

Étude réalisée dans le cadre du plan d'acquisition de connaissances additionnelles de l'évaluation environnementale stratégique globale sur les hydrocarbures au Québec.

Chantier société, GSOC02

Vers un nouveau partenariat? Rapport sur la participation des communautés autochtones aux activités de mise en valeur des ressources naturelles hors Québec.

Martin Papillon
Professeur agrégé, Département de science politique
Université de Montréal

1^{er} septembre 2015

N. B. Le présent rapport a été réalisé pour le compte du gouvernement du Québec dans le cadre des évaluations environnementales stratégiques sur les hydrocarbures annoncées le 30 mai 2014. Le contenu de ce document est celui des auteurs et n'engage pas le gouvernement du Québec

Table des matières

Résumé	3
Introduction	5
Première partie : pourquoi favoriser la participation des peuples autochtones à la mise en valeur des ressources naturelles?	6
L'importance du contexte juridique.....	6
Au-delà du droit, une éthique de la participation.....	9
Un outil de développement économique	11
Les autochtones comme partenaires de la mise en valeur des ressources.....	12
Deuxième partie : les mécanismes de participation des peuples autochtones à la mise en valeur des ressources naturelles	12
La participation au processus décisionnel via la consultation.....	13
Les ententes sur les répercussions et avantages (ERA).....	18
Le partage des redevances.....	22
Le soutien à l'insertion des autochtones dans l'économie des ressources naturelles	25
Un défi: faciliter la convergence et la complémentarité des mécanismes.....	27
Troisième partie : deux provinces, deux approches	28
La Colombie-Britannique.....	28
L'Alberta.....	36
Conclusion : vers un véritable partenariat	46
Références.....	51

Résumé

La participation des peuples autochtones à la mise en valeur des ressources naturelles est devenue une réalité incontournable au Canada. Les avancées sur le plan de la reconnaissance des droits de ces derniers, notamment en ce qui a trait à l'obligation de consulter, ont grandement contribué à ce nouveau contexte. L'évolution des attentes face à l'industrie en matière d'éthique et d'acceptabilité sociale ne doit pas non plus être sous-estimée. Enfin, face au peu de progrès au plan de la qualité de vie et du bien-être des communautés, les autochtones cherchent de plus en plus à participer directement à la mise en valeur de leurs terres ancestrales et à en partager les bénéfices.

Divers mécanismes ont été mis en place au cours des dernières années afin de traduire cette nouvelle donne et assurer une certaine voix aux populations autochtones dans l'économie extractive au Canada. La présente étude trace un portrait de ces mécanismes en portant une attention particulière aux pratiques existantes dans le domaine des hydrocarbures en Colombie-Britannique et en Alberta.

Nous soulignons en particulier l'apport de quatre mécanismes : la consultation, la négociation d'ententes sur les répercussions et avantages (ERA), le partage des redevances et le soutien à l'emploi et à l'entrepreneuriat autochtone. Ces mécanismes obéissent à une logique différente et mobilisent les acteurs de manière différente, mais ils partagent cependant une seule et même finalité. Il s'agit de réconcilier les droits et les intérêts des peuples autochtones avec ceux de la société majoritaire afin de limiter les conflits et favoriser une mise en valeur durable du territoire et des ressources.

Les processus de consultation instaurés dans le cadre des mécanismes d'évaluation des impacts des projets sont les plus institutionnalisés des mécanismes. Ce sont aussi les plus limités en matière de participation directe à la mise en valeur des ressources. Tant en Colombie-Britannique qu'en Alberta, notre analyse permet de souligner plusieurs faiblesses des processus consultatifs. Deux aspects ressortent particulièrement : la tendance de la part des gouvernements à établir de manière unilatérale les « règles du jeu » de la consultation et la présence de profonds désaccords quant aux finalités de la consultation. Alors que les gouvernements abordent souvent la consultation comme une obligation strictement procédurale, dont l'objectif est de minimiser l'incertitude juridique entourant les revendications territoriales des peuples autochtones, ces derniers la conçoivent plutôt comme un mécanisme leur permettant d'exercer un droit de regard sur la nature des projets de mise en valeur des ressources. Ils cherchent à exercer un pouvoir décisionnel que les gouvernements sont rarement prêts à leur reconnaître. Nous constatons qu'il est difficile de réconcilier ces perspectives.

Les ERA sont des ententes privées visant en partie à remédier aux limites des processus consultatifs. Les promoteurs cherchent ainsi à obtenir le consentement des communautés concernées en échange de compensations financières et autres bénéfices tangibles. Pour les promoteurs, il s'agit d'un moyen relativement efficace de s'assurer de la collaboration des communautés affectées, alors que pour les autochtones, il s'agit d'un moyen plus direct d'influencer la teneur des projets et, ultimement, d'en tirer certains bénéfices. La conclusion d'une ERA avant que ne soit complété le processus consultatif visant à évaluer les impacts possibles d'un projet soulève néanmoins de nombreux enjeux au plan éthique.

Le partage des redevances permet aussi de faciliter le rapprochement avec les communautés autochtones. L'acteur principal en est cependant le gouvernement et la logique compensatoire opère à partir de fonds publics. Le partage des redevances publiques ne fait pas l'unanimité, comme en

témoigne l'exemple albertain. Ceci dit, une redistribution des redevances semble de plus en plus un passage obligé afin de s'assurer de la collaboration des communautés autochtones. Il existe plusieurs modalités afin de partager les redevances et le choix d'une méthode doit tenir compte du contexte et des répercussions de ce mode de reconnaissance des droits et des intérêts des peuples autochtones sur le territoire.

Le dernier mécanisme discuté ici, soit le soutien à l'insertion des autochtones dans l'économie extractive, joue d'abord un rôle complémentaire aux autres, dans l'optique bien précise de faciliter la participation directe des autochtones à l'économie extractive via la formation de la main-d'œuvre et la création d'entreprises autochtones ou encore de partenariats avec les promoteurs d'un projet. De nombreux programmes existent afin de favoriser l'entrepreneuriat autochtone, certains plus ciblés que d'autres. Ces programmes s'inscrivent en général dans une politique plus large d'intégration des autochtones à l'économie provinciale, comme c'est le cas en Colombie-Britannique, mais aussi en Alberta.

La comparaison avec l'Alberta et la Colombie-Britannique nous permet de mettre en relief deux approches fort différentes afin d'harmoniser ces différents mécanismes. Alors que l'Alberta adopte une politique du laisser-faire qui favorise un rapprochement plus direct entre les promoteurs et les communautés autochtones, la Colombie-Britannique a adopté une approche plus proactive autour du principe de la réconciliation. La force de l'approche britanno-colombienne réside dans l'articulation d'une vision claire du rôle des autochtones dans le développement économique de la province. Cette approche globale cherche en fait à mobiliser les quatre mécanismes discutés dans ce rapport et ce, dans un but commun : assurer un environnement propice au développement économique de la province en partenariat avec les autochtones. Cette approche partenariale comporte certains coûts, notamment au niveau du partage des recettes fiscales, du temps et des ressources consacrés à la négociation d'ententes avec les autochtones. Cela dit, cette façon de faire a l'avantage de contribuer à réduire, sans éliminer, les risques de conflits dans le cadre de projets majeurs.

Les études de cas réalisées dans le cadre de la présente analyse nous permettent d'illustrer l'importance d'une approche intégrant ces quatre mécanismes afin de favoriser le développement d'une relation de confiance et d'un dialogue continu, deux ingrédients essentiels à la création de véritables partenariats avec les peuples autochtones. Cela est d'autant plus important dans un contexte, comme le Québec et la Colombie-Britannique, où les revendications territoriales des peuples autochtones peuvent créer une forte incertitude au plan juridique et avoir des répercussions importantes au plan économique.

Introduction

La participation des peuples autochtones à la mise en valeur des ressources naturelles est devenue un enjeu important au Québec, au Canada et ailleurs dans le monde. Les avancées au plan juridique concernant la reconnaissance et la mise en œuvre des droits ancestraux et issus de traités ont grandement contribué à ce nouveau contexte. En particulier, l'émergence en droit canadien de l'obligation de consulter et s'il y a lieu, d'accommoder lorsqu'une décision ou une action gouvernementale peut porter atteinte aux droits des peuples autochtones forcent tant les gouvernements que les entrepreneurs à tenir compte de la présence et des intérêts de ces populations dans le processus d'élaboration et dans la réalisation des projets de mise en valeur des ressources.

Au-delà des enjeux juridiques, les communautés autochtones cherchent également à bénéficier de la mise en valeur de leurs terres ancestrales. La situation économique et sociale, le manque d'emploi pour les jeunes et la dépendance aux transferts gouvernementaux incitent plusieurs communautés à développer des stratégies de participation plus directe à la mise en valeur du territoire.

Divers mécanismes ont été mis en place au cours des dernières années afin de traduire cette nouvelle donne et assurer une certaine voix aux populations autochtones dans l'économie extractive au Canada. En plus des mécanismes de consultation, la négociation d'ententes privées, de nature économique, entre les communautés et les entreprises extractives sont devenues la norme au Canada. Les gouvernements provinciaux acceptent également de plus en plus le principe d'un partage des bénéfices tirés de l'extraction des ressources avec les peuples autochtones. À ces mécanismes s'ajoutent des modèles de soutien financier afin de favoriser l'insertion des individus et des communautés autochtones dans l'économie des ressources.

Ces divers mécanismes participatifs contribuent à minimiser les impacts négatifs de l'extraction des ressources pour les communautés tout en maximisant autant que possible les impacts positifs. Ils contribuent également à minimiser les risques de conflits politiques et juridiques avec les communautés affectées. Les investissements nécessaires au développement de projets extractifs étant considérables, tant les promoteurs que les gouvernements ont avantage à minimiser l'incertitude et à s'assurer de la coopération des communautés locales.

Cette étude trace un portrait des mécanismes de participation des peuples autochtones à la mise en valeur des ressources naturelles au Canada, en portant une attention particulière aux pratiques existantes en Colombie-Britannique et en Alberta. La première partie propose une mise en contexte des enjeux. La deuxième partie trace un bilan des mécanismes développés afin de favoriser la participation des communautés autochtones. La troisième partie propose une analyse des approches développées par les gouvernements de Colombie-Britannique et de l'Alberta et présente des études de cas concernant la participation des peuples autochtones dans ces deux provinces. Cette analyse nous permettra en conclusion de souligner certaines des pratiques exemplaires pouvant servir à l'élaboration d'une approche québécoise dans le contexte de la mise en valeur des hydrocarbures.¹

¹ La présente étude repose sur une revue de la littérature scientifique et des analyses produites par des organisations tierces sur le sujet. Une analyse des documents publics pertinents, notamment les rapports annuels, les énoncés de politiques et les communiqués de presse en provenance des gouvernements et des organisations autochtones a également été effectuée.

Première partie : pourquoi favoriser la participation des peuples autochtones à la mise en valeur des ressources naturelles?

Les ressources naturelles et le territoire sont au cœur de l'économie canadienne. Selon les données de Ressources naturelles Canada, l'exploitation des hydrocarbures, des ressources minières, forestières et hydroélectriques compte pour 19 % du PIB canadien. Entre 2008 et 2012, les gouvernements canadiens tirent conjointement plus de 30 milliards de dollars en revenus de l'économie extractive. Celle-ci emploie 12 % de la main-d'œuvre canadienne en incluant les emplois indirects.²

Simplement ignorés, parfois déplacés de force, les peuples autochtones ont longtemps eu à subir les contrecoups environnementaux et sociaux de l'économie d'extraction sur leurs territoires ancestraux, sans pour autant pouvoir en bénéficier. Ce fut longtemps le cas par exemple au Québec en matière de foresterie, notamment en Abitibi, ou encore lors de la construction des barrages hydroélectriques sur la rivière Manicouagan avant les années 1970.³ Ce n'est plus le cas aujourd'hui. Les peuples autochtones sont désormais des acteurs incontournables de la mise en valeur des ressources naturelles. Ceci est particulièrement vrai dans les territoires nordiques, où ils représentent une proportion importante de la population, ainsi que dans les régions du pays n'ayant pas fait l'objet de règlement concernant leurs revendications territoriales.⁴

L'importance du contexte juridique

Plusieurs raisons expliquent ce changement. Il faut tout d'abord s'attarder aux développements jurisprudentiels concernant l'interprétation des droits ancestraux et issus de traités reconnus à l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982. La consécration en droit canadien de l'obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder lorsqu'une décision ou une action gouvernementale peut porter atteinte aux droits des peuples autochtones transforme considérablement les rapports entre ces derniers, les gouvernements et les promoteurs.

Sans faire une exégèse détaillée de l'importante jurisprudence sur l'obligation de consulter, il importe de souligner que celle-ci découle du fait que la Couronne doit agir honorablement dans ses relations avec les peuples autochtones. Les autorités compétentes doivent en ce sens prendre en compte via un processus de consultation non seulement les droits reconnus, mais aussi les droits raisonnablement *revendiqués* par les groupes autochtones au moment de prendre une décision pouvant en affecter l'exercice.⁵ La Cour établit également une obligation corollaire d'accommoder les communautés affectées lorsque l'atteinte aux droits est substantielle, et ce via des modifications au projet ou des mesures compensatoires.

² Ressources Naturelles Canada (2014), *Données et faits saillants sur le secteur des ressources naturelles*, <https://www.rncan.gc.ca/publications/faits-saillants/16014>

³ Voir à sujet de l'hydroélectricité Savard (2009)

⁴ Sans préjuger de la valeur de ces revendications, l'absence de traités historiques crée une situation particulière sur ces territoires. Les peuples autochtones peuvent s'y voir reconnaître des droits protégés par la constitution, notamment le titre ancestral, comme ce fut le cas dans le récent arrêt de la Cour suprême *Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*. Cette situation concerne une grande partie du Québec méridional.

⁵ Parmi les décisions importantes de la Cour suprême portant sur l'obligation de consulter, notons en particulier *Nation Haida c. Colombie-Britannique* (2004), *Taku River c. Colombie-Britannique* (2004), *Mikisew Cree c. Canada* (2005), *Rio Tinto Alcan c. Carrier Sekani* (2010), *Beckman c. Little Salmon/Carmacks* (2010), *Behn c. Moulton* (2013), *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique* (2014) et *Grassy Narrows c. Ontario* (2014).

Dans l'arrêt *Nation Haida c. Colombie-Britannique* (para.24), la Cour suprême précise les modalités de mise en œuvre de cette obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder. La consultation doit être transparente et mise en place le plus tôt possible dans le cadre du processus décisionnel. La consultation doit également être menée de bonne foi avec l'intention de tenir compte des préoccupations autochtones dans la prise de décision. Enfin, la teneur précise des consultations varie en fonction de l'importance de l'atteinte aux droits et de la nature de ces droits, selon un spectre d'intensité, allant du simple échange d'information lorsque l'atteinte est minimale jusqu'à l'obligation d'obtenir le consentement des communautés concernées lorsque l'atteinte est majeure. Dans un récent arrêt portant sur la reconnaissance du titre ancestral de la nation Tsilhqot'in en Colombie-Britannique, la Cour suprême précise qu'une atteinte au titre ancestral entraîne une telle obligation d'obtenir le consentement :

« Avant que soit établie l'existence du titre ancestral, le gouvernement a une obligation de consulter de bonne foi le groupe en cause (...). Une fois l'existence du titre établie, le gouvernement ne peut réaliser un projet d'aménagement auquel le groupe titulaire du titre n'a pas consenti à moins qu'il se soit acquitté de son obligation de consultation et que le projet soit justifié au sens de l'article 35. » (*Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, para.91)⁶

Sans parler de veto autochtone sur les décisions concernant l'exploitation des ressources, ces décisions de la plus haute Cour au pays créent un contexte favorisant l'inclusion de ces derniers à toutes les étapes du processus décisionnel. En effet, un manquement à l'obligation de consulter et d'accommoder peut entraîner des conséquences importantes tant pour la Couronne que pour les promoteurs. Toujours dans l'arrêt *Tsilhqot'in*, la Cour suprême nous rappelle en ce sens que :

« Si, avant que le titre ancestral soit établi, le gouvernement a entrepris un projet sans le consentement du groupe autochtone et sans procéder aux consultations nécessaires, il peut être tenu de l'annuler une fois l'existence du titre établie s'il porte indûment atteinte aux droits des Autochtones. De même, si une loi a été valablement adoptée avant que l'existence du titre soit établie, elle pourra être déclarée inapplicable pour l'avenir dans la mesure où elle porte injustement atteinte au titre ancestral » (para.92)

Cette dernière remarque est particulièrement pertinente dans le contexte québécois puisqu'en l'absence de traités historiques, plusieurs nations autochtones revendiquent un titre ancestral. Il est difficile de se prononcer sur leurs chances d'obtenir une telle reconnaissance via les tribunaux, mais il est clair que le gouvernement du Québec et les promoteurs doivent tenir compte de cette possibilité.

Malgré les nombreuses zones d'ombres laissées en plan par la jurisprudence sur la question, notamment en ce qui concerne les mécanismes de mise en œuvre de cette obligation, l'intention derrière cette nouvelle doctrine est relativement claire. Pour la Cour suprême, l'objectif de l'obligation de consulter et, au besoin, d'accommoder est de favoriser le dialogue et la réconciliation des droits et des intérêts des parties en présence :

« L'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 représente l'aboutissement d'une bataille longue et difficile à la fois dans l'arène politique et devant les tribunaux pour la reconnaissance de droits

⁶ La Cour ne confère donc pas aux détenteurs d'un tel titre un veto absolu sur le développement du territoire. Il est en effet possible à la Couronne de sursoir à cette obligation pour des motifs d'intérêts publics suffisants s'il est démontré que les autorités compétentes ont tenté d'obtenir le consentement dans le cadre d'un processus de consultation et que cette dérogation n'est pas contraire à l'obligation fiduciaire des gouvernements (*Tsilhqot'in* 91-92). C'est pourquoi il est peut-être plus juste de parler d'une obligation de *chercher à obtenir* le consentement lorsque des motifs d'intérêts publics, incluant d'ordres économiques, sont en jeu.

ancestraux. Il protège les droits ancestraux contre l'exercice, par les provinces et le fédéral, de leur compétence législative et prévoit un cadre qui facilite les négociations et la conciliation des intérêts autochtones avec ceux du public en général » (*Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, para.118)

La Cour suprême invite les parties à s'entendre sur les modalités de la coexistence de leurs droits et de leurs intérêts respectifs. L'obligation de consulter et, au besoin, d'accommoder constitue en ce sens une invitation à entrer en dialogue avec les communautés autochtones affectées afin de favoriser leur participation *substantielle* au processus décisionnel concernant la mise en valeur du territoire.

Cette nouvelle norme concernant la participation des peuples autochtones à la prise de décision concernant la mise en valeur du territoire n'est pas unique au Canada. Le principe voulant que les peuples autochtones aient le droit au consentement préalable libre et éclairé (CPLÉ) lorsqu'une décision gouvernementale ou un projet de développement risquent d'affecter leurs pratiques ancestrales est de plus en plus accepté au plan international. Ce principe est au cœur de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. L'article 32(2) de la Déclaration précise que :

« 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. »

La Cour interaméricaine des droits de l'homme a également donné à ce principe un ancrage juridique dans le cadre de son interprétation de la Convention interaméricaine des droits de l'homme.⁷ Bien que ces développements n'affectent pas directement le droit interne canadien, il ne fait aucun doute qu'ils influencent les juges responsables d'interpréter les dispositions de la constitution canadienne. De plus, les organisations politiques autochtones utilisent de plus en plus le langage du CPLÉ ainsi que les diverses arènes internationales afin de faire pression sur les autorités canadiennes.

Fait intéressant, nous notons une certaine convergence entre l'interprétation par les instances internationales de la norme du CPLÉ et la jurisprudence canadienne sur l'obligation de consulter. Dans l'arrêt *Sarayaku* rendu en 2012, la Cour interaméricaine des droits de l'homme précise que le CPLÉ ne constitue pas un veto absolu sur les décisions gouvernementales. Si le consentement peut s'avérer essentiel en cas d'atteintes graves aux droits ancestraux, dans la majorité des cas la Cour précise que les autorités compétentes doivent plutôt démontrer qu'elles ont *cherché de bonne foi à obtenir le consentement* à travers un processus de consultation préalable, libre et transparent (Barelli 2012; Farget et Fullum-Lavery 2014). Cette interprétation récente du CPLÉ rejoint dans ses grandes lignes l'interprétation de l'obligation de consulter proposée par la Cour suprême du Canada, notamment dans les arrêts *Haida* et *Tsilhqot'in* discutés précédemment.

Il est à noter que le principe du CPLÉ est également de plus en plus intégré aux règles de bonnes pratiques corporatives des entreprises multinationales œuvrant dans les secteurs de la foresterie et de l'extraction minière. En 2013, les membres du Conseil international des mines et minéraux (ICMM) se sont engagés à respecter le principe du consentement préalable, libre et éclairé dans le cadre de leurs

⁷ Pour une analyse détaillée de la jurisprudence internationale portant sur la norme du CPLÉ et ses incidences en contexte canadien, voir par exemple Mitchell et al. (2014). En contexte québécois, voir Farget et Fullum-Lavery (2014).

relations avec les peuples autochtones. La Société financière internationale (*International Financial Corporation*), un organisme d'autorégulation des institutions financières internationales privées qui est affilié à la Banque mondiale endosse également ce principe dans ses normes de performances en matière de responsabilité environnementale et sociale.⁸ Le Boreal Leadership Council, qui regroupe de nombreuses entreprises canadiennes œuvrant dans le domaine de l'extraction des ressources naturelles considère également le CPLE comme un des principes fondateurs d'une bonne relation avec les peuples autochtones.⁹

Si la portée du droit au CPLE demeure encore floue, il ne fait pas de doute que ce principe est aujourd'hui devenu incontournable. Il devrait servir de point d'ancrage à toute réflexion sur la participation autochtone aux processus décisionnels entourant la mise en valeur des ressources naturelles.

