, en ligne : Développement nordique <www.nord.gouv.qc.ca/potentiel/energetiques.asp>.

⁶ Dans *Bande indienne de Shubenacadie c Canada (PG)*, la Cour suprême a d'ailleurs encouragé une relation basée sur le respect ([2000] 193 FTR 267 au para 74, 1 CNLR 282). Voir aussi Jean-François Gaudreault-DesBiens, « The Ethos of Canadian Aboriginal Law and the Potential Relevance of Federal Loyalty in a Reconfigured Relationship Between Aboriginal and Non-Aboriginal Governments: A Thought Experiment » dans Ghislain Otis et Martin Papillon, dir, *Fédéralisme et gouvernance autochtone : Federalism and aboriginal governance*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013, 51.

⁷ Dans un article dédié au Plan Nord et à ses effets sur le droit des peuples autochtones, Jean Leclair qualifie à plusieurs aspects du projet de nébuleux (« L'effet structurant des droits reconnus aux peuples autochtones sur le débat entourant le Plan Nord » dans Carole Lévesque et Daniel Salée, dir, *Les peuples autochtones et le Plan Nord : éléments pour un débat*, Montréal, Cahier Dialog, 2012 [à paraître]). Voir aussi Hugo Asselin, « Plan Nord : les Autochtones laissés en plan » (2011) 41 *Recherches amérindiennes au Québec* 37 [Asselin, « Autochtones »]; Jean-Paul Lacasse, « Le Plan Nord : au-delà du discours, une quadruple incertitude territoriale », Institut de la gestion financière-Québec, Québec (14 décembre 2011), en ligne : <www.droitcivil.uottawa.ca/index.php?option=com_content&task=view&id=41018&lang=fr> [Lacasse, « Plan Nord »].

⁸ *Convention de la Baie James et du Nord québécois et conventions complémentaires*, Québec, Publications du Québec, 2006 à la p 8 [*Convention de la Baie James et du Nord*

*Nord-Est québécois*⁹, deux ententes conclues au sens de l'article 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁰. La première éteint tous les droits ancestraux existants et potentiels sur le territoire de la Baie-James¹¹. De plus, le 24 juillet 2012 la nation Crie a signé avec le gouvernement du Québec l'*Entente sur la gouvernance dans le territoire d'Eeyou Istchee Baie-James*¹². Celle-ci donne naissance à un gouvernement régional composé à égalité de membres de la nation Crie et de Jamésiens, qui disposera de compétences accrues en matière de gestion du territoire et des ressources¹³. Trois autres nations revendiquent, en revanche, des droits ancestraux et des titres aborigènes potentiels, c'est-à-dire non encore reconnus par les instances étatiques, mais que ces nations considèrent néanmoins comme étant inhérents à leur souveraineté. Il s'agit des nations Innu¹⁴, Atikamekw¹⁵ et Anishnabe¹⁶, qui n'ont pas encore conclu d'entente définitive ayant valeur constitutionnelle pour régler leurs revendications

québécois]. La *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* a été signée le 31 janvier 1978 et plusieurs ententes complémentaires s'y sont ajoutées depuis (*ibid*).

- ⁹ *Convention du Nord-Est Québécois*, 31 janvier 1978, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord du Canada, 1984. Voir aussi *Convention du Nord-Est Québécois et conventions complémentaires*, Québec, Publications du Québec, 2008.
- ¹⁰ *Loi constitutionnelle de 1982*, art 35(3), constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Loi constitutionnelle de 1982*].
- ¹¹ *Convention de la Baie James et du Nord québécois*, *supra* note 8.
- ¹² *Entente sur la gouvernance dans le territoire d'Eeyou Istchee Baie-James*, Gouvernement du Québec et les Cris d'Eeyou Istchee, 24 juillet 2012, en ligne : Secrétariat aux affaires autochtones <www.autochtones.gouv.qc.ca/relations_autochtones/ententes/cris/entente-20120724.pdf>.
- ¹³ *Ibid* aux para 81-87, 123-47. La parité de voix entre Cris et Jamésiens, au sein du conseil du Gouvernement régional, est assurée pour les dix premières années d'opération du Gouvernement régional (*ibid* au para 82). Voir aussi Cabinet du premier ministre du Québec, communiqué « Création du gouvernement régional d'Eeyou Istchee–Baie-James » (24 juillet 2012), en ligne : Site officiel du premier ministre du Québec <www.premier-ministre.gouv.qc.ca/actualites/communiques/2012/juillet/2012-07-24.asp>.
- ¹⁴ Jean-Paul Lacasse démontre que le Nitassinan est un territoire occupé, nommé, aménagé et géré par les Innus. Ce faisant, il y a existence d'un titre aborigène potentiel pour ce peuple sur celui-ci (Jean-Paul Lacasse, *Les Innus et le territoire : Innu tipenitamun*, Québec, Septentrion, 2004 aux pp 194-209 [Lacasse, *Les Innus*]). Il démontre aussi que les Innus ont des droits sur le territoire d'implantation du Plan Nord (Lacasse, « Plan Nord », *supra* note 7 à la p 7).
- ¹⁵ Voir Henri Dorion et Jean-Paul Lacasse, *Le Québec : territoire incertain*, Québec, Septentrion, 2011 à la p 210.
- ¹⁶ Hugo Asselin rappelle que les territoires ancestraux de la communauté des Abitibiwinis de Pikogan et d'au moins une communauté atikamekw, celle d'Obedjiwan, seront affectés, puisqu'ils chevauchent le 49^e parallèle (Asselin, « Autochtones », *supra* note 7 à la p 39). Voir aussi « La Nation Anishnabe mécontente du Plan Nord », *CBC* (25 mai 2011), en ligne : <www.cbc.ca/borealhebdo/episodes/2011/05/25/la-nation-anishnabe-mecontente-du-plan-nord>.

territoriales globales avec le gouvernement. Ces trois Nations se sont vues imposer en 1975 l'extinction de leurs droits sur le territoire couvert par la *Convention de la Baies-James et du Nord Québécois*¹⁷, sans même avoir pu participer aux négociations ayant mené à cette entente¹⁸. En raison de l'injustice causée, elles continuent à revendiquer leurs droits sur une partie du territoire d'application de la *Convention de la Baie-James*, à l'est de la frontière du territoire d'application de ladite convention, ainsi qu'au nord du 49^e parallèle, sur le territoire du Plan Nord¹⁹.

Bien que le Parti libéral du Québec soit passé à l'opposition parlementaire, et ce de septembre 2012 à avril 2014, l'exploitation du nord de la province est demeuré d'actualité sous le gouvernement péquiste de Pauline Marois²⁰. Ce projet, qu'il soit nommé Plan Nord ou Le Nord pour tous, a ainsi continué à déployer ses effets. Dans ce contexte, il paraît important de mettre en lumière deux problèmes qui sont apparus au cours des derniers mois dans le cadre de la présentation et du développement du Plan Nord.

¹⁷ *Convention de la Baies-James et du Nord Québécois*, *supra* note 8.

¹⁸ Il convient de rappeler que la politique d'extinction des droits entérinée par le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux a été décriée sur le plan international. Pour le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, elle constitue une violation des droits autochtones et est incompatible avec le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (19 décembre 1966, 999 RTNU 171, RT Can 1976 n° 47, 6 ILM 368 (entrée en vigueur : 23 mars 1976, accession du Canada 19 mai 1976), art 1 [*PIDCP*]) et avec le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (19 décembre 1966, 993 RTNU 3, RT Can 1976 n° 46, 6 ILM 360 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976, accession du Canada 19 mai 1976), art 1 [*PIDESC*]). Voir Comité des droits de l'homme, *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Canada*, Doc off CCPR, 65^e sess, Doc NU CCPR/C/79/Add.105 (1999) au para 8; *Examen des rapports présentés par les États parties en vertu de l'article 40 du Pacte*, Doc off CCPR, 85^e sess, Doc NU CCPR/C/CAN/CO/5 (2006) au para 8.

¹⁹ Voir Lacasse, *Les Innus*, *supra* note 14 aux pp 28, 197, 207; Dorion et Lacasse, *supra* note 15 aux pp 211, 216, 219-20. Cette zone est bien identifiable sur la carte des communautés autochtones disponible sur le site du Développement nordique (Gouvernement du Québec, « Les communautés autochtones », en ligne : Développement nordique <www.nord.gouv.qc.ca/documents/communautes-autochtones.pdf>).

²⁰ Le Parti Québécois indiquait sur sa plateforme électorale : « Le développement du Grand Nord québécois sera une priorité pour un gouvernement du Parti Québécois qui a adopté, dès 2001, la Politique de développement du Nord du Québec » (Parti Québécois, *L'avenir du Québec est entre vos mains*, 2012 à la p 20). Le point 34 de sa plateforme électorale ajoutait :

Adopter une stratégie de gestion intégrée des ressources du Nord afin d'encadrer le développement des projets notamment miniers, d'aider les municipalités du Nord à faire face aux nouveaux défis liés au développement de la région et de favoriser la pleine participation des Premières Nations, les Inuits et les populations nordiques aux projets de développement de la région (*ibid.*).

Le premier a trait à l'ambivalence des interprétations, plus ou moins généreuses, quant à la place que devrait occuper l'avis des peuples autochtones dans le processus décisionnel et la façon dont cet avis devrait être recueilli. À ce propos, on constate en premier lieu qu'il n'y a pas d'homogénéité parfaite dans les positions des peuples autochtones. Celles-ci peuvent varier en fonction du contexte, de la communauté interrogée, mais aussi à l'intérieur même de chaque nation. Néanmoins, plusieurs peuples autochtones au Canada se positionnent en faveur de l'obtention par l'État du consentement préalable, libre et éclairé (CPLÉ). En effet, selon plusieurs organisations dont trois représentent des peuples du Québec, la norme minimale en la matière est l'obtention du CPLÉ²¹. En second lieu, force est de constater que le droit international ne répond pas clairement à la question. Certaines dispositions de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* font référence à la fois aux notions de « consultation » et de « consentement »²², laissant ainsi place à ce que Kenneth Deer a appelé « la querelle des C ». En troisième lieu, soulignons que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des forêts)*, a consacré le droit à la consultation tout en s'opposant à la reconnaissance d'un quelconque droit de veto aux peuples autochtones dans le cadre du processus décisionnel²³. Mentionnons finalement qu'au cours des derniers mois de mise en œuvre du Plan Nord certains représentants autochtones ont été invités aux tables de négociations par le gouvernement du Québec, mais que ces derniers ne font cependant pas l'unanimité au sein des nations ou des communautés au nom desquelles ils se sont positionnés. Nous y reviendrons.

Le second problème porte sur les lacunes du régime de consultation en place au Canada. Pour certains, la consultation est tout simplement une

²¹ Ces trois organisations sont le Grand Conseil des Cris, l'Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador et le Conseil des Innus du Nitassinan. Voir Groupe International de Travail pour les Peuples Autochtones, « Déclaration de la Conférence internationale sur les industries extractives et les peuples autochtones », Manille, 23-25 mars 2009 [non publiée], en ligne : <www.gitpa.org/Autochtone%20GITPA%20300/GITPA300-24declarationminesmars09.pdf> aux pp 5-6 [DCIIEPA]; Kenneth Deer, « FPIC: The 'C' stands for 'Consent' », 10^e session du Forum permanent sur les questions autochtones, présenté à New-York, 18 mai 2011, en ligne : <www.docip.org/gsdllcollect/cendocdo/index/assoc/HASH0189/0a363dff.dir/PF11deer088.pdf>; Ghislain Picard, « Le prochain gouvernement provincial du Québec aura cent jours pour tenir un sommet avec les Premières nations » (24 août 2012), en ligne : Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador <www.apnql-afnql.com>.

²² *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés AG, Doc off AG NU, 61^e sess, Doc NU A/RES/61/295 (2007), art 19, 32(2) [*Déclaration des Nations Unies*].

²³ 2004 CSC 73 au para 48, [2004] 3 RCS 511 [*Nation haïda*].

norme inadéquate. Kenneth Deer, au nom de plusieurs organisations canadiennes, en donnait clairement la raison, lors de la 10^e session de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones. Il indiquait ce qui suit :

Replacing the established standard of consent with the lesser standard of consultation would mean that at the conclusion of such a process taking place, governments or corporations would continue to be free to act in their own interests and the interests of other powerful sectors of society — while unilaterally and arbitrarily ignoring the decision taken by Indigenous peoples. This is contrary to the very purpose of FPIC²⁴.

Il mettait ainsi en évidence le simple caractère formaliste du droit à la consultation pour les États et pour les tierces parties telles que les compagnies extractives, un droit qui ne garantit pas avec certitude la prise en compte de l'avis rendu par la Première nation concernée²⁵. De plus, le droit à la consultation ne correspond pas à ce que proposent certaines normes plus exigeantes du droit international, en particulier le droit au consentement, ni à ce que revendiquent plusieurs organismes autochtones²⁶. Les lacunes du régime de consultation sont d'autant plus dommageables considérant l'étendue du projet — un projet de développement d'envergure dont plusieurs composantes auront vraisemblablement des répercussions significatives sur le territoire — et le fait que ce type d'initiatives accélère généralement la perte de contrôle des peuples autochtones sur leurs territoires²⁷.

Étant donné que la consultation s'avère parfois être une norme inadéquate, le droit international impose sous certaines conditions l'obtention du consentement des peuples autochtones. Ainsi, dans un de ses jugements, la Cour interaméricaine des droits de l'homme (la Cour interaméricaine) a déjà consacré cette norme²⁸. L'hypothèse que nous formulons soutient que le régime canadien tel qu'appliqué n'accorde pas une place effective aux avis rendus par les peuples autochtones dans le processus de

²⁴ *Deer, supra* note 21.

²⁵ Ce problème a également été soulevé par le Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones à plusieurs reprises, notamment en juillet 2012. Voir James Anaya, *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones*, Doc off AG NU, 21^e sess, Doc NU A/HRC/21/47 (2012) au para 47 [Anaya, « Rapport 2012 »].

²⁶ Voir par ex *supra* note 21.

²⁷ DCIEPA, *supra* note 21; Extractive Industries Review, *Vers un nouvel équilibre : Rapport final de la Revue des industries extractives*, vol 1, Washington, Groupe de la Banque mondiale, 2003 aux pp 20, 48 [*Revue des industries extractives*].

²⁸ *Affaire Saramaka People (Suriname)* (2007), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°172, [2007] 2 Inter-American Yearbook on Human Rights 628 [*Saramaka People*].

prise de décision, sous prétexte de la préservation de l'intérêt général. Cette situation a pour effet de maintenir le statu quo et la tutelle de l'État. De plus, elle va à l'encontre du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones et de l'édification d'une coexistence plus équitable. Or, à la lumière des normes de droit international et régional, un renforcement de la place réservée à ces avis en droit interne s'impose.

Par conséquent, au-delà des positions de chacun, quelle est la norme applicable dans le cadre d'un projet de développement comme le Plan Nord ou quelle importance l'État devrait-il attribuer à l'avis des peuples autochtones? Le droit applicable peut-il être interprété de manière à laisser aux peuples autochtones une place substantielle dans le processus de prise de décision? Le degré de diligence raisonnable exige-t-il de tenir compte et d'accommoder leurs avis, de la naissance du projet jusqu'à sa mise en œuvre, ou n'impose-t-il que de les écouter, sans garantie de prise en compte? Si la diligence raisonnable exige de tenir compte de leurs avis, dans quelles circonstances le prescrit-elle?

Ces questions sont d'autant plus pertinentes considérant l'ambiguïté de la situation en pratique. Le projet Plan Nord tel que décrit par le gouvernement qualifie les peuples autochtones de partenaires²⁹. Pourtant, cet attribut n'a aucune résonance en droit. Par exemple, le projet de loi sur la Société du Plan Nord, premier discuté à l'Assemblée nationale, ne définit, ni ne leur garantit, ce statut³⁰. Or, ce qualificatif n'impliquerait-il pas plus que la simple consultation? Dans l'état actuel de confusion, le droit international des peuples autochtones peut-il nous servir de référence?

À la lumière des deux problèmes évoqués plus haut et des questions identifiées, cet article vise à faire état des ambiguïtés actuelles et à proposer des solutions quant à l'interprétation des diverses normes applicables de droit interne et de droit international. Il a pour objectif de mettre en évidence les lacunes du régime de consultation en place au Canada et de recommander des pistes pour y remédier. Cet article tend à démontrer que ce régime peut prendre en compte l'avis des peuples autochtones de manière plus importante, en intégrant l'obligation d'obtenir leur CPLÉ. Lorsqu'appliquée, cette norme a parfois été interprétée comme conférant aux peuples autochtones un pouvoir de veto : le terme *consentement*, du latin *consentire*, supposant de donner son accord et d'accepter quelque

²⁹ Voir Gouvernement du Québec, « Le Plan Nord : un modèle unique de concertation », en ligne : Développement nordique <www.nord.gouv.qc.ca/documents/fiche-modele-concertation.pdf> [Plan Nord].

³⁰ PL 27, *Loi sur la Société du Plan Nord*, 2^e sess, 39^e lég, Québec, 2011, art 4-5 [*Société Plan Nord*].

chose³¹. Par conséquent, si l'obtention du consentement n'est pas acquise, le gouvernement et la tierce partie intéressée ne pourront pas mener à terme le projet. Il serait néanmoins inexact de réduire le droit au CPLÉ au seul droit de veto. Le CPLÉ constitue aussi un outil de conciliation, œuvrant au respect mutuel et à l'acceptabilité du projet. Autrement dit, en cas d'approbation, ce droit contribuera à ce que le projet soit mené à terme et garantira sa viabilité sociale. Il permettrait en outre aux peuples autochtones de passer de simples observateurs à acteurs d'un projet commun, redonnant ainsi tout son sens à la notion de partenariat.

Pour ce faire, nous examinerons d'abord la place équivoque jusqu'ici réservée aux peuples autochtones dans le processus de prise de décision lié au Plan Nord (I). Nous nous concentrerons ensuite sur les intérêts et sur l'ambiguïté des normes promues par l'ordre juridique international et par le système interaméricain (II). Nous analyserons brièvement l'interaction entre droit international et droit interne pour mettre en lumière le potentiel des normes externes (III) et nous conclurons en émettant quelques recommandations sur ce que devrait être la place réservée à l'avis des peuples autochtones à chacune des étapes de la mise en œuvre du Plan Nord.

I. La place équivoque des peuples autochtones dans le processus de prise de décision lié au Plan Nord

La place des peuples autochtones dans le processus de prise de décision tel qu'il s'est déroulé jusqu'à présent est équivoque. En effet, aucune certitude n'existe quant à la prise en compte des positions autochtones dans la mise en œuvre du Plan Nord, ni en vertu du droit commun à la consultation (A), ni dans le cadre de la mise en œuvre du projet telle qu'elle s'est présentée jusqu'à ce jour (B).

A. *Le droit commun à la consultation : un droit lacunaire*

La place des peuples autochtones dans le processus de prise de décision concernant le Plan Nord est ambiguë. Cela vient du fait que le droit à la consultation, comme défini par la Cour suprême dans l'arrêt *Nation haïda*, n'impose pas la prise en compte de l'avis des peuples autochtones lorsqu'un projet gouvernemental produit des effets sur leurs territoires ancestraux³². Ne permettant pas une participation effective des peuples

³¹ *Dictionnaire Larousse*, 2013, *sub verbo* « consentir ».

