

QUÉBEC

AMÉRINDIENS ET INUITS DU QUÉBEC

GUIDE INTÉRIMAIRE EN MATIÈRE DE CONSULTATION DES COMMUNAUTÉS AUTOCHTONES

MISE À JOUR 2008



Groupe interministériel de soutien sur la consultation des Autochtones

Ministère des Affaires municipales et des Régions

Ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs

Ministère de la Justice du Québec

Ministère des Ressources naturelles et de la Faune

Ministère des Transports du Québec

Secrétariat aux affaires autochtones

Le présent document a été mis à jour à l'automne 2008. Il remplace celui de 2006 et il est accessible en version électronique, à l'adresse www.autochtones.gouv.qc.ca, sous la rubrique « Publications et documentation ».

The English version is also available on request.

© Gouvernement du Québec, 2008

ISBN 978-2-550-54226-1 (version imprimée)

ISBN 978-2-550-54227-8 (version électronique)

Dépôt légal – Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2008

Dépôt légal – Bibliothèque et Archives Canada, 2008

Toute reproduction totale ou partielle de ce document est autorisée, à condition que la source soit mentionnée.

INTRODUCTION

Au cours des dernières années, différentes communautés autochtones ont manifesté un intérêt grandissant pour prendre part, de multiples façons, à des projets de développement économique.

Estimant devoir être consultées et accommodées relativement à tous les projets qui affectent leurs intérêts et leurs droits sur les territoires qu'elles revendiquent, les communautés autochtones ont tour à tour demandé des modifications, des compensations financières, des emplois ou encore l'annulation de projets ou d'activités jugés néfastes à la préservation des droits qu'elles revendiquent.

Ces demandes s'appuient sur l'évolution récente de la jurisprudence en matière de droit autochtone. Mentionnons notamment les arrêts *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*¹ et *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*², rendus par la Cour suprême du Canada le 18 novembre 2004 et qui concernent l'obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder les Autochtones, ainsi que l'arrêt *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*³ rendu le 24 novembre 2005. Ces décisions, nous le verrons, fixent de nouvelles exigences en matière de droit autochtone.

Plusieurs ministères, organismes gouvernementaux et sociétés d'État ont développé, au fil des ans, des pratiques de consultation des communautés autochtones. Le présent guide vise à définir plus clairement les balises énoncées par la Cour suprême du Canada à ce sujet. D'abord développé par le groupe interministériel de soutien mis sur pied à l'été 2005, à la demande du Conseil des ministres, le guide a été mis à jour en 2008, dans la foulée de la tournée effectuée par M^e Jules Brière en 2006-2007 auprès de certaines communautés autochtones. Cette tournée visait à connaître les préoccupations de ces dernières au regard des pratiques gouvernementales en matière de consultation et à recueillir leurs commentaires sur le contenu de la première version du guide.

1. [2004] 3 R.C.S. 511, ci-après désigné « l'arrêt *Haïda* ».

2. [2004] 3 R.C.S. 550, ci-après désigné « l'arrêt *Taku River* ».

3. [2005] 3 R.C.S. 388.

1

LES OBJECTIFS

Le guide propose, en matière de consultation des communautés autochtones, des balises à l'intention des différents ministères et organismes gouvernementaux⁴ dont les activités pourraient porter atteinte à certains droits ancestraux revendiqués par les communautés autochtones, sans que ces droits aient été nécessairement définis ou prouvés.

Plus concrètement, le document fournit des lignes directrices générales permettant de rendre plus opérationnelle l'obligation constitutionnelle qui incombe au gouvernement du Québec de consulter les communautés autochtones. Il précise également la notion d'accommodement qui découle, dans certains cas, de l'obligation de consulter.

En balisant les activités du gouvernement, le guide vise à faciliter la conciliation des intérêts de l'État québécois et de ceux des communautés autochtones, en évitant le plus possible de compromettre les droits et intérêts revendiqués de façon crédible par ces dernières jusqu'à ce que soient conclues des ententes précisant la portée de leurs droits ancestraux et les modalités de la consultation.

Par ailleurs, les ministères et organismes gouvernementaux doivent s'inspirer des balises fixées par le guide pour définir leurs propres lignes directrices sectorielles en matière de consultation, selon la nature de leurs activités et selon leurs secteurs d'intervention.