Au-delà du droit, une éthique de la participation

Le droit n'est pas le seul vecteur favorisant la participation des autochtones à la prise de décision concernant la mise en valeur des ressources. L'évolution des normes sociales en matière de participation citoyenne favorise également une plus grande prise en compte des communautés autochtones lors de projets industriels ayant des impacts. Alors que la démocratie représentative fait reposer sur les élus le poids de la légitimité des décisions étatiques, la démocratie participative renvoie à un processus de légitimation plus direct, via une implication des citoyens et citoyennes dans le processus décisionnel (Blondiaux 2008). Cette nouvelle éthique participative est particulièrement présente dans le contexte des décisions entourant la mise en valeur du territoire ou la construction d'infrastructures dont la présence peut affecter la qualité de vie des populations à proximité.

Les processus d'évaluation des impacts environnementaux des projets prévoient souvent un processus participatif pour les parties intéressées ou encore des audiences publiques ouvertes à tous. C'est la Commission Berger, responsable de l'évaluation des impacts environnementaux du projet de gazoduc de la vallée du fleuve Mackenzie, dans les Territoires du Nord-Ouest, qui innove en ce sens au début des années 1970. Après une série de consultations publiques, principalement dans les communautés autochtones affectées par le projet, la Commission recommande un moratoire sur le projet en attendant que la question des droits ancestraux de ces derniers soit clarifiée (Berger 1977). Le Québec possède aujourd'hui une longue expérience en matière de consultation publique, notamment via les audiences du BAPE. À la lumière de l'évolution du droit canadien et international, plusieurs de ces processus règlementés prévoient une participation spécifique pour les peuples autochtones afin de répondre à l'obligation de consulter.

Les consultations servent à préciser les impacts environnementaux et sociaux, mais elles servent également de plus en plus à évaluer (et favoriser) l'acceptabilité sociale des projets. Tout comme l'obligation de consulter, la recherche d'une plus grande acceptabilité sociale vise à minimiser les risques de conflits autour d'un projet donné (Saddique 2014; Thomson et Boutillier 2011). Encore une fois, il ne s'agit pas tant d'obtenir un consentement unanime au sein de la population, mais plutôt de

⁸ Voir à ce sujet : Conseil International des Mines et Métaux (2013) et International Finance Corporation (2012).

⁹ Boréal Leadership Council (2015).

favoriser un dialogue qui permet d'établir, autant que possible, les conditions d'un développement harmonieux et soucieux de la qualité de vie des personnes affectées.¹⁰

Les objectifs de l'obligation juridique de consulter les peuples autochtones et du principe de l'acceptabilité sociale se recoupent en grande partie. On ne peut cependant pas les réduire l'un à l'autre. Tel que précisé plus haut, l'obligation de consulter renvoie d'abord à un processus précis, encadré et normé, qui découle de la position particulière des peuples autochtones dans l'architecture constitutionnelle canadienne. L'acceptabilité sociale est moins une obligation procédurale qu'une norme éthique visant à assurer la légitimité des décisions portant sur le territoire et les ressources.

Les promoteurs prennent d'ailleurs de plus en plus acte des particularités du contexte autochtone. Les projets miniers, pétroliers ou gaziers ainsi que la construction d'infrastructure de transport des ressources (routes, oléoducs, lignes à haute tension) nécessitent des investissements considérables. Le risque de voir un projet tourner court suite à l'opposition des peuples autochtones est bien réel. Non seulement ces derniers ont de plus en plus une capacité de mobilisation importante, ils possèdent également, tel que mentionné, des outils juridiques et des arguments politiques non négligeables.

Plusieurs grands bailleurs de fonds internationaux tiennent dorénavant compte de cette incertitude liée à l'opposition des peuples autochtones dans leur analyse des risques liés à un projet. La recherche de financement pour les projets peut donc être facilitée par l'adoption de bonnes pratiques en matière de relations avec les peuples autochtones. Tel que mentionné précédemment, plusieurs organismes internationaux encouragent les entreprises à intégrer le principe du CPLE et la consultation préalable dans leurs pratiques corporatives. Pierre Gratton, Président de l'Association des producteurs miniers du Canada, souligne dans un discours à la Chambre de commerce de Vancouver l'importance de cette nouvelle réalité :

« I don't know of any mining company developing a new project in Canada that is not actively building or trying to build strong relationships with Aboriginal groups. Many, if not all, established mining companies are also developing relationships that did not exist previously. It is accepted as both a business reality and an advantage to collaborate with communities. (...) »

None of this changed when the Tsilhqot'in First Nation was granted land title and the Supreme Court invoked the term "consent" as a requirement for development on title lands. For industry, companies that do not strive to build healthy relationships with Aboriginal communities do so at their peril. We need to be good at relationship-building. It must be systematic and continuous, and embedded in corporate practices and culture. We need to be open about what we do, involve First Nations in parts of our business they tell us matter to them and support such involvement.

Il ajoute plus loin :

Governments need to play their part. Federal and provincial governments need to meet their legal obligations to Aboriginal peoples. Governments should accelerate the treaty process and pursue interim measures in the meantime. We need to improve and expand policies and programs that take us beyond

¹⁰ Au moment de la rédaction du présent document, le rapport du chantier sur l'acceptabilité sociale des projets de mise en valeur du territoire public ainsi que des ressources énergétiques et minérales du Gouvernement du Québec n'était pas encore rendu public. Le document de réflexion préparé par le Ministère de l'Énergie et des ressources naturelles dans le cadre du chantier (MERN 2015) ainsi que les mémoires déposés dans le cadre des audiences du chantier témoignent néanmoins de l'importance grandissante de ce principe aux contours encore mal définis. Les documents sont disponibles à :

<http://mern.gouv.qc.ca/territoire/acceptabilite.jsp>

Au-delà des normes juridiques liées à l'obligation de consulter et au CPLE, l'acceptabilité sociale des projets, via un processus ouvert de participation des communautés dès les premières étapes de la conception, est devenue un impératif pour les promoteurs. Les gouvernements ont avantage à favoriser et à faciliter ce processus de légitimation des projets à travers un cadre réglementaire ou des politiques de consultation favorisant un engagement direct des promoteurs avec les communautés autochtones et le respect de leurs obligations juridiques.

Un outil de développement économique

L'obligation de consulter et le principe d'acceptabilité sociale renvoient à la participation des peuples autochtones à la prise de décision concernant la mise en valeur de leurs terres ancestrales. Comme le souligne un rapport récent du Groupe de travail sur l'exploitation des ressources naturelles mis sur pied conjointement par le Gouvernement du Canada et l'Assemblée des Premières nations, il est tout aussi logique que les autochtones puissent bénéficier de cette mise en valeur (Canada 2015).

La majorité des autochtones à travers le pays vivent dans des conditions nettement inférieures à la moyenne canadienne. Un récent rapport du Conseil national de développement économique des autochtones reposant sur l'enquête de 2011 sur les ménages canadiens souligne le peu de progrès fait au cours des dernières années en ce sens (CNDEA 2015). Les Premières nations vivant sur les réserves dépendent à 54 % de transferts gouvernementaux pour leurs revenus, comparativement à 25 % pour les non autochtones. Le taux de chômage des autochtones au pays se situait à 15 % en 2011 comparativement à 7,5 % pour l'ensemble de la population canadienne. La situation n'est guère mieux au Québec. Le taux d'emploi des autochtones s'y situait en 2011 à 53 %, comparativement à 60 % pour la population québécoise non autochtone. Le revenu médian des autochtones est près de 30 % inférieur à celui de la population non autochtone au Québec.

Les communautés autochtones vivent aussi une croissance démographique plus rapide que la moyenne canadienne. L'âge médian de la population des réserves au Canada était de 23,5 ans en 2011 comparativement à 40,6 ans pour la population non autochtone. Cette croissance démographique contribue à exacerber une situation économique déjà difficile dans plusieurs communautés éloignées où les possibilités d'emploi sont limitées.

Dans un tel contexte, il n'est pas surprenant que les communautés autochtones soient de plus en plus réfractaires à voir les bénéfices de l'exploitation de leurs terres ancestrales littéralement disparaître sous leurs yeux.¹² Non seulement ces communautés cherchent à obtenir une part des bénéfices de cette activité économique, elles souhaitent aussi de plus en plus y participer activement. Une plus grande participation à l'économie d'extraction des ressources naturelles et la mise en valeur du territoire représentent des avenues économiques logiques pour les communautés autochtones. De nombreux rapports soulignent depuis quelques années le rôle que peuvent jouer les gouvernements

¹¹ Pierre Gratton, « *Is social licence a business risk or an advantage? Speech to the Vancouver Board of Trade* », Vancouver Sun, 27 octobre 2014.

¹² Il faut également souligner la capacité grandissante de ces communautés à revendiquer un meilleur partage des bénéfices de la mise en valeur des ressources, notamment en raison de l'émergence d'une jeune génération plus éduquée et mieux informée.

afin de favoriser une telle participation via des programmes de formation de la main-d'œuvre ou le soutien à l'entrepreneuriat autochtone (CNDEA 2014; Canada 2015).

Près de 12 % de la force de travail autochtone au pays est directement ou indirectement liée à l'économie des ressources naturelles. Les gouvernements ont tout avantage à ce que cette proportion s'accroisse afin de limiter la forte dépendance à l'État de ces communautés et favoriser la mise en place de conditions plus favorables à la sortie de crise non seulement au plan économique, mais aussi, et surtout, social.

Les autochtones comme partenaires de la mise en valeur des ressources

Le « tournant participatif » autochtone dans l'économie de mise en valeur du territoire et des ressources s'explique donc par plusieurs facteurs. L'émergence de nouvelles normes, tant au plan juridique qu'éthique, force dorénavant promoteurs et gouvernements à tenir compte des autochtones dans le processus décisionnel entourant le développement du territoire. Les communautés autochtones cherchent également à bénéficier de cette richesse et, dans certains cas, à participer à sa production via des partenariats avec les gouvernements et les promoteurs.

Comme le souligne Pierre Gratton de l'Association des producteurs miniers du Canada, dans l'extrait cité plus haut, c'est cette logique partenariale qui en vient de plus en plus à guider les pratiques en matière de développement économique sur les terres revendiquées par les autochtones. Le défi demeure cependant de passer des principes à la pratique. Au-delà des intentions, un partenariat véritable exige un changement dans les pratiques gouvernementales et dans la culture des entreprises afin d'intégrer les préoccupations autochtones à l'ensemble du processus de mise en valeur des ressources et du territoire.

Dans le contexte de projets d'exploitation des hydrocarbures, dont les impacts économiques, mais aussi environnementaux et sociaux sont potentiellement majeurs, le développement de partenariats avec les peuples autochtones, et ce dès les premiers stades du processus, est devenu un élément incontournable d'une stratégie gouvernementale qui se veut constructive, efficace et durable à long terme.

Deuxième partie : les mécanismes de participation des peuples autochtones à la mise en valeur des ressources naturelles

Diverses pratiques émergent au cours des dernières années afin de répondre à cette nouvelle exigence partenariale. La littérature sur ces questions s'intéresse en général à quatre types de mécanismes obéissant chacun à une logique distincte : les consultations visant à informer le processus d'autorisation des projets, les ententes sur les répercussions et avantages, les ententes sur la partage des redevances et enfin le soutien à l'insertion des autochtones à l'économie des ressources naturelles. Nous décrivons ici brièvement ces mécanismes en soulevant certains enjeux qui leur sont propres. Suivra une analyse plus fine de la mise en œuvre de ces quatre mécanismes en Alberta et en Colombie-Britannique.

Alors que la consultation vise une participation au processus décisionnel, la négociation d'ententes sur le partage des bénéfices et des redevances, ainsi que les politiques de soutien à l'entrepreneuriat autochtone, s'inscrivent dans une logique de participation plus directe à la mise en valeur des ressources.

La participation au processus décisionnel via la consultation

La consultation est le principal mécanisme par lequel les peuples autochtones sont invités à participer à la prise de décision et à l'élaboration des orientations stratégiques des gouvernements en matière de mise en valeur des ressources et du territoire. Si en pratique cette consultation opère souvent dans le cadre des processus d'évaluations environnementales prévus à la loi ou à la réglementation, il faut néanmoins distinguer ces deux mécanismes.

Au cours des dernières années, les gouvernements provinciaux et territoriaux, tout comme le gouvernement fédéral, ont défini des politiques-cadres ou des lignes directrices afin de se conformer à la jurisprudence concernant l'obligation de consulter les peuples autochtones. Fort de plus d'une décennie d'expérience, il est possible de tracer un bilan des enjeux soulevés par ces politiques et guides portant sur la consultation en contexte autochtone.¹³

La consultation : une obligation juridique et une pratique de bonne gouvernance

La jurisprudence de la Cour suprême laisse place à l'interprétation quant à la portée de l'obligation de consulter. Si elle précise que la consultation doit avoir lieu le plus tôt possible dans le processus décisionnel, un certain flou persiste quant au type de décisions devant faire l'objet de consultations. Alors que certaines provinces acceptent une définition relativement large de leurs obligations, d'autres, comme l'Alberta, choisissent une approche plus restrictive en énumérant de manière spécifique les champs d'interventions gouvernementaux et les processus décisionnels pour lesquels l'obligation de consulter peut être mise en cause. Certaines provinces limitent également la consultation aux décisions portant sur une action spécifique (une autorisation réglementaire ou l'attribution d'un permis par exemple) alors que d'autres acceptent dorénavant de consulter les peuples autochtones au niveau de la planification stratégique. Certaines incluent également le processus législatif dans la définition de la portée de l'obligation.¹⁴

Plutôt que de s'en tenir à une logique purement juridique, certaines provinces acceptent également de consulter les autochtones sur la base de pratiques de bonne gouvernance, peu importe s'il existe ou non une obligation légale en ce sens. Ceci est particulièrement vrai en matière d'élaboration des politiques ou de planification stratégique dans des domaines qui pourraient avoir une incidence plus indirecte sur le mode de vie des communautés autochtones. En Colombie-Britannique, par exemple, le gouvernement consulte régulièrement les organisations autochtones provinciales concernant l'ordre du jour législatif et politique de la province tout en considérant ces consultations comme un choix politique plutôt qu'une obligation juridique.

¹³ Il ne s'agit pas ici d'une analyse des développements judiciaires sur la question mais plutôt des pratiques gouvernementales. Nous laissons aux juristes la tâche d'évaluer la conformité de ces pratiques avec la jurisprudence. Pour une analyse détaillée en ce sens, voir Newman (2014).

¹⁴ Par exemple l'Ontario et la Saskatchewan. Il est à noter que dans l'arrêt *Courtoreille v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, rendu en 2014, la Cour fédérale conclut que l'obligation s'étend au processus législatif.

Au-delà des questions d'interprétation du droit, la mise en place de consultations « routinières » permet de prévenir les conflits et favorise le développement d'une relation de confiance avec les peuples autochtones qui dépasse le strict cadre de l'obligation de consulter.

Comment consulter?

Dans la plupart des cas, le processus lié à l'obligation de consulter est décentralisé au sein des ministères compétents selon les domaines (mines et ressources, foresterie, environnement, transport, etc.). Si cela permet de mieux évaluer l'impact potentiel des actions ou décisions gouvernementales, la décentralisation peut parfois entraîner un manque de cohésion dans les pratiques d'un ministère à l'autre. Il y a aussi risque de « surconsultation » alors qu'une même communauté est consultée à plusieurs reprises pour un même projet par plusieurs ministères, selon leurs compétences respectives.

Afin de limiter ces écueils, certains gouvernements cherchent dorénavant à mieux coordonner la consultation, soit en centralisant davantage le processus décisionnel (Alberta) ou en créant un bureau de coordination interne afin de mieux partager l'information sur les communautés autochtones et limiter la multiplication des processus de consultation (Colombie-Britannique).

Lorsqu'il est question de projets majeurs, la consultation autochtone s'insère dans le cadre des mécanismes décisionnels des organismes responsables d'autoriser ou de recommander les projets, notamment à la suite d'un processus d'évaluation environnementale (ex. BAPE au Québec). La jurisprudence considère en général que de tels processus sont suffisants afin de répondre à l'obligation de consulter.¹⁵ Dans de tels processus cependant, les communautés autochtones sont souvent consultées au même titre que les collectivités non autochtones, dans le cadre d'audiences publiques générales. Les autochtones sont alors en pratique considérés comme des parties intéressées (*stakeholders*) plutôt que comme des acteurs politiques porteurs de droits spécifiques. Il n'est donc pas surprenant que de nombreuses organisations autochtones critiquent cette pratique, tant au Québec qu'ailleurs au pays.¹⁶

Le manque d'attention aux spécificités autochtones est un enjeu ressortant de la littérature sur les expériences récentes de consultation dans le cadre d'évaluations environnementales stratégiques, notamment concernant le transport des hydrocarbures dans l'ouest du pays. Il est important de distinguer la consultation autochtone des consultations publiques. Cette distinction est d'autant facilitée si le processus obéit à des règles distinctes ou émane d'un cadre réglementaire distinct (par exemple, l'équivalent d'un « BAPE autochtone »).

Le rôle des promoteurs

Le rôle des promoteurs dans le cadre des processus de consultation est un autre sujet controversé. La Cour suprême reconnaît en effet la possibilité de déléguer à un tiers les aspects procéduraux de la consultation.¹⁷ Dans certaines provinces, la délégation est limitée à l'échange d'information technique

¹⁵ Dans l'arrêt *Council of the Innu of Ekuanitshit v. Canada (Attorney General)* 2014 FCA 189, la Cour d'appel fédérale conclut que la consultation dans le cadre d'un processus d'évaluation environnementale conjoint répondait aux exigences de l'obligation de consulter en l'espèce.

¹⁶ Voir plus bas dans le présent texte les études de cas portant sur les gazoducs en Colombie-Britannique et sur la planification stratégique en matière d'aménagement du territoire en Alberta.

¹⁷ Cette possibilité est reconnue dans l'arrêt *Haida*. Deux arrêts plus récents, *Wabauskang First Nation v. Minister of Northern Development and Mines et al.* 2014 ONSC 4424 et *Fort McKay First Nation v. Alberta (Minister of Environment and Sustainable Development)* 2014 FC 101.

et à la création d'un dialogue entre promoteurs et autochtones. La consultation proprement dite demeure la responsabilité des décideurs publics. En Alberta cependant, la consultation était jusqu'à récemment entièrement privatisée. Le gouvernement jouait simplement un rôle d'approbation en fin de processus. Comme nous le verrons plus loin, de nouvelles règles ont été adoptées en Alberta récemment favorisant une plus grande supervision gouvernementale pour l'ensemble du processus.

Notons que, peu importe les approches, la tendance générale est d'encourager les promoteurs à jouer un rôle plus actif auprès des communautés.

Dans certains cas, ce rapprochement est encouragé en mandatant la négociation d'une entente sur les répercussions et les avantages avec les communautés autochtones concernées comme condition préalable à l'autorisation des projets (c'est notamment le cas dans certains processus réglementaires au Yukon, dans les Territoires du Nord-Ouest et au Nunavut). La mise en place d'un échéancier et de conditions précises quant à la transmission d'information factuelle pertinente aux communautés peut également encourager le rapprochement entre promoteurs et communautés (en Alberta et en Saskatchewan notamment). De manière moins coercitive, les gouvernements peuvent également sensibiliser les promoteurs à l'importance de la transparence et d'une approche respectueuse afin de développer de bonnes relations avec les communautés. En Colombie-Britannique, par exemple, le gouvernement a développé de nombreux outils d'information à l'attention des promoteurs afin de les encourager à entrer en contact avec les communautés autochtones potentiellement affectées dès les premières étapes de l'exploration et de la conception d'un projet.¹⁸ Un outil de sensibilisation pour les promoteurs a également été développé au Québec.¹⁹

La capacité des communautés autochtones

La consultation autochtone est rapidement devenue une « industrie », avec son expertise propre, son langage technique et sa culture. L'accessibilité de ces processus pour la population des communautés autochtones peut devenir un enjeu.

Plusieurs communautés ont de la difficulté à accéder à l'expertise nécessaire à la consultation. Ceci est particulièrement vrai des petites communautés n'ayant pas ou peu vécu d'expériences en ce sens.

Les gouvernements soutiennent dorénavant l'accès à cette expertise par le biais de programmes de financement. Il existe diverses approches pour ce faire. Alors que certaines provinces offrent un financement par projet, d'autres préfèrent adopter une approche plus structurelle en finançant l'acquisition d'une expertise à long terme, notamment via la création de postes permanents d'agent de consultation dans les communautés. Le financement de ces mesures de soutien est également un enjeu. La Colombie-Britannique et l'Alberta favorisent une contribution des promoteurs en ce sens,

Resource Development) 2014 ABQB 393, issus de tribunaux ontarien et albertain respectivement, concluent que la Couronne doit « conserver un rôle prépondérant » dans le processus en cas de délégation à un tiers.