³² *Nation haïda*, *supra* note 23.

autochtones à la prise de décision, le droit interne s'avère être lacunaire³³. Pour en faire la démonstration, il nous faut brièvement présenter les décisions de la Cour suprême et les conditions de mise en œuvre du droit à la consultation.

Depuis le début des années 1990, la plus haute instance judiciaire favorise de nouvelles pratiques : la consultation et l'accommodement. Une première fois évoquée dans l'arrêt *R c. Sparrow*³⁴, puis dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*³⁵, l'obligation de consulter sera définitivement consacrée dans l'arrêt *Nation haïda*³⁶. Comme l'obligation d'accommoder, elle s'applique dans le cadre des droits ancestraux et des droits issus de traités protégés par l'article 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*³⁷. Ces obligations résultent du principe d'honneur de la Couronne, qui impose de ne pas traiter « cavalièrement » les intérêts des peuples autochtones lorsque ceux-ci allèguent de façon sérieuse l'existence de droits ou de titres ancestraux³⁸. Autrement dit, d'après l'arrêt *Nation haïda*³⁹, la Couronne doit respecter les intérêts potentiels des peuples autochtones alors même qu'ils n'ont pas encore été reconnus. Dans l'affaire *Alcan c. Conseil tribal Carrier Sekani*⁴⁰, la Cour suprême rappelle que trois conditions donnent naissance à l'obligation de consulter. Il faut d'abord que la Couronne envisage de prendre une mesure. Il faut également qu'elle ait connaissance de l'existence possible d'une revendication autochtone ou d'un droit potentiel. Enfin, la mesure ou la décision projetée doit avoir un effet préjudiciable sur la revendication autochtone ou sur un droit potentiel.

En ce qui a trait à la première condition, une mesure gouvernementale ne se limite pas à une action entraînant des effets immédiats sur des terres ou des ressources, mais elle doit porter atteinte à des revendications ou à des droits actuels⁴¹. Il s'agit d'une part de décisions prises en vertu d'un pouvoir discrétionnaire, dont la portée est individuelle et qui

³³ Sur la différence entre les concepts de participation et de consultation, voir Hubert Touzard, « Consultation, concertation, négociation : une courte note théorique » (2006) 1 : 5 *Négociations* 67.

³⁴ [1990] 1 RCS 1075 à la p 1119, 70 DLR (4^e) 385.

³⁵ [1997] 3 RCS 1010 à la p 1113, 153 DLR (4^e) 193.

³⁶ *Nation haïda*, *supra* note 23.

³⁷ *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 10, art 35(1).

³⁸ *Nation haïda*, *supra* note 23 au para 27.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ 2010 CSC 43 au para 31, [2010] 2 RCS 650 [*Alcan*].

⁴¹ *Ibid* au para 44.

ont un effet sur la gestion de terres ancestrales et de ressources⁴². Il s'agit d'autre part de la planification stratégique touchant l'utilisation de la ressource en cause et, depuis 2010, de « décisions stratégiques prises en haut lieu »⁴³. À la différence des décisions prises en vertu d'un pouvoir discrétionnaire, les décisions stratégiques n'ont pas un effet immédiat sur les terres et les ressources, mais comportent néanmoins un risque d'effets préjudiciables sur celles-ci. Il s'agit par exemple de cessions de concessions de fermes forestières, de l'approbation d'un plan pluriannuel de gestion forestière visant un vaste secteur géographique, de la création d'un processus d'examen relativement à un gazoduc important, de l'examen approfondi des besoins d'infrastructure et de capacité de transport d'électricité d'une province⁴⁴. Pour le Ministère des Affaires autochtones et du Développement du Nord canadien, les mesures gouvernementales qui sont frappées d'une obligation de consulter portent par exemple sur des changements structurels ou organisationnels réduisant la capacité décisionnelle de l'État⁴⁵. Sur ce point, le ministère ajoute les propos suivants :

Les actions du gouvernement qui pourraient avoir des effets préjudiciables sur des droits ancestraux ou issus de traités peuvent comporter, par exemple, des décisions relatives à un pipeline qui pourraient affecter les espèces sauvages dans leur mouvement, leur reproduction ou leur accessibilité; des décisions concernant la pollution découlant de constructions ou d'utilisations qui pourraient affecter la flore ou la faune; des changements apportés à des règlements ou à des politiques susceptibles de limiter l'utilisation des terres; une gestion du cycle de vie de terres qui pourrait avoir des conséquences sur des obligations juridiques et des relations avec les groupes autochtones; ou des décisions concernant l'utilisation de ressources naturelles susceptibles de limiter l'approvisionnement des groupes autochtones et l'utilisation qu'ils font de ces ressources⁴⁶.

Plusieurs projets de développement qui sont ou seront mis en œuvre dans le cadre du Plan Nord, notamment d'exploration et d'exploitation minière et forestière, sont susceptibles de limiter l'utilisation des terres et de modifier l'utilisation des ressources. De plus, en vertu des conditions établies par la Cour, il n'est pas nécessaire que le projet ait des effets immédiats sur les terres et les ressources. De ce fait, le Plan Nord ou les projets as-

⁴² Dans l'arrêt *Nation haïda*, il était question de l'octroi par l'État d'un permis de coupe de bois (*supra* note 23).

⁴³ *Alcan*, *supra* note 40 au para 44.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Ministère des Affaires autochtones et du Développement du Nord Canada, *Consultation et accommodement des Autochtones : Lignes directrices actualisées à l'intention des fonctionnaires fédéraux pour respecter l'obligation de consulter*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux, 2011 à la p 20.

⁴⁶ *Ibid* à la p 11.

similés constituent une mesure gouvernementale pour laquelle la consultation des peuples autochtones dont les revendications ou les droits potentiels sont affectés est obligatoire.

Cette affirmation est d'autant plus vraisemblable que le Plan Nord est une décision des autorités provinciales. En la matière, l'arrêt *Alcan* rappelle que la responsabilité d'engager la consultation incombe à l'État — provincial et/ou fédéral — et non aux tiers, incluant entre autres les entreprises privées. Cet arrêt de 2010 précise toutefois qu'une entreprise publique mandatée par l'État a le fardeau de consulter⁴⁷. On peut donc raisonnablement penser que la Société du Plan Nord devra respecter cette obligation.

La deuxième condition donnant naissance à l'obligation de consulter veut que la Couronne ait connaissance de l'existence de revendications ou d'un droit potentiel. Cette condition est aussi remplie, en particulier dans le cas des Innus, des Anishnabes et des Atikamekws qui ont fait part de leurs revendications au gouvernement provincial à maintes reprises⁴⁸. Ces revendications sont en outre actuelles.

En ce qui concerne la troisième condition, celle qui a trait aux effets préjudiciables appréhendés, ceux-ci doivent précisément être reliés à la mesure gouvernementale envisagée, par opposition aux effets généraux que pourrait entraîner le projet dans lequel s'inscrit la mesure⁴⁹. L'atteinte doit également être contemporaine, prévenant ainsi la naissance rétroactive de l'obligation⁵⁰. Dans le cadre du Plan Nord, les activités de prospection et d'exploration étant déjà à l'œuvre, les atteintes sont actuelles et les effets préjudiciables appréhendés sont reliés précisément à ces activités⁵¹.

Par ailleurs, l'intensité de l'obligation de consulter varie en fonction de la solidité de la preuve appuyant l'existence des droits ou du titre ancestral revendiqués et de l'importance des effets négatifs appréhendés⁵². Une revendication qui serait douteuse ou marginale engendrerait une obligation de consultation dans sa plus simple expression, soit une obligation d'informer les populations autochtones des mesures qu'entend prendre le gouvernement et des effets potentiels de telles mesures, alors qu'une re-

⁴⁷ *Alcan*, *supra* note 40 au para 91.

⁴⁸ Voir *supra* notes 8-10, 13.

⁴⁹ Voir *Alcan*, *supra* note 40 au para 53.

⁵⁰ *Ibid* au para 49. Si une mesure gouvernementale a été adoptée dans le passé en contravention avec l'obligation de consultation de la Couronne, ce n'est que dans le cas où une mesure envisagée produirait de nouveaux effets préjudiciables qu'une obligation de consultation pourrait alors naître (*ibid*).

⁵¹ Voir aussi Lacasse, « Plan Nord », *supra* note 7.

⁵² Voir *Nation haïda*, *supra* note 23 au para 39.

vendication plus solide pourrait engendrer des obligations plus contraignantes. L'obligation de consultation pourrait alors prendre la forme d'une consultation approfondie en vue d'obtenir une solution provisoire acceptable, ou d'une participation officielle des instances autochtones à la prise de décision. Dans ce cas, le gouvernement peut soumettre le litige à la médiation, en ayant recours à des décideurs impartiaux⁵³. Néanmoins, il ne s'agit là que de suggestions, car « [l]a nature précise des obligations qui naissent dans différentes situations sera définie à mesure que les tribunaux se prononceront sur cette nouvelle question »⁵⁴. La consultation approfondie ne garantit donc pas un droit à la participation effective et n'assure pas non plus la prise en compte de l'avis rendu par les peuples autochtones, comme c'est le cas dans le cadre du droit au consentement. La Cour indique au contraire qu'il faut agir au cas par cas, avec souplesse, pondération et flexibilité tout au long du processus⁵⁵. Par ailleurs, elle n'envisage pas la possibilité d'une hétérogénéité des points de vue autochtones et les cas de division. Le droit à la consultation est réglementé comme si tous les peuples autochtones concernés et toutes leurs composantes avaient une position identique.

Quant à l'obligation d'accommodement, la Cour suprême suggérait dans l'arrêt *Nation haïda* qu'elle pouvait naître au cours de consultations menées de bonne foi⁵⁶. Autrement dit, le processus de consultation des peuples autochtones pourrait conduire à une obligation de concilier les droits revendiqués par les communautés autochtones avec d'autres intérêts sociétaux, afin de parvenir à un compromis raisonnable pour tous⁵⁷.

⁵³ *Ibid* au para 44.

⁵⁴ *Ibid* au para 39.

⁵⁵ *Ibid* au para 45.

⁵⁶ La Cour suprême indique clairement les conditions de mise en œuvre de cette obligation :

S'il ressort des consultations que des modifications à la politique de la Couronne s'imposent, il faut alors passer à l'étape de l'accommodement. Des consultations menées de bonne foi peuvent donc faire naître l'obligation d'accommoder. *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* [nos italiques] (*ibid* au para 47).

⁵⁷ La Cour suprême reprend la définition de la notion d'accommodement donnée par le *Trésor de la langue française* (Paul Imbs, dir, *Trésor de la langue française : Dictionnaire de la langue du XIX^e et du XX^e siècle (1789-1960)*, 1971, t 1, *sub verbis* « accommodement » et « accommoder »). Elle indique notamment :

Cependant, en aucun cas le gouvernement n'est tenu à ce résultat. Comme dans le cas de l'obligation de consulter, qui n'exige pas la prise en compte de l'avis des peuples autochtones affectés, cela réduit considérablement la portée de l'obligation d'accommodement, qui ne constitue qu'une obligation de moyens n'imposant pas juridiquement l'aménagement de compromis. De plus, bien que minimalement balisée, l'obligation d'accommodement, comme l'obligation de conduire une consultation approfondie, laisse à l'État une certaine discrétion, n'étant pas définie en fonction d'une norme objective et générale. Qu'est-ce qu'« une preuve à première vue solide »⁵⁸ ou une « atteinte potentielle [...] d'une haute importance pour les Autochtones »⁵⁹? Ces notions sont subjectives. En outre, tout comme l'obligation de consulter, l'obligation d'accommoder à laquelle est tenue la Couronne n'exige pas la participation des Autochtones à la prise de décision et n'attribue pas un caractère obligatoire à l'avis rendu par ces derniers⁶⁰. Dans cette mesure, si l'on considère que seuls les peuples autochtones sont à même de définir quels sont leurs intérêts, les obligations de consultation et d'accommodement les protègent moins efficacement que l'obligation d'obtenir leur consentement. À la différence de la consultation, la mise en œuvre de l'obligation d'obtenir le CPLÉ n'est pas laissée à la discrétion de l'État. De plus, elle permet des solutions de compromis et implique la participation active des Autochtones. C'est dans ce sens que les obligations de consulter et d'accommoder paraissent lacunaires⁶¹.

[L]es termes « accommoder » et « accommodement » [sont] respectivement définis ainsi : “*Accommoder qqc. à.* L'adapter à, la mettre en correspondance avec quelque chose...” et “Action, résultat de l'action d'accommoder (ou de s'accommoder); moyen employé en vue de cette action. [...] Action de (se) mettre ou fait d'être en accord avec quelqu'un; règlement à l'amiable, transaction”. L'accommodement susceptible de résulter de consultations menées avant l'établissement du bien-fondé de la revendication correspond exactement à cela : la recherche d'un compromis dans le but d'harmoniser des intérêts opposés et de continuer dans la voie de la réconciliation. L'engagement à suivre le processus n'emporte pas l'obligation de se mettre d'accord, mais exige de chaque partie qu'elle s'efforce de bonne foi à comprendre les préoccupations de l'autre et à y répondre (*Nation haïda, supra* note 23 au para 49).

⁵⁸ *Ibid* au para 44.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid* au para 48.

⁶¹ Sur le plan québécois, les critiques sont similaires. Le gouvernement provincial a produit un *Guide intérimaire en matière de consultation des communautés autochtones* en 2008 (Québec, Groupe interministériel de soutien sur la consultation des Autochtones, *Guide intérimaire en matière de consultation des communautés autochtones*, Québec, Secrétariat aux affaires autochtones, 2008). Celui-ci se fonde sur la jurisprudence de la Cour suprême et prône l'*instauration d'un dialogue*. Néanmoins, l'instauration d'un dialogue ne signifie pas que le gouvernement ait obligation de pren-

Pour conclure, il est important de préciser que les obligations de consultation et d'accommodement sont des obligations continues qui se poursuivent au-delà du règlement formel des revendications⁶². Ainsi, bien qu'en échange de compensations financières et d'autres services la *Convention de la Baie-James et du Nord Québécois* prévoit que les Inuits et les Cris cèdent, renoncent et abandonnent toutes leurs revendications territoriales⁶³, le principe de l'honneur de la Couronne demeure applicable. La Couronne se doit d'agir honorablement aussi bien à l'étape de la négociation que de la mise en œuvre des ententes ayant une valeur constitutionnelle⁶⁴. De plus, les ententes sur les revendications territoriales globales, autrement appelées ententes modernes, comme la *Convention de la Baie-James*, ne constituent pas des codes complets. Elles restent donc soumises au principe d'honneur de la Couronne et à ses corollaires, dont l'obligation de consulter⁶⁵. Par conséquent, les obligations de consulter et d'accommoder les peuples autochtones, telles que définies par la Cour suprême, s'appliquent tant dans le cas des Innus, des Anishnabes et des Atikamekw, que dans le cas des Cris, des Inuits et des Naskapis.

Outre la place incertaine accordée à l'avis des peuples autochtones dans le cadre du droit commun à la consultation, d'autres ambiguïtés se manifestent, liées à la mise en œuvre de ces normes dans le cadre du Plan Nord.

B. Les ambiguïtés dans la mise en œuvre du Plan Nord

Deux problèmes se posent dans la mise en œuvre spécifique du Plan Nord. Le premier porte sur la place des peuples autochtones dans le processus de prise de décision lié au Plan Nord. On remarque un décalage entre le discours juridique et le discours politique qui, comme nous l'avons déjà indiqué, qualifie les peuples autochtones de partenaires. Cela nous porte à nous interroger sur la place effective qui leur est accordée au stade

dre en compte le point de vue des autochtones. De plus, le guide suggère que le gouvernement établisse, « lorsque cela est possible », des moyens de conciliation, voire des possibilités d'accommodement en collaboration avec les communautés autochtones (*ibid* à la p 9). Telle que formulée, cette obligation s'apparente davantage à une aspiration variant en fonction des circonstances.

⁶² Voir *Nation haïda*, *supra* note 23 au para 32.

⁶³ *Convention de la Baie James et du Nord québécois*, *supra* note 8 à la p 6.

⁶⁴ *Première nation crie Mikisew c Canada*, 2005 CSC 69 au para 57, [2005] 3 RCS 388.

⁶⁵ Voir *Beckman c Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53 au para 38, [2010] 3 RCS 103, juge Binnie : « Je ne crois pas que le traité du Yukon était censé constituer un "code complet". Quoi qu'il en soit, l'obligation de consulter découle du principe de l'honneur de la Couronne, qui s'applique indépendamment de l'intention expresse ou implicite des parties [...] ». De plus, ce principe semble s'appliquer à la *Convention de la Baie-James* (*ibid* au para 12).

de l'élaboration du projet et dans le cadre de sa mise en œuvre. Le second problème a trait à la représentativité. La question est alors de savoir si les institutions autochtones consultées dans le cadre de l'élaboration du Plan Nord jusqu'à ce jour sont représentatives.

1. Le décalage entre les discours politique et juridique sur la place des peuples autochtones dans le processus de prise de décision

Le Plan Nord est présenté par le gouvernement provincial comme étant un projet collectif initié par « une vision commune » à laquelle ont consenti et contribué les populations locales dont les Autochtones⁶⁶. Celui-ci qualifie même le projet de « modèle unique de concertation »⁶⁷. Le ministre responsable des affaires autochtones indique ce qui suit :

La mise en œuvre du Plan Nord se fera dans un esprit de respect mutuel, et les générations futures pourront s'inspirer à leur tour de ce modèle de partenariat novateur, fondé sur le dialogue et le respect. Son développement intégrera la vision autochtone telle qu'elle évoluera au cours de sa mise en œuvre⁶⁸.

Le site Internet gouvernemental indique également que les Nations autochtones ont été associées en tant que partenaires et continueront à l'être :

Le Plan Nord est le fruit des réflexions d'élus du gouvernement du Québec, d'élus des régions, de représentants des Premières Nations (crie, naskapie, innue) et des Inuit qui, de pair avec les représentants de milieux économiques, sociaux, communautaires et environnementaux, ont dessiné le Nord de demain.

Pendant plus d'une année, plus de 450 personnes ont travaillé ensemble à établir des modes de collaboration nouveaux, afin que le Plan Nord devienne réalité. Une telle démarche de concertation est sans précédent⁶⁹.

Créant des attentes légitimes chez les peuples autochtones et chez la majorité non autochtone, les références au respect mutuel, à la collaboration, à la concertation ou au dialogue constituent autant de principes directeurs propres à encadrer l'établissement, mais aussi le déroulement du projet, à toutes les phases de sa mise en œuvre.

⁶⁶ Voir Gouvernement du Québec, « Une vision commune » (2013), en ligne : Développement nordique <www.nord.gouv.qc.ca/vision/index.asp>.

⁶⁷ Plan Nord, *supra* note 29.

⁶⁸ Gouvernement du Québec, « Mot du ministre responsable des affaires autochtones » (2013), en ligne : Développement nordique <www.nord.gouv.qc.ca/mots/geoffrey-kelley.asp> [Mot du ministre].

⁶⁹ Plan Nord, *supra* note 29.