2

LA PORTÉE

Le *Guide intérimaire en matière de consultation des communautés autochtones* s'applique à chacun des ministères, lorsqu'une action envisagée peut porter atteinte aux droits revendiqués de façon crédible par une ou des communautés autochtones. Il ne s'applique cependant pas aux organismes publics qui, bien que mandataires du gouvernement aux fins de leur loi constitutive, sont dotés d'une personnalité juridique distincte et ne sont pas autorisés à engager le gouvernement. Dans le cas d'actions projetées par une telle entité, c'est le gouvernement ou le ministère responsable – le ministère de qui elle relève – qui demeure chargé de la consultation en tant que titulaire de l'obligation. Il sera toutefois opportun d'associer de près l'entité visée à chacune des étapes de la consultation.

Le guide s'applique aux activités de planification, à l'élaboration de lois et de règlements, aux décisions administratives ainsi qu'aux activités qui en découlent et qui sont susceptibles de porter atteinte aux droits et intérêts revendiqués par certaines communautés autochtones, comme la mise en valeur du territoire et des ressources naturelles. Il en est de même des accords politiques et des politiques gouvernementales susceptibles d'un tel effet.

Il importe toutefois de préciser que le guide n'entend pas régler la question de la reconnaissance des droits ancestraux ou de ceux issus de traités pour chacune des communautés autochtones, ni aborder certains éléments plus globaux présentement discutés avec certaines d'entre elles. Ces questions devront être

4. En vue d'alléger le texte, le terme *ministère* s'appliquera ci-après également aux organismes gouvernementaux.

débatues au moyen des processus déjà convenus, entre autres dans le cadre de la négociation territoriale globale à laquelle participe le gouvernement fédéral. L'objectif ici est d'assurer la juste prise en considération des droits et des intérêts des communautés autochtones, dans le cadre actuel de l'activité gouvernementale.

Compte tenu du fait que certaines modalités touchant la consultation et la participation à la gestion du territoire et des ressources ont été définies dans les conventions nordiques sur leur territoire d'application, le degré de consultation découlant des arrêts *Haïda* et *Taku River* sur ces territoires pourra être limité, voire inexistant. Le guide pourrait toutefois s'appliquer aux nations signataires, sur les territoires visés par la Convention de la Baie-James et du Nord québécois et la Convention du Nord-Est québécois, dans la mesure où certains droits ancestraux potentiels non liés au territoire n'auraient pas été éteints par la loi fédérale de mise en œuvre de ces conventions.

Enfin, le guide s'appliquera lorsque les balises qu'il contient correspondront davantage à celles d'une consultation adéquate et qu'elles seront préférables aux dispositions prévues dans certaines ententes sectorielles signées avec des communautés autochtones avant les décisions *Haïda* et *Taku River*. À tout le moins, ces dernières ententes devront être retouchées pour tenir compte de ces balises.

3

L'OBLIGATION DE CONSULTER

Afin de mieux saisir les fondements juridiques de l'obligation qui incombe à la Couronne de consulter les communautés autochtones, seront exposés ici les principaux jalons de l'évolution du droit autochtone des dernières décennies et, de façon plus particulière, l'importance des arrêts *Haïda* et *Taku River*.

Le droit autochtone a connu depuis les quinze dernières années un développement considérable. On peut néanmoins situer le début de la révolution en ce domaine au commencement des années soixante-dix, lorsque la Cour suprême du Canada, par l'arrêt *Calder*, a indiqué que l'existence des droits ancestraux n'était pas nécessairement liée à leur reconnaissance par la Couronne, mais plutôt au fait que les Autochtones vivaient en sociétés organisées sur des terres, comme le faisaient leurs ancêtres depuis des temps immémoriaux.

Au chapitre des droits autochtones, on trouve les droits ancestraux, lesquels s'étalent le long d'un spectre et se subdivisent en quatre catégories. De manière générale, un droit ancestral est une activité qui consiste en un élément d'une coutume, d'une pratique ou d'une tradition faisant partie intégrante de la culture distincte d'une communauté autochtone avant l'arrivée des Européens et qui perdure. Les droits ancestraux se rattachent donc à des activités qui sont en relation avec le mode de vie des Autochtones.

En ce qui a trait aux différentes catégories de droits ancestraux, on trouve, à une extrémité du spectre, ceux qui ne sont pas rattachés à un territoire (p. ex., la langue). Viennent ensuite les droits ancestraux qui s'exercent au moyen d'activités qui ne sont pas propres à un territoire, suivis des droits ancestraux qui s'exercent par l'intermédiaire d'activités étroitement rattachées à une parcelle de territoire. Les activités de chasse, de pêche et de piégeage se trouvent dans ces deux dernières catégories. On trouve enfin, à l'autre extrémité du spectre, le titre aborigène, qui est le droit au territoire lui-même et qui se rapproche du titre de propriété. Le titre aborigène comprend le droit d'occuper des terres et d'utiliser les ressources naturelles de façon exclusive.