¹⁸ Par exemple, le guide [Building Relationships with First Nations: Respecting Rights and Doing Good Business](#) donne de nombreux conseils aux entrepreneurs afin de développer une bonne relation avec les peuples autochtones. Le [Guide to Involving Proponents When Consulting First Nations](#) donne un aperçu du rôle des promoteurs dans le cadre des processus de consultation. D'autres outils plus spécifiques sont également disponibles sur le site du gouvernement de la province : <http://www2.gov.bc.ca/gov/content/environment/natural-resource-stewardship/consulting-with-first-nations>.

¹⁹ Le Document d'information à l'intention des promoteurs et introduction générale aux relations avec les communautés autochtones dans le cadre de projets de mise en valeur des ressources naturelles est disponible à : http://www.autochtones.gouv.qc.ca/publications_documentation/publications/2015-02-document-intention-promoteurs.pdf.

par un financement directement aux communautés (Colombie-Britannique) ou via une contribution (une forme de taxe) prélevée par la province (Alberta).

La légitimité des processus de consultation

L'objectif de l'obligation de consulter, selon la Cour suprême, est de favoriser le dialogue entre les parties dans une perspective de réconciliation des droits et des intérêts de chacun. Cette réconciliation demeure toutefois hypothétique si les communautés autochtones ne considèrent pas le processus de consultation comme étant légitime ou adéquat. Si l'obligation de consulter n'entraîne pas une obligation de résultat, au sens où il n'y a pas de veto autochtone sur les décisions qui font l'objet de la consultation, les autorités responsables ont tout avantage à prendre au sérieux les attentes des peuples autochtones et à s'assurer de leur collaboration dans le processus de mise en œuvre de l'obligation de consulter.

Une première stratégie en ce sens est de favoriser la participation autochtone à l'élaboration des politiques et des lignes directrices en matière de consultation. Un consensus sur ces politiques est cependant difficile à obtenir étant donné les importantes disparités dans l'interprétation de la nature et de la portée de l'obligation de consulter qui divisent souvent les parties. Selon l'information recueillie pour cette étude, seules les provinces du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse ont réussi à obtenir le soutien, même partiel, des organisations autochtones provinciales dans le cadre de l'élaboration de leur politique de consultation. Au Québec, l'Assemblée des Premières nations du Québec et du Labrador n'endosse toujours pas le guide intérimaire produit par le gouvernement du Québec, dont la plus récente version date de 2008.²⁰

Les recherches menées dans le cadre de cette étude nous permettent de conclure qu'une erreur maintes fois répétée au sein des gouvernements est d'inclure les autochtones seulement à la fin du processus d'élaboration des politiques de consultation, en leur présentant pour approbation une politique ou un guide dont les objectifs et les grandes lignes sont déjà établis, ou ayant déjà été approuvé.

Une deuxième stratégie gagne présentement en importance afin d'assurer une certaine légitimité aux processus de consultation. Il s'agit de négocier, de manière bilatérale ou trilatérale, avec les autorités fédérales compétentes, des protocoles concernant la mise en œuvre des processus de consultation dans un domaine précis (ex. hydrocarbures) ou pour l'ensemble des consultations avec une communauté ou un groupe donné. Ces protocoles visent à définir une approche mutuellement acceptable lorsque vient le temps d'enclencher un processus de consultation et à en assurer la légitimité.

De tels protocoles peuvent être négociés à l'échelle provinciale (au Nouveau-Brunswick par exemple) ou de manière individuelle avec les nations, les organisations régionales ou les communautés concernées. La Colombie-Britannique négocie de tels protocoles de manière systématique avec les communautés.²¹ Le Manitoba en mandate la négociation dans le cadre de sa politique de consultation.

²⁰ Le Guide intérimaire du gouvernement du Québec en matière de consultation avec les peuples autochtones est disponible à : http://www.autochtones.gouv.qc.ca/publications_documentation/publications/guide_inter_2008.pdf.

²¹ Par exemple, les *Strategic Engagement Agreements* sont des accords établissant certaines règles et garanties concernant les consultations, notamment dans le domaine de la foresterie. Voir : <http://www2.gov.bc.ca/gov/content/environment/natural-resource-stewardship/consulting-with-first-nations/first-nations-negotiations/strategic-engagement-agreements>.

D'autres provinces, dont le Québec, encouragent la pratique sans véritablement l'encadrer ou la systématiser. Il est à noter que plusieurs collectivités et organisations autochtones, notamment l'APNQL au Québec, ont développé leur propre modèle de protocole ou de guide afin de mieux encadrer les processus de consultation.²² Ceux-ci peuvent servir de base à la négociation d'un processus conjoint.

Le contenu de ces protocoles varie, mais il y est en général question des procédures précises de notification et des échéanciers de la consultation, du financement de celle-ci et du suivi nécessaire afin de s'assurer du respect de l'obligation d'accommodement s'il y a lieu. Dans certains cas, les protocoles déterminent également un processus afin d'évaluer la teneur de la consultation nécessaire (l'intensité de l'obligation). Certains protocoles précisent également le rôle des parties, y compris les promoteurs, lors des diverses étapes de la consultation. Certains prévoient également des mécanismes de révision et/ou de résolution des conflits. En général, ces protocoles engagent les parties signataires à respecter le résultat du processus de consultation.

La négociation de protocoles peut jouer un rôle important afin de prévenir les conflits et faciliter la collaboration des autorités autochtones compétentes. Ceux-ci permettent d'aborder la consultation dans une perspective relationnelle et en terme de dialogue plutôt que strictement comme une obligation juridique ou une procédure de routine nécessaire dans le processus d'approbation des projets. Les parties à ces protocoles s'engagent également à respecter le résultat, ce qui permet de minimiser les risques de contestation des décisions prises à la suite de la consultation.

Les limites de la consultation

De par ses origines et sa nature, en tant que contrainte juridique, la consultation est le plus « visible » et le plus systématique des mécanismes favorisant la participation des autochtones à la mise en valeur des ressources. Celle-ci demeure néanmoins controversée. En effet, pour plusieurs au sein des communautés autochtones, les pratiques de consultation en vigueur sont sources de frustration et, ultimement, d'aliénation. Le langage technique de celles-ci y est pour beaucoup, mais aussi les limites inhérentes au processus (Sanderson et coll. 2012; Newman 2014).

La consultation demeure un mécanisme participatif relativement passif et hiérarchique. Les communautés autochtones sont invitées à réagir à un projet de développement ou encore à une ébauche d'orientation stratégique ou à une nouvelle politique pouvant affecter leurs droits. Leurs préoccupations seront alors intégrées à divers degrés au processus décisionnel, mais ils ne participent que rarement à la prise de décision en elle-même ni à la conception des projets ou des politiques.

Alors que les gouvernements ont tendance à concevoir la consultation comme une obligation strictement procédurale, les autochtones y voient plutôt une manière d'affirmer leur droit de regard sur les projets pouvant affecter leurs droits ancestraux et issus de traités. Le recours de plus en plus fréquent au principe du consentement préalable libre et éclairé (CPLÉ) s'inscrit en ce sens. Il n'est pas évident qu'une solution simple existe à cette mésentente face aux attentes de la consultation, mais il est clair qu'une meilleure intégration du principe du CPLÉ dans les pratiques gouvernementales contribuerait à diminuer les tensions.

²² Le protocole de l'APNQL est disponible à : http://iddpnql.ca/pdf/protocole_consultation_2005_fr.pdf

La consultation apparaît en fait de plus en plus aujourd'hui comme un minimum nécessaire, mais souvent insuffisant dans une véritable optique partenariale fondée sur le respect et le consentement. Une participation plus substantielle des autochtones au processus décisionnel, soit à travers des mécanismes de cogestion ou de codécision, s'avère une piste à considérer dans cette optique.²³

Au-delà de la participation aux processus décisionnels, la consultation doit aussi être située dans le cadre d'une approche plus large qui favorise un engagement des communautés dans l'élaboration des projets et un véritable partage des bénéfices et des retombées de ceux-ci. La négociation d'ententes sur les répercussions et avantages, le partage des redevances et la promotion de l'entrepreneuriat autochtone jouent un rôle en ce sens.

Les ententes sur les répercussions et avantages (ERA)

La négociation d'ententes entre une communauté ou un groupe autochtone et un promoteur afin de favoriser l'acceptabilité d'un projet de mise en valeur des ressources n'est pas en soi une pratique nouvelle. Au Québec, Hydro-Québec négocie de telles ententes depuis plus de trente ans. Certaines compagnies minières négocient également des ententes privées avec les communautés et même des individus plus particulièrement affectés par un projet, et ce depuis plusieurs décennies. Les ERA gagnent cependant en popularité depuis peu en raison des développements importants en matière de droit autochtone, des attentes éthiques quant à l'acceptabilité sociale et de la capacité grandissante des communautés à s'opposer, voire même à bloquer les projets (O'Faircheallaigh et Corbett 2005; O'Faircheallaigh 2010; Galbraith et coll. 2007).

Les ERA sont aujourd'hui devenues incontournables dans le contexte des projets hydroélectriques, éoliens, miniers ou liés aux hydrocarbures lorsque des communautés autochtones sont affectées. La pratique s'est en fait développée de manière complémentaire et plus ou moins parallèle aux processus d'évaluation environnementale et à l'émergence de l'obligation de consulter, en grande partie en raison des limites inhérentes aux processus de consultation (Fidler et Hitch, 2009). En effet, les ERA permettent aux autochtones de participer plus directement à la définition des projets en vue d'en minimiser l'impact ainsi qu'à en partager les bénéfices.

Qu'est-ce qu'une ERA?

Les ententes sur les répercussions et les avantages sont des ententes privées, généralement confidentielles, négociées hors du cadre réglementaire lié au processus d'approbation des projets, entre un promoteur et des groupes autochtones (Galbraith et coll. 2007). Pour les promoteurs qui négocient de telles ententes, elles servent d'abord à favoriser l'acceptabilité sociale des projets et à minimiser les risques de contestation par les autochtones. Il s'agit de rassurer les communautés par rapport aux impacts potentiels des projets et de compenser les groupes affectés via divers types de paiements ou d'engagements économiques ou sociaux. En échange, les promoteurs s'attendent à ce que les signataires donnent leur consentement au projet. Pour les autochtones, les ERA servent de point d'accès direct afin d'influencer la planification et la mise en œuvre des projets et en minimiser l'impact. Ces ententes servent aussi à s'assurer que les communautés bénéficient de la mise en valeur

²³ De tels processus de cogestion ou de codécision existent déjà, notamment dans le cadre de plusieurs ententes sur les revendications globales (les traités modernes). Rien n'empêche d'élargir la pratique dans un contexte hors-traité sur une base politique. Certaines ententes politiques bilatérales permettent d'ailleurs une forme de cogestion hors-traité, notamment en matière de foresterie (Wyatt et coll. 2010).

de leurs territoires ancestraux.

Si dans la majorité des cas les ERA sont des ententes volontaires qui opèrent hors de la réglementation gouvernementale, elles sont dans certains cas mandatées par la Loi ou un traité. C'est notamment le cas au Nunavut et dans les territoires conventionnés au Yukon et dans les Territoires du Nord-Ouest. L'émission des permis est alors conditionnelle à la négociation d'une telle entente (Knotsch, Siebenmorgen et Bradshaw 2010). La réglementation concernant l'émission des permis nécessaires à l'exploitation des hydrocarbures en Alberta prévoit aussi des dispositions encourageant la négociation d'ententes avec les communautés autochtones. La nature contractuelle de ces ententes en font également de puissants outils tant pour les promoteurs que pour les communautés. Un manquement aux engagements contenus dans une ERA peut en effet faire l'objet d'une requête devant les tribunaux, comme n'importe quelle transaction privée.

Le Réseau de recherche sur les ERA (*IBA Research Network*) a maintenu jusqu'en 2012 une base de données concernant les ententes connues dans le secteur minier. On y répertoriait alors 75 ententes concernant une cinquantaine de projets miniers.²⁴ En incluant l'ensemble des secteurs de l'économie extractive et du transport énergétique, le nombre d'ententes est aujourd'hui estimé à plus de 200 dans l'ensemble du Canada (Canada 2015).

Le contenu précis des ERA demeure souvent confidentiel. Il est donc difficile de dire avec précision ce qu'elles contiennent, en particulier en ce qui a trait aux montants des compensations financières (Fidler et Hitch 2007). Cela dit, certaines ERA sont aujourd'hui accessibles et l'abondante recherche produite sur ces ententes nous permet d'avoir une bonne idée de leur contenu. Un guide développé par la Fondation Walter Gordon à l'attention des communautés négociant une ERA énumère plusieurs éléments pouvant se retrouver dans de telles ententes (Gibson et O'Faircheallaigh 2010). Selon les auteurs, les ERA prévoient en général des mesures d'atténuation de l'impact environnemental du projet concernant notamment la réhabilitation des sites et la préservation d'habitats naturels. Elles prévoient aussi des bénéfices directs, soit sous forme de paiement forfaitaire et/ou de pourcentage des revenus tirés du projet, ainsi que des avantages indirects, tels des garanties concernant des emplois, des programmes de formation de la main-d'œuvre ou encore des investissements dans les infrastructures locales ou les programmes d'éducation ou de promotion de la langue et de la culture du groupe autochtone. Les ERA contiennent enfin presque toutes des clauses spécifiant d'une part que le groupe autochtone visé donne son consentement au projet et d'autre part que le contenu de l'entente demeurera confidentiel.

Quelques enjeux soulevés par les ERA

Les ERA ont sans aucun doute un rôle essentiel dans le processus de mise en valeur des ressources. De nombreuses études soulignent leur potentiel comme outils de développement pour les communautés concernées (Prno, Bradshaw et Lapierre 2010; Galbraith et coll. 2007; O'Faircheallaigh 2010). Dans une analyse détaillée des avantages et des désavantages des ERA effectuée dans le cadre d'une thèse de maîtrise, Adam Wright conclut :

« IBA negotiation processes have been effective in the creation of collaborative processes as they generate opportunities for trust building, enhanced communication and sharing of risks and benefits. (...) IBAs reinforce Aboriginal autonomy in decision-making, and are seen to relieve capacity strains through delivery of benefits to the communities. While the outcomes of IBAs are variable, they initiate a

²⁴ Voir http://www.impactandbenefit.com/IBA_Database_List/

framework for on-going dialogue, which is an essential element of a successful project development process » (Wright 2013, 3)

Les ERA permettent une participation plus substantielle des autochtones à la mise en valeur de leurs terres ancestrales que ne le permet la consultation. Elles facilitent également la mise en relation des promoteurs et des communautés locales dans une logique de collaboration plutôt que de confrontation.

Ceci dit, la superposition des ERA et des processus de consultation peut aussi poser certains problèmes. La signature d'une ERA signifie en pratique que les autochtones consentent au développement. Bien qu'elles opèrent à partir de logiques différentes, la négociation d'une ERA et l'obligation de consulter en viennent donc souvent dans les faits à se confondre. Cela est d'autant plus vrai lorsque les ERA sont négociées pendant ou même avant qu'ait lieu le processus d'évaluation environnementale dans le cadre duquel est souvent mandatée la consultation. Ceci est particulièrement problématique lorsque les gouvernements délèguent plusieurs aspects de la consultation aux promoteurs des projets. La négociation préalable d'une ERA entre ces mêmes parties rend en pratique une telle consultation redondante.

Pourtant, ces deux mécanismes devraient jouer un rôle complémentaire. La consultation opère d'abord sur un mode dialogique et vise la prise en compte des droits ancestraux et issus de traités dans le processus décisionnel visant à autoriser les projets. Les ERA opèrent quant à elles sur un mode de négociation, à partir d'une logique d'abord et avant tout économique (Papillon et Rodon 2015).

Selon plusieurs analyses, la substitution des processus de consultation par la négociation d'ERA dans la hiérarchie des mécanismes de participation entraîne un déplacement dans la logique même de cette participation, qui s'inscrit dorénavant beaucoup plus dans une optique de négociation économique que de protection des droits (O'Faircheallaigh et Corbett 2005; O'Faircheallaigh 2010; Papillon et Rodon 2015).

Ce déplacement ne pose pas nécessairement de problème si les représentants autochtones arrivent à maintenir une position de négociation cohérente et mettent de l'avant non seulement les intérêts économiques de la communauté, mais aussi ses préoccupations quant à la protection des pratiques ancestrales et plus largement la qualité de vie et le bien-être de ses membres. En pratique cependant, il peut être difficile de concilier les intérêts économiques, plus facilement quantifiables et donc négociables, avec des préoccupations d'ordre socioculturel plus difficiles à mesurer (Knotsch, Siebenmorgen et Bradshaw 2010). Cette conciliation des intérêts peut être d'autant plus difficile si la communauté est sous pression et voit la négociation d'une ERA comme une porte de sortie afin de limiter l'impact d'un projet qui, de toute manière, risque fort d'être autorisé par les gouvernements. Dans de tels contextes, il est difficile de parler de consentement libre, voire même éclairé, au sens de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des Peuples autochtones (Papillon et Rodon 2015).

Cette superposition des mécanismes de consultation et de négociation d'ERA est souvent encouragée par les gouvernements, qui y voient une manière de se délester de leur obligation de consulter tout en favorisant un engagement rapide (Fidler et Hitch 2007). Cette attitude de la Couronne n'est pas sans conséquence. Dans son étude des processus de négociations des ERA, Wright conclut d'ailleurs que :

“IBAs are de facto replacing the Crown's role in consultation and accommodation processes as the Crown typically conducts consultation once IBAs have already occurred. Private industry is seen as doing all the

‘heavy lifting’ as they are engaging communities first with the intention of obtaining a ‘social license’ to operate. As a result of IBA processes, there are less opportunities for collaboration via meaningful engagement between Aboriginal communities and the Crown.” (Wright 2013, 2)

Ce retrait *de facto* des gouvernements est d’autant plus problématique que le contenu des ERA est en général confidentiel. Il devient alors presque impossible d’évaluer si le processus de négociation ainsi que les mesures négociées répondent aux obligations de la Couronne en matière de consultation et d’accommodement.

Le caractère confidentiel des ERA pose aussi problème en matière de transparence et d’imputabilité des représentants autochtones dans le cadre des négociations. Il est parfois difficile pour les membres de la communauté de savoir exactement ce qui a été négocié en leur nom. La nature et la valeur des compensations négociées sont difficiles à connaître dans certains cas. La gestion de ces fonds peut donc poser problème : bien que peu de cas en ce sens soient rapportés, les risques d’abus ou de détournement sont potentiellement importants. La recherche sur les ERA tend à démontrer que les nouvelles générations d’ERA incluent des dispositions afin de favoriser une plus grande participation de la population locale lors de la négociation et la mise en œuvre des ententes (Fidler et Hitch 2007; O’Faircheallaigh 2010).

Les gouvernements auraient avantage à mieux encadrer la négociation des ERA afin de favoriser leur complémentarité avec les processus de consultation et les rendre plus transparentes.

Une série de lois sur la transparence dans l’industrie minière au niveau fédéral et dans certaines provinces, dont le Québec, témoignent de ces préoccupations.²⁵ Cela dit, tant les promoteurs que les organisations autochtones résistent à la levée complète de la confidentialité des ERA. Pour les premiers, la divulgation des avantages financiers consentis peut avoir des répercussions sur de futures négociations. Elle peut aussi affecter le financement des projets sur les marchés boursiers. Pour les autochtones, la divulgation peut entraîner une diminution du pouvoir de négociation face aux gouvernements en ce qui concerne le partage des redevances ou encore le financement des services au sein des communautés, en particulier si une ERA permet un influx de fonds visant à soutenir les programmes sociaux (Fidler et Hitch 2007).

Si les ERA visent à minimiser les conflits, il faut aussi souligner qu’elles peuvent parfois les exacerber lorsque certains groupes ou communautés sont exclus. En effet, les communautés ayant négocié une ERA peuvent être avantagées par rapport à d’autres communautés autochtones affectées par le projet et n’ayant pas négocié une telle entente. Les ERA peuvent également exacerber un certain sentiment d’iniquité au sein des communautés non-autochtones voisines. Si les enjeux se posent différemment dans le contexte des communautés allochtones (puisque ces dernières ne revendiquent pas de droits ancestraux ou de titre ancestral sur le territoire visé), il demeure essentiel de tenir compte de ces communautés dans un processus visant l’acceptabilité sociale des projets.

Les ERA sont donc devenues un outil essentiel afin de favoriser la participation des peuples autochtones à la mise en valeur des ressources. Elles comportent néanmoins leur dose de contraintes, notamment en raison de leur nature d’abord économique et du peu d’emprise des gouvernements sur

²⁵ Voir par exemple Shawn McCarthy, « Ottawa to force energy companies to report payments made to native bands, » *The Globe and Mail*, Apr. 21 2014

leur contenu. Tout en continuant à encourager la négociation d'ERA, les gouvernements auraient avantage à réguler le processus afin de mieux l'harmoniser avec les autres mécanismes discutés ici.