Cependant, ces références émanent du discours politique. Elles ne transparaissent pas dans la législation discutée à ce jour, qui aura pour vocation d'encadrer juridiquement ce projet. Alors que le site officiel du Plan Nord promet que le conseil d'administration de la Société du Plan Nord sera en partie composé de représentants des Nations autochtones⁷⁰, le projet de loi sur la Société du Plan Nord ne garantit pas la présence autochtone au sein de cet organe qui administrera le projet et en coordonnera les investissements et la mise en œuvre, en vertu des plans quinquennaux élaborés par le gouvernement. L'article 26 du projet de loi, qui institue le conseil d'administration de la Société, indique simplement la chose suivante :

La Société est administrée par un conseil d'administration composé de 15 membres, dont le président du conseil et le président-directeur général. Au moins huit membres, dont le président, doivent, de l'avis du gouvernement, se qualifier comme administrateurs indépendants.

Le gouvernement nomme les membres du conseil d'administration, autres que le président de celui-ci et le président-directeur général, en tenant compte des profils de compétence et d'expérience approuvés par le conseil. Ces membres sont nommés pour un mandat d'au plus quatre ans⁷¹.

Il est surprenant de noter que les dispositions de ce projet de loi ne donnent aucune garantie de participation aux Premières nations et n'évoquent aucunement cet enjeu, alors qu'il paraît très présent dans le discours politique. D'un point de vue juridique, nous considérons donc que la participation effective des peuples autochtones affectés à l'élaboration et à la mise en œuvre du Plan Nord n'est pas assurée.

2. Le manque de représentativité des parties avec lesquelles Québec a négocié.

Au stade de l'élaboration du Plan Nord, ce sont les conseils de bandes et les conseils tribaux des quatre nations Cri, Inuit, Naskapi et Innu qui ont été invités à participer à deux tables de concertation, celle des partenaires et celle des partenaires autochtones⁷². Cette collaboration au stade

⁷⁰ « De plus, le conseil d'administration de la Société du Plan Nord, chargée de coordonner la mise en œuvre du Plan Nord, sera composé de représentants des régions, des nations autochtones, du secteur privé et du gouvernement du Québec » (*ibid.*).

⁷¹ *Société Plan Nord*, *supra* note 30, art 26.

⁷² La table des partenaires réunit des représentants du secteur municipal, des nations autochtones, des domaines économique et environnemental, du milieu scolaire et de la recherche ainsi que des représentants des ministères et d'autres organismes concernés par le Plan Nord. Le mandat de cette table consiste, entre autres, à déterminer les priorités économiques et sociales des divers groupes représentés. Le gouvernement québé-

de l'élaboration du projet est fondamentale, puisqu'elles associent en amont les peuples autochtones au processus de décision, mais elle n'est pas sans soulever quelques difficultés qui ont trait à la représentativité et à la mise en œuvre de l'obligation de consulter à court et à moyen terme. Ces difficultés sont d'autant plus importantes à signaler qu'elles s'ajoutent au fait que la position des nations autochtones affectées est présentée de manière homogène par les médias. Les Cris, les Inuits et les Naskapis sont perçus comme favorables au projet, alors que les Innus, les Atikamekw et les Anishnabes y seraient défavorables. La réalité est plus complexe. Aucune généralisation ne peut être faite en la matière, certains Innus, Inuits ou Cris se positionnant aussi contre le projet⁷³.

Le manque de représentativité des parties autochtones avec lesquelles Québec a négocié se manifeste à plusieurs égards et soulève quelques interrogations. Premièrement, certaines nations autochtones paraissent favorisées par rapport à d'autres. Pourquoi aucune mention n'est jamais faite des peuples Anishnabe et Atikamekw, dont certaines des communautés revendiquent pourtant des droits ancestraux et un titre au nord du 49^e parallèle? Leur exclusion des tables de négociations fait preuve d'un déséquilibre dans la prise en compte des intérêts autochtones⁷⁴. Ce déséquilibre s'expliquerait-il par l'émergence d'un discours commun partagé entre certains peuples autochtones — ou certains segments de ceux-ci — et le gouvernement provincial, conduisant à l'ignorance des positions qui ne concordent pas suffisamment avec le point de vue du gouvernement⁷⁵?

cois a également mis en place, en collaboration avec le Secrétariat aux Affaires autochtones, une seconde table de concertation, celle des partenaires autochtones, afin qu'il soit abordé plus spécifiquement les enjeux de nature autochtone propres au territoire visé (Gouvernement du Québec, « Plan Nord : table des partenaires » (2013), en ligne : Développement nordique <www.nord.gouv.qc.ca/partenaires/index.asp>). On retrouve à la table des partenaires autochtones les mêmes instances de représentation autochtones que celles présentes à la table des partenaires (Ministère des Ressources naturelles, communiqué « Les partenaires unis pour le Plan Nord » (6 novembre 2009), en ligne : Ministère des Ressources naturelles du Québec <www.mrn.gouv.qc.ca/presse/communiqués-detail.jsp?id=7934>). Sous le gouvernement libéral de Jean Charest, cette table de concertation était coprésidée par la ministre des Ressources naturelles et ministre responsable du Plan Nord, accompagnée du ministre des Affaires autochtones (*ibid*).

⁷³ Voir Asselin, « Autochtones », *supra* note 7 aux pp 39-40. Cette hétérogénéité des positions au sein de chaque Nation est aussi apparue clairement dans le cadre d'une conférence sur le Plan Nord (Conférence Plan Nord : Perspectives, défis et promesses pour les communautés autochtones nordiques, présentée à la Faculté de droit de l'Université McGill, 11 février 2012 [non publiée]).

⁷⁴ Ce constat est également fait par d'autres auteurs, voir notamment Leclair, *supra* note 7.

⁷⁵ Voir par ex Jeremy Webber, « Rapports de force, rapports de justice : la genèse d'une communauté normative entre colonisateurs et colonisés » dans Jean-Guy Belley, dir, *Le*

Deuxièmement, les chefs des communautés de Natashkuan⁷⁶ et de Mashteuiatsh siègent au nom de la nation innue. Or, le second chef semble siéger à la table des partenaires en sa qualité de représentant du secteur des négociations du Conseil tribal Mamuitun mak Nutakuan. Par conséquent, il représenterait plus largement les communautés d'Essipit, de Mashteuiatsh et de Natashkuan, soit trois Premières nations innues sur neuf. Qui a désigné ces instances de représentations comme étant légitimes pour tous les Innus : les membres de ce peuple issus des neuf réserves ou le gouvernement?

Troisièmement, la consultation des conseils de bande est-elle suffisante dans le cadre d'un projet de si grande ampleur, sachant que des divisions existent, sans parler du fait que les conseils constituent des institutions coloniales de gouvernement? Le gouvernement n'est-il pas tenu de décider en ayant conscience de tous les points de vue? À ce titre, ne conviendrait-il pas d'inviter à la table des négociations des organismes représentant les intérêts des femmes et des jeunes autochtones? De même, l'invitation des aînés ne serait-elle appropriée, ceux-ci jouant un rôle particulier au sein des communautés.

Quatrièmement, à ce jour, plusieurs organisations autochtones ne considèrent pas avoir été consultées. Par exemple, l'assistant exécutif du président de la corporation Makivik indiquait à l'hiver 2012 qu'il ne pouvait définir ce qu'était le Plan Nord et espérait que le Nunavik puisse devenir un partenaire⁷⁷. Ghislain Picard, chef de l'Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador, rappelait qu'en novembre 2009 son organisation n'avait pas été invitée à la première table des partenaires du Plan Nord⁷⁸. Ces allégations font preuve de lacunes dans la mise en œuvre de l'obligation de consulter.

Cinquièmement, le gouvernement n'est pas sans savoir que l'obligation de consulter se poursuivra tout au long de la réalisation du Plan Nord, en aval et à toutes les étapes de sa réalisation. À ce titre, le ministre responsable des affaires autochtones indique que la participation

droit soluble : contribution québécoise à l'étude de l'internormativité, Paris, LGDJ, 1996, 113 aux pp 116-17. Voir aussi Derrick Bell, *Silent Covenants: Brown v. Board of Education and the Unfulfilled Hopes for Racial Reform*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

⁷⁶ Encore appelée Nutakuan.

⁷⁷ Harry Tulugak, allocution, Conférence Plan Nord : Perspectives, défis et promesses pour les communautés autochtones nordiques, présentée à la Faculté de droit de l'Université McGill, 11 février 2012 [non publiée].

⁷⁸ Ghislain Picard, allocution, Conférence Plan Nord : Perspectives, défis et promesses pour les communautés autochtones nordiques, présentée à la Faculté de droit de l'Université McGill, 11 février 2012 [non publiée].

des Autochtones est essentielle à la réussite du projet⁷⁹. Or, aucune garantie n'existe à ce jour dans la législation discutée à l'assemblée parlementaire. Rappelons que l'Assemblée nationale du Québec a discuté des modalités encadrant la création de la Société du Plan Nord. Il est cependant impossible de prédire le poids qui sera accordé aux représentants autochtones au sein de son conseil d'administration et de savoir si la représentativité des personnes désignées par la province pour intervenir au nom des divers intérêts autochtones sera assurée.

Pourtant, certaines solutions existent en droit canadien pour mieux tenir compte de la représentativité des positions autochtones. Des outils permettant de définir clairement les bénéficiaires de l'obligation de consulter ont été déterminés. La Cour suprême ne s'est pas encore prononcée sur la question de savoir qui consulter précisément. En revanche, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a été confrontée à cet enjeu en 2009. Dans l'affaire *Nlaka'pamux Nation Tribal Council v. Griffin*⁸⁰, il était question de l'extension d'un dépotoir utilisé par l'entreprise Metro Vancouver sur le territoire de la réserve de la Nation Nlaka'pamux. Au sein de cette Nation, qui se compose elle-même de plusieurs bandes, les opinions sur l'extension du dépotoir étaient divisées. Les représentants présumés de la bande Ashcroft étaient favorables à l'extension alors que le Conseil Tribal de la Nation Nlaka'pamux était contre le projet. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a donc établi des balises pour consulter les communautés autochtones en l'absence de consensus. Elle s'est fondée sur le critère de la diligence raisonnable pour exiger du gouvernement qu'il s'assure de la prise en considération de tous les points de vue existants au sein de la communauté⁸¹. Ce jugement, bien qu'il ait été renversé par la Cour d'appel de Colombie-Britannique en 2011⁸², propose une formule qui paraît relever du bon sens. Si nous la transposons en contexte québécois, elle signifierait que le gouvernement provincial doit consulter l'ensemble des peuples autochtones concernés, que leurs revendications soient ou non réglées par la conclusion d'une entente. De plus, en cas de dissidence au sein d'une nation, il lui incomberait de prendre en ligne de compte tous les points de vue en présence, dont celui des jeunes et des femmes autochtones⁸³.

⁷⁹ Voir Mot du ministre, *supra* note 68.

⁸⁰ 2009 BCSC 1275, [2009] 4 CNLR 213, inf par 2011 BCCA 78, [2011] 2 CNLR 186.

⁸¹ *Ibid* au para 73.

⁸² *Nlaka'pamux Nation Tribal Council v British Columbia (Environmental Assessment Office)*, 2011 BCCA 78 aux para 68-100, [2011] 2 CNLR 186.

⁸³ En février 2012, l'organisme Femmes autochtones du Québec déplorait le manque de présence des femmes autochtones dans le cadre de l'élaboration du Plan Nord (Aurélien Arnaud, allocution, Conférence Plan Nord : Perspectives, défis et promesses pour les

Au titre des solutions et au-delà de la consultation, le modèle de cogestion instauré en 2005 par la Norvège sur une partie des terres ancestrales du peuple Saami, au sein du comté du Finnmark, pourrait être considéré. Le *Finnmark Act* a transféré la propriété de près de 95 % des terres du comté à un organisme foncier qu'elle institue. La loi prévoit que l'organisme est administré par un conseil composé de six membres désignés à parité par le Conseil du Comté de Finnmark et par le Parlement Saami de Norvège⁸⁴. Dans ce cadre, un poids équivalent est accordé de part et d'autre aux Saamis et au Conseil du comté. Le gouvernement provincial pourrait lui aussi envisager la création d'une véritable société de cogestion du Nord québécois, qui soit adaptée au contexte de la province et à la pluralité des groupes autochtones. Néanmoins, en l'état actuel du projet, cela n'est pas envisagé. Cette solution pourrait pourtant apaiser certaines critiques qui ont été émises dans les médias par l'Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador et par certains chefs⁸⁵, puisqu'elle permet une forme d'inclusion plus effective au processus de prise de décision.

Par conséquent, le droit à la consultation, tel qu'institué par la Cour suprême et tel que mis en œuvre dans le cadre de l'élaboration du Plan Nord, ne paraît pas être un outil de conciliation équitable et suffisant, parce que souvent exercé sans porter attention à l'identité et aux représentations de celles et ceux qui sont consultés et sans exiger la prise en compte de l'avis des peuples autochtones. À ce titre, les ordres juridiques

communautés autochtones nordiques, présentée à la Faculté de droit de l'Université McGill, 11 février 2012 [non publiée]. Concernant les effets liés à l'absence de prise en considération du point de vue des femmes autochtones, voir Gerdine Van Woudenberg, « Des femmes et de la territorialité : début d'un dialogue sur la nature sexuée des droits des autochtones » (2004) 34 : 3 Recherches amérindiennes au Québec 75.

⁸⁴ *Lov 17. juni 2005 nr 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (Finnmarksloven)* (Norvège). Une traduction anglaise est également disponible (*Act of 17 June 2005 No. 85 relating to legal relations and management of land and natural resources in the county of Finnmark (Finnmark Act)* (Norvège), art 6-7, en ligne : <www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-20050617-085-eng.pdf> [*Finnmark Act*]).

⁸⁵ Voir Lia Lévesque, « Les Premières Nations dénoncent déjà le Plan Nord », *La Presse canadienne* (9 mai 2011) en ligne : <www.lapresse.ca/le-soleil/actualites/politique/201105/09/01-4397627-les-premieres-nations-denoncent-deja-le-plan-nord.php>; Louis-Gilles Francoeur, « Le projet Charest n'est pas applaudi partout : les écologistes déplorent un « développement à l'ancienne », *Le Devoir [de Montréal]* (10 mai 2011) en ligne : <www.ledevoir.com/politique/quebec/322974/le-projet-charest-n-est-pas-applaudi-partout>. Sur les craintes d'un contournement des revendications territoriales et sur la question de la compensation, voir Tommy Chouinard, « Des Innus partent en guerre contre le Plan Nord », *La Presse [de Montréal]* (21 novembre 2011) en ligne : <www.lapresse.ca/actualites/national/201111/21/01-4470044-des-innus-partent-en-guerre-contre-le-plan-nord.php>.

international et interaméricain sont porteurs de solutions qui pourraient servir de modèles contribuant à l'avancement du droit interne. Ces derniers semblent accorder une place plus importante au point de vue des peuples autochtones dans les processus décisionnels, en particulier dans le cadre de projets aux répercussions significatives sur le territoire. Il paraît donc intéressant d'examiner les normes qui en sont issues, en particulier l'obligation d'obtenir le consentement des peuples autochtones, puisque certaines composantes du Plan Nord supposent de telles répercussions.

II. L'intérêt des normes promues par l'ordre juridique international et par le système interaméricain

En droit international et interaméricain, le droit au CPLÉ n'est pas la seule norme applicable lorsqu'un État souhaite autoriser un projet de développement ou d'investissement en territoire autochtone, mais il occupe une place plus importante qu'en droit interne. Cette norme apparaît dans la *Déclaration des Nations Unies*⁸⁶ ainsi que dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine, et certaines conditions encadrent son application.

L'interprétation de la *Déclaration des Nations Unies*, qui évoque à la fois la consultation et l'obtention du consentement des peuples autochtones aux articles 19 et 32⁸⁷, n'est pas uniforme. En vertu de ce texte, la simple consultation en vue d'obtenir le consentement constituerait la norme minimale lorsque les conditions de mise en œuvre du droit au CPLÉ ne sont pas réunies⁸⁸. L'opposition de certains États influents au

⁸⁶ *Déclaration des Nations Unies*, *supra* note 22.

⁸⁷ L'article 19 énonce la chose suivante :

Les États se concertent et coopèrent de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés — par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives — avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de concerner les peuples autochtones, *afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause* [nos italiques] (*ibid.*).

L'article 32(2) prévoit quant à lui ceci :

Les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, *en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause*, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres [nos italiques] (*ibid.*).

⁸⁸ Committee on the Rights of Indigenous Peoples, « Final Report », 75^e Conférence de l'International Law Association, présentée à Sofia, Bulgarie, 26 au 30 août 2012 aux

droit au CPLÉ, lors des négociations de la *Déclaration des Nations Unies*, a sans doute eu un effet sur la formulation des dispositions de ce texte⁸⁹ et sur l'état actuel d'ambivalence du droit international.

Malgré cette hésitation à l'égard du droit au CPLÉ, il nous paraît opportun de présenter le contenu des dispositions et des jugements rendus et d'en proposer des interprétations propres à favoriser l'intégration du droit au CPLÉ en droit interne.

Avant d'aborder l'état du droit, nous allons présenter la catégorie de projets que le droit international a qualifiés de « développements d'envergure », puisqu'elle semble avoir des répercussions sur la place à attribuer à l'avis du peuple autochtone affecté en matière de participation à la prise de décision. Nous analyserons les forces et les limites de cette qualification dans le contexte spécifique de l'exploitation du Nord québécois. Nous allons ensuite exposer le contenu d'une norme en construction : le droit à l'obtention du consentement préalable, libre et éclairé et les controverses qui l'entourent. L'intérêt de cette norme dans le cadre du Plan Nord sera également précisé. Ce faisant, les normes développées en droit international et interaméricain devraient être une source d'inspiration pour le droit interne quant à la qualification de « projet de développement d'envergure » (A), à la promotion du droit au CPLÉ (B) et au rôle de l'État (C).

A. La catégorie « projet de développement d'envergure » : forces et limites dans le contexte de l'exploitation du Nord québécois

En vertu du droit international et interaméricain, le Plan Nord peut être qualifié de projet de développement territorial d'envergure ou « à grande échelle », s'inscrivant ainsi dans une catégorie juridique apparue en droit international au courant des années 2000.

Dès 2003, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits des populations autochtones définit l'expression « projet de développement d'envergure » :

L'expression « projet de développement d'envergure » désigne des programmes d'investissement de capitaux publics ou privés, nationaux ou internationaux visant la mise en place ou l'amélioration des infrastructures matérielles d'une région donnée, la transformation à

pp 3-7 [non publiée], en ligne : <www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1024> [Conférence de Sofia].

⁸⁹ Jeremie Gilbert et Cathal Doyle, « A New Dawn over the Land: Shedding Light on Collective Ownership and Consent » dans Stephen Allen et Alexandra Xanthaki, dir, *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford, Hart, 2011, 289 aux pp 316-17.

long terme d'activités de production impliquant une modification de l'utilisation des terres et des droits de propriété sur celles-ci, l'exploitation à grande échelle des ressources naturelles, y compris les ressources du sous-sol, et la construction de centres urbains, de sites industriels ou miniers, de centrales énergétiques, d'installations d'extraction et de raffineries, d'infrastructures touristiques, d'installations portuaires, de bases militaires et autres entreprises analogues. L'objectif poursuivi est variable; il peut s'agir de renforcer la croissance économique, de réguler les crues, de produire de l'électricité ou d'autres énergies, d'améliorer les réseaux de transport, de promouvoir les exportations afin de disposer de devises, de créer de nouveaux établissements, de veiller à la sécurité nationale ou encore de créer des emplois et des sources de revenus pour les populations de la région⁹⁰.