Les droits autochtones existants, qu'ils soient ancestraux ou issus de traités, sont reconnus par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ils bénéficient donc de la protection constitutionnelle. Ces droits, y compris le titre aborigène, ne sont toutefois pas absolus. Les tribunaux reconnaissent que la Couronne peut y porter atteinte dans la mesure où elle peut justifier son action. Essentiellement, pareille justification se rencontre lorsque la Couronne parvient à démontrer qu'elle a agi de manière à véritablement tenir compte de l'existence des droits ancestraux. La consultation peut ainsi servir de preuve de justification.

L'évolution de l'obligation de consulter

Avant les arrêts *Haïda* et *Taku River*, le concept de la consultation des Premières Nations était contenu dans le cadre d'analyse de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les quatre volets du cadre d'analyse de l'article 35 reconnus par la Cour suprême du Canada sont les suivants :

- 1) Le requérant a-t-il prouvé qu'il exerce un droit ancestral?
- 2) Ce droit a-t-il été éteint avant l'entrée en vigueur de l'article 35?
- 3) Est-ce qu'il y a eu atteinte à ce droit?
- 4) L'atteinte est-elle justifiée?

Ainsi, le droit antérieur aux arrêts *Haïda* et *Taku River* semblait exiger que les Autochtones aient prouvé leurs droits avant que la Couronne doive justifier une atteinte à ces droits. En effet, ce n'était qu'à la quatrième étape du cadre d'analyse précédemment mentionné que la Couronne pouvait faire la preuve d'une consultation afin de justifier son atteinte à un droit ancestral ou au droit issu d'un traité.

À cette époque, la consultation était un moyen certes important, mais ce n'était qu'une façon parmi d'autres de permettre à la Couronne de justifier l'atteinte à un droit ancestral. De manière plus précise, dans le cadre d'analyse de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la justification de l'atteinte aux droits ancestraux entraîne l'application d'un critère à deux volets. La Couronne doit démontrer, dans un premier temps, qu'elle a agi selon un objectif législatif régulier, tel un motif de sécurité du public ou de conservation, ou pour un autre motif impérieux et réel. Dans la mesure où l'on conclut à l'existence d'un objectif législatif régulier, il faut examiner le second volet de la question de la justification : les rapports de fiduciaire de la Couronne lorsqu'elle traite avec les Autochtones. C'est dans ce contexte que l'on examinera si, en tentant d'obtenir le résultat souhaité, la Couronne a porté le moins possible atteinte aux droits autochtones, si une compensation financière a été versée ou si les Autochtones ont été consultés.

Dans les arrêts *Haïda* et *Taku River* rendus le 18 novembre 2004, la Cour suprême du Canada a fait état, explicitement ou implicitement, des constats suivants : 1) les recours classiques des Autochtones devant les tribunaux pour faire reconnaître leurs droits sont longs et coûteux; 2) la voie de l'injonction est pratiquement impossible pour les Autochtones en raison du critère de la balance des inconvénients qui penche généralement en faveur de la Couronne; 3) les négociations territoriales globales sont par définition un très long processus; et 4) les accords conclus sur des mesures provisoires sont insuffisants ou impraticables, de telle sorte que le territoire continue à être exploité malgré l'existence de recours judiciaires ou de négociations en relation avec les revendications des Autochtones.

C'est pourquoi le plus haut tribunal du pays a établi, dans les arrêts *Haïda* et *Taku River*, que la Couronne avait désormais l'obligation de consulter les communautés autochtones et de prendre en considération leurs préoccupations avant même qu'elles aient établi l'existence de leurs titres sur des terres ainsi que leurs droits ancestraux. Ces arrêts marquent donc une certaine rupture avec les principes se rattachant à la consultation qui prévalait auparavant.

Cette obligation de consulter les communautés autochtones découle du principe de l'honneur de la Couronne. Ce principe prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence possible d'un droit ancestral revendiqué et qu'elle envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci. Les mesures susceptibles de porter atteinte aux droits revendiqués par les communautés autochtones concernent tant les projets de développement nécessitant une intervention de l'État que les activités de planification relatives aux terres publiques.