Le partage des redevances

Impensable il y a une vingtaine d'années, le principe du partage des redevances, versées à l'État par les entreprises d'extraction des ressources naturelles, fait dorénavant partie du paysage canadien.²⁶ Les peuples autochtones considèrent qu'ils ont droit de bénéficier des revenus tirés des activités économiques sur leurs terres ancestrales, non pas comme citoyens canadiens, mais comme peuples distincts occupant ces terres avant l'acquisition de la souveraineté par la Couronne. Si cet argument n'a jamais été confirmé ou infirmé par les tribunaux, la jurisprudence récente sur l'obligation de consulter et d'accommoder, mais surtout celle plus récente sur le titre ancestral (*Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*) donne des munitions aux revendications autochtones. Le nouveau Grand chef de l'Assemblée des Premières nations, Perry Bellegarde, a fait du partage des redevances une de ses priorités.²⁷ Un récent rapport d'un comité mixte de l'Assemblée des Premières nations et du gouvernement du Canada sur le rôle des autochtones dans la mise en valeur des ressources (Canada 2015) souligne d'ailleurs l'importance du partage des bénéfices et des redevances associés à l'extraction des ressources dans l'optique d'une réconciliation à long terme entre les peuples autochtones et la société canadienne dans son ensemble.

En plus du partage des bénéfices via les ERA, le partage des redevances fait donc de plus en plus partie des négociations lorsqu'un gouvernement cherche à minimiser l'incertitude juridique et gagner le soutien des communautés autochtones affectées par un projet d'envergure.

Une pratique de plus en plus reconnue

Il n'existe pas de pratique uniforme à travers le pays en ce qui a trait au partage des redevances. L'Alberta et la Saskatchewan en rejettent le principe même, au nom de l'égalité entre les citoyens. Pour ces deux gouvernements, les autochtones des Prairies ont renoncé à leurs droits sur le territoire et les ressources en signant des traités historiques. Il n'existerait donc pas de fondement juridique au partage des redevances.²⁸ Ces deux provinces sont cependant de plus en plus isolées. Le Manitoba et l'Ontario, pourtant dans une situation juridique similaire en ce qui a trait aux traités historiques, ont récemment ouvert la porte au principe du partage de redevances au cas par cas. Le Nouveau-Brunswick, le Québec et Terre-Neuve et Labrador ont également négocié des ententes sur le partage des redevances dans des cas spécifiques (pensons par exemple aux mécanismes prévus à la Paix des Braves avec les Cris de la Baie-James au Québec).

La Colombie-Britannique innove en la matière puisqu'elle est la seule province qui a développé une politique systématique visant à négocier des ententes bilatérales avec les Premières nations sur le partage des redevances. Un tel partage est au cœur de la politique de réconciliation, adoptée par la province à partir de 2004, qui vise entre autres à favoriser la négociation d'ententes de nature

²⁶ Aux fins de la présente analyse, le partage des redevances au sens strict (royautés) doit être distingué du partage des bénéfices ou des revenus (les profits encourus par l'exploitation d'une mine ou d'un complexe hydroélectrique, les fruits de la taxation directe ou indirecte, etc.).

²⁷ Voir Mark Kennedy, Perry Bellegarde, fiery new AFN grand chief, will 'reach out' for larger share of resource revenues, National Post, 11 décembre 2014. <http://news.nationalpost.com/news/canada/perry-bellegarde-fiery-new-afn-grand-chief-will-reach-out-for-larger-share-of-resource-revenues>

²⁸ Il est à noter que les Premières nations contestent cette interprétation des traités historiques. Voir Coates (2015, p.14).

économique parallèles avec les nations autochtones engagées dans le processus de règlement de leurs revendications territoriales. Ce processus étant souvent long (plusieurs décennies), le gouvernement provincial cherche en fait via ces ententes parallèles à faciliter le développement économique du territoire malgré l'incertitude juridique liée aux revendications territoriales.

Plusieurs accords définitifs sur les revendications territoriales, notamment au Yukon, dans les Territoires du Nord-Ouest, au Nunavut et au Labrador, reconnaissent également le principe du partage des redevances et prévoient des mécanismes en ce sens. Le tableau suivant présente un résumé de certaines mesures dans ces traités modernes.²⁹

Entente	Partage des redevances
Entente finale avec les PN du Yukon	50 % des premiers 2 millions \$, 10 % par la suite
Ententes finales avec les Gwich'in et les Sahtu (TNO)	7,5 % des premiers 2 millions \$, 1,5 % par la suite
Entente finale Tlicho (TNO)	10,4 % des premiers 2 millions \$, 2 % par la suite
Entente finale du Nunavut	10,4 % des premiers 2 millions \$, 5 % par la suite
Entente finale du Nunatsiavut (TN&L)	50 % des premiers 2 millions \$, 5 % par la suite. La province remet également 5 % des redevances tirées du projet de mine de nickel de Vosey's Bay.

Source : Simeone (2014)

Il existe plusieurs modèles en matière de partage des redevances. Dans certains cas, il peut être préférable de proposer un modèle de partage des redevances à l'échelle provinciale ou territoriale plutôt que de négocier des ententes à la pièce avec les communautés. C'est notamment l'approche adoptée dans le cadre des négociations sur le partage des redevances entre le gouvernement fédéral, le gouvernement territorial et les Premières nations dans les Territoires du Nord-Ouest. Cette approche a pour avantage de redistribuer plus équitablement les redevances plutôt que de favoriser la « loterie de la géographie et l'histoire » (Coates 2015).

À l'autre extrême, on trouve l'approche au cas par cas présentement en vigueur par défaut dans la majorité des provinces. Le partage des redevances touche alors uniquement les communautés directement en cause. De telles ententes peuvent découler d'un processus de négociation global (par exemple une entente sur les revendications territoriales) ou s'inscrire dans le cadre des négociations autour d'un enjeu ou d'un projet spécifique. C'est l'approche privilégiée en Colombie-Britannique, qui accepte de négocier des ententes bilatérales selon un modèle prédéterminé dans certains secteurs (foresterie, ressources minières, hydrocarbures, ressources renouvelables, infrastructures touristiques). Cette approche est plus cohérente avec les principes qui sous-tendent le partage des redevances, notamment la reconnaissance du titre ancestral spécifique à une nation donnée. Elle a cependant comme corollaire de créer des « gagnants » et des « perdants » parmi les communautés autochtones. Elle peut aussi être plus difficile à faire accepter pour la population allochtone locale qui peut y voir une entorse au principe de l'égalité entre citoyens. Tout comme dans le cas des ERA, il est essentiel de situer le partage des redevances dans le cadre d'une stratégie plus générale visant à favoriser l'acceptabilité sociale des projets.

²⁹ Il s'agit ici d'un aperçu, certaines de ces ententes comprennent d'autres dispositions concernant le calcul du partage des redevances selon le contexte.

Dans une analyse récente, Ken Coates (2015) propose d'adopter une formule mixte qui reconnaît à la fois les fondements spécifiques du partage des redevances en allouant aux communautés directement touchées un pourcentage donné tout en versant une autre partie des redevances dans un fonds consolidé servant à soutenir le développement économique et social des nations autochtones sur l'ensemble du territoire de la province.³⁰

Les avantages du partage des redevances

De plus en plus, les autochtones rendent conditionnel leur soutien aux projets de développement à une forme ou une autre de partage des redevances. Les gouvernements qui refusent cette pratique s'exposent à un blocage à la fois politique et juridique lorsqu'il s'agit de faciliter le développement de projets importants. En plus d'être une approche privilégiée par les autochtones, le partage des redevances reçoit également le soutien de l'industrie extractive, qui s'est en général prononcée en faveur de telles pratiques afin d'assurer un climat favorable au développement et à la collaboration avec les communautés autochtones (Simeone 2014). Il s'agit donc non seulement d'un choix logique au plan des principes, mais aussi d'un choix pragmatique dans la mesure où ces ententes permettent de minimiser l'incertitude entourant la mise en valeur des ressources.

Le fait que les ententes sur le partage des redevances soient de nature publique est un autre avantage important par rapport aux ententes privées entre promoteurs et communautés, qui souffrent quant à elles souvent d'un manque de transparence. Les paiements dans le cadre des ententes sur les redevances sont de nature publique, ce qui facilite l'imputabilité des autorités autochtones et gouvernementales compétentes. Le fait que les revenus soient liés à un projet spécifique constitue également un puissant incitatif pour favoriser la collaboration et le soutien des communautés visées, en particulier lorsque le projet a un impact potentiel important.

Cette approche permet également aux communautés une plus grande flexibilité quant à l'utilisation des revenus engendrés. Ces fonds peuvent servir à favoriser le développement économique, la construction d'infrastructures et de logement par exemple. Dans plusieurs cas, les fonds ainsi transférés servent également à limiter les impacts négatifs du développement au plan environnemental et social ou à soutenir l'éducation et l'amélioration des services offerts aux citoyens.

Les désavantages du partage des redevances

Le partage des redevances comporte également certains désavantages qui méritent d'être soulignés. Le principal enjeu est que cela tend à créer des « gagnants » et des « perdants » et à favoriser une plus grande disparité économique non seulement entre communautés autochtones, mais aussi entre ces dernières et les communautés allochtones avoisinantes. Ces disparités peuvent être source de tensions et affecter la capacité des gouvernements à mettre en œuvre une politique plus systématique de partage des redevances si celle-ci n'est pas bien expliquée à la population.

³⁰ Les modalités d'un tel modèle peuvent varier considérablement. Elles mériteraient un traitement plus approfondi qui dépasse le cadre de cette étude. Notons cependant que les ententes récentes portant sur le partage des bénéfices (y compris les redevances) en matière de transport du gaz naturel liquéfié en Colombie-Britannique adoptent un tel modèle mixte de redistribution des bénéfices (voir plus loin dans le texte). Les ententes sur le partage des revenus tirés des casinos autochtones de l'Ontario prévoient également un tel mode de redistribution mixte entre la communauté au sein de laquelle est établi le casino et un fonds provincial servant à soutenir le développement économique de l'ensemble des communautés autochtones de la province. Voir par exemple : <http://news.ontario.ca/maa/en/2010/01/casino-agreement-signed-with-rama-first-nation.html>

Un autre enjeu souvent mentionné dans la littérature est la capacité de petites communautés à gérer un influx important de fonds comportant peu d'attaches spécifiques. Les fonds étant liés aux redevances reçues par l'État, ceux-ci peuvent également fluctuer considérablement d'une année à l'autre, ce qui comporte une part de risque. Si certaines communautés parviennent à développer des pratiques de saine gestion, d'autres sont aux prises avec de nombreuses tensions internes liées à l'utilisation des fonds. Certains gestionnaires locaux font aussi face à des attentes irréalistes au sein de la population des communautés. Un meilleur soutien de la part des gouvernements afin d'assurer une saine gestion apparaît essentiel, surtout pour les communautés ayant moins d'expérience en ce sens.

Le corollaire du dernier point est la capacité limitée des gouvernements à imposer des modèles d'imputabilité précis une fois les fonds versés. Si aucune condition n'est attachée au versement des redevances, rien n'empêche par exemple une communauté de choisir de redistribuer les fonds à chaque individu sous forme de chèque (c'est parfois le cas dans le cadre des ententes sur les casinos). Les autochtones sont en général réticents à l'imposition de conditions quant à la gestion des fonds, une manière pour les gouvernements, selon plusieurs, de garder une mainmise sur ces derniers. Il faut donc naviguer cette question avec délicatesse. En Colombie-Britannique, les revenus issus des ententes sur le partage des redevances doivent être utilisés à des fins de développement économique et social, en vertu d'un plan déterminé à l'avance et faisant l'objet de rapports annuels. Plusieurs admettent cependant que la capacité (et la volonté) du gouvernement provincial de superviser l'utilisation des fonds est limitée. Si tous gagnent à la transparence, il faut aussi savoir atteindre un certain équilibre entre volonté de contrôle et la reconnaissance du statut particulier des peuples autochtones.

Un dernier point mérite mention. Comme pour les ententes privées sur le partage des bénéfices, le partage des redevances peut créer de nouvelles tensions lorsque ses fondements et ses modalités ne sont pas clairement établis. Par exemple, une mésentente quant à la définition des limites du territoire ancestral d'une communauté peut entraîner une lecture différente de l'impact du projet et donc du calcul des redevances. La définition même de ce qui constitue des redevances (par rapport aux retombées économiques ou aux revenus issus de la taxation par exemple) peut aussi être source de mésentente. Dans certains cas, les gouvernements peuvent aussi décider de tenir compte du montant annuel des redevances dans le calcul des transferts gouvernementaux liés au financement des services et des programmes sociaux au sein des communautés. Plusieurs communautés autochtones expriment leurs frustrations face à de telles pratiques (voir par exemple, dans le contexte des Territoires du Nord-Ouest, Irlbacher-Fox 2015). Selon plusieurs analystes, une telle approche, qui associe les redevances à une logique distributive, n'est pas cohérente avec les principes qui sous-tendent la négociation d'ententes sur les redevances. Celles-ci reposent en effet non seulement sur l'impact des projets sur le mode de vie des communautés, mais aussi sur le statut et les droits particuliers des peuples autochtones en lien avec ce territoire (Coates 2015; Irlbacher-Fox 2015).

Le soutien à l'insertion des autochtones dans l'économie des ressources naturelles

Les politiques favorisant l'insertion des individus et des communautés dans l'économie des ressources naturelles constituent un dernier mécanisme pouvant favoriser la participation directe des peuples autochtones à la mise en valeur des ressources. Ces politiques peuvent prendre diverses formes, des mesures de création d'emploi et de soutien à la formation des individus jusqu'au soutien au développement d'entreprises autochtones et de partenariats entre ces dernières et les entreprises privées. Souvent sous-estimée, cette approche plus indirecte permet aux gouvernements d'impliquer

les communautés autochtones dans les projets de développement, notamment comme partenaires économiques. Ces mesures peuvent être complémentaires aux autres mécanismes, qui favorisent plutôt une participation au processus décisionnel (la consultation) ou encore une logique compensatoire (ERA et partage des redevances). Pour les fins de la présente discussion, nous portons notre attention sur les programmes favorisant l'entrepreneuriat autochtone.

Il existe ici plusieurs modèles et approches afin de favoriser l'entrepreneuriat autochtone. Les plus répandus consistent à favoriser la formation et les initiatives locales par le biais de subventions directes en fonction de projets spécifiques. Plusieurs gouvernements provinciaux, dont le Québec, ont ainsi depuis un certain temps des programmes de développement économique pour les communautés autochtones permettant la création d'emploi ou le développement d'infrastructures locales via les conseils de bandes ou les sociétés de développement économique locales.

Ces programmes, s'ils peuvent avoir un impact positif, ne permettent cependant que rarement d'établir des partenariats d'envergure avec le secteur privé autour d'un projet de développement des ressources. Pour ce faire, il faut plutôt favoriser les ententes de coopération entre une communauté autochtone ou un groupe autochtone et une entreprise privée (non autochtone) en vue d'établir une relation d'affaires à moyen ou long termes. La création d'entreprises autochtones via des sociétés en commandites, ou *joint ventures*, permet par exemple ce type de partenariat d'affaires.

Encore une fois, l'enjeu principal demeure ici la capacité des communautés à gérer les risques associés à de telles pratiques. Un autre enjeu pour les communautés est l'accès au capital initial nécessaire à de tels partenariats. Dans les deux cas, les gouvernements peuvent jouer un rôle en agissant comme garant, en fournissant un prêt sans intérêt ou encore en finançant la création de postes d'agents de développement économique dans les communautés afin de créer une expertise locale sur ces mécanismes parfois complexes.

S'il existe de nombreux exemples d'échecs de ce type de partenariats avec des entreprises autochtones, plusieurs exemples de succès méritent d'être soulignés. Comme nous le verrons plus loin, la bande de Fort McKay bénéficie par exemple d'une relation partenariale fort développée avec les entreprises pétrolières oeuvrant dans les sables bitumineux dans la région de Fort McMurray en Alberta. De nombreuses autres communautés ont développé des partenariats par le biais de sociétés en commandite leur permettant non seulement de partager les bénéfices de l'exploitation des sables bitumineux, mais aussi de créer des emplois directs et indirects dans les communautés.

Il faut toutefois souligner que ce modèle d'intégration des communautés autochtones à l'économie extractive via le soutien à l'entrepreneuriat local ne fait pas l'unanimité. D'aucuns y voient une manière de coopter les communautés réfractaires en les rendant acteurs de leur propre intégration à la logique capitaliste, elle-même responsable de la transformation de leur environnement et de leur mode de vie traditionnel (King 2010; Stendie 2013; Caine et Krogman 2010). Ces pratiques font aussi l'objet de certaines contestations au sein des communautés, notamment chez les partisans d'une vision plus traditionaliste de l'identité et du mode de vie autochtone.

Les entreprises privées et les gouvernements favorisant ce type d'approche doivent naviguer en connaissance de cause et prendre acte des dynamiques internes propres à chaque communauté. Une connaissance du « terrain » est indispensable au succès de telles mesures.
--

Un défi: faciliter la convergence et la complémentarité des mécanismes

Les quatre mécanismes discutés ici opèrent à des niveaux différents, selon des principes différents, mais les objectifs demeurent convergents. Ils sont en ce sens complémentaires. La consultation vise une participation autochtone dans la prise de décision concernant l'autorisation des projets. Elle s'inscrit dans une logique d'abord juridique et opère en général via les processus publics d'évaluation environnementale. La consultation est en ce sens un exercice public devant informer, sans nécessairement circonscrire, le processus décisionnel. Les ERA et le partage des redevances s'inscrivent dans une logique différente, axée sur la négociation. Alors que les ERA sont des ententes privées négociées entre le promoteur et les représentants d'une communauté, le partage des redevances repose sur une entente négociée avec les autorités gouvernementales compétentes. Ces mécanismes se situent dans une perspective plus économique, visant d'abord à compenser les communautés face aux impacts négatifs des projets. Le soutien à l'emploi et à l'entrepreneuriat autochtone vise quant à lui une participation plus directe des autochtones dans la mise en valeur des ressources.

La relation à l'État est donc fort différente selon les mécanismes. La consultation opère selon une logique d'abord hiérarchique. La Couronne conserve l'autorité décisionnelle tout au long du processus. La consultation est cependant le seul des mécanismes discutés ici comportant une obligation légale. Cela en fait le plus institutionnalisé et le plus formalisé des mécanismes. Ceci dit, la délégation des processus de consultation aux promoteurs entraîne de facto un certain désengagement des décideurs publics et un déplacement du processus de consultation vers une logique plus horizontale et moins institutionnalisée de négociation, associée aux ERA. Ces dernières sont des transactions de nature privée opérant à la marge du cadre réglementaire établi par l'État. Le rôle des décideurs publics dans ces processus est, du moins pour l'instant, minime.

Le partage des redevances replace l'État au cœur de la relation et peut jouer un rôle complémentaire aux ERA. Un tel partage opère cependant moins sur une base juridique (sauf dans le cas des ententes sur les revendications globales) que politique. Les gouvernements sont relativement libres de négocier la nature et la teneur des ententes sur le partage des redevances. Il s'agit à travers ces ententes de reconnaître la relation particulière qu'entretiennent les peuples autochtones au territoire et la logique de coexistence qui en découle, mais aussi de minimiser les risques de contestation des projets. Le soutien à l'entrepreneuriat autochtone est quant à lui un autre mécanisme discrétionnaire indirect, dont la nature et l'importance peuvent varier considérablement en fonction des priorités budgétaires et des politiques en vigueur.

Malgré ces différences, ces mécanismes s'inscrivent dans une seule et même logique : il s'agit de développer des relations plus soutenues et plus harmonieuses avec les autochtones afin de favoriser la création d'un contexte favorable à la mise en valeur du territoire et des ressources.

Le défi demeure d'harmoniser ces diverses pratiques afin d'en maximiser la complémentarité et minimiser le potentiel de contradiction entre l'ERA et les consultations. La négociation d'une ERA ou d'une entente sur le partage des redevances avant même que ne soit complété le processus d'évaluation des impacts environnementaux et sociaux des projets pose particulièrement problème en ce sens. Le processus de consultation et l'évaluation des impacts des projets devraient idéalement permettre de mieux définir les paramètres servant, par la suite, à négocier des ententes obéissant à une logique compensatoire. Des impératifs d'ordres économiques et politiques font malheureusement

souvent que ces ententes sont négociées en parallèle, voire même avant que ne s'enclenche le processus de consultation et d'évaluation des impacts.

Les gouvernements auraient avantage à adopter une vision d'ensemble afin de faciliter le déploiement cohérent de ces mécanismes entre eux et avec l'évaluation environnementale des projets.

Une telle stratégie doit reposer sur des principes directeurs, y compris le respect mutuel, la transparence et la reconnaissance des droits et obligations de tout un chacun, y compris les promoteurs. L'objectif est d'en faire des outils favorisant une relation plus harmonieuse avec les peuples autochtones, reposant sur un véritable partenariat entre les différents acteurs de la mise en valeur des ressources et du territoire (Fidler et Hitch 2009).

Troisième partie : deux provinces, deux approches

Les gouvernements provinciaux ont adopté différentes stratégies afin de déployer ces divers mécanismes de la participation autochtone à la mise en valeur des ressources. La comparaison de la Colombie-Britannique et de l'Alberta permet d'illustrer les différentes approches en ce sens. En l'absence de traités historiques, la Colombie-Britannique se compare au Québec en ce qui a trait au contexte juridique concernant les revendications territoriales des peuples autochtones. L'Alberta possède quant à elle une longue expérience en matière de développement économique axé sur les hydrocarbures, et ce, dans un contexte où les droits ancestraux sont circonscrits par la présence de traités historiques.