Cette définition a servi d'appui au nouveau Rapporteur spécial, James Anaya, dans sa récente analyse sur les industries extractives⁹¹, ainsi qu'à la Cour interaméricaine, instance judiciaire principale du système interaméricain de protection des droits humains. Dans un arrêt de 2007⁹², celle-ci citait le passage suivant du rapport de Rodolfo Stavenhagen :

Lorsque [des projets à grande échelle] se produisent dans des régions habitées par des peuples autochtones, on peut s'attendre que les communautés concernées connaissent des bouleversements sociaux et économiques, qui ne sont pas toujours compris, et certainement pas toujours prévus, par les autorités chargées de la promotion du projet.

[...]

Les principales conséquences de ces projets sur les droits de l'homme des peuples autochtones sont la perte des territoires et terres traditionnels, l'expulsion, la migration et la réimplantation qui s'ensuit, l'épuisement des ressources nécessaires à la survie matérielle et culturelle, la destruction et la pollution de l'environnement traditionnel, la désorganisation sociale et communautaire, la détérioration à long terme de la santé et de la nutrition ainsi que, dans certains cas, la persécution et la violence⁹³.

⁹⁰ Commission des droits de l'homme, *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones*, M. Rodolfo Stavenhagen, présenté en application de la résolution 2002/65 de la Commission, Doc off CES NU, 2003, Doc NU E/CN.4/2003/90 à la p 5 [*Rapport Stavenhagen*].

⁹¹ James Anaya, *Report of Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples: Extractive industries operating within or near indigenous territories*, Doc off AG NU, 18^e sess, Doc NU A/HRC/18/35, (2011) aux para 26, 30-33, 38, 59 et 61 [Anaya, « Rapport 2011 »].

⁹² *Saramaka People*, *supra* note 28 au para 135.

⁹³ *Rapport Stavenhagen*, *supra* note 90 à la p 2. Ce passage a été repris par *Saramaka People* (*supra* note 28 au para 135). Dans un récent arrêt, la Cour interaméricaine n'évoque pas cette catégorie de projet (*Affaire Kichwa Indigenous People of Sarayaku (Ecuador)*, (2012), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°245 au para 158 [*Sarayaku*]). Cependant,

Dans cette affaire, la Cour interaméricaine avait alors qualifié de projet d'envergure l'exploitation d'une mine d'or ayant entraîné la pollution de ressources essentielles au mode de vie de la communauté tribale requérante (en l'espèce, l'eau) et le rehaussement d'un barrage hydroélectrique sur le même territoire, ceux-ci ayant eu pour conséquence le déplacement de la communauté⁹⁴.

La catégorie juridique « projet de développement d'envergure » telle que définie par Rodolfo Stavenhagen est donc valide tant en droit international qu'en droit interaméricain. De plus, au regard du contenu et des objectifs du Plan Nord, nous considérons qu'elle est pertinente pour qualifier ce projet. Celui-ci modifie tout d'abord l'utilisation des terres. Il prévoit aussi l'exploitation à grande échelle de diverses ressources naturelles, certaines d'entre elles pouvant même être qualifiées de rares, telles que le nickel, le cobalt, le zinc, le minerai de fer et d'ilménite, l'or, le lithium, le vanadium, des éléments de terres rares, l'uranium ou le diamant⁹⁵. Le Plan Nord est présenté comme étant à la fois un projet de développement énergétique, minier, forestier, bioalimentaire, touristique et du transport. Il peut être qualifié de projet d'envergure, selon la définition internationale, puisqu'il vise l'amélioration des infrastructures matérielles. Pensons à ce titre au développement tant du système routier que des infrastructures touristiques évoqué par le gouvernement libéral⁹⁶. En outre, bien que qualifié de durable⁹⁷ par celui-ci, parce que comportant un volet social, économique et écologique, ce projet de développement reste d'envergure. Rappelons que selon Rodolfo Stavenhagen, l'objectif poursui-

nous ne pensons pas qu'il faille en déduire que la Cour interaméricaine est revenue sur la solution rendue dans l'arrêt *Saramaka People*. Au contraire, dans cette nouvelle affaire, les requérants ne se sont pas fondés sur l'arrêt de 2007 pour faire valoir leurs droits. De ce fait, la Cour n'a pas examiné l'affaire à la lumière du régime établi dans l'arrêt *Saramaka People*.

⁹⁴ *Saramaka People*, *supra* note 28.

⁹⁵ Le site Internet du Plan Nord indique aussi que « [m]algré tous les grands projets en cours, le potentiel des ressources minérales du Nord québécois est loin d'être entièrement connu. En fait, seulement 40 % du potentiel minier a été répertorié » (Gouvernement du Québec, « Plan Nord : mise en valeur d'un immense potentiel minier », en ligne : Développement nordique <www.nord.gouv.qc.ca/documents/fiche-potentiel-minier.pdf>).

⁹⁶ Cabinet du premier ministre du Québec, communiqué « Création de la société du Plan Nord et investissements de 2,1 G\$ sur 5 ans » (9 mai 2011), en ligne : Site officiel du premier ministre du Québec <www.premier.gouv.qc.ca/actualites/communiques/details.asp?idCommunique=213>.

⁹⁷ Voir Gouvernement du Québec, « Le potentiel économique : les ressources forestières » (2013), en ligne : Développement nordique <www.nord.gouv.qc.ca/potentiel/forestieres.asp>. Pour une critique de ce qualificatif, voir Asselin, « Autochtones », *supra* note 7 à la p 43.

vi par les autorités peut être variable⁹⁸. De plus, ce dernier se déploiera à grande échelle vu la superficie affectée (72 % de la superficie du Québec).

Une dernière raison justifie l'usage de cette catégorie juridique dans le cadre du Plan Nord. Celui-ci générera vraisemblablement des effets néfastes significatifs s'apparentant à ceux décrits par la Cour interaméricaine dans l'arrêt *Saramaka People*⁹⁹. Même si elle est annoncée comme étant respectueuse des normes du développement durable, l'exploitation des ressources naturelles, notamment minières, a toutes les chances d'avoir des conséquences irréversibles sur les écosystèmes, affectant ainsi l'environnement, le territoire et l'humain¹⁰⁰. Cet aspect des activités extractives est abordé par le Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits des populations autochtones. Dans le cadre de son enquête internationale, James Anaya rappelle la chose suivante :

The majority of indigenous representatives and organizations also listed environmental impact as a principle issue of concern. [...] Common negative environmental effects reported in the responses include the pollution of water and lands and the depletion of local flora and fauna.

With respect to the negative impact of extractive operations on water resources, it was noted that water resource depletion and contamination has had harmful effects on available water for drinking, farming and grazing cattle, and has affected traditional fishing and other activities, particularly in fragile natural habitats¹⁰¹.

Si une telle dégradation est occasionnée¹⁰², le Plan Nord affectera les droits humains de tous les locaux, notamment leur droit à la santé et à un environnement sain, ainsi que le droit aux terres, au territoire et à des ressources des peuples autochtones. En ce qui concerne l'accès aux ressources essentielles à la vie, la relation qui existe entre l'accès à une eau salubre et le respect des droits humains est aujourd'hui bien documentée. Le lien entre le droit à la santé¹⁰³, le droit à des conditions de vie suffi-

⁹⁸ Rapport Stavenhagen, *supra* note 90 à la p 5.

⁹⁹ Voir *Saramaka People*, *supra* note 28 au para 135.

¹⁰⁰ Voir Hugo Asselin, « Le Plan Nord : vers un autre cas de malédiction des ressources naturelles? » dans Carole Lévesque et Daniel Salée, dir, *Les peuples autochtones et le Plan Nord : éléments pour un débat*, Montréal, Cahier Dialog, 2012 [à paraître] [Asselin, « Plan Nord »].

¹⁰¹ Anaya, « Rapport 2011 », *supra* note 91 aux para 30-31.

¹⁰² Cela semble fort envisageable si l'on considère les positions de divers scientifiques sur la question. Pour une recension de ces opinions, voir Asselin, « Plan Nord », *supra* note 100.

¹⁰³ Voir *PIDESC*, *supra* note 18, art 12.

santes¹⁰⁴ et le droit à l'eau, sans parler du droit à une vie digne, a déjà été souligné par le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, qui insiste sur l'importance d'avoir accès à une eau saine non contaminée et exempte de substances chimiques¹⁰⁵. Le droit à l'eau est donc reconnu sur le plan international et la mise en œuvre du Plan Nord pourrait y porter atteinte. Dans ce cadre, il pourrait occasionner les effets d'un projet de développement d'envergure.

Par conséquent, présenté comme étant un projet de développement commun et durable, le Plan Nord, considéré dans une optique globale, est aussi un projet de développement d'envergure, vu son contenu, ses objectifs et ses effets potentiels. En pratique toutefois, chaque projet de développement auquel le Plan Nord donnera naissance, s'il est conçu isolément, ne sera pas nécessairement d'envergure. Certains développements n'auront pas un effet significatif sur le territoire et sur la vie des Autochtones comme peut notamment l'avoir l'extraction de l'or ou d'autres minerais. De plus, un même projet, par exemple la création d'une pourvoirie ou d'un parc national qui promeut les activités de plein air, le tourisme d'aventure ou l'écotourisme, peut avoir des répercussions plus ou moins importantes selon le contexte dans lequel il est développé. Cependant, il est important de se détacher d'une conception fragmentée et de considérer l'exploitation du nord dans sa globalité, en tant que projet de développement d'une grande partie du territoire de la province, affectant de fait les territoires autochtones. Une telle conception permet de tenir compte des effets cumulatifs de tous ces projets. De plus, la qualification des répercussions d'un projet, significatives ou non, est très subjective. Un projet d'écotourisme, souvent perçu comme faiblement significatif, peut avoir un effet important sur la relation qu'entretiennent les peuples autochtones avec leurs territoires, par exemple, lorsque ce projet vient entraver le passage du gibier sur une ligne de trappe, ou lorsque ce projet est développé à proximité d'un site sacré. Cela met en exergue l'intérêt de qualifier le Plan Nord de projet d'envergure et l'importance de collaborer avec les Autochtones, de les écouter et de tenir compte de leurs savoirs sur le territoire pour limiter les répercussions néfastes.

En outre, cette qualification a une résonance particulière en droit interaméricain et en droit international. En 2007, un régime juridique spécifique a été ébauché par la Cour interaméricaine. Celle-ci reconnaît la nécessité d'obtenir le CPLÉ des peuples autochtones avant la mise en œuvre de tout projet de développement d'envergure qui porterait atteinte

¹⁰⁴ *Ibid.*, art 11(1).

¹⁰⁵ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 15 : Le droit à l'eau (art. 11 et 12 du Pacte)*, Doc off NU, 29^e sess, E/C.12/2002/11 (2002) aux para 1, 8, 10, 12.

à leurs droits au territoire et aux ressources¹⁰⁶. Pour les institutions internationales, ce jugement de la part d'un tribunal régional est une référence. Il constitue donc un précédent important au-delà du seul système interaméricain¹⁰⁷. En droit interne, s'inspirer de cette catégorie a deux avantages principaux : elle place les peuples autochtones en tant que participants effectifs au processus de prise de décision et impose une réflexion sur les répercussions conjuguées de chaque développement dérivé du Plan Nord. Toutefois, cette catégorie a ses faiblesses dans la mesure où elle rend légitime la simple consultation en l'absence de projet de développement d'envergure. Or, dans un contexte de promotion de la pratique de la négociation et de la notion d'autonomie gouvernementale par le système juridique¹⁰⁸ et dans un contexte politique où les peuples autochtones sont qualifiés de partenaires, la simple consultation a-t-elle encore sa place?

B. Le droit à l'obtention du CPLÉ : genèse d'une norme d'intérêt dans le cadre de l'exploitation du Nord québécois

Que signifie le droit au CPLÉ? Quelles sont les conditions de mise en œuvre de cette norme, tant en vertu de la *Déclaration des Nations Unies*¹⁰⁹, qu'en vertu de la jurisprudence de la Cour interaméricaine? Telles vont être les questions qui guideront notre analyse. Celle-ci sera basée sur la *Déclaration des Nations Unies* et sur les jugements de la Cour interaméricaine, même si plusieurs autres documents internationaux reconnaissent également le droit au consentement¹¹⁰. Toutefois, en

¹⁰⁶ *Saramaka People*, supra note 28.

¹⁰⁷ Voir *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya* (2010), No 276/2003, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, en ligne : <www.achpr.org>. Précisons toutefois, qu'en droit international, le concept de projet de développement d'envergure est apparu dans les rapports du rapporteur spécial, mais n'a pas été employé dans le cadre de la *Déclaration des Nations Unies*, supra note 22. À son article 32(2), celle-ci impose l'obtention du CPLÉ avant la mise en œuvre de tout projet ayant des répercussions sur les terres, territoires et ressources d'un peuple autochtone, sans ne formuler de limitations. Toutefois, au stade de l'interprétation de cette disposition internationale, le jugement de la Cour interaméricaine *Saramaka People* (supra note 28) est une référence. Voir notamment Conférence de Sofia, supra note 88 à la p 4.

¹⁰⁸ Voir notamment l'esprit de la *Déclaration des Nations Unies*, supra note 22.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Le Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale se positionne en faveur de la participation des peuples autochtones à la vie politique et économique. Il indique qu'aucune décision directement liée à leurs droits et à leurs intérêts ne devrait être prise sans leur consentement informé (Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Recommandation générale XXIII concernant les droits des populations autochtones*, 51^e sess, Doc NU A/52/18 (1997) au para 4, réimprimé dans *Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les or-*

l'état actuel du droit canadien, ces derniers sont apparus moins significatifs. Une dernière sous partie traitera enfin des effets du droit au CPLÉ dans le contexte plus précis du Plan Nord.

1. Signification du droit au CPLÉ

Il est important de définir ce qu'est le droit au CPLÉ pour le distinguer du droit à la consultation et en souligner l'intérêt. En outre, cela va nous permettre de rompre avec l'idée selon laquelle le droit international ne cernerait pas précisément le contenu de cette norme. Pour ce faire, nous aurons recours à plusieurs documents internationaux.

Dans ses *Lignes directrices sur les questions relatives aux peuples autochtones*, le Groupe des Nations Unies pour le développement (le Groupe)¹¹¹ reprend l'interprétation donnée par l'Instance permanente sur les questions autochtones¹¹² (l'Instance) de chacune des composantes du droit au CPLÉ.

De manière préliminaire, remarquons d'emblée qu'il s'agit d'un droit au consentement, ce qui implicitement laisse entendre que le groupe consulté peut s'opposer au projet de développement et refuser de donner son accord. L'avis qu'il rendra sera donc de nature à lier le gouvernement. Cette caractéristique distingue le droit au consentement du droit à la consultation. Elle donne un poids effectif à l'avis du groupe en question dans le processus de prise de décision.

ganes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, 2006, Doc NU HRI/GEN/1/Rev.8 [*Recommandation générale XXIII*]). Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, en tant que « gardien » du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, a lui aussi priorisé le droit au consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones dans une de ses communications (voir Comité des droits de l'homme, *Poma Poma v Pérou: Views*, 95^e sess, Doc NU CCPR/C/95/D/1457/2006 (27 mars 2009) [*Poma Poma*]). Quant à lui, le protocole de Nagoya impose l'obtention du CPLÉ des peuples autochtones lorsque les états partis souhaitent avoir accès aux ressources génétiques situées en territoire autochtone ou aux connaissances traditionnelles de ces peuples qui sont associés à des ressources génétiques, conformément à la législation interne. Dans ce cadre, les codes de conduite en matière de consultation doivent être définis par les peuples autochtones (*Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation à la Convention sur la diversité biologique*, Doc NU UNEP/CBD/COP/DEC/X/1 (29 octobre 2010), art 6, 7). Au moment où nous écrivons ces lignes, le Canada n'a pas ratifié le protocole, qui, par conséquent, n'est pas applicable en territoire canadien.

¹¹¹ Groupe des Nations Unies pour le développement, *Lignes directrices sur les questions relatives aux peuples autochtones*, New York, Genève, NU, 2009 [*Lignes directrices*].

¹¹² Instance permanente sur les questions autochtones, *Rapport sur les travaux de l'Atelier international sur le consentement préalable, libre et éclairé et les peuples autochtones*, Doc NU E/C.19/2005/3 aux pp 13-14 [*Instance*].

Selon le Groupe et l'Instance, le « consentement libre » signifie que les peuples autochtones doivent donner leur consentement en l'absence de coercition, d'intimidation ou de manipulation, par l'intermédiaire des instances représentatives qu'ils auront préalablement définies. Celles-ci doivent représenter les points de vue des femmes autochtones et des jeunes¹¹³. Le premier avantage de cette modalité est qu'elle attribue une place aux jeunes et aux femmes dans le processus. De plus, elle permet aux peuples autochtones de donner leur avis à l'extérieur des organes institués par la colonisation.

Le terme « préalable » « suppose que le consentement a été sollicité suffisamment longtemps avant toute autorisation ou tout début d'activité et que les délais nécessaires aux processus autochtones de consultation et de recherche d'un consensus ont été respectés »¹¹⁴. Il en résulte que les Autochtones doivent disposer d'un délai suffisamment long pour discuter, avec les membres de la communauté concernée, du projet proposé par le gouvernement, se forger une opinion et la communiquer avant que le gouvernement ne commence à prendre des décisions. Dans son rapport de 2011, James Anaya insiste sur le fait que les communautés autochtones concernées doivent être informées le plus tôt possible¹¹⁵. Le *Guide sur la Convention n°169* de l'OIT¹¹⁶ précise que la participation des peuples autochtones doit intervenir avant l'exploration des ressources du sous-sol¹¹⁷. Les *Lignes directrices* définies par le Groupe imposent, quant à elles, l'obtention du consentement avant la délivrance de permis de prospection et dès le stade de l'évaluation et de la planification¹¹⁸, donc extrêmement tôt dans le processus. En la matière, le droit international est plus précis que la jurisprudence de la Cour suprême du Canada et plus exigeant.

En ce qui concerne le concept de « consentement éclairé », l'État doit donner aux peuples autochtones une information complète et adéquate

¹¹³ *Ibid* à la p 14; *Lignes directrices*, *supra* note 111 à la p 31.

¹¹⁴ *Ibid*.

¹¹⁵ Anaya, « Rapport 2011 », *supra* note 91 au para 41.

¹¹⁶ Organisation internationale du travail, *Les droits des peuples autochtones et tribaux dans la pratique : Un guide sur la Convention n°169 de l'OIT*, Genève, OIT, 2009 [*Guide sur la Convention n°169*]. Ce Guide est ici d'intérêt, même si le Canada n'a ni signé ni ratifié cette convention, car l'interprétation qu'il propose des dispositions de la Convention tient compte des avancées en droit international des peuples autochtones et reflète donc l'état du droit international des peuples autochtones.