Le contenu de l'obligation de consulter et, dans certaines circonstances, d'accommoder les communautés autochtones variera selon les circonstances. La Cour suprême du Canada énonce que la nature précise des obligations qui naissent dans différentes situations sera définie à mesure que les tribunaux se prononceront sur cette question. Elle précise par ailleurs que la solidité de la preuve qui étaye l'existence du droit et la gravité des effets préjudiciables sur celui-ci aura des conséquences sur l'étendue de l'obligation de la Couronne.

Elle résume ainsi divers principes applicables à la consultation, dont ceux-ci :

- Les deux parties doivent faire montre de bonne foi.
- La Couronne doit avoir l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des communautés autochtones à mesure qu'elles sont exprimées; c'est entre autres ce qui est attendu d'un comportement honorable.
- Il faut procéder à de véritables consultations sans qu'il y ait obligation de conclure une entente.
- Les communautés autochtones ne doivent pas contrecarrer les efforts déployés de bonne foi par la Couronne et elles ne devraient pas non plus défendre des positions déraisonnables pour empêcher celle-ci d'agir dans les cas où, malgré une véritable consultation, les parties ne parviennent pas à s'entendre.

Ainsi, le droit d'être consultées dans certaines circonstances ne procure pas aux communautés autochtones un droit de *veto* sur les décisions de la Couronne.

La Cour explique ensuite que les exigences quant à la consultation s'étendent le long d'un continuum. Lorsque la revendication d'un titre aborigène est peu solide, qu'un droit ancestral est limité ou que le risque d'atteinte y est faible, la Couronne n'a qu'à en aviser la communauté autochtone intéressée, à lui communiquer des renseignements et à discuter avec elle des questions soulevées par le projet. Si, en revanche, la revendication repose sur une preuve à première vue solide, où le droit et l'atteinte éventuelle sont d'une haute importance pour les communautés autochtones et où le risque de préjudice non indemnisable est élevé, il paraîtra nécessaire de tenir une consultation approfondie pour trouver une solution provisoire acceptable.

Si, à la suite de la consultation, il apparaît que la Couronne doit modifier son projet, la Cour suprême du Canada considère qu'une obligation d'accommodement peut naître. Les communautés autochtones, précise la Cour, n'ont pas de droit de *veto*, mais les intérêts des deux parties doivent être soupesés et des concessions mutuelles doivent être faites. Donc, il n'y a pas non plus, dans le processus d'accommodement, obligation de parvenir à un accord, mais chaque partie doit s'efforcer de bonne foi de comprendre les préoccupations de l'autre et d'y répondre, le cas échéant.

Autre précision importante apportée par la Cour suprême du Canada, la Couronne demeure seule légalement responsable des conséquences des rapports avec les tiers, rapports qui ont un impact sur les intérêts des communautés autochtones. Ainsi, même si la Couronne peut déléguer certains aspects

procéduraux de la consultation à des tiers, ces derniers ne pourront être jugés responsables de manquements à l'obligation de consulter. À cet égard, la Cour précise que les gouvernements peuvent établir des politiques ou une réglementation permettant de renforcer le processus de consultation et d'ainsi réduire les motifs de recours aux tribunaux de la part des communautés autochtones.

Dans l'arrêt *Mikisew*, la Cour a confirmé l'approche qu'elle avait employée dans *Haïda* et *Taku River*. Elle a par ailleurs précisé que le principe de l'honneur de la Couronne s'appliquait aux relations entre l'État et une communauté autochtone, même après qu'un traité a été signé. Selon la Cour, l'honneur de la Couronne s'applique tant à l'interprétation qu'à la négociation d'un traité. Ce principe imprègne chaque traité et l'exécution de chacune des obligations qui y figurent.

4

LA CONSULTATION QUE DOIT MENER LA COURONNE

L'honneur de la Couronne commandant de prendre en considération les droits et les intérêts revendiqués par des communautés autochtones, les ministères doivent donc les consulter et, dans certains cas, les accommoder.

Lorsque la question de la consultation des communautés autochtones se pose, les ministères peuvent en référer à leur coordonnateur aux affaires autochtones. De plus, étant donné les conséquences juridiques du processus décrit ci-dessous, il est nécessaire que les ministères soient conseillés par leur direction des affaires juridiques, en collaboration avec la Direction du droit autochtone et constitutionnel du ministère de la Justice. Un groupe interministériel de soutien (le GIS), coordonné par le Secrétariat aux affaires autochtones, est également à la disposition des ministères.