La Colombie-Britannique

La Colombie-Britannique est sans nul doute l'épicentre canadien des tensions entre les revendications des peuples autochtones et les intérêts économiques associés à la mise en valeur des ressources naturelles. L'absence de traités historiques, combinée à une forte présence autochtone sur l'ensemble du territoire et à une rapide intensification de l'économie des ressources naturelles dans les dernières décennies, crée un cocktail parfois explosif. La majorité des décisions clés de la Cour suprême portant sur l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 ainsi que sur l'obligation de consulter découlent de conflits dans cette province.

C'est en raison des coûts liés à l'incertitude juridique résultante de ces conflits et de la lenteur du processus de négociation des traités visant à régler la question du titre ancestral que la province a choisi d'innover à partir de 2005. La Colombie-Britannique est aujourd'hui la province ayant développé l'approche la plus ambitieuse en matière de relations avec les peuples autochtones.

Cette approche tire ses fondements philosophiques de trois documents dont le contenu fut défini conjointement avec les organisations autochtones de la province: le *New Relationship Vision Statement*, le *Transformative Change Accord* et le *Metis Nation Relationship Accord*. Ces trois documents datant de 2005 établissent une série de principes et d'objectifs devant guider l'action gouvernementale lorsqu'il est question de relations avec les peuples autochtones. Selon le plus récent rapport annuel du *Ministry of Aboriginal Relations and Reconciliation* :

« The B.C. government's goals of revitalizing and strengthening First Nations communities will only be achieved with the participation of Aboriginal leaders and organizations. This New Relationship is based on three things: 1) Respect, recognition and accommodation of Aboriginal title and rights; 2) Respect for each other's laws and responsibilities; and 3) The reconciliation of Aboriginal and Crown titles and jurisdictions. (...) Through this approach, the B.C. government is working with First Nations and Aboriginal leaders to close the socio-economic gaps that separate Aboriginal people from other British Columbians, and building a province where everyone can fully participate in a prosperous economy. » (MARR 2014)

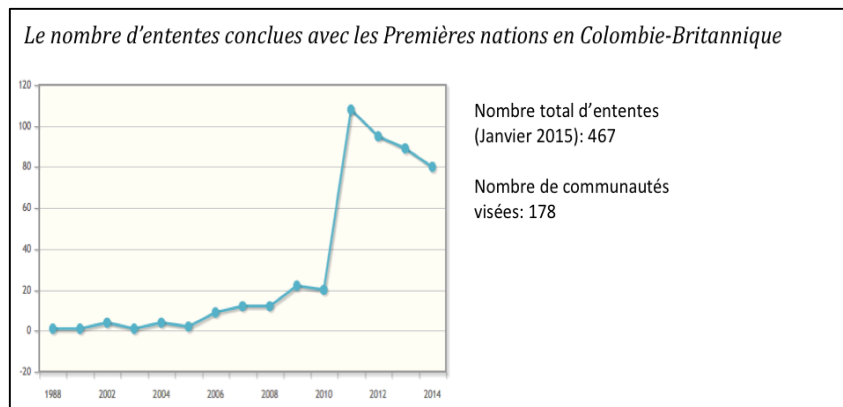
L'approche britanno-colombienne se caractérise par une volonté de lier, de manière explicite, le développement économique de la province à la mise en place de relations harmonieuses avec les peuples autochtones fondées sur un modèle partenarial de reconnaissance mutuelle. Ces relations, le gouvernement précise, reposent notamment sur la négociation d'ententes bilatérales et trilatérales (lorsque le gouvernement fédéral est concerné) afin d'assurer une participation des peuples autochtones aux décisions qui les concernent, notamment en matière de gestion des terres et des ressources. L'ampleur de cette pratique est sans commune mesure. Il y aurait près de 500 ententes négociées dans les quinze dernières années, et ce seulement dans le domaine de la gestion des terres et des ressources.

Ce sont ces ententes qui forment l'architecture de la politique de réconciliation de la Province. Ce sont également principalement via ces ententes que la province met en œuvre ses politiques en matière de consultation, de partage des redevances, mais aussi en matière de développement économique autochtone.

Les ententes intérimaires dans le cadre de la négociation d'un traité

Les *Incremental Treaty Agreements (ITA)* émergent en réponse à la lenteur du processus de négociation des revendications territoriales globales en Colombie-Britannique. La négociation, qui peut parfois s'étendre sur plus d'une décennie, crée une certaine instabilité juridique concernant les territoires revendiqués par les groupes concernés. Les ITA permettent de favoriser la mise en valeur de ces territoires malgré l'incertitude quant à la nature des droits qui y seront éventuellement reconnus. Les ITA prévoient à cet effet le transfert de terres aux communautés en processus de négociation et l'octroi de financement afin de favoriser leur mise en valeur économique via la création de partenariats avec des entreprises privées. Les terres ainsi transférées dans le cadre d'une ITA sont

détenues en fief simple (fee simple) par la Première nation. Lors de la signature d'un traité, les terres visées par le traité incluent les terres transférées dans le cadre du ITA, mais ne s'y limitent pas nécessairement. 17 Premières nations engagées dans un processus de négociation d'un traité ont signé une ITA jusqu'à présent.³¹



³¹ Voir: <http://www2.gov.bc.ca/gov/content/industry/managing-our-natural-resources/consulting-with-first-nations/first-nations-negotiations/incremental-treaty-agreements>

Les ententes sur la consultation

La Colombie-Britannique est la première juridiction au Canada à adopter un guide concernant la consultation des peuples autochtones, et ce dès 1998, soit avant les arrêts de la Cour suprême consacrant l'obligation de consulter. La plus récente version du guide, qui est toujours considéré comme intérimaire en raison de désaccords avec les principales organisations autochtones de la province sur la portée de l'obligation de consulter, date de 2010. Les différents ministères compétents ont adopté des lignes directrices afin de mettre en œuvre les principes énoncés dans le guide.

L'approche en matière de consultation ne tranche pas avec la norme canadienne. La définition de l'obligation dans le guide de 2010 est relativement large : *“consultation is required where claimed or proven rights (including title) or treaty rights may be impacted by a potential Crown decision or activity.”* Le guide ne fait pas mention du processus législatif, mais inclut les décisions stratégiques. Pour les grands projets, la consultation est en général partie intégrante du processus réglementaire d'évaluation des impacts sociaux et environnementaux. L'organisme responsable doit s'assurer de la conformité de la participation autochtone avec les critères établis dans le guide intérimaire ainsi qu'avec ses propres directives. La nature de la participation autochtone peut toutefois varier, d'un rôle plus passif de transmission de l'information à un rôle plus proactif dans la définition du mandat et du contenu des études d'impacts. Sans favoriser la délégation systématique des processus de consultation, la province encourage la négociation d'ententes entre les communautés autochtones et les promoteurs des projets et considère la négociation de ces ententes dans l'évaluation du processus de consultation et dans la mise en place de mesures d'atténuation ou de compensation.

La particularité de l'approche britanno-colombienne en matière de consultation relève plutôt du recours de plus en plus important à la négociation de protocoles de consultation avec les conseils tribaux ou les communautés. Ces protocoles, souvent négociés dans le cadre de *Strategic Engagement Agreements (SEA)* ou de *Reconciliation Protocol Agreements (RPA)*, prévoient en général une procédure visant à aviser la communauté lorsqu'une décision ou un projet doit faire l'objet de consultation, un mécanisme de financement et un ensemble de conditions devant être respectés tout au long du processus, notamment au niveau des délais et de l'accès à l'information. Dans certains cas, les protocoles déterminent également un processus afin d'évaluer la teneur de la consultation nécessaire (l'intensité de l'obligation). Certains protocoles précisent également le rôle des parties, y compris les promoteurs, lors des diverses étapes de la consultation. Certains prévoient également des mécanismes de révision et/ou de résolution des conflits. Le cas échéant, ces protocoles remplacent les lignes directrices des ministères en matière de consultation.³²

Les signataires de ces ententes s'engagent à respecter le processus et, le cas échéant, à ne pas en contester la validité via des recours judiciaires. Ce dernier aspect est non négligeable puisqu'il constitue en pratique une confirmation de la légitimité du processus et de la conformité de la consultation au droit en vigueur. Le processus et son résultat peuvent toutefois être contestés par des tiers, notamment les promoteurs ou des communautés non visées par ces ententes.

³² Pour un exemple récent de protocole bilatéral fort détaillé en Colombie-Britannique, voir le Stó:lo First Nations Strategic Engagement Agreement : http://www2.gov.bc.ca/assets/gov/zzzz-to-be-moved/9efbd86da302a0712e6559bdb2c7f9dd/9efbd86da302a0712e6559bdb2c7f9dd/agreements/sea_stolo_nations.pdf.

Les *Strategic Engagement Agreements (SEA)* et les *Reconciliation Protocol Agreements (RPA)* vont cependant plus loin que la définition d'un processus de consultation mutuellement acceptable. Ces ententes prévoient aussi en général des mécanismes de dialogue continu au niveau des élus politiques ainsi que des processus conjoints de planification stratégique. Des comités paritaires sont aussi généralement mis en place afin de définir les grandes orientations en matière de gestion des terres et des ressources sur le territoire visé. L'objectif est d'en arriver à une position consensuelle à partir de laquelle les autorités compétentes peuvent par la suite établir les plans d'aménagements du territoire. Certaines de ces ententes mettent aussi en place un processus conjoint de définition des plans d'aménagements du territoire. 19 SEA et RPA ont été signées jusqu'à présent, couvrant une cinquantaine de communautés.³³

Les ententes en matière de partage des redevances

Le gouvernement de la Colombie-Britannique encourage la négociation d'ERA, mais celles-ci demeurent non règlementées. Ces ententes privées sont vues de manière complémentaire à l'action gouvernementale, notamment en matière de consultation et de partage des redevances. La nature des revendications territoriales des peuples autochtones et l'objectif de réconciliation des droits et des intérêts économiques au cœur de l'approche du gouvernement font en sorte que la Couronne provinciale accepte de négocier des ententes sur le partage des redevances, et ce de manière quasi systématique.

L'objectif de ces ententes est de favoriser la conciliation des intérêts, la stabilité et la prédictibilité de l'environnement juridique en l'absence de traités ainsi que la participation des autochtones à la création de la richesse collective.

Les premières ententes sur le partage des redevances sont négociées à partir de 2003 en foresterie. Depuis 2010, celles-ci sont définies dans la politique concernant les *Forest Consultation and Revenue Sharing Agreements (FCRSA)*. Ces ententes prévoient des mécanismes de consultation et de partage des redevances en matière d'exploitation forestière. Combinées aux *Forest Tenure Opportunity Agreements (FTOA)* qui permettent aux autochtones d'obtenir en priorité un certain pourcentage des concessions forestières sur leurs terres ancestrales, les FCRSA permettent une participation autochtone à l'ensemble du processus de mise en valeur des ressources forestières, de la planification stratégique à l'attribution des permis d'exploitation forestière, jusqu'au partage des bénéfices de celle-ci et à la participation directe à l'activité extractive.

Le partage des redevances provenant de l'exploitation forestière prévue à ces ententes est déterminé selon une formule préétablie par le gouvernement de la province. Selon un rapport de mars 2012 du *BC First Nations Council*, le partage établi dans le cadre de ces ententes est en moyenne de 3 % des droits de coupes et des loyers annuels récoltés par la province. Le revenu minimum reçu par une Première nation ne doit cependant pas être en deçà de 35 000\$. Les ententes prévoient certaines conditions quant à l'utilisation des fonds, qui doivent servir à la promotion de l'entrepreneuriat et au développement économique dans les communautés selon un plan approuvé par le gouvernement.

Ces ententes sont souvent présentées comme un exemple à suivre en matière de participation autochtone à la mise en valeur des ressources forestières (Wyatt et coll 2010.). Ceci dit, certaines

³³ Plusieurs exemples de ces ententes sont disponibles à : <http://www2.gov.bc.ca/gov/content/environment/natural-resource-stewardship/consulting-with-first-nations/first-nations-negotiations/strategic-engagement-agreements>.

communautés refusent de signer de telles ententes puisqu'elles ne permettent pas un véritable contrôle autochtone sur la forêt et son exploitation. Comme c'est souvent le cas en matière de consultation, les processus prévus doivent informer les choix des autorités décisionnelles sans toutefois remplacer ces dernières. Plusieurs s'insurgent également sur l'approche « à prendre ou à laisser » en matière de partage des revenus. Le pourcentage des transferts, ainsi que les conditions qui y sont attachées, ne sont en effet pas négociables. En date du 11 juillet 2014, 150 FCRSA ont malgré cela été signés.

Depuis 2008, les *Economic and Community Development Agreements* (ECDA) permettent également le partage des redevances minières sur les nouvelles mines et l'expansion majeure de mines existantes. Les Premières nations signataires bénéficient de cette source de revenus tout au long de la durée de vie du projet minier. La valeur des redevances partagées varie d'une ECDA à l'autre. Selon la documentation consultée, plusieurs facteurs entrent en ligne de compte pour décider du montant: la taille de la mine, la taille de la communauté, les besoins économiques de la Première nation et de la région, etc. Les montants reçus varient également selon les années en fonction des fluctuations du marché et du rythme de production de la mine. Par exemple, dans le cadre de l'expansion de la mine Mount Polley, la Première nation Xat'sull a reçu 16,5 % des redevances perçues par la province pour l'année 2013, tandis que la bande de Williams Lake recevait 18,5 % la même année pour le même projet. Les signataires s'engagent à utiliser ces fonds afin de favoriser le développement économique et communautaire ainsi que les projets d'infrastructures.

Les ECDA comportent des dispositions précises limitant la possibilité de contestation judiciaire des décisions entourant l'autorisation des projets ou toutes autres formes d'entraves au bon déroulement du projet. En échange de bénéfices tangibles, la communauté consent à ne pas contester le projet, pourvu qu'il franchisse le processus d'approbation réglementaire.³⁴ Comme les ERA en fait, ces ententes favorisent donc la légitimité des projets dans un contexte juridique incertain. Une quinzaine de ces ententes ont été signées depuis 2008.

D'autres mécanismes de partage des bénéfices et des redevances ont également été mis en place dans des domaines jugés stratégiques. Par exemple, les signataires des *First Nations Clean Energy Business Fund Revenue-Sharing Agreements* (FNCEBF) reçoivent une partie des fonds recueillis par la Province grâce à l'octroi de permis à des promoteurs pour des projets énergétiques sur leurs terres ancestrales. Le partage se base ici sur la rente tirée de l'exploitation des ressources hydrauliques ou éoliennes. Fait intéressant ici, le partage des revenus publics adopte un modèle distributif : 50 % des revenus des nouveaux projets sont déposés dans un fonds commun visant à soutenir l'entrepreneuriat autochtone en matière d'énergies propres. De ce montant, 75 % (donc 37,5 % des revenus) sont directement partagés avec la Première Nation dont le territoire ancestral est affecté par le projet énergétique. Le reste demeure dans le fonds commun accessible à l'ensemble des Premières nations pour des fins de développement économique et social.

Le soutien à l'emploi et à l'entrepreneuriat autochtone

Les ententes bilatérales constituent le principal mécanisme favorisant la participation des autochtones à la mise en valeur des ressources en Colombie-Britannique. La province utilise les divers mécanismes de partage des bénéfices et des redevances afin de stimuler l'activité économique au sein des communautés et favoriser le développement de partenariats avec les promoteurs des projets. Il existe

³⁴ Il n'y a pas, à notre connaissance, de cas où la teneur d'une telle entente fut remise en question via les tribunaux.

aussi d'autres formes de soutien aux initiatives économiques autochtones qui agissent de manière complémentaire à ces mécanismes.

Une analyse sommaire des programmes de soutien à l'entrepreneuriat autochtone permet de faire ressortir au moins quatre programmes visant le financement de projet, la formation de la main-d'œuvre, l'accès au capital de risque et le développement d'une expertise. Le *First Citizens Fund* est par exemple un fonds en dotation géré par le gouvernement visant à soutenir le développement des PME autochtones. Le *New Relationship Trust Fund* est une autre source de financement des initiatives économiques communautaires. Ce fonds est géré par un organisme indépendant.³⁵

La participation des autochtones à l'économie des ressources naturelles est aussi au cœur de la stratégie de formation de la main-d'œuvre de la province, intitulée *Canada Starts Here : BC Job Plan*. La mise en œuvre de la composante autochtone de cette stratégie est assurée depuis 2011 par le *BC Aboriginal and Investment Council* (ABIC), qui vise à favoriser la création de partenariats entre les communautés autochtones et le secteur privé. C'est dans cet esprit que le gouvernement finance le *Aboriginal Training for Employment Program* (ATEP). L'objectif est de fournir un service de recherche d'emploi adoptant une approche « culturellement appropriée » et adaptée à la réalité complexe des communautés autochtones (Woods 2015). Le programme finance les initiatives d'organisations autochtones sur la base de contrats de service. En 2013-2014, 5,9 millions de dollars ont été alloués à diverses communautés en milieu rural et urbain, y compris au sein des réserves.

En 2012, le gouvernement de la province lance également en partenariat avec les principales organisations autochtones de la province le *Aboriginal Post-secondary Education and Training Policy Framework and Action Plan: 2020 Vision for the Future*. Cette stratégie met en place une série d'objectifs en matière de formation de la main-d'œuvre, de taux de diplomation en milieu autochtone et de réinsertion en milieu de travail, notamment dans le secteur des ressources naturelles. Il est à noter qu'il existe également de nombreuses initiatives conjointes entre le gouvernement de la Colombie-Britannique et le gouvernement fédéral afin de coordonner les efforts en matière de formation de la main-d'œuvre autochtone dans la province (pour un aperçu, voir Woods 2015). Ces divers programmes servent également à soutenir les initiatives locales et à compléter l'apport de fonds issus des ententes sur le partage des redevances.

Étude de cas : les ententes portant sur le transport du gaz naturel liquéfié

La croissance importante de l'extraction des hydrocarbures au Canada, notamment dans les sables bitumineux albertains, mais aussi dans le Nord-Est de la Colombie-Britannique, a considérablement accru les pressions sur les terres ancestrales des autochtones de la province, notamment en raison des nombreux projets d'oléoducs et de gazoducs visant à faciliter l'exportation des hydrocarbures canadiens vers les marchés asiatiques. Le gouvernement de la Colombie-Britannique a émis un certain nombre de conditions afin d'autoriser ces lignes de transports – notamment leur acceptabilité sociale et le respect des obligations de la Couronne envers les peuples autochtones.³⁶

C'est dans cette optique que le gouvernement de la Colombie-Britannique a récemment développé un

³⁵ Voir <http://www2.gov.bc.ca/gov/content/governments/aboriginal-people/new-relationship-trust>

³⁶ Voir à ce sujet : <http://www.theglobeandmail.com/news/british-columbia/bc-and-alberta-now-agree-these-conditions-must-be-met-for-pipelines-to-go-ahead/article15273829/>

nouveau type d'ententes visant à faciliter l'obtention du consentement des peuples autochtones concernés au passage de gazoducs relevant de ses compétences. Ces ententes illustrent bien l'approche partenariale privilégiée par le gouvernement, mais aussi ses limites lorsque ce partenariat se limite aux dimensions économiques. Les *Natural Gas Pipeline Benefits Agreements* sont basés sur le même modèle que les ententes dans le domaine minier. L'objectif est de faciliter la mise en valeur des ressources malgré l'incertitude juridique créée par les revendications territoriales des peuples autochtones. Il s'agit donc de minimiser les risques de judicialisation des conflits en s'assurant du soutien des communautés, mais aussi de leur permettre de bénéficier des projets en attendant le règlement définitif de leurs revendications.

Ces ententes sur le partage des bénéfices, et non uniquement des redevances, des gazoducs adoptent un modèle assez semblable. Il s'agit tout d'abord de reconnaître l'existence de revendications territoriales et, le cas échéant, de désaccords sur la nature, la portée et la valeur en droit de celles-ci. Les ententes sont donc « sans préjudice » à l'égard des positions respectives des parties sur la question du titre ancestral. Le gouvernement s'engage à respecter ses obligations en matière de consultation et offre un montant de dédommagement forfaitaire en plus d'un montant annuel calculé au prorata des montants alloués à l'ensemble des communautés autochtones ayant signé une entente similaire, et ce, en fonction des redevances versées par les exploitants à la province. En échange, la nation ou la communauté signataire s'engage à ne pas contester la légalité des projets advenant leur autorisation dans le cadre des processus règlementaires. À titre d'exemple, la nation Gitxaala s'est entendue avec le gouvernement pour un montant forfaitaire de 1 540 000\$ en plus de paiements annuels issus d'un fonds commun annuel de 10 millions de dollars à répartir entre les signataires d'ententes similaires liées au projet de gazoduc *Prince Rupert* de la compagnie Transcanada Pipelines.³⁷

Selon les informations disponibles, le gouvernement provincial aurait jusqu'à présent conclu 54 *Pipeline Benefits Agreements*, et ce avec 27 Premières nations. Ces ententes sont un excellent exemple de mécanismes permettant la mise en place de partenariats faisant des autochtones des acteurs du développement de leurs terres ancestrales.