¹¹⁷ *Ibid* à la p 61.

¹¹⁸ *Lignes directrices*, *supra* note 111 aux pp 19, 31.

sur le projet¹¹⁹. Il a également obligation de s'assurer que le ou les peuples concernés ont la possibilité de comprendre l'information transmise, la langue utilisée, les répercussions positives et négatives du projet et qu'ils sont informés des avantages, des inconvénients et des impacts potentiels de l'initiative, éléments qui se traduisent en une obligation de transparence. En la matière, le Groupe a énuméré divers éléments d'information qui sont alors requis. Ceux-ci portent, entre autres, sur « la nature, l'ampleur, l'évolution, la réversibilité et la portée de tout projet ou activité proposé; » les objectifs du projet ou de l'activité; « leur durée; la localisation des zones concernées » et « le personnel susceptible de contribuer à l'exécution du projet proposé (y compris le personnel autochtone [...]) ». En outre, le Groupe ajoute que le gouvernement doit transmettre « [u]ne évaluation préliminaire des incidences économiques, sociales, culturelles et environnementales probables, y compris les risques potentiels et le partage juste et équitable des avantages, compte tenu du principe de précaution [...] »¹²⁰. Le *Guide sur la Convention n°169* insiste quant à lui sur le droit d'accès des peuples autochtones à une information complète et intelligible tout au long du processus d'élaboration et de développement du projet¹²¹. En pratique, cela implique une collaboration aux phases d'évaluation, de planification, d'exécution, de suivi, de bilan et d'achèvement d'un projet¹²².

En ce qui a trait aux modalités de mise en œuvre du droit au CPLÉ, ce guide précise que les peuples autochtones doivent avoir la possibilité effective de faire des contre-propositions¹²³. Dans ce contexte, la tenue d'audiences publiques est insuffisante, puisque les peuples autochtones concernés doivent avoir « un impact véritable » sur la décision¹²⁴. Enfin, de manière générale, le gouvernement a l'obligation d'agir de bonne foi¹²⁵. Cette obligation s'applique à toutes les étapes du processus et suppose, en pratique, un devoir de sincérité, de transparence, de respect mutuel et de

¹¹⁹ *Ibid* à la p 31. Voir aussi James Anaya, « Statement of Special Rapporteur to UN General Assembly » (17 octobre 2011), en ligne : <unsr.jamesanaya.org/statements/statement-of-special-rapporteur-to-un-general-assembly-2011> [*Statement of Special Rapporteur*].

¹²⁰ *Lignes directrices*, *supra* note 111 à la p 31. Il est intéressant de noter ici que le partage des avantages issus de l'exploitation procède du droit au consentement éclairé.

¹²¹ *Guide sur la Convention n°169*, *supra* note 116 à la p 62.

¹²² Voir *Lignes directrices*, *supra* note 111 à la p 31.

¹²³ L'OIT rappelle que l'État doit prendre des mesures pour encourager « le développement d'institutions et d'initiatives propre aux peuples autochtones et, le cas échéant, en leur fournissant les ressources nécessaires » (*Guide sur la Convention n°169*, *supra* note 116 à la p 62).

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Voir *Lignes directrices*, *supra* note 111 à la p 31.

dialogue. L'État a également l'obligation d'allouer des fonds nécessaires aux communautés concernées pour que le processus s'effectue¹²⁶. Enfin, un système efficace de communication doit être élaboré entre les parties pour assurer la bonne circulation de l'information¹²⁷.

Les *Lignes directrices* du Groupe et le *Guide sur la Convention n°169* de l'OIT constituent des outils pertinents d'interprétation du droit international et interaméricain. Les lignes directrices ont vocation à aider les diverses institutions des Nations Unies à intégrer les questions autochtones et « définissent un cadre normatif, stratégique et opérationnel général [...] »¹²⁸. Le *Guide pour la Convention n°169* contient quant à lui des éléments d'interprétation de la Convention mis à jour à la lumière du droit international. Le contenu de ces deux documents permet donc de clarifier et de préciser les dispositions de la *Déclaration des Nations Unies*, mais aussi la jurisprudence de la Cour et de la Commission interaméricaine, d'autant plus que les deux instances régionales adoptent une interprétation contextuelle des instruments de droit international et des normes adoptées par cet ordre en droit des peuples autochtones. Ces deux documents sont d'autant plus pertinents que leur contenu a été rappelé à l'automne 2011 par le Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits des populations autochtones¹²⁹ et a été repris par le *Guide de bonne pratique* du Conseil International des Mines et Minéraux¹³⁰. De plus, l'interprétation qu'ils privilégient a initialement été proposée par

¹²⁶ *Ibid* à la p 28.

¹²⁷ *Ibid* à la p 31.

¹²⁸ *Ibid* à la p 1.

¹²⁹ *Statement of Special Rapporteur, supra* note 119.

¹³⁰ Conseil International des Mines et Métaux, *Guide de bonnes pratiques : Les peuples autochtones et l'exploitation minière*, 2010 aux pp 7, 23-24, en ligne : Conseil International des Mines et Métaux <www.icmm.com/francais> [*Guide de bonnes pratiques*]. Les normes de ce guide et celles établies dans les lignes directrices du Groupe des Nations Unies pour le développement convergent quant au moment auquel doit débiter l'obligation d'obtenir le consentement de la communauté. Il s'agit du stade de la prospection. Le guide impose en effet aux membres du Conseil international des mines et métaux d'« établir des relations et consulter les peuples autochtones de manière juste, opportune et culturellement correcte pendant toute la durée de vie du projet. » Il ajoute :

Les relations seront fondées sur des informations honnêtes et franches, fournies sous une forme accessible aux peuples autochtones. Elles débiteront lors de la phase la plus précoce des activités minières potentielles, avant même l'exploration sur le terrain. Elles seront, dans la mesure du possible, amorcées par l'intermédiaire des autorités traditionnelles des communautés et se dérouleront dans le respect des structures et des processus traditionnels de prise de décision (*ibid* à la p 109).

l'Instance¹³¹. Une question reste cependant en suspens : le droit au CPLÉ est-il applicable en tout temps ou existe-t-il des conditions d'application entourant sa mise en œuvre?

2. Les conditions d'application du droit au CPLÉ : des interprétations ambiguës

Le droit au CPLÉ des peuples autochtones est-il applicable en tout temps lorsque l'État souhaite développer des projets sur les territoires traditionnels autochtones ou comporte-t-il des conditions d'application? Lors de la Conférence de Sofia 2012, le Comité sur les droits des peuples autochtones de l'Association pour le droit international (le Comité ADI) a porté sa réflexion sur les conditions de mise en œuvre de l'article 19 de la *Déclaration des Nations Unies*¹³² et sur le contenu de l'article 32 de ce même texte¹³³.

Selon ce comité, l'article 19 ne conférerait pas automatiquement un droit de veto ou de blocage dans le processus de prise de décision aux peuples autochtones dont les intérêts sont affectés par une mesure législative ou administrative¹³⁴, bien que cela soit le cas lorsque la *Déclaration des Nations Unies* évoque le droit à la réparation, à la restitution ou à

¹³¹ *Instance*, *supra* note 112.

¹³² *Déclaration des Nations Unies*, *supra* note 22, art 19 :

Les États se concertent et coopèrent de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés — par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives — avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de concerner les peuples autochtones, afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.

¹³³ *Ibid.*, art 32 :

Les peuples autochtones ont le droit de définir et d'établir des priorités et des stratégies pour la mise en valeur et l'utilisation de leurs terres ou territoires et autres ressources.

Les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres.

¹³⁴ Conférence de Sofia, *supra* note 88 à la p 4 :

Generally speaking, in light of the wording of Article 19, of its comparison with other articles included in the UNDRIP (e.g. Articles 28(1) and 29(2)), as well as of relevant State practice, it is not possible to conclude that Article 19 may be interpreted as establishing a general right of veto in favour of the indigenous communities concerned to block the adoption or implementation of the governmental measures which may affect them per se.

l'indemnisation en matière de terres, territoires et ressources¹³⁵, ou encore les mesures que doivent prendre les États pour éviter le stockage de matières dangereuses sur les terres ou territoires autochtones¹³⁶. Au contraire, selon le Comité ADI, les caractéristiques de la procédure varient au cas par cas, en fonction de la nature de la mesure proposée et de l'étendue de ses effets sur les peuples autochtones, lorsqu'il s'agit de l'article 19¹³⁷. D'après lui, cette disposition s'applique lorsqu'une mesure mise en œuvre par le gouvernement a toutes les chances d'affecter de manière particulière les peuples autochtones, sans avoir les mêmes répercussions sur les non Autochtones¹³⁸. De plus, l'effet de la mesure sur les intérêts autochtones, le type d'intérêts visés par celle-ci ou le contexte auraient des conséquences sur l'application de l'obligation d'obtenir le consentement de la communauté. Sur le fondement de la *Déclaration des Nations Unies*, le Comité ADI accorde une forte présomption à l'obtention du consentement des peuples affectés lorsqu'une mesure a un effet direct et significatif sur la vie ou les territoires des peuples autochtones¹³⁹. Quant à elle, la Cour interaméricaine impose l'obtention du consentement des peuples autochtones toutes les fois où un projet de développement d'envergure a un impact majeur sur leur droit de propriété sur les terres ou les ressources. L'effet majeur ou significatif du projet porte alors sur des droits et non plus sur l'humain. À ce niveau, l'interprétation prodiguée par le Comité ADI sur le fondement de l'article 19 de la *Déclaration des Nations Unies* paraît plus généreuse que celle de la Cour interaméricaine, puisque celui-ci prend pour référence les effets de la mesure sur la vie ou les territoires des peuples autochtones, alors que la Cour interaméricaine évalue ces effets à l'aune des droits reconnus. De plus, en se fondant sur la pratique internationale, le Comité ADI identifie quelques situations dans lesquelles l'obtention du consentement sur le fondement de l'article 19 revêt un caractère obligatoire, notamment lorsque l'État a l'intention de conduire des activités d'exploitation sur des terres traditionnelles autochtones¹⁴⁰.

En ce qui concerne l'article 32 de la *Déclaration des Nations Unies*, celui-ci consacrerait la reconnaissance d'un droit de veto aux peuples autochtones sous certaines conditions, qu'il s'agisse de mesures de déplacement des populations des territoires ancestraux, de mesures aboutissant à la privation de la propriété culturelle, intellectuelle, religieuse et spiri-

¹³⁵ *Déclaration des Nations Unies*, *supra* note 22, art 28(1).

¹³⁶ *Ibid.*, art 29(2).

¹³⁷ Conférence de Sofia, *supra* note 88 à la p 4.

¹³⁸ *Ibid.* aux pp 3-4 (il reprend en cela l'interprétation du Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones).

¹³⁹ *Ibid.* à la p 4.

¹⁴⁰ *Ibid.* à la p 6.

tuelle ou de mesures ayant pour conséquence la prise de terres, de territoires et de ressources autochtones¹⁴¹.

Enfin, une autre possibilité peut donner naissance à l'obligation d'obtenir le consentement du peuple affecté, que ce soit en vertu de l'article 19 ou de l'article 32 de la *Déclaration des Nations Unies*. Celle-ci se fonde sur l'interprétation contextuelle des dispositions de la *Déclaration des Nations Unies*¹⁴² et suppose la prise en compte du contexte, de l'objet et du but de la disposition, en relation avec les autres dispositions du même texte¹⁴³. Cette méthode permet ainsi de rompre avec une interprétation abstraite des dispositions d'un traité, isolées les unes par rapport aux autres. Les articles 19 et 32 peuvent alors être interprétés en relation avec les articles 3, 4 et 43 de la *Déclaration des Nations Unies* sur le droit à l'autodétermination, sur le droit à l'autonomie gouvernementale et sur la *Déclaration des Nations Unies* même en tant que document contenant des normes minimales nécessaires à la survie, à la dignité et au bien-être des peuples autochtones. Les deux articles peuvent également être examinés en rapport avec la jurisprudence portant sur les organes issus des traités onusiens, que ce soit le Comité des droits de l'homme, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale ou le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, qui tous reconnaissent l'obligation d'obtenir le CPLÉ des peuples autochtones¹⁴⁴. De plus, cela signifie que l'obligation d'obtenir le consentement existerait toutes les fois où l'absence de sa mise en œuvre conduit à une violation des droits des peuples autochtones garantis par les États. C'est notamment le cas lorsque l'essence de leur intégrité culturelle est en danger¹⁴⁵, lorsqu'il y a une atteinte à leur droit de propriété, à leur droit d'avoir leurs propres stratégies pour la mise en valeur de leurs terres ou à leur droit de conserver et renforcer leur relation à la terre, aux territoires et ressources traditionnelles¹⁴⁶.

Par ailleurs, dans les cas où les articles 19 et 32 ne donnent pas lieu à un droit de veto, par exemple lorsque l'effet de la mesure sur les territoires ou sur les vies des peuples autochtones est indirect et non significatif, le Comité ADI semble interpréter ces dispositions comme imposant à

¹⁴¹ *Ibid* à la p 7.

¹⁴² *Ibid*.

¹⁴³ Voir *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331, 8 ILM 679, art 31.

¹⁴⁴ Voir *Poma Poma*, *supra* note 110; *Recommandation générale XXIII*, *supra* note 110; *Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels : Colombie*, 27^e sess, Doc NU E/C.12/Add.1/74 (2001) aux para 12, 33.

¹⁴⁵ Conférence de Sofia, *supra* note 88 à la p 7.

¹⁴⁶ Voir Anaya, « Rapport 2012 », *supra* note 25 au para 50.

l'État de consulter, négocier ou informer la communauté visée, dans le but de parvenir à un accord. L'obligation est alors moins contraignante pour l'État et l'importance qui sera accordée par celui-ci à l'avis des peuples autochtones est plus incertaine.

Cette interprétation des articles 19 et 32 de la *Déclaration des Nations Unies* est généreuse dans le sens où elle permet l'application du droit au CPLÉ dès qu'il y a déplacement ou atteinte significative à la vie, aux territoires des communautés ou à leurs droits, c'est-à-dire toutes les fois où des intérêts qui sont considérés par les peuples autochtones comme étant supérieurs sont en cause. Par ailleurs, les conditions d'application sont formulées de manière suffisamment flexible pour inclure des situations très diverses. De plus, ni la *Déclaration des Nations Unies* ni le Comité ADI ne statuent explicitement sur l'existence d'une condition préalable au déclenchement de l'obligation d'obtenir le CPLÉ, qui consisterait pour un peuple à avoir un titre officiel ou un droit établi. Par analogie à l'interprétation donnée au droit à la participation à la prise de décision, nous considérons que l'existence d'un droit établi ou d'un titre sur un territoire n'est pas nécessaire pour que cette obligation soit imposée¹⁴⁷. Cette interprétation est compatible avec les conditions énoncées par le Comité, celui-ci invoquant la mise en œuvre de l'obligation lorsque certains intérêts autochtones sont affectés, lorsque leurs territoires et leurs vies sont en cause ou lorsque l'absence de mise en œuvre de l'obligation d'obtenir leur consentement aboutit à la violation d'un droit. Il n'exige donc pas qu'un droit soit reconnu pour mettre en œuvre l'obligation.

Toutefois, cette interprétation paraît limitative dans la mesure où elle pose des conditions supplémentaires à la mise en œuvre des dispositions de la *Déclaration des Nations Unies*. Certains auteurs considèrent que la seule mention dans la *Déclaration des Nations Unies* d'une obligation d'*obtenir* le consentement des peuples autochtones — et non de le *rechercher*, terme qui était privilégié par des États comme le Canada au moment des négociations de la *Déclaration des Nations Unies*¹⁴⁸ — confère un droit de veto aux peuples autochtones. Jeremie Gilbert et Cathal Doyle justifient ainsi l'existence d'un tel droit :

¹⁴⁷ Pour ce faire, nous nous référons à l'interprétation donnée par le Mécanisme d'experts des Nations Unies concernant le droit à la participation. Cette interprétation qualifie le droit au CPLÉ et le droit à la participation de normes indivisibles. De plus, le Mécanisme d'experts applique le droit à la participation même si les peuples autochtones n'ont pas de titre officiel sur le territoire ou les ressources en question (Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples, *Follow-up report on indigenous peoples and the right to participate in decision-making, with a focus on extractive industries*, 21^e sess, Doc NU A/HRC/21/55 (2012) à la p 16 [Expert Mechanism]).

¹⁴⁸ Voir par ex Gilbert et Doyle, *supra* note 89 à la p 316.

[T]he case for limiting or denying the requirement for FPIC is frequently based on the argument that indigenous peoples do not have an absolute right to 'veto' projects that are deemed to be in the public interest. However, it is important to bear in mind that in the context of extractive projects this public interest argument is strongly contested and are rarely, if ever, substantiated. Furthermore, international and regional human rights bodies and national courts have cautioned states against infringement of indigenous peoples' rights on the basis of national development and public interest. An interpretation of the Declaration that justifies derogations from the requirement to obtain FPIC on the basis of such arguments could therefore lead to a shift in the burden of proof away from the state and onto indigenous peoples in a manner that is incompatible with the spirit and intent of the Declaration¹⁴⁹.

En outre, une question se pose. L'interprétation proposée par le Comité ADI tient-elle suffisamment compte de l'esprit de la *Déclaration des Nations Unies* et de la lettre des articles 19 et 32? La *Déclaration des Nations Unies* promeut une coexistence juste et équitable, le respect mutuel, l'harmonie des relations et la coopération entre les peuples autochtones et l'État¹⁵⁰. Ces objectifs généraux — abstraits en apparence, mais qui ont un sens bien précis en réalité —, en particulier celui favorisant la coopération, sont-ils pris en compte lorsque le droit au CPLÉ est applicable dans la limite de certaines conditions, et non pas toutes les fois où des intérêts autochtones quels qu'ils soient sont en cause? Le Mécanisme d'experts des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones a récemment précisé que le droit au CPLÉ est une composante du droit à la participation de ces peuples à la prise de décision, ces deux normes étant indivisibles et interreliées¹⁵¹. Quand le rapport du Comité ADI soutient que le droit au consentement peut, dans certains cas, aller de pair avec une simple obligation d'informer et de négocier, qu'advient-il de la participation effective des peuples autochtones à la prise de décision? N'est-elle pas alors éliminée¹⁵²? L'interprétation du Comité ADI ne porte-t-elle pas atteinte dans une certaine mesure à l'indivisibilité entre les droits au CPLÉ et le droit à la participation? De même, le droit au consentement est lié au droit à l'autodétermination et au droit à l'autonomie gouvernementale¹⁵³ et cette

¹⁴⁹ *Ibid* aux pp 319-20.

¹⁵⁰ Plusieurs références à la coopération, à la relation de partenaire et au respect mutuel y sont faites. Voir *Déclaration des Nations Unies*, *supra* note 22, préambule, art 15(2), 17(2), 36(2), 38.

¹⁵¹ Expert Mechanism, *supra* note 147, aux para 8, 11.

¹⁵² Voir Touzard, *supra* note 33. L'auteur démontre bien que la consultation n'implique pas la participation à la prise de décision.