L'analyse préliminaire

L'analyse préliminaire doit permettre, d'une part, de déterminer si une action envisagée est susceptible d'avoir un impact sur certains droits revendiqués par une communauté autochtone et, d'autre part, dans quelle mesure la revendication de ces droits paraît crédible.

Cette analyse doit être réalisée par ou en étroite collaboration avec les représentants désignés par le ministère à cette fin, par exemple le coordonnateur aux affaires autochtones. Le ministère cherchera également, lorsque la situation s'y prêtera, à établir une collaboration avec les communautés autochtones concernées afin de mieux connaître les droits qu'elles revendiquent et qui se trouveraient affectés sur un territoire visé.

Afin de déterminer de façon préliminaire si une action envisagée risque ou non de porter atteinte à un droit revendiqué par une communauté autochtone, les questions suivantes peuvent être utiles : Des Autochtones fréquentent-ils le territoire visé? Ce territoire fait-il actuellement l'objet d'une revendication autochtone ou d'une négociation avec les gouvernements? Des droits de chasse, de pêche et de piégeage y sont-ils connus ou reconnus? Quelle utilisation font de ce territoire les Autochtones? L'action envisagée aura-t-elle un impact sur le territoire, les ressources et les activités en cours?

Par la suite, l'analyse préliminaire devra porter plus particulièrement sur l'évaluation de la crédibilité de la revendication qu'une communauté autochtone soumet à l'attention du gouvernement. À partir, notamment, de l'expertise développée au sein du gouvernement et de l'information recueillie auprès des Autochtones, il est possible qu'après analyse une revendication soit considérée comme non crédible.

Lorsqu'une revendication est considérée comme non crédible ou que l'action projetée n'affecte pas une communauté autochtone, une consultation peut alors ne pas être nécessaire.

Dans tous les cas où l'analyse préliminaire laisse présager une atteinte aux droits et aux intérêts revendiqués par une ou des communautés autochtones, nous proposons des paramètres qui permettront de tenir une consultation adéquate, afin que cette ou ces communautés puissent préciser la nature des droits qu'elles revendiquent, ainsi que leurs intérêts, et qu'elles puissent expliquer l'atteinte potentielle à leurs droits pouvant résulter de la réalisation d'un projet de développement ou de la mise en valeur d'un territoire et de ses ressources. Chaque ministère devra évaluer les actions envisagées au cas par cas.

La consultation sera alors modulée selon le continuum décrit au point 3 du présent document et suivant les résultats obtenus au moment de l'analyse préliminaire. Plus une action est susceptible d'avoir des effets préjudiciables sur les droits et intérêts revendiqués de façon crédible, plus la consultation sera approfondie.

Les paramètres d'une consultation adéquate

Les points qui suivent précisent les balises en matière de consultation des communautés autochtones, balises à partir desquelles les ministères devront développer, avec le soutien de leur direction des affaires juridiques ou de leur coordonnateur aux affaires autochtones et de concert avec le Secrétariat aux affaires autochtones, des lignes directrices sectorielles en matière de consultation qui soient adaptées à leur réalité, mais conformes au guide.

Les objectifs d'une consultation adéquate

La consultation doit avoir pour objet de favoriser, en attendant le règlement des revendications, la conciliation des droits revendiqués par les communautés autochtones avec les actions gouvernementales qui découlent de l'affirmation de la souveraineté de l'État. À cette fin, la consultation poursuivra les objectifs suivants :

- permettre à l'État de fournir l'information pertinente quant à l'action envisagée (par ex., lorsque cela est possible, la portée de l'action, les paramètres techniques, le coût, etc.) et lui permettre de préciser ses intérêts ainsi que ceux des populations visées, tant autochtones que non autochtones;
- permettre aux communautés autochtones d'expliquer de façon précise et claire la nature de leurs droits et intérêts revendiqués au regard de l'action projetée;
- permettre aux communautés autochtones d'expliquer précisément et clairement quel impact aura l'action envisagée sur leurs droits et leurs intérêts;
- établir, en collaboration avec les communautés autochtones lorsque cela est possible, les moyens pouvant permettre de concilier les droits et les intérêts de ces dernières avec l'action gouvernementale projetée et présenter les possibilités d'accommodement, le cas échéant.