Plusieurs de ces ententes demeurent cependant confidentielles à la demande des signataires autochtones qui négocient également des compensations financières avec les promoteurs des divers projets.³⁸ Ces ententes privées sont d'ailleurs encouragées par le gouvernement de la province qui les considère complémentaires aux ententes sur le partage des redevances.

La construction d'infrastructures de transport des hydrocarbures demeure néanmoins controversée et plusieurs nations autochtones refusent de signer de telles ententes compensatoires en raison de la légitimité qu'elles confèrent aux projets avant même que ne soient complétées les études d'impacts. Plusieurs acceptent également de négocier des ententes compensatoires, mais souhaitent en suspendre l'application jusqu'à ce qu'un processus d'évaluation jugé adéquat permette d'avoir certaines garanties sur le plan de l'impact environnemental et social des projets. L'absence de protocole ou d'entente plus précise concernant les mécanismes de consultation et d'approbation des projets peut donc faire dérailler ceux-ci malgré une entente sur le partage des bénéfices et/ou des

³⁷ L'entente est disponible à : http://www2.gov.bc.ca/assets/gov/business/natural-resource-industries/consulting-with-first-nations/agreements/gitxaala_pba_prgt_-_jan_19_2015.pdf

³⁸ La liste des ententes publiques est disponible ici: <http://www2.gov.bc.ca/gov/content/industry/managing-our-natural-resources/consulting-with-first-nations/first-nations-negotiations/natural-gas-pipeline-benefits-agreements>

redevances. L'exemple du processus de négociation avec la Première nation Lax Kw'alaams dans le cadre du projet *Pacific Northwest LNG* est instructif en ce sens.

Un consortium dirigé par la multinationale Petronas souhaite construire sur l'île de Lelu dans la région de Prince Rupert un terminal en vue d'exporter le gaz naturel liquéfié du Nord-Est de la Colombie-Britannique vers les marchés asiatiques. Ce projet, dont le coût est estimé à 11,4 milliards de dollars, devrait générer 650 emplois permanents dans la région une fois la construction complétée. L'île de Lelu se trouve au cœur d'un territoire revendiqué par les Lax Kw'alaams. En parallèle avec les processus provincial et fédéral de consultation et d'évaluation des impacts du projet, le consortium privé et le gouvernement de la Colombie-Britannique négocient avec les représentants de la communauté une série d'ententes prévoyant des compensations et un partage des redevances sous diverses formes pour un total de 1,149 milliard de dollars sur 40 ans. En échange, les Lax Kw'alaams devaient donner leur consentement au projet.

Le *BC Environment Assessment Office* (EAO) donne son aval au projet en novembre 2014, avant que ne soit complétée la négociation de l'entente. En mai 2015, les membres de la communauté Lax Kw'alaams rejettent néanmoins l'entente via référendum. Aux dires du conseil de bande, le EAO n'a pas tenu suffisamment compte de l'impact environnemental du projet sur Flora Bank, une importante zone où se nourrissent les jeunes saumons. La destruction de cet habitat aurait un impact considérable sur le mode de vie de la communauté et de celles situées en aval le long de la rivière Skeena. Selon le conseil de bande, ni le consortium ni les autorités compétentes n'ont démontré une véritable volonté de répondre aux préoccupations légitimes de la population en ce sens. Il invite donc les partenaires du projet à revenir à la table de négociation afin non pas de discuter de compensation, mais de mesures d'atténuation afin de minimiser l'impact du projet.³⁹

Rompant avec son approche partenariale, le gouvernement de la Colombie-Britannique a néanmoins décidé d'entériner le projet en juin 2015, se basant essentiellement sur les recommandations de l'EAO.⁴⁰ Dans un communiqué de presse, le conseil de bande des Lax Kw'alaams dénonce cette décision de la Colombie-Britannique, prise selon lui hâtivement et, surtout, en rupture avec les engagements de la province envers la communauté. Le conseil de bande explique que la communauté « *is open to business, to development, and to LNG (including PNW)* », mais que les conditions ne sont pas en l'espèce réunies.⁴¹ Le conseil de bande annonce par le fait même son intention de porter devant les tribunaux sa revendication concernant le titre ancestral sur l'île de Lelu. Au moment de la rédaction de ces lignes, le consortium mené par Petronas annonçait finalement son intention de retourner à la table de négociation avec les représentants de la communauté.

Cet exemple nous permet de souligner les dangers d'une approche qui s'inscrit dans une logique essentiellement juridique et économique, qui néglige la volonté des autochtones de participer de manière active au processus décisionnel d'évaluation environnementale encadrant l'autorisation des projets.

Ici, les Lax Kw'alaams ne s'opposent pas en soi au projet et souhaitent clairement en bénéficier, mais

³⁹ Voir : <http://www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/lax-kw-alaams-band-reject-1b-lng-deal-near-prince-rupert-1.3072293>

⁴⁰ Cette autorisation est cependant conditionnelle à l'approbation de l'Agence canadienne d'évaluation environnementale (ACEE), dont le rapport se fait toujours attendre en date du 30 août 2015.

⁴¹ Lax Kw'alaams Band Council, *Press Release*, 13 mai 2015. Voir : <http://laxkwaams.ca/wp-content/uploads/2015/05/Lax-Kwalaams-Press-Release-May-13-2015-2.pdf>

ils exigent aussi de participer à *la définition des critères* d'acceptabilité du projet et à *l'évaluation du projet à la lumière de ces critères* via un processus d'évaluation transparent.⁴² Peu importe sa validité au regard du droit en vigueur, la consultation effectuée dans le cadre du processus d'évaluation environnementale n'est pas légitime aux yeux de la communauté. Le projet ne satisfait donc pas aux critères d'acceptabilité sociale. Une approche qui tient compte de l'ensemble des aspects de la participation autochtone aurait sans doute ici permis d'éviter, ou à tout le moins de limiter, le conflit. Les ententes de partenariat économiques, bien qu'importantes, ne suffisent pas. Celles-ci doivent être négociées de manière complémentaire au processus de consultation et d'évaluation environnementale, afin de permettre une véritable participation des autochtones à l'ensemble du processus et non seulement au partage des bénéfices liés à la mise en valeur des ressources.

L'Alberta

Alors que la Colombie-Britannique a développé un modèle reposant sur une relation constante, substantielle et multiforme avec les peuples autochtones, l'approche albertaine s'inscrit au contraire dans une logique d'effacement et de laisser-faire. Il est à noter cependant que les politiques de l'Alberta en matière de relations avec les peuples autochtones font présentement l'objet d'une importante révision à la suite de l'élection d'un gouvernement néo-démocrate au mois de mai 2015. La présente analyse ne tient pas compte de ces possibles changements.

L'Alberta laisse aux promoteurs des projets le soin de développer des relations directes plus substantielles avec les communautés autochtones, y compris au plan financier. Si l'Alberta reconnaît son obligation de consulter, elle délègue largement cette responsabilité aux promoteurs. La province refuse également toute forme de compensation financière ou de partage des revenus publics liés à l'extraction des ressources naturelles. Elle encourage toutefois les promoteurs à négocier des ententes partenariales de nature économique avec les communautés autochtones, y compris des ERA.

Cette approche est d'abord formalisée dans une politique adoptée en 2000 sous le gouvernement de Ralph Klein (*Strengthening Relationships: The Government of Alberta's Aboriginal Policy Framework*). La politique reconnaît le rôle du gouvernement albertain afin de favoriser le bien-être des communautés autochtones, mais favorise pour ce faire des mesures d'intégration à l'économie provinciale via des initiatives privées et l'entrepreneuriat individuel. Le rôle du gouvernement se situe donc d'abord au niveau du soutien à de telles initiatives.

Cette approche minimaliste comporte certains avantages. Elle minimise notamment les attentes face à l'État et à son rôle. Elle limite aussi les coûts de la relation pour le trésor public puisqu'il n'y a pas de programmes ou de politiques opérant sur une logique compensatoire. Plus important encore, cette approche force les acteurs industriels à entrer en relation plus directe avec les communautés autochtones afin de développer des relations stables, continues et surtout constructives. De cette relation plus soutenue découlent également certains avantages pour les autochtones, notamment en matière d'employabilité et de participation à l'économie liée aux projets extractifs.

Le modèle albertain comporte aussi certains désavantages cependant. S'il favorise de saines relations entre l'industrie et les autochtones, ce modèle ne favorise pas nécessairement le même type de relations entre ces derniers et l'État. Une approche minimaliste à la reconnaissance et à la mise en

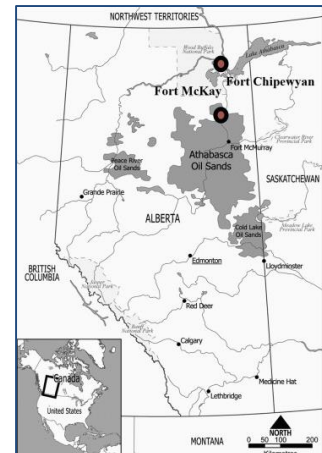
⁴² Voir <http://laxkwalaams.ca/wp-content/uploads/2015/05/Lax-Kwalaams-Press-Release-May-13-2015-2.pdf>

œuvre des droits autochtones et des obligations qui en découlent tend à faire augmenter les risques de conflits juridiques et politiques avec les peuples autochtones.⁴³ Ajoutons que ce modèle tend à valoriser une conception plus strictement économique de la mise en valeur du territoire et de la participation autochtone à celle-ci.

Ce modèle peut aussi contribuer à créer de grandes disparités d'une communauté à l'autre, ou même d'un individu à l'autre, sur le plan de l'impact du développement des hydrocarbures. Alors qu'une communauté peut bénéficier d'une relation d'affaires avec un promoteur pour améliorer sa situation, une autre ne bénéficiant pas d'une telle relation voit non seulement l'impact du développement affecter sa qualité de vie et celle de l'environnement, mais elle n'en retire que très peu d'avantages au niveau économique.

Contexte

Il est important de situer cette approche dans son contexte. L'Alberta possède la troisième réserve de pétrole brut en importance dans le monde, la majorité venant des sables bitumineux du nord-est de la province. En 2013, l'extraction d'hydrocarbures dans les sables bitumineux générait 1,9 million de barils par jour et, pour la Province, des redevances de 3,56 milliards de dollars.⁴⁴ Plus de 23 000 autochtones vivent dans les régions à haute intensité extractive des sables bitumineux. Le plus important dépôt de sables bitumineux, dans le bassin de l'Athabasca, est couvert par un traité historique, le Traité 8. Selon la position officielle de la province, ce traité règle la question des droits autochtones sur le territoire, notamment en ce qui concerne les ressources souterraines. Cette position est contestée par les organisations autochtones, mais jusqu'à présent sans succès. Il est à noter que les huit communautés métisses de la région ne sont pas parties au traité.



L'expansion rapide de l'économie pétrolière dans la région est une importante source d'emploi et d'activités économiques au sein de plusieurs communautés. Même en l'absence d'ERA, les besoins de l'industrie ont fait que certaines communautés sont devenues des partenaires de l'industrie extractive via des entreprises autochtones indépendantes ou en *joint venture*. Selon Ressources naturelles Canada, plus de 1 700 autochtones étaient directement employés par l'industrie pétrolière dans les sables bitumineux en 2010, en plus de nombreux emplois indirects. Entre 2002 et 2012, des entreprises autochtones ont obtenu pour plus de 5 milliards de dollars en contrats liés à l'extraction pétrolière dans la région (RNCAN, 2013).

Cette activité économique génère cependant aussi son lot de controverses au sein des communautés autochtones. Le nord de l'Alberta est l'une des régions au pays où les disparités de revenus entre les populations autochtone et non autochtone sont les plus élevées (Armstrong 2006). Les répercussions environnementales du développement intensif sont également importantes et affectent de manière significative le mode de vie des communautés (Labour et coll. 2012). D'aucuns affirment que les droits issus du Traité 8 sont également compromis, notamment en matière de libre accès au territoire pour

⁴³ Voir Canadian Press, "Alberta oil sands facing aboriginal legal onslaught in 2014," <http://www.cbc.ca/news/politics/alberta-oilsands-facing-aboriginal-legal-onslaught-in-2014-1.2481825>

⁴⁴ Ces données proviennent du Gouvernement de l'Alberta: www.oilsands.alberta.ca. Elles ne tiennent pas compte du récent déclin de la valeur du brut albertain et de ses conséquences sur les revenus de la province en 2014 et 2015.

les fins de poursuite des activités traditionnelles. Les impacts sociaux et en matière de santé sont également importants selon plusieurs analyses (Tenenbaum 2009).

La consultation

L'Alberta adopte une première politique en matière de consultation en 2005. Cette politique reprend essentiellement les grands principes développés par la Cour suprême dans *Haida* discutés précédemment, tout en mettant l'accent sur la délégation aux promoteurs des aspects procéduraux de la consultation. Cette délégation s'inscrit dans la philosophie non interventionniste de la province. Selon la politique de 2005 : *“Alberta recognizes that many First Nations and Project Proponents have longstanding and established relationships that are mutually satisfactory. It is Alberta’s intention to foster and respect these relationships throughout consultation processes.”* (Alberta 2005).

La politique distingue en ce sens les consultations portant sur un projet spécifique et les consultations d'ordre stratégique ou visant à favoriser le développement de relations harmonieuses. Dans le premier cas, le rôle des autorités gouvernementales compétentes se limite à évaluer l'adéquation du processus de consultation mené par le promoteur avec les obligations de la Couronne en la matière. En ce qui a trait à la planification stratégique, la province accepte de consulter directement. Nous discuterons plus en détail du processus de consultation effectué dans le cadre de la préparation du plan stratégique d'aménagement du territoire dans le bassin de la rivière Athabaska.

La portée de l'obligation de consulter est également définie de manière plus restrictive qu'en Colombie-Britannique. L'Alberta énumère de façon précise le type d'activités couvertes par l'obligation de consulter, soit la réglementation, les politiques, les plans stratégiques d'aménagement du territoire et les décisions qui touchent spécifiquement la gestion des terres, des ressources naturelles renouvelables et non renouvelables, de l'air, de la forêt, de la flore et de la faune, et ce, uniquement sur les terres de la Couronne. La politique albertaine exclut donc le processus législatif, mais aussi toutes décisions ne portant pas sur les domaines énumérés ainsi que celles touchant les terres privées. Autre restriction importante, l'Alberta refuse explicitement de consulter sur l'attribution des droits miniers (claims), y compris dans le contexte de l'exploitation des hydrocarbures.⁴⁵

De plus, l'Alberta ne reconnaissant pas de droits ancestraux autres que ceux reconnus dans les traités historiques, seuls ces derniers sont pris en considération lors des consultations. La politique ajoute que la province considère également les « autres pratiques ancestrales » lors des consultations, bien que celles-ci ne fassent pas l'objet de protection spécifique. Des lignes directrices émises en 2007 viennent également préciser la portée de l'obligation de la Couronne, notamment en ajoutant que si la recherche d'une entente est souhaitable, le gouvernement n'exige pas que le promoteur obtienne le consentement des autochtones concernés. Il est également à noter que la politique ne reconnaît pas d'obligation de consulter les Métis.⁴⁶

La politique de 2005, adoptée sans processus de consultation auprès des autochtones, sera l'objet de nombreuses critiques. Elle sera remplacée par une nouvelle politique en 2013 à la suite d'un processus de consultation fondée sur un document préliminaire de 3 pages. La nouvelle politique reprend en grande partie les orientations de la première, tout en ajoutant certaines mesures importantes. Le

⁴⁵ Cette position est en apparence en contradiction avec la décision de la Cour d'appel du Yukon dans *Ross River Dena Council c. Government of Yukon*, [2013] 2 CNLR 355 (la Cour suprême a refusé d'entendre l'appel).

⁴⁶ Les Métis n'ont pas signé de traités et l'Alberta ne reconnaît pas leurs revendications territoriales au sens de l'article 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

gouvernement crée un bureau central de la consultation autochtone, l'*Aboriginal Consultation Office (ACO)* afin de centraliser le processus décisionnel entourant la consultation. Ce bureau sera directement responsable des consultations stratégiques, notamment en ce qui a trait à l'aménagement du territoire dans le bassin de l'Athabasca, où se trouvent les plus importants dépôts de sables bitumineux. L'organisme est également dorénavant responsable d'évaluer la conformité des processus de consultation lorsque ceux-ci sont délégués aux promoteurs. Il doit par la suite transmettre cette information aux décideurs publics.

Si cette centralisation permet une meilleure coordination de l'effort de consultation, elle limite considérablement la responsabilité en ce sens des organismes chargés de régler les activités de mise en valeur des ressources, notamment en matière énergétique. En vertu du *Responsible Energy Development Act* de 2013, l'*Alberta Energy Regulator* est par exemple explicitement déchargé de la responsabilité d'évaluer l'adéquation des consultations autochtones, une responsabilité qui incombe dorénavant exclusivement à l'ACO. Cela a pour effet indirect de limiter la prise en considération des droits autochtones dans le cadre des processus d'évaluation environnementale et des études d'impacts qui guident la prise de décision concernant l'autorisation des projets.⁴⁷

La politique de 2013 précise également les critères devant guider la prise de décision concernant l'intensité de la consultation requise à partir d'une matrice inspirée des critères définis par la Cour suprême. Un échéancier plus précis et plus strict est aussi défini afin de simplifier et accélérer le processus de consultation. Le gouvernement albertain innove enfin en créant un fonds permettant de soutenir les communautés autochtones dans le processus de consultation à partir d'une nouvelle tarification des promoteurs pour les demandes de permis. La création de ce fonds, géré par l'ACO, est prévue dans le *Aboriginal Consultation Levy Act* de 2013.

La politique de 2013 donne un rôle plus actif au gouvernement, via l'ACO. Ceci dit, les fondements de la politique demeurent inchangés. Le gouvernement joue d'abord un rôle de surveillance et d'évaluation externe dans le cadre de processus qui, pour la plupart, demeurent largement le fruit d'une dynamique bilatérale entre communautés autochtones et promoteurs. Cette approche a pour effet de considérablement réduire, en pratique, la distinction entre la consultation et la négociation d'ERA ou d'autres formes d'ententes privées de nature économique.

Dans une analyse détaillée de la politique albertaine de 2013, Laidlaw et Passelac-Ross (2014) soulignent également un certain nombre d'enjeux pertinents à la présente réflexion :

- La politique a été développée rapidement, sans véritablement tenir compte des préoccupations autochtones exprimées lors de la consultation préalable.
- Peu de détails sur le rôle des autochtones concernant la planification stratégique portant sur l'aménagement du territoire.
- Peu d'attention aux impacts cumulatifs des décisions et des projets.
- Une dépendance trop grande envers les promoteurs, notamment en ce qui a trait à l'information nécessaire au déroulement des consultations, au déroulement de celles-ci et en matière d'accommodement et d'atténuation des impacts.
- Des échéanciers irréalistes pour produire la documentation nécessaire aux consultations.

⁴⁷ Voir à ce sujet Nigel Banks, "Bill 2: The Responsible Energy Development Act and the Duty to Consult," University of Calgary. <http://ablawg.ca/2012/11/19/bill-2-the-responsible-energy-development-act-and-the-duty-to-consult/>.

- Des risques importants de conflit d'intérêts lorsque la consultation et l'évaluation de sa conformité sont simultanément effectuées par le même organisme (ACO), sans possibilité de recours administratif, ce qui augmente le risque de judiciarisation des litiges.

Le partage des bénéfices

Contrairement à la Colombie-Britannique, l'Alberta rejette le principe du partage des redevances publiques issues de l'extraction des ressources naturelles sur les terres de la Couronne. En 2013, le ministre albertain responsable des relations avec les peuples autochtones, Robin Campbell, déclarait que malgré les pressions en ce sens, sa province n'était pas prête à considérer une forme de partage des redevances pétrolières. Pour le ministre, les droits ancestraux des peuples autochtones ont été éteints par les traités historiques. Ces derniers prévoyant des compensations pour les signataires, « it would make no sense for Albertans to pay a second time ». Le ministre ajoutait que « First Nations in Alberta benefit from the revenue that comes from the province's resources the same way other Albertans do. We're all equal in Alberta ».⁴⁸

L'absence de politique en faveur du partage des redevances ne signifie pas pour autant que les communautés autochtones ne peuvent bénéficier des revenus générés par les sables bitumineux ou d'autres projets extractifs. Ce partage est cependant limité aux relations privées qu'entretiennent les promoteurs avec les communautés. Le gouvernement de l'Alberta encourage ce type de relations et en fait même une condition préalable lors du processus d'approbation des projets dans les sables bitumineux.

La négociation d'ERA est donc une pratique répandue en Alberta. Ceci dit, le contexte juridique étant fort différent, ces ententes mettent moins l'accent sur des compensations directes que sur des bénéfices indirects, via des programmes de formation et d'accès à l'emploi ou encore le soutien à la création d'entreprises autochtones pouvant développer une expertise dans les activités connexes à l'extraction des sables bitumineux. Selon les données disponibles, Husky Energy a investi plus de 1 million de dollars en 2013 pour l'éducation et la formation de la main-d'œuvre autochtone dans le secteur des sables bitumineux. Enbridge a aussi négocié des accords pour la création de tels programmes.⁴⁹ Ce sont néanmoins les partenariats économiques directs entre l'industrie et les entreprises autochtones qui ont l'impact le plus important. Nous discuterons plus loin du cas de la communauté de Fort McKay.