¹⁵³ Voir Gilbert et Doyle, *supra* note 89 aux pp 312, 314. Pour ces auteurs, ce droit peut être considéré comme étant un compromis entre le droit des peuples autochtones à

relation est prise en compte par le Comité ADI lorsqu'il évoque l'application de la méthode d'interprétation contextuelle. Si le droit au consentement peut consister en une simple formalité de l'ordre de la consultation ou de l'obligation d'informer, ne vient-on pas rompre les liens établis entre droit au CPLÉ, droit à l'autodétermination et droit à l'autonomie gouvernementale? En outre, comment l'article 19 de la *Déclaration des Nations Unies* pourrait-il donner lieu à un droit à la consultation et à l'information, alors qu'il ne contient aucune référence à ces concepts et qu'il encourage au contraire la coopération et la concertation, termes qui ont des significations et des répercussions précises¹⁵⁴? À ce propos, Hubert Touzard rappelle clairement la distinction entre les notions de consultation et de concertation. Il soutient les propos suivants :

[L]’objectif de la concertation est pour des acteurs, individuels ou collectifs, de trouver un accord, de résoudre ensemble un problème qui se pose à eux, de prendre ensemble une décision collective, ou de préparer une décision prise en final à un autre niveau. Un tel objectif entraîne des processus fort différents de ceux de la consultation : trouver à plusieurs un accord, une solution à un problème implique la réunion et la participation active des acteurs concernés à l’ensemble des processus de prise de décision¹⁵⁵.

En outre, comme nous l'avons déjà indiqué, l'interprétation de l'article 32 suggérée par le Comité ADI consiste à imposer l'obtention du consentement dans certains cas particuliers. Cette proposition ne respecte pas non plus la lettre du texte. Celui-ci indique en effet qu'« avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources », l'État doit consulter les peuples autochtones en vue d'obtenir leur consentement¹⁵⁶. La formulation de cet article est large et ne contient pas une liste exhaustive des projets pris en compte, alors que l'interprétation du Comité est limitative dans la mesure où celui-ci n'identifie que des mesures qui auront des effets significatifs sur les terri-

l'autodétermination et la souveraineté permanente de ces peuples sur les ressources naturelles qui se situent sur leurs territoires (*ibid* à la p 317).

¹⁵⁴ Étymologiquement, le mot coopération vient du latin « agir avec ». Pour ce qui est de « concertation », ce terme signifie « s'entendre pour agir de concert » ou « accord pour poursuivre un même but » (Touzard, *supra* note 33 à la p 71). L'auteur explique très bien le fait que consultation, concertation et négociation n'ont pas le même sens ni les mêmes répercussions dans un processus de participation à la prise de décision :

La consultation consiste le plus souvent à faire s'exprimer séparément des acteurs, individuels ou représentants de collectifs, sur ce qu'ils pensent d'une situation, d'un projet. Les acteurs consultés peuvent s'exprimer par un vote ou être auditionnés oralement, mais ils ne participent pas en commun à la prise de décision (*ibid* à la p 70).

¹⁵⁵ *Ibid* à la p 71.

¹⁵⁶ *Déclaration des Nations Unies, supra* note 22, art 32(2).

toires autochtones, effets similaires à ceux des projets de développement d'envergure¹⁵⁷. L'interprétation du Comité ADI propose donc des exigences supérieures à celles inscrites dans le texte même de la *Déclaration des Nations Unies*. En outre, on est en droit de se demander pourquoi les articles 19 et 32 évoqueraient-ils la coopération et la concertation « de bonne foi avec les peuples autochtones [...] afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause », ou la consultation avec ces peuples « en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause », si le terme « consentement » était accessoire et sans conséquence. Ce faisant, le Comité ADI établit une hiérarchie implicite entre les atteintes, certaines étant qualifiées de significatives en fonction des intérêts touchés¹⁵⁸. Il faut admettre que les atteintes qu'il qualifie de significatives sont celles qui sont le plus souvent dénoncées par les peuples autochtones du monde. Toutefois, en procédant à cette classification tacite, le Comité ADI sous-entend que d'autres atteintes sont plus négligeables. Est-il légitime de le faire? Chaque peuple autochtone n'est-il pas libre et mieux placé pour établir une telle catégorisation? À la lumière de ces interrogations, l'interprétation du Comité ADI paraît donc restrictive et favorise la confusion de termes qui ont pourtant un sens propre et bien précis. Dans ce contexte, nous proposons une autre interprétation. Selon celle-ci, en vertu de l'article 19 de la *Déclaration des Nations Unies*, l'obtention du consentement serait nécessaire toutes les fois où des mesures législatives et administratives susceptibles de concerner les peuples autochtones sont adoptées. En outre, en vertu de l'article 32 de ce même document, le consentement des peuples autochtones devrait être respecté avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres, les territoires ou les ressources, qu'elles soient majeures ou non. Cette interprétation nous semble renforcer les objectifs de coexistence et de respect mutuel, de même que le droit à l'autonomie gouvernementale.

En contexte interaméricain, des conditions relativement différentes de mise en œuvre du droit au CPLÉ des peuples autochtones ont été définies par la jurisprudence, prenant appui sur l'article 21 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Gilbert et Doyle soutiennent également que, dans le cadre de l'article 32 de la *Déclaration des Nations Unies* (*supra* note 22) tous les projets de développement territoriaux ou des ressources nécessitent l'obtention du consentement, sans qu'ils soient qualifiés de projets d'envergure (Gilbert et Doyle, *supra* note 89 aux pp 314, 317-20).

¹⁵⁸ Conférence de Sofia, *supra* note 88 à la p 4.

¹⁵⁹ OÉA, Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, Doc off OÉA/Ser. K/XVI/1.1/doc. 65 rev. 1 (1969), art 21 [*Convention américaine*]:

En 2007, par l'arrêt *Saramaka People*, la Cour interaméricaine a reconnu pour la première fois un droit à la participation aux peuples autochtones en matière de prise de décision¹⁶⁰. Dans cet arrêt, plusieurs conditions s'appliquent pour que ce droit soit mis en œuvre. D'abord, l'État doit avoir l'intention d'autoriser une mesure qui porte atteinte au droit de propriété collectif d'un peuple autochtone sur son territoire ou sur les ressources naturelles qu'il a traditionnellement utilisées ou qui sont essentielles à son mode de vie. Cette mesure doit être établie par la loi, nécessaire, proportionnée et prise dans le but d'atteindre un objectif légitime dans une société démocratique¹⁶¹. De plus, l'État peut restreindre le droit des Saramakas de jouir du territoire et des ressources qu'ils possèdent uniquement si cette limitation ne nie pas leur survie en tant que peuple autochtone¹⁶².

Il s'agit là de conditions préliminaires. D'autres garanties s'appliquent, d'une part pour éviter que les restrictions au droit collectif de propriété, dues à l'autorisation de concessions minières ou forestières, équivalent à une négation de la survie physique et culturelle de la communauté et, d'autre part, pour préserver la relation spéciale que les membres de la communauté ont avec leur territoire. L'une d'entre elles consiste pour l'État à assurer la participation effective des membres de la communauté à la prise de décision concernant tout projet de développement, d'investissement, d'exploration ou d'extraction sur leur territoire, en conformité avec leurs coutumes et traditions¹⁶³. Le contenu de ce droit à la participation varie en fonction de l'ampleur de la mesure autorisée. Deux régimes juridiques sont applicables. En principe, le droit à la participation consiste en un droit à l'information et à la consultation de bonne foi, dans le but de parvenir à un accord¹⁶⁴. En revanche, dans le cas de projets de développement ou d'investissement d'envergure ayant des répercussions significatives sur le territoire du peuple concerné, la Cour in-

1. Toute personne a droit à l'usage et à la jouissance de ses biens. La loi peut subordonner cet usage et cette jouissance à l'intérêt social. 2. Nul ne peut être privé de ses biens, sauf sur paiement d'une juste indemnité, pour raisons d'intérêt public ou d'intérêt social, et dans les cas et selon les formes prévues par la loi. 3. L'usure ainsi que toute autre forme d'exploitation de l'homme par l'homme sont interdites par la loi.

¹⁶⁰ *Saramaka People*, *supra* note 28. Bien que depuis, la Cour se soit aussi fondée sur le droit à la consultation de bonne foi des peuples autochtones dans un arrêt de juin 2012 (*Sarayaku*, *supra* note 93), nous considérons que le jugement rendu dans l'affaire *Saramaka People* (*supra* note 28) fait état du droit applicable (voir *supra* note 81).

¹⁶¹ *Saramaka People*, *supra* note 28 au para 127.

¹⁶² *Ibid* au para 128.

¹⁶³ *Ibid* au para 129.

¹⁶⁴ *Ibid* au para 133.

teraméricaine exige de l'État qu'il obtienne le CPLÉ de la communauté en question en se fondant sur les traditions et coutumes de celle-ci¹⁶⁵.

Dans l'affaire *Saramaka People*, l'État avait développé un barrage hydro-électrique, autorisé la construction d'une route et distribué des concessions forestières et aurifères. La norme imposée par la Cour interaméricaine fut alors l'obtention par l'État du CPLÉ de la communauté pour chacune de ces mesures¹⁶⁶. Par conséquent, cette Cour ne reconnaît pas en toutes circonstances un droit à l'obtention du CPLÉ des communautés autochtones, entendu en tant que droit de s'opposer. De plus, eu égard à la condition préliminaire, elle pourrait être perçue comme étant exigeante, imposant à la communauté de posséder un titre officiel sur le territoire et les ressources naturelles ou d'en faire la preuve complexe, comme c'est le cas en droit canadien. Or, il n'en va pas ainsi. Par exemple, dans l'affaire *The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community (Nicaragua)*, la communauté Awas Tingni n'avait pas de titre de propriété sur le territoire qu'elle revendiquait avant de se présenter devant la Cour interaméricaine et de se voir reconnaître par le tribunal un droit collectif de propriété sur le territoire¹⁶⁷. Dans l'affaire *Saramaka People*, la situation était similaire. Dans les deux cas, les communautés exposèrent la relation spécifique qu'elles entretenaient avec les territoires revendiqués en soumettant des témoignages des membres de la communauté et des témoignages d'experts, en se fondant sur leurs propres coutumes, sur les modèles traditionnels d'utilisation et d'occupation du territoire et sur l'effectivité des droits garantis, un objectif inscrit dans la *Convention américaine*¹⁶⁸. Dans les deux affaires, la Cour interaméricaine a conclu que dans les circonstances en l'espèce, l'État avait une obligation de démarquer, de délimiter et de reconnaître un titre sur ce territoire, en collaboration avec la communauté et en respectant ses coutumes. En attendant que ce processus soit mené à terme, l'État ne peut autoriser des activités qui pourraient mettre en péril les droits potentiels. Cela favorise l'adaptation de la *Convention américaine* en fonction des diverses réalités socioculturelles rencontrées et facilite la démonstration de l'existence du droit de propriété des peuples autochtones sur les territoires qu'ils revendiquent. Il en résulte une reconnaissance plus fréquente qu'en droit canadien du droit au territoire et une mise en œuvre plus courante du droit à la participation à la prise de décision.

¹⁶⁵ *Ibid* au para 134.

¹⁶⁶ *Ibid* au para 137.

¹⁶⁷ *Affaire The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community (Nicaragua)* (2001), Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 79 aux para 148, 153, [2001] 3 Inter-American Yearbook of Human Rights 987 [*Awas Tingni*].

¹⁶⁸ *Convention américaine*, *supra* note 159, art 29.

Toutefois, l'encadrement échafaudé par la Cour interaméricaine contient plusieurs limites. Premièrement, pour tous les projets de développement ou d'investissement qui ne sont pas d'envergure et qui n'ont pas d'impact significatif sur le territoire, le droit à la participation donne lieu à un devoir de consulter de bonne foi en vue de parvenir à un accord. En la matière, la critique formulée plus tôt concernant la confusion inappropriée des concepts de participation et de consultation s'applique¹⁶⁹. Deuxièmement, le droit à la participation des peuples autochtones à la prise de décision est mis en œuvre dans les cas d'exploitation de ressources essentielles au développement et à la continuation du mode de vie de la communauté, de ressources traditionnellement utilisées ou de ressources naturelles dont l'exploration ou l'extraction affecte de manière néfaste des ressources traditionnelles ou essentielles¹⁷⁰. La participation à la prise de décision n'est donc pas garantie pour l'ensemble des intrusions en territoire autochtone. En ce sens, il ne s'agit pas d'un droit général à la participation, enclenché toutes les fois où le territoire traditionnel ou les intérêts autochtones sont touchés. Une telle approche pourrait-elle comporter le risque de figer et d'essentialiser les activités économiques autochtones?

La réponse à cette question n'est pas tranchée. Toutefois, il est important de noter que dans l'arrêt *Saramaka People*, la Cour interaméricaine a tenu compte de l'exploitation du bois au titre des activités économiques de membres de la communauté, dans le cadre de concessions, pour qualifier cette ressource d'essentielle à la survie de la communauté¹⁷¹. À la lumière de cette interprétation ponctuelle, on peut penser que la Cour n'a pas une conception figée de ce que sont les ressources essentielles. Malgré cette nuance, une autre question se pose. L'encadrement prévu dans l'arrêt *Saramaka People* ne limite-t-il pas le droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones — par ailleurs reconnu à l'article 4 de la *Déclaration des Nations Unies*¹⁷² et à l'article 15 du *Projet de Déclaration interaméricaine relatif aux droits des peuples autochtones*¹⁷³ — dans la mesure où la communauté ne reçoit pas un droit général à la participation toutes les fois où son territoire est touché par une mesure gouvernementale? Tel que formulé dans le *Projet de Déclaration interaméricaine relatif aux droits des peuples autochtones*, l'article 15 reconnaît explicitement un « droit à l'autonomie ou au gouvernement indépendant » dans

¹⁶⁹ Voir Touzard, *supra* note 33.

¹⁷⁰ Voir *Saramaka People*, *supra* note 28 aux para 146-55.

¹⁷¹ *Ibid* aux para 145-46.

¹⁷² *Déclaration des Nations Unies*, *supra* note 22.

¹⁷³ OÉA, Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, *Projet de Déclaration interaméricaine relatif aux droits des peuples autochtones*, Doc off OEA/Ser./L.V/II.90/Doc.9, rev 1 (1995), art 15.

plusieurs domaines, dont l'administration des terres et des ressources. Celui-ci va de pair avec le droit à la participation des peuples autochtones « à tous les niveaux, à propos d'affaires susceptibles d'affecter leur droit, leur existence et leur destin »¹⁷⁴, également reconnu par ce projet de déclaration. Si ce texte est adopté en l'état, comment sera-t-il possible d'articuler le droit à l'autonomie gouvernementale et le droit à la participation à la prise de décision qui lui est associé avec le droit à la consultation de bonne foi reconnu par la Cour interaméricaine? Enfin, par le fait que la Cour interaméricaine impose une condition préliminaire qui consiste à appliquer le droit à la participation lorsqu'il y a une atteinte au droit de propriété, elle exige de faire la démonstration de la violation d'un droit, en l'occurrence le droit de propriété. Or, bien que l'établissement de cette preuve soit facilité, il n'en demeure pas moins que le régime établi est plus exigeant que celui mis sur pied par la *Déclaration des Nations Unies*.

La signification et les conditions de mise en œuvre de l'obligation d'obtenir le CPLÉ, tant en vertu de la *Déclaration des Nations Unies* qu'en vertu des jugements de la Cour interaméricaine, étant maintenant exposées, le projet d'exploiter le nord du Québec remplit-il ces conditions de mise en œuvre?

3. Mise en œuvre des conditions d'application dans le cadre du Plan Nord

À la lumière des critiques que nous venons d'émettre, l'obligation d'obtenir le CPLÉ des peuples autochtones n'est pas interprétée comme une norme générale, applicable en tout temps. Malgré les ambiguïtés et les différences d'interprétation soulevées ci-dessus, nous proposons de vérifier si les conditions d'application énoncées par le Comité ADI ou mises en œuvre par la Cour interaméricaine se trouvent réunies dans le cadre du Plan Nord.

Avant de poursuivre, il convient toutefois de préciser que l'obligation d'obtenir le consentement des peuples autochtones s'applique clairement lorsqu'on conçoit le Plan Nord comme étant un projet global, composé de plusieurs développements qui, de manière conjuguée, auront des répercussions significatives sur le territoire et sur la vie des peuples autochtones. En d'autres termes, qu'ils aient ou non des répercussions significatives sur le territoire et sur la vie des peuples autochtones, ces développements isolés doivent être pris en compte de manière combinée. Rappelons en effet qu'évaluer la place que doit avoir le point de vue des peuples autochtones, au cas par cas, isolément, ne permet pas la prise en compte des effets cumulatifs de ces développements multiples. Or, une prise de conscience de ces effets apparaît primordiale pour donner un avis éclairé.

¹⁷⁴ *Ibid.*

D'où l'intérêt de concevoir le Plan Nord comme étant un projet global, plutôt qu'une juxtaposition de projets aux répercussions mineures ou majeures. À ce titre, la dénomination Plan Nord et celle récemment adoptée de Développement nordique ont ceci d'intéressant qu'elles permettent d'identifier facilement la multiplicité des projets envisagés.

Nous suggérons donc que, dans le cadre du Plan Nord, l'article 19 de la *Déclaration des Nations Unies* exige l'obtention du consentement des peuples autochtones. En effet, le Plan Nord a d'abord toutes les chances d'affecter de manière particulière les peuples autochtones. Il a la faculté de porter atteinte aux droits ancestraux et aux titres aborigènes potentiels des nations Innue, Anishnabe et Atikamekw, et touchera aussi les identités et le pouvoir de gestion des six Premières nations qui partagent leurs territoires avec celui du Plan Nord. De plus, de nombreux développements envisagés dans ce cadre auront des effets directs et significatifs sur la vie ou sur les territoires de ces communautés. Ce plan a pour ambition le développement de projets de petite envergure, par exemple dans le cadre du tourisme, mais il consiste aussi, et c'est là que se situent les enjeux principaux, à mettre en œuvre des projets ayant des effets significatifs et directs. Pensons à ceux qui impliquent l'intervention d'industries extractives¹⁷⁵, ne serait-ce que l'exploitation de l'uranium, du nickel, du cobalt, du zinc, du fer ou de l'or. Ces projets peuvent avoir des répercussions sur la qualité de vie des peuples autochtones, notamment sur leur santé, mais aussi sur le contrôle et sur la configuration du territoire, ainsi que sur le rapport de ces peuples au territoire en question. Dans ce contexte, le Comité ADI accorde une forte présomption pour l'obtention du consentement des peuples affectés¹⁷⁶. De plus, la mise en œuvre de ces projets conduira à priver les peuples autochtones de leurs terres traditionnelles ou d'une partie substantielle de celles-ci, menaçant par le fait même la préservation de leur identité culturelle¹⁷⁷. Dans un tel cas, le Comité ADI considère que les articles 10 et 28(1) de la *Déclaration des Nations Unies* reconnaissent un droit de veto aux peuples autochtones¹⁷⁸. Enfin, pour les peuples autochtones, les concepts de territoire, d'identité et de culture sont enchevêtrés. Jean-Paul Lacasse explique par exemple ce qui suit :

¹⁷⁵ Sur le potentiel minier du territoire du Plan Nord, voir Gouvernement du Québec, « Potentiel minier », en ligne : Développement nordique <www.nord.gouv.qc.ca/documents/potentiel-minier.pdf>.