Les principes devant guider le processus de consultation

Lorsque vient le temps pour un ministère de s'acquitter de l'obligation de consulter les Autochtones, les principes de justice naturelle reconnus par le droit administratif peuvent servir de guide. En ce qui a trait à la consultation des communautés autochtones, ces principes peuvent se traduire de la façon suivante :

- La démarche de consultation doit être amorcée le plus possible en amont du processus décisionnel, notamment à l'étape de la planification stratégique des actions envisagées.
- Les parties doivent faire preuve de bonne foi et d'ouverture.

- La Couronne doit mener la consultation avec l'intention de tenir compte réellement des droits et des intérêts des communautés autochtones.
- Les communautés autochtones ont l'obligation de participer au processus et de faire connaître leurs droits et leurs intérêts de manière précise et claire, eu égard à l'action envisagée.
- Le cas échéant, les parties ont l'obligation de rechercher des solutions d'accommodement.
- Les parties doivent accepter de composer avec les contraintes de temps inhérentes à la réalisation du projet ou avec les contraintes légales et réglementaires, tout en s'accordant un délai raisonnable pour que la consultation soit adéquate.

Qui consulter ?

Les conseils de bande des communautés autochtones susceptibles d'être touchées par l'activité envisagée doivent être consultés. Par ailleurs, la consultation pourra être menée auprès de conseils tribaux ou de structures nationales, si les conseils de bande leur en donnent formellement le mandat.

Le Québec devra s'assurer de consulter toutes les communautés susceptibles, selon l'information disponible, de revendiquer des droits qui pourraient être affectés par l'action envisagée. Les ministères et leurs unités devront en référer aux représentants désignés à cette fin, par exemple le coordonnateur aux affaires autochtones.

La participation des tiers à certaines étapes du processus

L'obligation de consulter et d'accommoder les communautés autochtones incombe à la Couronne. Des aspects procéduraux peuvent être délégués à des tiers, par exemple aux promoteurs d'un projet. Ces derniers peuvent également prendre part à certaines étapes du processus, là où leur présence est nécessaire au bon déroulement de la consultation, entre autres pour expliquer certains aspects plus techniques d'un projet. Les tiers peuvent aussi être interpellés au moment de la détermination des mesures d'accommodement et de leur mise en œuvre.

La consultation interministérielle et la responsabilité ministérielle

Certains projets devant faire l'objet de consultations nécessitent parfois l'intervention de plusieurs ministères, à l'une ou l'autre étape de leur réalisation. Dans de tels cas, les ministères devront chercher à coordonner leur action et établir les contacts qui s'imposent avec leur vis-à-vis ministériel.

Dans cette même veine, les ministères sont responsables de la mise en œuvre des lignes directrices ministérielles établies conformément au contenu du guide, notamment auprès de leurs différentes unités.

Finalement, si un ministère s'inscrivait dans un processus de délégation de pouvoirs, il conserverait néanmoins le devoir d'assurer le respect de l'obligation de consulter, qui demeure la responsabilité de la Couronne.

Le financement

Un fonds est disponible au Secrétariat aux affaires autochtones pour soutenir la participation des communautés autochtones aux consultations qui sont lancées par le gouvernement du Québec. Le fonds permet un financement projet par projet ou selon une formule plus globale, en fonction du contexte.

Les étapes de la consultation

Les étapes qui suivent doivent permettre une consultation adéquate, qui traduise la volonté gouvernementale de vraiment prendre en considération les droits et les intérêts des communautés autochtones.