Le soutien à l'entrepreneuriat et à la création d'emploi

Bien qu'il laisse à l'entreprise privée le soin de partager les bénéfices de la mise en valeur des ressources avec les communautés autochtones, le gouvernement albertain investit afin de faciliter de tels partenariats, notamment à travers des programmes de soutien à l'entrepreneuriat autochtone ainsi qu'en finançant des programmes de formation de la main-d'œuvre autochtone.

Le *First Nations Development Fund Program* soutient les initiatives communautaires en matière de création d'emploi et de développement des infrastructures. La sélection des projets est effectuée par

⁴⁸ Voir : Shari Narine Sweetgrass, « No To Resource Revenue Sharing, Says Alberta Minister », *The Windspeaker*, 13 février 2013. <http://www.ammsa.com/publications/alberta-sweetgrass/no-resource-revenue-sharing-says-alberta-government>

⁴⁹ Voir Enbridge (2013). *Aboriginal and Native American Policy*. www.enbridge.com/InYourCommunity/AboriginalCommunities/AboriginalPolicy.aspx et Husky Energy (2013). *Aboriginal Affairs*. www.huskyenergy.com/socialresponsibility/aboriginalaffairs/default.asp.

le *Department of Aboriginal Affairs* à partir de fonds tirés des profits des casinos provinciaux sur les réserves. Le fonds, d'une valeur initiale de 14 millions de dollars en 2006, atteint aujourd'hui près de 128 millions de dollars.⁵⁰

Un deuxième programme, le *First Nations Economic Partnerships Initiatives* vise plus directement à promouvoir la création de partenariats d'affaires entre entreprises autochtones et non autochtones, notamment dans le secteur pétrolier. Fruit d'une entente avec le gouvernement fédéral, le programme finance depuis 2005 des projets pour une valeur totale de 20 millions de dollars annuellement, dont le tiers provient de fonds provinciaux.⁵¹

Le gouvernement albertain est également actif en matière de formation et d'accès à l'emploi en contexte autochtone, y compris dans les réserves. Faisant face à une pénurie chronique de main-d'oeuvre qualifiée, principalement dans les régions associées à l'économie pétrolière, l'Alberta mise à partir de 2003 sur une meilleure intégration des autochtones au marché du travail (Wood 2015). Le *First Nations Training to Employment Program* (FNTEP) soutient la création de partenariats entre le secteur privé, le gouvernement et des organisations autochtones dans le but d'aider les membres des communautés autochtones à trouver un emploi stable à long terme. Le gouvernement fédéral est également partenaire de cette initiative depuis 2006.

En date du 31 décembre 2013, le FNTEP a permis de mettre en place 40 centres de formation dans les collectivités autochtones avec un taux de succès en matière de recherche d'emploi de 89%. Le programme a également permis de créer une association provinciale de professionnels et d'entrepreneurs autochtones (Aksis). Selon une étude récente, le succès de cette initiative repose largement sur la continuité et la stabilité du financement alloué au programme, mais aussi sur la relative flexibilité de ce dernier afin de favoriser les initiatives locales, notamment en matière de partenariats avec l'entreprise privée (Wood 2015).

Le gouvernement albertain a également mis en place en 2011 un comité composé de représentants de divers ministères, du gouvernement fédéral, du milieu des affaires ainsi que des principales organisations autochtones de la province afin de proposer une stratégie provinciale en matière d'employabilité pour les autochtones. Malgré l'organisation d'un certain nombre de forums économiques afin de mieux cerner les priorités, la stratégie se fait toujours attendre au moment de la rédaction de ce rapport.

Étude de cas : la participation des peuples autochtones à l'économie d'extraction des sables bitumineux

Les mécanismes de participation des autochtones à la mise en valeur des ressources en Alberta reposent sur une approche centrée sur les relations entre autochtones et promoteurs. Tel que discuté, le gouvernement de la province refuse jusqu'à nouvel ordre de négocier des ententes sur le partage des redevances. C'est donc à la fois en amont du processus, lors de la planification stratégique, et en aval, lorsqu'il s'agit de participer au développement des projets, que le rôle des autochtones est le plus important en Alberta. Afin d'illustrer cette approche et souligner ses forces et ses faiblesses, nous discutons d'abord de la participation des principales organisations autochtones concernées au

⁵⁰ Government of Alberta, "First Nations Development Fund Grant Program," <http://www.aboriginal.alberta.ca/FNDF-Grant-Program.cfm>.

⁵¹ Government of Alberta, *Aboriginal Economic Partnerships, 2009/2010*, <http://www.aboriginal.alberta.ca/documents/AEPAnnualResults2009-10.pdf>.

processus d'élaboration du plan d'aménagement de la région du *Lower Athabasca*, une région située au cœur des projets d'extraction des sables bitumineux. Le cas de la communauté de Fort McKay nous permettra ensuite d'illustrer comment les autochtones peuvent devenir des acteurs de l'économie d'extraction des sables bitumineux.

Le plan d'aménagement du Lower Athabasca

Afin de favoriser une planification à long terme et trouver un certain équilibre entre le développement économique et la protection environnementale, le gouvernement albertain lance une nouvelle initiative d'aménagement du territoire en 2006, qui aboutira à la publication du *Land-Use Framework* (LUF) en décembre 2008 (Passelac-Ross 2011). Le LUF définit un processus visant à doter sept régions de la province d'un plan d'aménagement du territoire. Le plan de la région *Lower Athabasca*, où se situent plusieurs projets d'extraction des sables bitumineux, est identifié comme prioritaire.

Le processus menant à l'adoption du *Lower Athabasca Regional Plan* (LARP) est en apparence exemplaire. Une première étape, pilotée par le *Lower Athabasca Regional Advisory Council* (RAC), vise à conseiller le gouvernement relativement au plan régional. En plus de scientifiques et de représentants de l'industrie, le RAC inclut des représentants des Premières nations signataires des Traités 6 et 8 ainsi que des Métis.⁵² À la lumière des recommandations du RAC, le gouvernement consulte ensuite les parties directement intéressées (stakeholders), puis l'ensemble des citoyens souhaitant s'exprimer sur la question. Les Premières nations et Métis sont invités à participer selon un processus distinct prévu dans le *First Nation Consultation Plan – Lower Athabasca Region* et le *Métis Engagement Plan – Lower Athabasca*. Ces deux documents sont envoyés aux Premières nations et organisations métisses de la région afin de les aviser du processus choisi. Après une première série de consultations, le gouvernement publie une ébauche du plan en avril 2011, le *Draft Lower Athabasca Integrated Regional Plan*.⁵³ Les parties intéressées et le public sont alors invités à faire des commentaires sur l'ébauche, via des portes ouvertes, des *workshops* et des rencontres, notamment dans les communautés autochtones. Le gouvernement publie le plan final en août 2011. Celui-ci sera approuvé par l'Assemblée législative en août 2012.⁵⁴

Au total, 107 rencontres avec les Premières nations et les organisations métisses ont été organisées, dont 21 Premières nations et neuf organisations métisses. Ils ont fait appel à une firme de consultants pour noter le contenu de chaque séance. Ces notes sont distribuées aux participants afin de s'assurer de leur exactitude. Certaines Premières nations et organisations métisses ont également fait connaître leurs points de vue par écrit à différentes étapes du processus. Un document résumant la compréhension du gouvernement provincial des commentaires des Premières nations et des Métis est envoyé à ces derniers après chacune des phases de consultation.⁵⁵

Malgré tout, le processus d'adoption du plan fait l'objet de nombreuses critiques. Une analyse faite par le *Canadian Institute of Resources Law* note un manque de transparence dans l'ensemble du processus de participation ayant mené au LARP; il souligne le peu d'influence que semblent avoir eu les consultations publiques, y compris celles auprès des communautés autochtones, sur la version

⁵² Government of Alberta, *Response to Aboriginal Consultation, Lower Athabasca Regional Plan*, juin 2013, p.3.

⁵³ Environment and Parks Alberta. 2012. Lower Athabasca Regional Planning, <https://landuse.alberta.ca/RegionalPlans/LowerAthabascaRegion/LARPPlanning/Pages/default.aspx>

⁵⁴ Environment and Parks Alberta. 2012. Lower Athabasca Regional Planning, <https://landuse.alberta.ca/RegionalPlans/LowerAthabascaRegion/LARPPlanning/Pages/default.aspx>

⁵⁵ Government of Alberta, *Response to Aboriginal Consultation, Lower Athabasca Regional Plan*, juin 2013, p.3-4

finale du plan (Passelac-Ross, 2011). Les Chefs du Traité 8 sont également profondément insatisfaits du processus :

Many First Nations dedicated significant time and resources to provide Alberta with input on the LARP. Nonetheless, Alberta largely ignored that input, approved the plan, then proceeded to produce a “response” to First Nations’ concerns and input. Further, despite the objections of the affected First Nations early in the process, Alberta simply imposed a consultation approach. This was done despite the fact that certain First Nations actually provided their suggestions on how consultation ought to occur and on what issues needed to be addressed during the development of the Land Use Framework. This sort of approach to consultation does not further reconciliation. Rather, it furthers the distrust and cynicism of the First Nations (tiré de Laidlaw et Passelac-Ross, 2014).

Les Chefs du Traité 9 estiment également que le LARP devrait reconnaître de façon explicite la protection légale des droits ancestraux et issus de traités ainsi que l’obligation de consulter. Les autochtones avancent que ces droits devraient leur conférer un statut plus important et une influence plus grande que les autres parties prenantes dans la gestion de leurs terres ancestrales. Ceux-ci cherchaient en fait à établir une forme de cogestion en matière d’aménagement du territoire, à la lumière de ce qui existe dans les Territoires du Nord-Ouest et dans certaines régions couvertes par un traité moderne.⁵⁶

Au-delà des enjeux liés au processus, plusieurs Premières nations critiquent également le contenu du plan qui, selon elles, ne reflète pas leurs préoccupations : le plan ne respecte pas les droits ancestraux et issus de traités, il ne satisfait pas les attentes minimales relativement à la protection de l’air, de l’eau et de la terre, il ne se préoccupe pas de la santé et de la conservation des écosystèmes locaux, il favorise indûment l’industrie des sables bitumineux en favorisant un développement quasi illimité, etc.⁵⁷ À la lumière du plan, Allan Adam, le Chef des Athabasca Chipewyan, estime que les Premières nations sont prêtes à s’opposer au développement dans la région et à envisager toutes les possibilités légales contre la mise en œuvre du LARP afin que leurs droits et l’environnement soient protégés. Certaines compagnies pétrolières soulèvent également des critiques face à un processus qui exacerbe les conflits plutôt que de les atténuer.⁵⁸

Le processus d’adoption du *Lower Athabaska Regional Plan* fut donc un échec sur le plan des relations avec les peuples autochtones. Malgré les nombreuses consultations, les Premières nations concernées n’acceptent pas la légitimité du plan d’aménagement.

À la lumière des nombreuses critiques émises, nous pouvons conclure que deux éléments essentiels manquent en l’espèce. D’une part, les communautés autochtones se sont fait imposer un modèle de consultation alors qu’elles avaient exprimé dès le départ leur volonté de définir conjointement les mécanismes. Nous avons vu que la négociation de protocoles de consultation est un moyen d’assurer la légitimité des processus de consultation. Ensuite, les organisations et communautés autochtones ayant malgré tout participé au processus ont l’impression que leurs préoccupations ne sont pas reflétées dans la version finale du plan. Au-delà des aspects environnementaux et économiques qui

⁵⁶ Voir: Government of Alberta, *Response to Aboriginal Consultation, Lower Athabaska Regional Plan*, juin 2013, p.5

⁵⁷ Bell, Sawn. “First Nations oppose Athabasca regional land plan », *Northern Journal*, 12 avril 2011. <http://sri.ca/first-nations-oppose-athabasca-regional-land-plan-p5970-207.htm>

⁵⁸ Frank, Andrew, “Chiefs tell Alberta Government: “Fix Lower Athabasca Regional Plan.” *Northern Journal*, 6 juin 2011, <http://andrewfrank.com/chiefs-tell-alberta-government-fix-lower-athabasca-regional-plan/>

font l'objet d'un désaccord, les aspects sociaux n'ont pas été pris en compte. Pourtant, il aurait été possible d'inclure les préoccupations autochtones via un rappel de l'importance des droits issus des traités et des obligations de la Couronne en matière de consultation, ou encore via la création d'un organisme paritaire de suivi du plan.

La Première nation de Fort McKay, un acteur économique au cœur des sables bitumineux

Si les Premières nations aux premières loges de l'économie extractive des sables bitumineux critiquent l'approche de la province en matière de consultation et de participation au processus de planification du développement de la région, plusieurs sont néanmoins actives au sein de cette industrie. La communauté de Fort McKay fait ici figure d'exemple.

Suncor et Syncrude, deux compagnies cherchant à exploiter le potentiel des sables bitumineux, s'installent à proximité de Fort McKay dans les années 1960. Durant des années, la communauté tente de résister au développement d'une industrie pétrolière dans la région (un barrage routier est d'ailleurs érigé en 1983). Après des années d'opposition aux divers projets, le conseil de bande de la communauté en vient à la conclusion qu'il vaut mieux tirer profit de la présence de l'industrie plutôt que de s'y opposer. Comme plusieurs communautés autochtones de la région, Fort McKay souffre d'un taux de chômage élevé alors que l'industrie pétrolière est constamment en manque de main-d'œuvre. À l'aide du soutien du gouvernement albertain, le *Fort McKay Industry Relations Corporation* est créé en 1986 dans le but d'améliorer les relations entre la communauté et l'industrie.⁵⁹ L'objectif est alors de favoriser la création d'emploi au sein de la communauté.

Le modèle adopté diffère cependant des approches plus traditionnelles à la création d'emploi qui favorisent l'intégration des travailleurs autochtones aux diverses entreprises de services non-autochtones œuvrant dans le secteur. La *Fort McKay Industry Relations Corporation* sert plutôt d'incubateur afin de favoriser le développement d'entreprises autochtones qui bénéficient, grâce aux ententes de partenariats, d'un système préférentiel d'attribution des contrats en sous-traitance avec les entreprises exploitant les sables bitumineux.

Aujourd'hui, Fort McKay est régulièrement cité en exemple dans les « *success stories* » de développement économique autochtone. La communauté génère 150 millions de dollars en revenu annuel, issu principalement de la *Fort McKay Group of Companies* (FMGOC) ainsi que de diverses ententes à long terme avec les compagnies pétrolières œuvrant dans la région.⁶⁰ FMGOC est détenue entièrement par la corporation du conseil de bande de Fort McKay. Le *holding* emploie plus de 1000 travailleurs dans la région, dont 20% sont autochtones.⁶¹ La Première nation de Fort McKay est également propriétaire à 51% ou plus de neuf coentreprises fournissant des services à l'industrie des sables bitumineux.⁶²

Fort McKay bénéficie d'un contexte particulier. La communauté se trouve à proximité des principaux sites d'extraction des sables bitumineux, une industrie en forte croissance au cours des vingt dernières

⁵⁹ Morin, Brandi, « Fort McKay a First Nation that survived the past and is looking towards the future, part 1 », *APTN National News*, 22 juin 2015.

⁶⁰ Morin, Brandi, « Benefits of oil boom for northern First Nation outweigh the losses caused by industrial development for now », *APTN National News*, 23 juin 2015.

⁶¹ Fort McKay Group of Companies, *History*, <http://fortmckaygroup.ca/about-us/company-history> (en date du 8 août 2015).

⁶² Hussain, Yadullah, « Well-entrenched in oil sands, Fort McKay First Nation eyes even deeper ties », *Financial Post*, 13 mars 2014. <http://business.financialpost.com/news/energy/fort-mckay-oil-sands>

années. Les besoins en matière de main-d'œuvre et de services spécialisés dans la région n'ont pas d'équivalent ailleurs au pays. Ceci dit, la communauté a aussi bénéficié d'un soutien du gouvernement albertain, notamment en matière de formation et d'accès au capital de départ afin de mettre sur pied les nombreuses entreprises qui forment aujourd'hui le *Fort McKay Group of Companies*. La création de partenariats avec le secteur privé fut aussi facilitée par l'approche albertaine qui encourage les relations directes et plus soutenues entre les industries extractives et les communautés autochtones.

Le modèle de développement économique de Fort McKay ne fait pas l'unanimité. D'autres communautés autochtones situées à proximité continuent à s'opposer à l'économie extractive et se trouvent régulièrement en conflit avec les intérêts économiques du FMGOC. Plusieurs résidents de la communauté sont également critiques du modèle de développement adopté. Certains considèrent l'industrie directement responsable de la détérioration de la terre et des eaux de surface, ainsi que du mode de vie de la communauté.⁶³ Plusieurs déplorent également les transformations sociales découlant de ce mode de développement économique, notamment en ce qui a trait au consumérisme et à l'apparition d'une forte différenciation en matière de revenus au sein de la communauté. Si la communauté est prospère au plan économique, les problèmes d'abus de substances et de violence familiale demeurent également importants. À cela s'ajoutent des enjeux en matière de santé publique que de nombreux observateurs attribuent à la proximité de l'industrie pétrolière.⁶⁴

Le Chef Jim Boucher estime que le choix de participer au développement des sables bitumineux n'a pas été facile et que les conséquences au niveau culturel sont non négligeables, mais selon lui, «our people need to be employed, need hope and need opportunities and here is an opportunity for us to get on board».⁶⁵ Pour Dayle Hyde, la présidente du conseil d'administration de FMGOC, «in Fort McKay, we are kind of stuck between a rock and a hard place. [...] If we had refused to participate in the oilsands, we would have become an island in the midst of development. We would not be much farther ahead than we were in the 1980s».⁶⁶ Selon cette dernière, la proximité avec les compagnies pétrolières permet aussi de maintenir un certain contrôle sur la nature des projets pouvant affecter la communauté. Le conseil de bande est parvenu à faire modifier les plans de nombreux projets afin de limiter l'impact sur l'environnement immédiat de la communauté.

Il est possible d'affirmer que Fort McKay n'avait guère le choix d'adopter un tel modèle de développement étant donné les forces économiques en présence. Ceci dit, cet exemple illustre la capacité des communautés autochtones à tirer leur épingle du jeu économique lorsque celles-ci s'appuient sur un modèle de concertation avec l'industrie et les gouvernements.

⁶³ Morin, Brandi. "It's very very sad, Fort McKay elders talk about life before the tar sands » ATPN National News, 24 juin 2015. <http://aptn.ca/news/2015/06/24/sad-fort-mckay-elders-talk-life-tar-sands/>

⁶⁴ Waller, Lori Theresa. "We can no longer be sacrificed", *Briarpatch*, vol.37, no.4, juin 2008; Morin, Brandi. « Benefits of oil boom for northern First Nation outweigh the losses caused by industrial development for now », *APTN National News*, 23 juin 2015.

⁶⁵ Hussain, Yadullah, "Well-entrenched in oil sands, Fort McKay First Nation eyes even deeper ties », *Financial Post*, 13 mars 2014. <http://business.financialpost.com/news/energy/fort-mckay-oil-sands>

⁶⁶ Marty Klinkenberg. «The Oilsands: First Nations struggle to save traditions while profiting from boom », *Edmonton Journal*, December 15, 2013. <https://warriorpublications.wordpress.com/2013/12/16/the-oilsands-first-nations-struggle-to-save-traditions-while-profiting-from-boom/>

Conclusion : vers un véritable partenariat

La participation des peuples autochtones à la mise en valeur des ressources naturelles est devenue une réalité incontournable au Canada. Les avancées sur le plan de la reconnaissance des droits de ces derniers, notamment en ce qui a trait à l'obligation de consulter et, dans certains cas, d'obtenir le consentement préalable, libre et éclairé y sont pour beaucoup. L'évolution des attentes face à l'industrie en matière d'éthique et d'acceptabilité sociale ne doit pas non plus être sous-estimée. Enfin, face au peu de progrès au plan de la qualité de vie et du bien-être des communautés, les autochtones cherchent de plus en plus à participer directement à la mise en valeur de leurs terres ancestrales et à en partager les bénéfices.

Cette nouvelle donne juridique, éthique, sociale et économique entraîne de profonds changements dans les façons de faire. Promoteurs et gouvernements doivent s'ajuster, faute de quoi le prix à payer au plan de l'incertitude juridique, mais aussi financière, risque fort d'être très élevé. Les exemples abondent de projets controversés qui périssent face à l'opposition autochtone malgré les intérêts économiques en jeu. On peut penser au projet d'oléoduc Northern Gateway dans l'ouest du pays ou encore aux projets miniers du « cercle de feu » (Ring of Fire) dans le nord de l'Ontario. Les promoteurs de ces projets ont en commun d'avoir au départ sous-estimé les enjeux de la participation autochtone. Si les promoteurs et les gouvernements en cause tentent aujourd'hui de recoller les pots cassés en négociant des ententes sur le partage des bénéfices et des redevances avec les communautés affectées, d'aucuns affirment que c'est trop peu trop tard. Le lien de confiance est rompu et il sera difficile à rebâtir.