¹⁷⁶ Conférence de Sofia, *supra* note 88 à la p 4.

¹⁷⁷ *Affaire Xákmok Kásek Indigenous Community (Paraguay)* (2010), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°214.

¹⁷⁸ *Ibid* aux pp 6-7.

L'expression *Innu aitun*, qui signifie « la vie innue », est l'expression contemporaine de ce qui se réfère au mode de vie traditionnel des Innus, à la pratique de leurs activités ancestrales. La conception qu'en ont les Innus est englobante elle aussi et vise la pratique de toutes les activités reliées à la culture, aux valeurs et au mode de vie et qui sont associées à leur occupation et à leur utilisation du Nitassinan ainsi qu'à leur lien particulier avec la terre¹⁷⁹.

Tout projet significatif de développement en lien avec le territoire a des répercussions sur des éléments de la culture et de l'identité des peuples autochtones. Ouvrant la porte à des mesures qui portent atteinte aux liens qui existent entre les Autochtones, leur culture et leur territoire — pensons seulement aux activités d'extraction —, le Plan Nord pourrait contribuer à la dégradation des cultures autochtones. Dans ce contexte, le Comité ADI reconnaît que l'obligation d'obtenir le consentement des peuples autochtones s'applique¹⁸⁰. De plus, si l'on interprète l'article 32 de la *Déclaration des Nations Unies* à la lettre, celui-ci applique cette norme à tous les projets. Par conséquent, nous considérons que le Plan Nord constitue une mesure portant atteinte de manière significative aux intérêts autochtones. En vertu des articles 19 et 32 de la *Déclaration des Nations Unies* et telles que ces dispositions sont interprétées par le Comité de l'ADI, le CPLÉ des communautés autochtones dont les intérêts sont ainsi affectés est donc requis.

En contexte interaméricain, cette obligation s'applique lorsque l'État autorise une mesure qui porte atteinte au droit de propriété collectif d'un peuple autochtone sur son territoire ou sur les ressources naturelles qu'il a traditionnellement utilisées ou qui sont essentielles à son mode de vie¹⁸¹. En la matière, rappelons qu'il n'est pas nécessaire pour la communauté d'avoir au préalable un titre officiel de propriété sur le territoire. Le droit de propriété pourra éventuellement être établi devant ce tribunal et, entre temps, l'État ne peut autoriser des activités qui pourraient mettre en péril ces droits potentiels¹⁸². De plus, dans le cas de certains peuples autochtones du Québec, dont les Innus, certains auteurs estiment qu'il existe une forte présomption en faveur d'un titre aborigène sur le Nitassinan ou sur une partie de celui-ci¹⁸³. On peut donc penser que cette Première nation pourrait se voir reconnaître un droit de propriété sur le territoire re-

¹⁷⁹ Lacasse, *Les Innus*, *supra* note 8 aux pp 41-42.

¹⁸⁰ Conférence de Sofia, *supra* note 88 à la p 7.

¹⁸¹ OÉA, Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, *Indigenous and Tribal Peoples' Rights Over their Ancestral Lands and Natural Resources: Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System*, Doc off OEA/Ser.LN/II/Doc.56/09 (2009) à la p 119.

¹⁸² Awas Tingni, *supra* note 167 au para 153.

¹⁸³ *Ibid* à la p 206.

vendiqué par la Commission interaméricaine, qui applique les mêmes solutions que la Cour interaméricaine et qui a compétence universelle sur tous les États membres de l'Organisation des États Américains, dont le Canada. Le droit de propriété sur les ressources naturelles essentielles ou traditionnellement utilisées pourrait aussi être démontré devant cette instance, en lien notamment avec les activités des peuples nomades, que ce soit la pêche, la chasse et d'autres pratiques actuelles. Le Plan Nord comporte des mesures restrictives qui portent atteinte à ces droits. Par la promotion de la modification de l'utilisation des terres et par l'exploitation à grande échelle de ressources naturelles qu'il soutient, nous avons déjà noté que ce projet pouvait être qualifié de projet de développement d'envergure. Dans ce contexte, la Cour interaméricaine impose l'obtention du consentement des nations autochtones affectées.

Par conséquent, considérant l'exploitation conjuguée des ressources du Nord québécois prévue dans le cadre du Plan Nord et le droit international et interaméricain, il est selon nous fort probable que le consentement des communautés qui partagent leurs territoires avec ce projet doive être obtenu. Il va sans dire que cette norme pourra aussi être appliquée dans le cas d'autres projets de développement d'envergure, c'est-à-dire des projets ayant des répercussions significatives sur le territoire et la vie des peuples autochtones tels que l'exploitation d'une mine d'or ou d'uranium.

Nous avons constaté que l'intégration en droit interne de la catégorie développée par le droit international, appelée « projet de développement d'envergure », est intéressante, dans la mesure où elle permet une association effective des peuples autochtones à la prise de décision, ceux-ci ayant leur consentement à donner, dès la naissance du projet. Nous avons aussi observé que la notion de consentement — enchâssée au sein de documents internationaux adoptés par le Canada et de jugements de la Cour interaméricaine — dépasse la simple consultation, puisqu'elle impose aux autorités gouvernementales de tenir compte des avis rendus par les Autochtones. De plus, cette notion est applicable dans le cadre du Plan Nord et d'autres projets similaires de développement. Une question reste cependant en suspens. Au regard du droit international, l'État est-il le seul titulaire de l'obligation d'obtenir le consentement? Comme pour de nombreuses normes, l'état du droit peut changer. Toutefois, il est intéressant de souligner qu'actuellement, droit interne et droit international sont unanimes sur ce point.

C. Une certaine convergence du droit international quant au rôle de l'État

En droit international, le titulaire de l'obligation d'obtenir le consentement est l'État, non les tierces parties qui exploitent le territoire. Les

peuples autochtones, quant à eux, ont une obligation réciproque d'agir selon les règles de la bonne foi et du respect mutuel¹⁸⁴. Le principe selon lequel l'État est le seul titulaire de l'obligation a été confirmé à la fois par le Rapporteur spécial sur les droits des populations autochtones en 2011¹⁸⁵, par la doctrine¹⁸⁶ et par la Cour interaméricaine¹⁸⁷.

Néanmoins, au regard de certaines normes de *soft law*, cette obligation serait partagée par l'État avec des tierces parties¹⁸⁸. Dans cette perspective, les entreprises, souvent des sociétés multinationales, notamment opérant dans les industries extractives, ne constituent pas des titulaires officiels de l'obligation, mais elles sont présentées comme des actrices ayant le rôle d'amorcer ou de stimuler le processus de consultation auprès de l'État. Cette fonction est promue depuis la fin des années 2000 par les organisations internationales de représentation, qui établissent des règles de bonne pratique vis-à-vis des peuples autochtones touchés par l'exploitation et qui encouragent l'adoption de codes de conduite. L'objectif consiste à diminuer les conflits liés à l'exploitation des territoires ancestraux ainsi que les coûts rattachés à ces conflits.

¹⁸⁴ Voir *Déclaration des Nations Unies*, *supra* note 22, préambule, art 32(2).

¹⁸⁵ Anaya, « Rapport 2011 », *supra* note 91 aux para 47, 49, 61.

¹⁸⁶ Voir Asbjørn Eide, « The Indigenous Peoples, The Working Group on Indigenous Populations and the Adoption of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples » dans Claire Charters et Rodolfo Stavenhagen, dir, *Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Copenhague, IWGIA, 2009, 32 à la p 43; Patrick Macklem, « Corporate Accountability under International Law: The Misguided Quest for Universal Jurisdiction » (2005) 7 : 4 *Forum du droit international* 281 à la p 282.

¹⁸⁷ Voir *Sarayaku*, *supra* note 93 au para 187.

¹⁸⁸ Le partage de cette responsabilité entre l'État et les sociétés multinationales est soutenu par David Kinley et Junko Tadaki. Ces deux auteurs notent l'émergence d'une obligation autoréflexive pour les sociétés transnationales qui leur impose de s'abstenir de porter atteinte au droit à l'autodétermination qu'ont les peuples autochtones. Pour ces auteurs, ces sociétés doivent aussi s'abstenir de conduire des activités qui privent les peuples autochtones de leurs moyens de subsistance et qui causent des dégâts pour l'environnement. En outre, les auteurs considèrent que ces sociétés devraient avoir des obligations en tant que tierces parties, en particulier l'obligation positive de faciliter la pleine participation des peuples autochtones à la prise de décision. Voir David Kinley et Junko Tadaki, « From Talk to Walk: The Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at International Law » (2004) 44 : 4 *Va J Int'l L* 931 à la p 990. Ce partage de responsabilité a également été promu par le juge Lambert de la Cour d'appel de Colombie-Britannique se fondant sur le principe du *knowing receipt* (*Haida Nation v British Columbia (Minister of Forests)*, 2002 BCCA 462 aux para 71-73, 216 DLR (4^e) 1). Il a récemment été privilégié par la Cour supérieure de justice de l'Ontario, qui rappelle que la responsabilité de consulter appartient à la Couronne, mais que les aspects opérationnels de la consultation peuvent être délégués à la tierce partie directement impliquée dans le cadre du projet d'exploitation des ressources (*Wahgoshig First Nation v Ontario*, 2011 ONSC 7708 au para 43, 108 OR (3^e) 647).

Par exemple, l'Association internationale des producteurs de pétrole et de gaz (IPIECA)¹⁸⁹ et la Société Financière Internationale (Groupe de la Banque Mondiale)¹⁹⁰ encouragent les industries à obtenir le CPLÉ des communautés avant toute intervention¹⁹¹. Dans un rapport intitulé *Vers un nouvel équilibre* et préparé pour le Groupe de la Banque mondiale (GBM), la Revue des industries extractives préconise que le soutien du GBM aux industries extractives (pétrolières, minières et gazières) doit s'accompagner du respect des droits humains¹⁹². Dans ce cadre, les auteurs du rapport rappellent que le droit au CPLÉ des peuples autochtones doit être respecté en cas de déplacement de population :

¹⁸⁹ Les positions de l'Association internationale des producteurs de pétrole et de gaz et de l'IPIECA sont évoquées par la Revue des industries extractives (*supra* note 27 à la p 50).

¹⁹⁰ Voir Société Financière Internationale, *IFC Performance Standards on Environmental and Social Sustainability*, Washington, IFC, 2011 aux pp 47, 49-51. Gilbert et Doyle citent aussi la Société financière internationale, la Banque européenne de reconstruction et de développement, la Banque asiatique de développement, la Banque interaméricaine de développement au titre des institutions financières internationales ayant reconnu l'obtention du CPLÉ, ou l'un de ses équivalents, comme droit ou comme principe (*supra* note 89 aux pp 322-23).

¹⁹¹ Quant à lui, le Conseil international des mines et métaux (CIMM) se montre hésitant. Il reconnaît que les industries extractives qui y sont affiliées devraient intervenir en territoire autochtone suite à l'obtention d'un large soutien de ces peuples avant que le stade de l'exploration ne soit franchi, mais reste frileux quant à savoir si l'obtention du CPLÉ est requise. De ce fait, l'industrie affiliée au CIMM devra respecter cette norme si le droit de l'état sur le territoire duquel elle intervient impose cette norme. Sinon, l'approche relationnelle avec les peuples autochtones, qui n'impose pas l'obtention de ce consentement, devra être appliquée. Néanmoins, le CIMM exige aussi de ses membres qu'ils respectent le droit local, national et international. Dans la mesure où le droit international et le droit interaméricain imposent l'obtention du CPLÉ, et que cette obligation s'impose au Canada, ne peut-on pas penser que les membres du CIMM n'ont pas aussi l'obligation de respecter cette norme? (*Guide de bonnes pratiques, supra* note 130 aux pp 7, 24).

¹⁹² *Revue des industries extractives, supra* note 27 aux pp vi-vii. De plus, dans sa politique OP 4.10, sur les peuples autochtones, bien que la Banque mondiale n'évoque pas le droit au CPLÉ, elle s'attache toutefois à la notion d'acceptabilité sociale des projets. À ce titre, elle s'assure que les communautés autochtones affectées par un projet de développement ont fourni un large soutien au projet en question (Banque mondiale, « Operational Policy 4.10: Indigenous Peoples » dans *The World Bank Operations Manual*, Washington, Banque mondiale, en ligne : Banque mondiale <siteresources.worldbank.org/EXTOPMANUAL/Resources/EntireOpManualExternal.pdf?resourceurlname=EntireOpManualExternal.pdf> au para 11). Cela sous-entend que cette institution internationale ne se contente pas d'une simple consultation, mais qu'elle valorise plutôt une norme qui tend vers le droit au CPLÉ. Par conséquent, le sens qu'elle attribue au concept de consultation pourrait être différent de celui que lui ont donné les juges de la Cour suprême canadienne et pourrait supposer une obligation automatiquement plus élevée que la simple consultation.

Les populations autochtones et bien d'autres communautés ont ressenti les impacts négatifs des projets de développement de l'industrie extractive. Leur déplacement ne doit être autorisé que lorsque, à la suite d'un processus de consultation, la communauté a donné son consentement préalable libre et éclairé à une proposition de projet et aux bénéfices qu'elle compte en tirer. D'ailleurs, le GBM ne doit pas soutenir de projet extractif susceptible d'affecter les populations autochtones sans qu'aient d'abord été reconnus et garantis de manière efficace leurs droits de posséder, de contrôler et de gérer leurs sols, leurs territoires et leurs ressources¹⁹³.

Il pourrait donc y avoir une certaine corrélation entre l'interprétation donnée aux normes internationales par les institutions internationales ou régionales actives dans le champ du droit international des investissements et par les institutions internationales et régionales active dans le domaine du droit des peuples autochtones. Au sein de ces deux corpus le respect du CPLÉ est de plus en plus souvent évoqué et le contenu du droit à la consultation, lorsque cette norme demeure la référence, semble renvoyer à des obligations qui supposent une plus grande prise en compte de la vision des communautés affectées par rapport à ce qui est requis en droit interne.

Toutefois, à la différence du droit international des peuples autochtones, la Revue des industries extractives et certains guides de bonne pratique d'organisations industrielles tendent à présenter les industries extractives comme des parties prenantes au déroulement de projets de développement consensuels. La Revue des industries extractives mentionne, en effet, que « [l]es tâches plus spécifiques liées à la gouvernance dans le cas des industries extractives consistent à [...] aider les gouvernements à élaborer des cadres réglementaires et politiques modernes; et à intégrer le public dans les processus décisionnels tant aux niveaux local que national »¹⁹⁴. Cette politique fait appel à l'instauration d'un nouvel équilibre entre les industries extractives, l'État et la société civile, notamment les peuples autochtones¹⁹⁵. Or, en encourageant ces industries à conseiller les gouvernements, la Revue des industries extractives n'attribue-t-elle pas à une des parties ayant des intérêts dans la prise de décision un rôle prépondérant? Ces sociétés ne se trouveraient-elles pas alors en conflit d'intérêts?

Dans ce contexte, assisterait-on à une diversification des titulaires de l'obligation d'obtenir le consentement des peuples autochtones? Sous l'angle juridique pur, la réponse est négative. Dans son rapport de 2011

¹⁹³ *Ibid* aux pp xi-xii, 21-26.

¹⁹⁴ *Ibid* aux pp vii, 56.

¹⁹⁵ *Ibid* à la p 50.

sur les industries extractives, James Anaya rappelle que l'État ne doit pas se reposer sur ces industries et qu'il lui appartient de faire respecter les droits des peuples autochtones¹⁹⁶. Cette position est également privilégiée par la *Déclaration des Nations Unies*, celle-ci insistant sur le rôle de l'État en collaboration avec les peuples autochtones dans la mise en œuvre des dispositions adoptées. Néanmoins, d'un point de vue empirique, cette diversification pourrait apparaître. Tout en considérant que le rôle de faire respecter les droits des peuples autochtones revient à l'État et que le droit international ne devrait pas reconnaître la personnalité juridique des sociétés multinationales¹⁹⁷, Patrick Macklem affirme que les codes de bonne conduite de ces sociétés ont le potentiel d'affecter leur comportement d'une manière qui est, à certains égards, plus importante que les formes de régulation traditionnelles, qu'elles soient internationales ou internes¹⁹⁸. Sa position est prudente et tempérée : elle n'altère pas le renforcement du droit au CPLÉ par son inscription dans divers codes de conduites et elle ne confère pas non plus aux sociétés multinationales la responsabilité juridique de mettre en œuvre l'obligation. Au contraire, elle charge l'État d'agir en tant que gardien de l'obligation.

L'analyse qui précède met en évidence la pertinence d'avoir recours au droit international et interaméricain pour mettre en œuvre les normes de droit interne en matière de collaboration des institutions gouvernementales avec les peuples autochtones dans le cadre de l'exploitation du Nord québécois. Par la place importante qu'il accorde aux positions autochtones, en imposant à l'État, dans certains cas précis, l'obtention du CPLÉ, celui-ci élève le seuil de la diligence raisonnable et ouvre la porte à une participation effective de ces peuples dans le processus décisionnel. Cela a pour effet d'instituer une collaboration réelle entre Autochtones et État, qui s'éloigne de considérations excessivement formalistes du type de la consultation. La reconnaissance du droit au CPLÉ élève le statut des peuples autochtones en ce sens qu'ils deviennent de réels partenaires dont les points de vue sont importants et pris en compte effectivement. Enfin, bien que le Canada soit un état dualiste, les dispositions de la *Déclaration des Nations Unies*¹⁹⁹ et l'interprétation de la *Déclaration américaine sur*

¹⁹⁶ Anaya, « Rapport 2011 », *supra* note 91 au para 61.

¹⁹⁷ Macklem, *supra* note 186 à la p 289 :

Above all, international law should not address the growing power and influence of multinational corporations by enhancing their international legal personality. It should instead seek to rebuild what it has allowed processes of economic globalization to weaken: the state's capacity to regulate, in the name of human rights, multinational corporate power.

¹⁹⁸ *Ibid* à la p 285.

¹⁹⁹ *Déclaration des Nations Unies*, *supra* note 22.

*les droits et les devoirs de l'homme*²⁰⁰ (« *Déclaration américaine* ») par la Commission interaméricaine²⁰¹ paraissent transposables en droit interne. Nous allons brièvement examiner l'interaction entre droit international et droit interne dans les lignes suivantes.

III. L'interaction entre le droit international et le droit interne

Cette dernière partie vise à mettre en lumière le caractère applicable des documents supranationaux et des normes qu'ils enchâssent, plus particulièrement le droit au CPLÉ, en droit interne.

Premièrement, en tant que résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, la *Déclaration des Nations Unies* n'a pas, en principe, le caractère contraignant d'un traité. Pourtant, il s'agit d'un instrument qui se réfère à plusieurs autres documents des Nations Unies²⁰² et dont le contenu transparaît dans diverses conventions internationales, comme le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*²⁰³, le *Pacte international relatif aux droits économiques et sociaux*²⁰⁴, la *Convention contre toutes les formes de discriminations raciales*²⁰⁵ ou la *Convention n°169*²⁰⁶. Pour plusieurs auteurs, la valeur juridique de la *Déclaration des Nations Unies* — le contenant — est à distinguer de la valeur juridique des normes qu'elle enchâsse, ces dernières pouvant être obligatoires lorsqu'elles sont réitérées par ailleurs dans des traités ou lorsqu'elles ont une valeur coutu-

²⁰⁰ OÉA, Neuvième conférence internationale des états américains (1948), *American Declaration of the Rights and Duties of Man*, Doc off OEA/Ser.L/V/II.23/doc.21 (1979), réimprimé dans Doc off OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1 (1992) [*Déclaration américaine*].