Première étape : élaborer un processus de consultation adaptée

- Déterminer la ou les communautés autochtones susceptibles d'être touchées par le projet ou la décision, ainsi que le ou les conseils de bande qui les représentent légalement.
- En considération des résultats de l'analyse préliminaire, moduler les moyens de consultation selon l'importance des effets préjudiciables de l'action envisagée sur les droits revendiqués : échanges de lettres, conférences téléphoniques, réunions techniques, publications, visites des communautés, visites des lieux où est prévu le projet, etc.
- Convenir, lorsque cela est nécessaire, d'objectifs précis relatifs à la démarche de consultation qui s'amorce et, de préférence, avec les représentants désignés par le conseil de bande des communautés autochtones concernées.
- Appliquer une démarche facilement compréhensible pour les conseils de bande et qui pourra avoir été convenue avec eux.
- Consulter les conseils de bande de façon distincte de la consultation habituellement appliquée à l'ensemble des citoyens, eu égard aux circonstances.
- Expliquer clairement aux conseils de bande quel sera leur rôle, ainsi que le processus décisionnel, l'échéancier et la démarche de consultation.
- Pour une consultation valable, prévoir une période de temps permettant aux conseils de bande d'analyser l'information reçue, de consulter les personnes pouvant être plus directement visées par l'action envisagée et de préparer une réponse adéquate. La période de temps allouée pourra être discutée avec les communautés autochtones et varier selon la complexité de l'action envisagée, les contraintes légales et réglementaires de même que les exigences en matière de mise en œuvre du projet.
- Planifier le tout selon un échéancier permettant une certaine souplesse.
- S'assurer de la participation des conseils de bande en amont des processus de décision, de telle sorte qu'il soit possible de modifier la position de départ (le projet tel qu'il a été défini initialement).
- Envisager l'utilisation de moyens adaptés aux conseils de bande, par exemple en faisant traduire la documentation dans la langue appropriée. Ainsi, lorsque la documentation est essentielle à la bonne conduite d'une consultation, celle-ci pourra être traduite en anglais, si elle s'adresse à des communautés autochtones dont la langue principale ou d'affaires est l'anglais.
- Considérant que la clé d'une bonne consultation se trouve dans l'échange de renseignements qui permet une participation réelle et constructive, le ministère devra fournir rapidement et de façon objective l'information nécessaire, lorsqu'elle est disponible, dans un langage clair et compréhensible (spécification de l'action envisagée, du territoire visé, s'il y a lieu, et de l'échéancier de réalisation) et fournir les rapports d'experts disponibles et pertinents.

- Indiquer qu'il y aura processus de rétroaction en précisant qu'il sera fait état des efforts consentis pour tenir compte des préoccupations soulevées au regard des droits et des intérêts exposés par le ou les conseils de bande concernés.
- Colliger et conserver chaque mesure déployée par le ministère, peu importe son succès.

Deuxième étape : mettre en œuvre la consultation

- Mettre en œuvre la consultation selon ce qui a été convenu à la première étape : calendrier, échange de renseignements, respect des objectifs, etc.
- Au besoin, pour éviter tout malentendu, valider le contenu de l'information recueillie auprès des conseils de bande concernés, lorsque des éléments paraissent ambigus.

Troisième étape : analyser la consultation

Deux principes doivent guider l'action des ministères au terme de la consultation :

- s'efforcer de comprendre les préoccupations formulées par les conseils de bande et tenter d'y répondre en cherchant les moyens de limiter le plus possible l'impact de l'action envisagée;
- déployer tous les efforts nécessaires dans la recherche de mesures d'accommodement, même si, au bout du compte, il n'y a pas obligation de s'entendre avec les communautés autochtones, celles-ci ne possédant pas de droit de veto.

Pour évaluer s'il doit rechercher des mesures d'accommodement, et si oui à quelle hauteur, un ministère doit d'abord faire l'analyse rétrospective de la consultation qu'il a menée auprès des communautés autochtones par l'entremise de leurs conseils de bande respectifs. Cette étape permettra de déterminer le degré d'atteinte de l'action envisagée sur les droits et les intérêts des communautés autochtones.

Pour faire cette analyse, les questions suivantes peuvent être utiles :

- Quelle est l'étendue du territoire affecté par l'action envisagée?
- Quelles sont les activités exercées par les communautés autochtones?
- Dans quelle mesure les activités exercées par les communautés autochtones seront-elles affectées? Sera-ce permanent?
- L'action envisagée nuira-t-elle à l'accès et à l'utilisation des ressources par les communautés autochtones visées? Si oui, dans quelle mesure et sur quelle étendue de territoire?
- L'action envisagée changera-t-elle ou endommagera-t-elle la nature du territoire ou la disponibilité des ressources? Si oui, dans quelle mesure et pour quelle durée?
- L'action envisagée menace-t-elle l'intégrité de sites patrimoniaux, par exemple des cimetières ou des lieux de rencontre?
- L'action envisagée est-elle prévue sur un territoire situé à proximité de la réserve indienne?

- L'action envisagée implique-t-elle la vente de terres à des tiers?
- L'action envisagée implique-t-elle la délivrance de baux à long terme à des tiers? Si oui, ces baux porteront-ils atteinte aux droits et aux intérêts des communautés autochtones?
- Ces baux seront-ils renouvelables et impliqueront-ils d'autres changements au territoire, ainsi que d'autres extractions de ressources?

Selon les résultats de l'analyse, le ministère aura à déterminer s'il est nécessaire et possible d'appliquer des mesures d'accommodement afin d'atténuer les effets préjudiciables de l'action envisagée.