Il y a d'importantes leçons à tirer de ces situations conflictuelles. Il n'y a pourtant pas que des échecs. En Colombie-Britannique, malgré de nombreux conflits, des progrès remarquables ont été accomplis afin de construire des ponts entre le gouvernement, les promoteurs et les peuples autochtones. Les multiples ententes de coopération signées depuis quelques années dans cette province transforment peu à peu une relation conflictuelle en véritable partenariat pour le développement. Si les répercussions de l'extraction des sables bitumineux au plan environnemental et social nous forcent à demeurer sceptiques face à la stratégie industrielle albertaine, certaines communautés autochtones, comme Fort McKay, ont bénéficié des partenariats conclus avec l'industrie. Ceci dit, l'exemple de Fort McKay nous rappelle également que le choix d'accepter et de participer à l'économie extractive n'est pas sans conséquences pour les communautés autochtones. Il s'agit d'une décision qui mérite d'être prise dans le cadre d'un processus démocratique transparent plutôt que dans le cadre de négociations fermées avec les gouvernements et les entreprises.

Nous avons souligné dans cette étude l'apport de quatre mécanismes de participation des autochtones à la mise en valeur des ressources : la consultation, la négociation d'ERA et d'autres formes d'ententes privées, le partage des redevances et le soutien à l'emploi et à l'entrepreneuriat autochtone. Ces mécanismes sont en théorie complémentaires puisqu'ils obéissent à une logique différente et mobilisent les acteurs de manière différente. Ils partagent cependant une seule et même finalité : réconcilier les droits des uns et les intérêts des autres afin de limiter les conflits et favoriser la mise en valeur du territoire et des ressources.

Si la consultation est le plus institutionnalisé des mécanismes, c'est aussi, du moins dans sa forme actuelle, le plus limité en matière de participation directe à la mise en valeur des ressources. Tant en Colombie-Britannique qu'en Alberta, notre analyse permet de souligner plusieurs faiblesses des processus consultatifs. Deux aspects ressortent particulièrement : 1) la tendance à établir de manière unilatérale les « règles du jeu » de la consultation (le processus); 2) la présence de profonds désaccords quant aux finalités de la consultation.

Alors que les gouvernements abordent souvent la consultation comme une obligation strictement procédurale, les autochtones la conçoivent plutôt comme un mécanisme leur permettant d'exercer un droit de regard sur la nature des projets de mise en valeur des ressources. Ils cherchent à exercer un pouvoir décisionnel que les gouvernements sont rarement prêts à leur reconnaître. Bien que ces perspectives soient difficiles à réconcilier, les gouvernements auraient avantage à revaloriser la consultation en plaçant en son centre les principes du CPLE et l'acceptabilité sociale plutôt que de s'en tenir à une vision strictement légale et procédurale.

La négociation d'ententes privées sur les répercussions et avantages a connu quant à elle une croissance importante au cours de la dernière décennie. Ce mécanisme en théorie complémentaire à la consultation peut aussi *de facto* la remplacer lorsque cette dernière repose de manière prononcée sur les promoteurs. Un tel mélange des genres n'est pas toujours profitable puisqu'une logique d'abord économique tend alors à dominer les échanges. Les ERA visent à assurer la stabilité juridique et politique autour d'un projet en obtenant, en échange de bénéfices tangibles, le consentement des communautés concernées. L'obtention de ce consentement avant que ne soit complété le processus de consultation visant à évaluer les impacts possibles du projet soulève de nombreux enjeux au plan éthique. Sans sous-estimer l'importance des ERA, les gouvernements auraient avantage à mieux clarifier les règles entourant la négociation de ces ententes.

Le partage des redevances s'inscrit dans une logique similaire aux ERA : il s'agit de compenser les autochtones, d'une part pour une atteinte à leurs droits et d'autre part pour les impacts sociaux et environnementaux liés au projet. L'acteur principal est cependant ici le gouvernement et la logique compensatoire opère à partir de fonds publics. Le partage des redevances ne fait d'ailleurs pas l'unanimité, comme en témoigne l'exemple albertain. Ceci dit, une telle pratique semble de plus en plus un passage obligé afin de s'assurer d'une collaboration des communautés autochtones. Il existe plusieurs modalités afin de partager les redevances et le choix d'une méthode doit tenir compte du contexte et des répercussions de ces transferts directs. Le conflit avec la Première nation Lax Kw'alaams en Colombie-Britannique nous rappelle également que le partage des redevances et les ERA ne sont pas des panacées. Ces mécanismes doivent s'inscrire dans un plan global d'inclusion des autochtones non seulement via le partage des bénéfices du développement, mais aussi via leur participation aux processus décisionnels entourant les projets.

Le dernier mécanisme discuté ici joue d'abord un rôle complémentaire dans l'optique bien précise de faciliter la participation directe des autochtones à l'économie extractive via la formation et la création d'entreprises autochtones ou encore de partenariats avec les promoteurs d'un projet. De nombreux programmes existent afin de favoriser l'entrepreneuriat autochtone, certains plus ciblés que d'autres. Ces programmes s'inscrivent en général dans une politique plus large d'intégration des autochtones à l'économie provinciale, comme c'est le cas en Colombie-Britannique, mais aussi en Alberta. Encore une fois, ces mécanismes ne sont pas en soi suffisants et devraient idéalement agir en complément avec les autres modes de participation des autochtones.

La comparaison de l'Alberta et de la Colombie-Britannique nous permet de mettre en relief deux approches fort différentes afin d'harmoniser ces différents mécanismes. Alors que l'Alberta adopte une politique du laissez-faire qui favorise un rapprochement plus direct entre les promoteurs et les communautés autochtones, la Colombie-Britannique a adopté une approche plus engagée autour du principe de la réconciliation. La force de l'approche britanno-colombienne réside dans l'articulation d'une vision claire du rôle des autochtones dans le développement économique de la province. Cette approche globale cherche en fait à mobiliser les quatre mécanismes discutés ici dans un but commun : assurer un environnement propice au développement économique de la province en partenariat avec les autochtones. Cette façon de faire comporte certains coûts, notamment au niveau du partage des recettes fiscales et du temps et des ressources consacrés à la négociation d'ententes avec les autochtones. Ceci dit, cette approche a l'avantage de contribuer à réduire considérablement le risque de conflits lorsque les projets sont mis en œuvre. Encore une fois, la mise en place d'une relation de confiance et d'un dialogue continu semblent être des ingrédients essentiels.

Notons enfin que la participation autochtone à la mise en valeur des ressources naturelles est un champ en constante évolution. Tant en Colombie-Britannique qu'en Alberta, plusieurs développements importants prennent place au moment même de la rédaction de cette étude. Le nouveau gouvernement albertain révisé présentement l'ensemble des programmes et politiques liés aux relations avec les peuples autochtones. Les politiques albertaines en matière de consultation et de partage des redevances seraient notamment l'objet de profondes refontes à la lumière de l'évolution du droit canadien et international.⁶⁷ Le *Ministry of Aboriginal Relations and Reconciliation* de la Colombie-Britannique a également entamé en 2013 un processus d'évaluation de ses programmes qui doit se conclure dans les prochains mois.

La présente étude permet néanmoins de tirer certaines conclusions quant aux mécanismes existants visant à favoriser la participation des peuples autochtones à la mise en valeur des ressources naturelles. À la lumière de l'analyse, nous pouvons dégager certains éléments qui méritent d'être pris en considération dans le contexte québécois :

1. Les quatre mécanismes identifiés dans cette étude sont complémentaires. Ils devraient idéalement faire partie intégrante d'une stratégie globale visant à favoriser les partenariats avec les peuples autochtones dans la mise en valeur des ressources naturelles. La Colombie-Britannique est aujourd'hui la province ayant développé l'approche la plus ambitieuse en la matière. Son approche pourrait inspirer le Québec.
2. Une telle stratégie devrait être élaborée en collaboration étroite avec les principales organisations autochtones de la province afin d'en assurer la légitimité. Une déclaration commune rappelant les grands principes guidant la relation et établissant des mécanismes précis afin de définir les points de convergence peut servir de point de départ en ce sens. Il est cependant utopique de s'attendre à un accord sur l'ensemble des aspects de la stratégie.
3. Le gouvernement devrait entreprendre une réflexion concernant ses politiques et règlements en matière de consultation autochtone afin d'en assurer la cohésion et la mise à jour à la

⁶⁷ La Première ministre albertaine Rachel Notley a notamment mandaté son Conseil des ministres pour préparer une révision des politiques et programmes à la lumière des dispositions de la Déclaration des Nations Unies sur le droit des Peuples autochtones. La lettre de la Première ministre est disponible ici : <http://aboriginal.alberta.ca/documents/Premier-Notley-Letter-Cabinet-Ministers.pdf>

lumière des expériences récentes et de l'évolution du droit. Le consentement préalable, libre et éclairé (CPLÉ) devrait être intégré aux principes devant guider l'action gouvernementale en matière de consultation avec les peuples autochtones.

4. De manière plus spécifique, l'analyse des expériences albertaine et britanno-colombienne permet de tirer certaines leçons afin de minimiser les conflits, notamment en matière de consultation. Par exemple :
 - a. Le manque d'attention aux spécificités autochtones est un enjeu ressortant de la littérature sur les expériences récentes de consultation dans le cadre d'évaluations environnementales stratégiques, notamment concernant le transport des hydrocarbures dans l'ouest du pays (voir l'exemple des Lax Kw'alaams). Il est essentiel d'adapter ces processus au contexte juridique, sociopolitique et culturel autochtone. La création de structures et de processus distincts (par exemple, l'équivalent d'un BAPE dédié aux enjeux autochtones) est une avenue à explorer en ce sens.
 - b. Il faut éviter la « surconsultation » et la consultation « symbolique » - une erreur maintes fois répétée est d'imposer aux autochtones un modèle de consultation qui ne correspond pas à leurs attentes ou ne permet pas véritablement d'engager un dialogue sur le projet (voir l'exemple du *Lower Athabaska Regional Plan*).
 - c. Si la délégation des aspects procéduraux de la consultation aux promoteurs est de plus en plus répandue, il faut éviter de privatiser entièrement le processus. Il y a en effet un certain risque de mélange des genres entre la négociation d'une ERA et la consultation. Il devient également plus difficile d'évaluer la conformité de la consultation si celle-ci repose entièrement entre les mains des promoteurs.
 - d. Il est également important d'aborder la consultation dans une perspective relationnelle et dialogique plutôt que strictement juridique. Une approche trop procédurale risque de faire perdre de vue les finalités de la consultation, soit de favoriser la réconciliation des intérêts et l'acceptabilité sociale des projets.
 - e. La négociation de protocoles de consultation peut jouer un rôle important afin d'assurer la légitimité des consultations, en particulier dans le cadre de projets majeurs de mise en valeur des ressources pouvant potentiellement comporter plusieurs phases de consultation.
5. Les ERA permettent une participation plus substantielle des autochtones à la mise en valeur de leurs territoires ancestraux que ne le permet la consultation. Elles facilitent également la mise en relation des promoteurs et des communautés locales dans une logique de collaboration plutôt que de confrontation. Elles comportent néanmoins leur dose de contraintes, notamment en raison de leur nature d'abord économique, de leur manque de transparence et du peu d'emprise des gouvernements sur leur contenu. Tout en continuant à encourager la négociation d'ERA, les gouvernements auraient avantage à réguler le processus afin de favoriser leur complémentarité avec les processus de consultation et les rendre plus transparentes.

6. Le partage des redevances fait de plus en plus partie des négociations lorsqu'un gouvernement cherche à minimiser l'incertitude juridique et gagner le soutien des communautés autochtones affectées par un projet d'envergure. La Colombie-Britannique innove en la matière puisqu'elle est la seule province qui a développé une politique systématique visant à négocier des ententes bilatérales avec les Premières nations sur le partage des redevances. Malgré certaines difficultés, cette approche semble porter fruit.
 - a. Il faut cependant éviter d'exacerber les conflits intercommunautaires lorsqu'une entente sur le partage des redevances est négociée. Le partage des redevances doit reposer sur des bases claires et transparentes, tant pour les communautés visées que pour l'ensemble de la population de la province.
 - b. Une approche mixte, permettant à la fois des versements directs aux communautés visées et des contributions à un fonds de développement économique accessible à l'ensemble des communautés autochtones de la province, assure une certaine redistribution des sommes engagées.
 - c. Il est également important de distinguer sur le plan des principes les versements de redevances et les paiements de transferts visant à assurer les services au sein des communautés autochtones.
7. Les mesures favorisant l'insertion des individus et des communautés autochtones dans l'économie des ressources naturelles ne devraient pas être sous-estimées. Ces mesures, si elles sont suffisamment flexibles, peuvent faciliter le rapprochement entre les communautés autochtones et les promoteurs des projets (voir l'exemple de Fort McKay). De telles mesures sont cependant en soi insuffisantes et doivent s'inscrire en complémentarité des autres mécanismes.

Références

Armstrong, R. P. (2006). *The geographical patterns of socio-economic well-being of first Nations communities in Canada*. Ottawa: Statistics Canada.

Barelli, Mauro (2012). « Free, prior and informed consent in the aftermath of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », *The International Journal of Human Rights*, 16:1, 1-24

Berger, T. (1977). *Northern Frontiers, Northern Homeland: The Report of the Mackenzie Valley Pipeline Inquiry*, Ottawa: Queen's Printer.

Blondiaux, Loïc (2008). *Le nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*, Paris: Éditions du Seuil, 111p.

Boreal Leadership Council (2015). *Understanding Successful Approaches to Free, Prior, and Informed Consent in Canada. Part.1*. <http://borealcouncil.ca/reports/understanding-successful-approaches-to-free-prior-and-informed-consent-in-canada/>

Caine, K. J. and N. Krogman (2010). "Powerful or Just Plain Power-Full? A Power Analysis of Impact and Benefit Agreements in Canada's North." *Organization & Environment*, 23(1): 76-98.

Canada (Groupe de travail sur l'exploitation des ressources naturelles (2015). *Les premières nations et l'exploitation des ressources naturelles : instaurer un changement positif*, Rapport final. <http://www.naturalresourcedev.com>

Canada, Ministère des Ressources naturelles [RNCAN] (2013). *Oil Sands: A Strategic Resource for Canada, North America and the Global Market: Aboriginal Peoples*. www.nrcan.gc.ca/energy/sites/www.nrcan.gc.ca.energy/files/files/OS-Aboriginal_e.pdf.

Coates, Ken (2015). *Sharing the Wealth. How resource revenue agreement scan honour treaties, improve communities and facilitate Canadian development*, Macdonald-Laurier Institute.

Conseil International des Mines et Métaux (2013). «Les peuples autochtones et l'exploitation minière», <http://www.icmm.com/publications/icmm-position-statement-on-indigenous-peoples-and-mining>

Conseil national de développement économique des Autochtones (CNDEA) (2015a). *Amélioration de la préparation financière des Autochtones pour participer aux projets d'exploitation des ressources*, <http://www.naedb-cndea.com/french/reports/amelioration-de-la-preparation-financiere-des-autochtones.pdf>

Conseil national de développement économique des Autochtones (CNDEA) (2015b). *The Aboriginal Economic Progress Report*. <http://www.naedb-cndea.com/reports/NAEDB-progress-report-june-2015.pdf>

Farget, D. et M-P. Fullum-Lavery (2014). « La place réservée à l'avis des peuples autochtones dans le cadre du processus de prise de décision concernant le Plan Nord. Perspective juridique interne et internationale », *Revue de droit de McGill* 59(3), p. 596-653.

Fidler, C. et M. Hitch (2007). "Impact and benefit agreements: a contentious issue for environmental and aboriginal justice." *Environments Journal* 35(2): 45-69.

Fidler, C. et M. Hitch (2009). *Used and Abused: Negotiated Agreements. Rethinking Extractive Industry: Regulation, Dispossession and Emerging Claims Conference*. York University, Toronto.

First Nations Economic Development Database (FNEDD) (2015). Data on Agreements in British Columbia. <https://www.fnedd.ca/data/agreements>

Galbraith, Lindsay, Ben Bradshaw et Murray B. Rutherford (2007). "Towards a new supraregulatory approach to environmental assessment in Northern Canada." *Impact Assessment and Project Appraisal* 25(1): 27-41.

International Finance Corporation. (2012). « Performance Standard 7 : Indigenous Peoples ». http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/1ee7038049a79139b845faa8c6a8312a/PS7_English_2012.pdf?MOD=AJPERES

Irlbacher-Fox, S. (2015). « A Partnership Opportunity Missed: the Northwest Territories Devolution and Resource Revenue Sharing Agreement », dans Papillon, M. (dir.). *The State of the Federation: Aboriginal Multilevel Governance*, Institute for Intergovernmental Relations, Kingston, On.

King, Hayden (2010). *Canada's North: What's the Plan?* Ottawa: The Conference Board of Canada.

Knotsch, C., P. Siebenmorgen & B. Bradshaw (2010). "Les « Ententes sur les répercussions et les avantages » et le bien-être des communautés." *Recherches amérindiennes au Québec* 40(3): 59-68.

Laidlaw, D. et M. Passelac-Ross (2014). *Alberta First Nations Consultation & Accommodation Handbook*, Occasional Paper #44, Calgary, Canadian Institute of Resources Law.

Lapierre, D. and B. Bradshaw (2008). *Why Mining Firms Care: Determining Corporate Rationales for Negotiating Impact and Benefit Agreements*. Canadian Institute of Mining, Metallurgy and Petroleum Annual Meeting. Edmonton, Alberta.

Mitchell, Terry et coll. (2014). *The Internationalization of Indigenous Rights. UNDRIP in the Canadian Context*. Centre for Innovation and Governance, Waterloo, Ontario.

Newman, D. (2014). *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples*, Saskatoon: Purich.

Newman, D. (2012). *Consultation and the International Legal Status of Indigenous Communities*. Annual Conference of the Canadian Political Science Association. Edmonton, Alberta.

O'Faircheallaigh, C. (2010). *IBA community toolkit: negotiation and implementation of impact and benefit agreements*. Toronto, Walter & Duncan Gordon Foundation.

O'Faircheallaigh, C. (2010). "Aboriginal-Mining Company Contractual Agreements in Australia and Canada: Implications for Political Autonomy and Community Development." *Canadian Journal of Development Studies / Revue canadienne d'études du développement* 30(1-2): 69-86.

O'Faircheallaigh, C.&T. Corbett (2005). "Indigenous participation in environmental management of mining projects: The role of negotiated agreements." *Environmental Politics* 14(5): 629-647.

Passelac-Ross, M. (2011). *Public Participation in Alberta's Land-Use Planning Process*, Canadian Institute of Resources Law.

Papillon, M. et T. Rodon (2015). *The Politics of Consent. Aboriginal Peoples and Natural Resources Development in Canada*. Conférence de European Consortium of Political Research, Montréal, août 2015.

Penny, M. N. (2009). *Best Practices for Consultation and Accommodation*, New Relationship Trust, Government of British Columbia.

Prno, J., Bradshaw, B. et D. Lapierre (2010). *Impact and Benefit Agreements: Are they working?* Canadian Institute of Mining, Metallurgy and Petroleum Annual Meeting, Vancouver, B.C.

Saddique, Q. (2014). *Shared Value: The Business Approach to Ethics in Mining*. Guelph, Ontario, Shared Value Solutions.

Sanderson, C., K. Bergner and M. Jones (2012). "The Crown's Duty to Consult Aboriginal Peoples: Towards an Understanding of the Source, Purpose, and Limits of the Duty," *Alberta Law review* 49(4).

Savard, S. (2009) Les communautés autochtones du Québec et le développement hydroélectrique. Un rapport de force avec l'État, de 1944 à aujourd'hui, *Recherches amérindiennes au Québec*, Volume 39, no. 1-2, p. 47-60.

Simeone, T. (2014). *Resource Revenue—Sharing Arrangements with Aboriginal People*, Library of Parliament Research Publications, Ottawa.

Stendie, L. (2013). *Public Participation, Petro-Politics and Indigenous Peoples: The Contentious Northern Gateway Project*. Thèse de Maîtrise, University of Oslo.

Tenenbaum, D. J. (2009). "Oil sands developement : a helath risk worth taking ?" *Environemental Health Perspectives* 117(4).

Thomson, I. et R. Boutilier (2011). "Social license to operate." Dans P. Darling (dir.), *SME mining engineering handbook*. Littleton, CO: Society for Mining, Metallurgy and Exploration, p. 1779–1796.

Thomson, J. (2015). *The duty to consult and environmental assessments: a study of mining cases from across Canada*. Master of Environmental Studies, University of Waterloo.

Wright, A. J. (2013). *Impact and benefit agreements: the role of negotiated agreements in the creation of collaborative planning in resource development*. Master of Science, University of Guelph.

Wright, L. and J. P. White (2012). "Developing Oil and Gas Resources On or Near Indigenous Lands in Canada: An Overview of Laws, Treaties, Regulations and Agreements." *The International Indigenous Policy Journal*, 3(2).

Wyatt, S., Fortier, J.-F., Greskiw, G., Hébert, M., Nadeau, S., Natcher, D., Smith, P. et Trosper, R. (2010).

Collaboration between Aboriginal peoples and the Canadian forestry industry: a dynamic relationship. A State of Knowledge report. Sustainable Forest Management Network, Edmonton, Alberta. 83p.

Wood, D. (2015). Aboriginal Employment and Training Partnerships in Alberta and British Columbia, Report prepared for Aboriginal Affairs and Northern Development (AANDC). Mars 2015.