²⁰¹ Voir par ex *Dann v United States* (2002), Inter-Am Comm HR, No 75/02, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights: 2002*, OEA/Ser.L/V/II.117/ doc.1 rev.1 [*Dann*].

²⁰² Voir notamment *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n° 7; *PIDCP*, supra note 18; *PIDESC*, supra note 18; *Déclaration et programme d'action de Vienne*, Doc off, AG NU, 157^e sess, Doc NU A/CONF.157/23 (1993), préambule.

²⁰³ *PIDCP*, supra note 18, art 1, 2, 3, 6-7, 9, 10, 25, 27. Comparer *Déclaration des Nations Unies*, supra note 22, art 3, 2, 44, 7, 43, 18, 11-13, 25.

²⁰⁴ *PIDESC*, supra note 18, art 12, 13, 15. Comparer *Déclaration des Nations Unies*, supra note 22, art 23-24, 15, 21, 5, 31.

²⁰⁵ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 21 décembre 1965, 660 UNTS 195, RT Can 1970 n° 28, art 2(2), 5 [*Convention sur la discrimination raciale*]. Comparer *Déclaration des Nations Unies*, supra note 22, art 6, 18, 26.

²⁰⁶ *Convention (n°169) relative aux peuples indigènes et tribaux*, 28 juin 1989, 1650 RTNU 383, 28 ILM 1382 (entrée en vigueur : 5 septembre 1991), art 13-19. Comparer *Déclaration des Nations Unies*, supra note 22, art 25-28.

mière²⁰⁷. À ce titre, certaines normes de la *Déclaration des Nations Unies* seraient donc obligatoires. En effet, le Canada a ratifié la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*²⁰⁸ et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*²⁰⁹ et les a incorporés en droit interne²¹⁰. Ces deux traités ont déjà été interprétés par leurs organes de contrôle, le Comité des Nations Unies sur l'élimination de la discrimination raciale et le Comité des droits de l'homme, comme protégeant le droit des peuples autochtones au CPLÉ²¹¹. De ce fait, il est possible de justifier l'application du droit au consentement en droit canadien. Par ailleurs, qu'elles soient ou non contraignantes, ces dispositions peuvent inspirer les tribunaux canadiens dans le cadre de leur interprétation et ainsi avoir une influence sur le droit interne. L'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*²¹², rendu en 1999 par la Cour suprême du Canada, se fondait sur la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*, convention ratifiée par le Canada, mais qui n'avait pas encore été reçue en droit interne et qui n'était donc pas directement applicable. La juge L'Heureux-Dubé, s'exprimant au nom de la majorité, déclarait alors que « [l]es valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent toutefois être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire »²¹³. De la même manière, en octobre 2007, la Cour suprême du Belize s'inspirait de la *Déclaration des Nations Unies* et indiquait qu'elle contenait des principes généraux du droit international²¹⁴. Ayant été signé par le Canada à l'automne 2010 et bien que certaines limites aient été posées

²⁰⁷ Voir Mattias Åhrén, « The Provision on Lands, Territories and Natural Resources in the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: An Introduction » dans Charters et Stavenhagen, *supra* note 186, 200 à la p 212. Voir aussi Luis Rodriguez-Piñero Royo, « 'Where Appropriate': Monitoring/Implementing of Indigenous Peoples' Rights Under the Declaration » dans Charters et Stavenhagen, *supra* note 186, 314 aux pp 314-18.

²⁰⁸ *Convention sur la discrimination raciale*, *supra* note 205.

²⁰⁹ *PIDCP*, *supra* note 18.

²¹⁰ On peut affirmer que le Canada et la province du Québec ont incorporé ce traité dans le cadre des dispositions des deux Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés (voir *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 10, art 15(1); *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ c C -12, art 10).

²¹¹ Voir *Recommandation générale XXIII*, *supra* note 110; *Poma Poma*, *supra* note 110.

²¹² [1999] 2 RCS 817, 174 DLR (4^e) 193.

²¹³ *Ibid* à la p 861.

²¹⁴ *Cal v Belize (AG)* (2007), 46 ILM 1022 aux para 131-32 (Cour suprême du Belize).

quant à son application dans l'ordre juridique interne²¹⁵, ce document peut avoir une influence dans l'interprétation du droit interne par les tribunaux et devenir opposable aux autorités tant fédérales que provinciales, spécifiquement dans le cadre du développement du Nord québécois²¹⁶.

Deuxièmement, le Canada est membre de l'OEA. Il n'a pas signé ni ratifié la *Convention américaine*²¹⁷ et n'est pas lié par les jugements de la Cour interaméricaine. Il a cependant adopté en 1990 la *Déclaration américaine*²¹⁸. Contrairement à une convention, une déclaration n'est habituellement pas considérée comme un instrument juridiquement contraignant. Dans un avis consultatif de 1989, la Cour interaméricaine a reconnu le caractère obligatoire de la *Déclaration américaine* pour tous les États de l'OEA²¹⁹. À titre de partie à la *Déclaration américaine*, le Canada et la province du Québec peuvent être condamnés par la Commission interaméricaine lorsqu'un justiciable dépose une requête devant cette instance pour violation des dispositions de ce texte²²⁰. Comme il s'agit d'un organe quasi juridictionnel, ses décisions ne sont pas contraignantes, mais la bonne foi commande que les États de l'organisation se conforment à ses recommandations²²¹. Les décisions de la Commission interaméricaine ont donc un poids politique important. Le simple fait que les États, dont le Canada, acceptent de s'y présenter et d'y produire une défense illustre

²¹⁵ Gouvernement du Canada, « Énoncé du Canada appuyant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones » (12 novembre 2010), en ligne : Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, <www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1309374239861/1309374546142>.

²¹⁶ Sur l'influence du droit international sur le droit canadien, voir Stéphane Beaulac, « National Application of International Law: The Statutory Interpretation Perspective » (2003) 41 ACIDI 225. Voir aussi Karen Knop, « Here and There: International Law in Domestic Courts » (2000) 32 : 2 NYUJ Int'l L & Pol 501; Stephen J Toope « Inside and Out: The Stories of International Law and Domestic Law » (2001) 50 RD UN-B 11.

²¹⁷ *Convention américaine*, *supra* note 159.

²¹⁸ Gouvernement du Canada, « L'Organisation des États américains » (2012), en ligne : Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada <www.international.gc.ca/american_states-etats_americaains/oas-oea>.

²¹⁹ *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man Within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights* (1989), Avis consultatif OC-10/89, Inter-Am Ct HR (Sér A) n° 15, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights: 1989*, AG/doc.240/89 (1989) 109. Voir aussi Ludovic Hennebel, *La Convention américaine des droits de l'Homme : mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2007 à la p 27.

²²⁰ Pour un exemple actuel, voir *Hul'qumi'num Treaty Group v Canada* (2009), Inter-Am Comm HR, No 105/09, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights: 2009*, OEA/Ser.L/V/III/ doc.51, corr.1 [*Hul'qumi'num*]. Cette affaire oppose un groupe autochtone au Canada et la Province de la Colombie-Britannique devant la Commission interaméricaine.

²²¹ Hennebel, *supra* note 219 à la p 230.

bien ce poids politique. De plus, comme le mentionne Ludovic Hennebel, les décisions de la Commission interaméricaine ont toutes les apparences d'un jugement, à la seule différence près que cette instance recommande, au lieu d'ordonner, que des mesures soient prises par l'État membre pour remédier aux violations alléguées²²². Ainsi, une pétition pourrait être soumise à la Commission interaméricaine dénonçant une violation de la *Déclaration américaine*, plus précisément de son article 23²²³, équivalent de l'article 21 de la *Convention américaine* sur le droit de propriété²²⁴, par le Canada.

En outre, l'interprétation de l'article 21 de la *Convention américaine* développée par la Cour interaméricaine²²⁵ se répercute sur les décisions de la Commission interaméricaine, puisque celle-ci travaille sous l'autorité de la Cour interaméricaine. Elle doit donc, en principe, adapter sa jurisprudence à celle de la Cour afin d'éviter des disparités importantes au sein du système interaméricain. L'affaire *Dann v. United States* illustre très bien ce propos²²⁶. Le lien entre le raisonnement de la Commission interaméricaine, celui de la Cour interaméricaine, l'état du droit interaméricain et l'état du droit international apparaît clairement. La Commission interaméricaine affirme qu'en interprétant et en appliquant la *Déclaration américaine*, il lui sera nécessaire de considérer ses dispositions dans le contexte plus large des droits humains tels que reconnus au niveau international et au sein du système interaméricain²²⁷. La Commission interaméricaine fait ici référence à la *Convention américaine*²²⁸, qui constitue l'expression officielle des principes mis de l'avant par la *Déclaration américaine*²²⁹, ainsi qu'aux développements récents en matière de droits humains intervenus devant d'autres instances internationales, notamment la Cour interaméricaine, l'Organisation internationale du travail, le Comité des droits de l'homme ainsi que le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale des Nations Unies. Les positions développées par

²²² *Ibid.*

²²³ *Déclaration américaine*, *supra* note 200.

²²⁴ *Convention américaine*, *supra* note 159.

²²⁵ Voir par ex *Awas Tingni*, *supra* note 167; *Saramaka People*, *supra* note 28.

²²⁶ Il est à noter que les États-Unis ne sont pas juridiquement liés par les dispositions de la *Convention américaine* (*supra* note 159), l'ayant signée, mais ne l'ayant jamais ratifiée.

²²⁷ Voir *Dann*, *supra* note 201 au para 96. Dans cette affaire, deux membres de la communauté Shoshone de l'Ouest reprochaient aux États-Unis d'avoir violé l'article 23 de la *Déclaration américaine* (*supra* note 200) en procédant au retrait de leurs animaux d'élevage alors situés sur leurs terres ancestrales, en permettant que des activités de prospection minière et de stockage de déchets nucléaires y soient conduites.

²²⁸ *Convention américaine*, *supra* note 159.

²²⁹ Voir *Dann*, *supra* note 201 au para 97.

ces instances externes sont officiellement reconnues comme étant des sources implicites orientant l'interprétation de la *Déclaration américaine*²³⁰. Ce raisonnement permet à la Commission interaméricaine d'élargir la portée de l'article 23 de la *Déclaration américaine*²³¹ à la propriété collective. À la lumière de l'affaire *Dann*, il ne serait donc pas surprenant de voir la Commission interaméricaine inférer dans un avenir rapproché le devoir d'obtenir le CPLÉ des peuples autochtones, dans les cas où un État membre envisagerait de porter atteinte au droit collectif de propriété reconnu à ces peuples sur leurs territoires ancestraux et les ressources naturelles s'y retrouvant, à l'instar de l'arrêt *Saramaka People*²³². Le cas opposant actuellement une communauté autochtone de la Colombie-Britannique au gouvernement fédéral et à la province devant la Commission interaméricaine pourra permettre de vérifier cette hypothèse²³³.

Par conséquent, la force de la *Déclaration des Nations Unies* et des décisions de la Commission interaméricaine ne se situe pas tant au niveau de leur force obligatoire qu'au niveau de l'influence qu'elles peuvent exercer en raison de la pertinence des balises qu'elles posent en ce qui a trait au respect des droits des peuples autochtones²³⁴. De plus, les normes qu'elles enchâssent nous paraissent pouvoir enrichir l'état du droit interne sur le plan de la participation des peuples autochtones et de la prise en compte de leur avis.

Conclusion

Cet article met en exergue le fait que le droit au CPLÉ des peuples autochtones est une norme dont le droit canadien a intérêt à s'inspirer dans le contexte de l'exploitation du Nord québécois, qu'elle intervienne sous l'étiquette Plan Nord ou dans le cadre d'une autre politique. L'article n'a pas pour objectif de s'opposer au développement du Nord québécois ou d'insinuer que ce développement, notamment économique, n'est pas souhaité par les Autochtones. Il tient cependant à rappeler qu'il doit se concrétiser en respectant certaines obligations nationales et internationales. Afin de définir la nature de ces obligations, il procède à un bilan sur l'état du droit interne, international et interaméricain quant à la question de la place à accorder à l'avis des peuples autochtones en matière de prise de

²³⁰ *Ibid* au para 127.

²³¹ *Déclaration américaine*, *supra* note 200.

²³² *Saramaka People*, *supra* note 28.

²³³ *Hul'qumi'num*, *supra* note 220.

²³⁴ Pour un point de vue similaire concernant le droit international conventionnel, voir Beaulac, *supra* note 216.

décision dans le cadre de projets de développement. Ce faisant, il compare l'état du droit interne avec celui du droit supranational. Le résultat de cette comparaison suggère que chaque ordre juridique comporte ses propres complexités et que tous reconnaissent le droit à la consultation en tant que norme minimale. Aucun ordre ne consacre de manière absolue le droit au CPLÉ. Par ailleurs, la confusion entre droit à la consultation, droit au consentement et droit à la participation à la prise de décision est fréquente. Pour ce qui est des divergences, elles se situent sur le plan des conditions de mise en œuvre de chacune des deux normes. Le droit à la consultation approfondie et à la conduite de bonne foi est la norme que les tribunaux canadiens appliquent en cas de revendication sérieuse et d'existence d'un droit potentiel. Cette norme existe aussi en droit international, en cas de mesure attentatoire non significative pour les intérêts autochtones, et en droit interaméricain, en cas de projet de développement de petite envergure envisagé sur le territoire d'un peuple autochtone. Le droit au CPLÉ, quant à lui, est appliqué en droit canadien lorsque la communauté a un droit établi²³⁵. Le droit international exige l'existence d'une atteinte significative à la vie, au territoire, aux intérêts ou aux droits établis des peuples autochtones pour que cette norme plus exigeante que le droit à la consultation soit mise en œuvre. Enfin, elle est déclenchée en droit interaméricain, lorsque les instances judiciaires ou juridictionnelles de ce système font face à un projet de développement d'envergure qui porte atteinte au droit de propriété collectif de la communauté autochtone. Chaque ordre juridique possède donc ses propres modalités de mise en œuvre, le palier international, depuis l'adoption de la *Déclaration des Nations Unies*²³⁶, apparaissant comme étant celui qui applique le standard le plus accommodant en matière de droit au CPLÉ.

Pour ce qui est du Plan Nord, plusieurs obligations devraient encadrer le développement et la mise en œuvre de ce projet par l'État.

La première de ces obligations lui impose de préserver les droits humains et les droits des peuples autochtones. À tous les stades de l'élaboration et de la mise en œuvre du Plan Nord, les entités gouvernementales — que ce soit le gouvernement provincial, l'Assemblée nationale du Québec, le conseil d'administration de la Société du Plan Nord ou une autre société d'État comme Hydro-Québec — doivent s'assurer, en collaboration avec les six peuples autochtones dont le territoire et les revendications sont touchés par le Plan, de la conformité de leurs actions et de celles de tierces parties, comme les compagnies extractives et forestières, au droit des peuples autochtones. En cas d'incertitude sur le contenu des

²³⁵ Voir *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, supra note 35.

²³⁶ *Déclaration des Nations Unies*, supra note 22.

normes liées aux droits humains ou au droit des peuples autochtones, les entités gouvernementales devraient agir conformément au principe de précaution, d'autant plus que le Plan Nord est un projet d'envergure. S'il y a lieu, l'État doit également assurer le respect du droit et des engagements des tierces parties à l'égard de ces peuples.

Deuxièmement, vu les attentes légitimes créées à l'occasion de l'élaboration du projet et vu l'appui formel apporté par le Canada à certains instruments de droit international et interaméricain, tous les peuples autochtones dont les territoires, les ressources, les revendications et les droits potentiels ou établis sont affectés de manière significative devraient participer effectivement à toutes les étapes, de l'élaboration à la mise en œuvre de ce projet. Concrètement, cela signifie qu'ils devraient pouvoir donner leur consentement, librement, après avoir eu accès à une pleine information et préalablement à toute autorisation de prospection, d'exploration et d'exploitation d'un territoire ou d'une ressource qu'ils possèdent officiellement ou potentiellement. En pratique, les peuples autochtones du Québec devraient donc être mieux et complètement informés sur le contenu du Plan Nord. Leurs avis devraient jouer un rôle central au stade de l'élaboration des divers plans quinquennaux et de leur adoption. Cette place prépondérante devrait être juridiquement garantie. En outre, le gouvernement devrait s'assurer de la prise en compte du point de vue des femmes et des jeunes autochtones à tous les stades du développement du projet, dans le cadre d'une collaboration représentative.

Troisièmement, le projet de loi créant la Société du Plan Nord²³⁷ devrait être modifié pour garantir la représentation tant des peuples autochtones du Québec que des femmes autochtones au sein du Conseil d'administration de la société. Dès l'article 26 du projet de loi²³⁸, des sièges devraient être réservés aux diverses nations autochtones touchées par le Plan, dans le respect de l'égalité des sexes et du pluralisme. À ce titre, l'Assemblée nationale du Québec pourrait s'inspirer des articles 6 et 7 du *Finnmark Act*, adoptée en 2005 par le parlement norvégien et déjà évoquée plus haut²³⁹. L'adoption d'un régime de cogestion entre Saamis et non Saamis est intéressante en ce qu'elle implique la collaboration. Le contexte québécois étant différent, dans la mesure où plusieurs peuples autochtones sont établis sur le territoire de la province, ce régime pourrait être adapté pour permettre la pleine représentation de tous les peuples autochtones dont les droits acquis ou potentiels sont affectés, ainsi que des femmes autochtones. L'enjeu est maintenant de définir les modalités

²³⁷ *Société Plan Nord*, *supra* note 30.

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ *Finnmark Act*, *supra* note 84.

de coexistence équitables entre les 33 000 à 36 000 Autochtones établis depuis des temps immémoriaux dans le nord du Québec et les 80 000 non autochtones qui y ont élu domicile.

En dernier lieu, le gouvernement devrait envisager la création d'un fonds qui, à terme, devrait être alimenté par une partie des gains retirés de l'exploitation du nord, pour assurer la pleine information et participation des peuples autochtones à l'élaboration et à la mise en œuvre du projet.

Ces recommandations permettraient des décisions plus éclairées, plus transparentes et plus efficaces et garantiraient la paix et la sécurité. En outre, la mise en œuvre de ces recommandations pourrait encourager l'émergence d'une nouvelle relation entre peuples autochtones, État et tierces parties, contribuer à la réparation des torts causés par la colonisation, renforcer le lien de confiance et, *in fine*, assurer une coexistence plus équitable. Ces recommandations sont valables dans le cadre du Plan Nord, mais aussi pour tout projet de développement d'envergure qu'il se situe au Québec, ailleurs au Canada, comme dans le cadre du Plan de croissance de l'Ontario lancé en 2011 par cette province²⁴⁰, ou à l'extérieur des frontières de cet État.

²⁴⁰ Voir Ministère de l'Infrastructure et Ministère du Développement du Nord, des Mines et des Forêts, « Plan de croissance du Nord de l'Ontario, 2011 », Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2011.