5

LA MODULATION DE L'ACCOMMODEMENT

Si l'analyse de l'information recueillie lors de la consultation démontre que les communautés autochtones ne seront pas affectées par l'action envisagée, des mesures d'accommodement ne seront pas nécessaires. Dans ce cas, le ministère pourra passer à l'étape **La décision** décrite en fin de document.

Si l'analyse démontre plutôt que l'action envisagée risque d'avoir un impact sur les droits et les intérêts d'une ou de plusieurs communautés autochtones, des mesures d'accommodement pourront être négociées de façon à atténuer le plus possible, eu égard aux circonstances, la perturbation occasionnée par l'action envisagée sur les droits et les intérêts des communautés autochtones en considérant :

- la permanence de l'effet que pourra avoir l'action envisagée;
- l'étendue du territoire affecté;
- le degré d'occupation du territoire par la communauté autochtone;
- la nature de l'intervention envisagée.

Il revient au ministère concerné d'appliquer des mesures d'accommodement adaptées à sa réalité et d'évaluer leur importance. Ces mesures pourront prendre diverses formes, par exemple la modification d'un projet, l'introduction de mesures d'atténuation ou la participation des Autochtones au suivi environnemental. Ce qui importe, c'est que les mesures d'accommodement atténuent le plus possible, eu égard aux circonstances, la perturbation occasionnée aux droits et aux intérêts des communautés autochtones par l'action envisagée.

À ce chapitre, le versement de compensations financières ne saurait être un automatisme ni même un moyen à privilégier au détriment ou à l'exclusion d'autres mesures d'accommodement. Il devrait n'être envisagé que lorsque l'atteinte aux droits et aux intérêts des communautés autochtones découlant de l'action gouvernementale projetée comporte un très haut niveau de gravité et que d'autres mesures ne peuvent accommoder adéquatement les communautés autochtones visées.

Les ministères devront impliquer les autres ministères, organismes et sociétés publiques ou privées intéressés au processus d'élaboration des mesures destinées à accommoder les communautés

autochtones et qui pourraient être décidées à la suite de consultations. Ces autres parties intéressées pourront ainsi mieux saisir la portée des accommodements envisagés.

De plus, les ministères devront, à moins que la situation ne le permette, donner l'occasion aux communautés autochtones de s'exprimer sur la nature et la portée de l'accommodement, et ce, en regard des droits et des intérêts pouvant être visés par l'action envisagée.

6

LES SITUATIONS D'URGENCE

Pour certaines activités gouvernementales ponctuelles, il est possible que toutes les étapes de la consultation ainsi que les échéanciers ne puissent être suivis pour des motifs d'urgence, par exemple, liés à la sécurité du public. Dans ce cas, ce qui doit être l'exception plutôt que la règle, il faudra tout de même faire les efforts raisonnables pour tenir compte des droits et des intérêts des communautés autochtones et, le cas échéant, les accommoder.

Dans de telles circonstances, la communauté autochtone concernée devra être informée des motifs justifiant la dérogation au processus habituel de consultation et, le cas échéant, du mode de consultation spécial qui s'applique. La justification de la décision sur le fond devra être expliquée à l'étape 7.

7

LA DÉCISION

Tel qu'il a été mentionné précédemment, les pratiques de consultation que mènent les ministères devront nécessairement comprendre un bilan qui colligera les démarches de la consultation (lettres, rencontres, etc.), la description des préoccupations exprimées par le ou les conseils de bande, l'explication de la décision rendue par le gouvernement ou par le ou les ministres habilités au regard de ces préoccupations et, le cas échéant, les mesures d'accommodement adoptées. Ce bilan devra être annexé, le cas échéant, au mémoire déposé au Conseil des ministres.

Enfin, lorsqu'une consultation permettra de démontrer que des droits et intérêts autochtones peuvent être affectés par l'action envisagée, le ministère devra alors communiquer par écrit aux communautés concernées le résumé détaillé de la démarche de consultation. Le résumé devra expliquer comment s'est effectuée cette consultation et quelles mesures ont été mises en avant, le cas échéant, pour tenir compte des droits et des intérêts en cause ou pour accommoder les communautés autochtones.

**Secrétariat
aux affaires
autochtones**

Québec 

Pour tout renseignement :

Secrétariat aux affaires autochtones
905, avenue Honoré-Mercier, 1^{er} étage
Québec (Québec) G1R 5M6

Téléphone : 418 643-3166
Télécopieur : 418 646-4918
Courriel : saa@mce.gouv.qc.ca
Site Web : www.autochtones.gouv.qc.ca