

Revendications autochtones : atteindre une certitude

Pour fonctionner efficacement, les entreprises ont besoin d'un environnement stable et prévisible, où les droits sont certains et protégés par la règle de droit. L'incertitude issue des revendications autochtones est le problème le plus grave pour le milieu des affaires. En Colombie-Britannique, par exemple, les groupes autochtones revendiquent la possession ou le contrôle de toutes les terres de la province, mais ces droits ne sont pas reconnus par le système juridique qui régit les activités des entreprises.

Un grand nombre d'activités que les entreprises effectuent ou veulent effectuer avec l'autorisation de la Couronne sont réputées avoir une incidence sur ces droits autochtones revendiqués. Il est évident que les droits et les titres autochtones existent toujours au Canada et sont protégés par la Constitution, mais dans la majorité des cas l'ampleur des droits autochtones n'est pas claire, tandis que la portée du titre autochtone reste tout à fait inconnue.

Attentes accrues

L'écart entre ce que les populations autochtones et non autochtones accepteraient comme étant un règlement ou une réconciliation raisonnable semble s'être creusé durant la dernière décennie.

De nombreux membres de la Chambre de commerce du Canada croient que depuis la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans la cause *Delgamuuk'w* en 1997, affirmant que le titre autochtone n'est pas éteint, les attentes des peuples autochtones quant à la portée et à la vigueur de leurs droits tendent à augmenter.

Deux événements récents et significatifs qui ont contribué à augmenter ces attentes sont les déclarations (non exécutoires) du juge Vickers dans la cause *William* (novembre 2007) concernant la portée du titre autochtone de la nation Tsihloq'ín et l'initiative de reconnaissance et de réconciliation (R et R) de 2009 de la Colombie-Britannique. Bien que les dirigeants autochtones de la province aient finalement déclaré que l'initiative R et R est « morte, morte, morte », avant de mourir elle a proposé un degré de contrôle important des ressources provinciales par le truchement d'un processus décisionnel partagé ainsi que la reconnaissance éventuelle par la province de l'existence du titre autochtone dans l'ensemble de la province.

L'ampleur des attentes des Autochtones est révélée surtout par l'envergure de l'adoption d'une norme de consentement libre, préalable et éclairé par les groupes autochtones comme condition préalable du développement commercial. Ce principe a été expressément rejeté par la Cour suprême du Canada dans la cause *Haida* en 2004, expressément rejeté par le gouvernement fédéral lorsqu'il a voté contre la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones en 2007 et expressément rejeté le 12 novembre 2010 lorsque le Canada a émis une déclaration à l'appui de la déclaration, qu'il a qualifiée d'inspirante, précisant toutefois qu'il s'agissait d'un document non juridiquement contraignant qui ne modifie pas l'obligation légale de consulter.

L'ampleur accrue des attentes des peuples autochtones est peut-être un facteur important du manque d'avancement du processus de négociation des traités et du retrait de nombreux groupes autochtones du processus, étant donné que ce qui est offert dans le cadre de ce processus ne peut répondre à leurs attentes actuelles.

Il semble que des directives et une transparence accrue quant aux droits juridiques des peuples autochtones soient requises pour que l'on puisse se diriger vers l'ultime objectif de la réconciliation. En vertu de notre Constitution, seule la Cour suprême du Canada peut définir les droits des peuples autochtones.

La Chambre de commerce du Canada ne croit pas que le recours aux tribunaux est la meilleure façon de régler un différend. Cependant, l'augmentation des causes concernant les droits et titres autochtones déterminées par la Cour suprême du Canada est la façon la plus prudente de déterminer si les attentes des peuples autochtones sont justifiables.

L'atteinte d'une certitude à long terme exigera des négociations, des litiges et du temps

On atteindra probablement la certitude concernant la portée des droits et titres autochtones par deux méthodes parallèles, à savoir par la jurisprudence qui fournira à toutes les parties une meilleure idée de la portée exacte des droits et des titres aborigènes et par la négociation de traités qui aboutiront à des ententes finales.

Toutefois, la certitude au sujet de la portée des droits et titres autochtones au Canada ne sera pas atteinte avant très longtemps et il est nécessaire de créer un environnement raisonnable pour le milieu des affaires en attendant que cet objectif soit atteint.

L'atteinte d'une plus grande certitude à court terme

Le défi pour les instances fédérales, provinciales et territoriales consiste à créer un environnement propice à la réussite et à la compétitivité des entreprises – et empreint de certitude – en dépit de ces revendications autochtones en suspens. La solution, comme on le mentionne ci-après, consiste à instituer un processus de consultation efficace comme l'a jugé la Cour suprême du Canada dans la cause *Haida*.

Rendu en novembre 2004 par la Cour suprême du Canada, ce jugement récent reste le plus important en ce qui a trait à l'atteinte d'une plus grande certitude à court terme quant aux questions de droits aborigènes.

Le jugement de la cause *Haida* et le jugement complémentaire de la cause *Taku* énoncent le processus que la Couronne devrait suivre lors de l'octroi de permis et de licences susceptibles d'affecter des revendications non prouvées, mais revendiquées de droits et de titres autochtones. Le jugement de la cause *Rio Tinto Alcan* (2010) a clarifié ces jugements.

La principale constatation de la Cour suprême du Canada est la suivante : la Couronne a l'obligation de consulter les groupes autochtones qui n'ont pas encore établi leurs droits avant d'octroyer des licences ou des permis susceptibles d'affecter leurs droits et, dans certaines circonstances, elle a l'obligation d'« accommoder » ces groupes autochtones.

La Cour a clairement établi que l'obligation de consulter les groupes autochtones appartient uniquement à la Couronne et non pas au milieu des affaires.

La Cour a décrété que la consultation requise doit reposer sur une échelle progressive fondée sur une évaluation de la force de la revendication autochtone et l'incidence de l'activité proposée sur l'intérêt autochtone revendiqué.

Elle a également commenté l'« accommodement », le qualifiant de processus visant à harmoniser les intérêts conflictuels du développement et le désir de protéger les intérêts autochtones.

La Cour a, notamment, déclaré que la Couronne (fédérale et provinciale ou territoriale) peut établir des systèmes de réglementation pour respecter l'obligation légale de consultation. En fait, la Cour suprême a avisé la Couronne que, si un processus de consultation équitable était établi et respecté, les tribunaux confirmeraient les jugements issus de ce processus.

Les principes de consultation énoncés dans la cause *Haida* ont également été appliqués aux droits découlant d'un traité dans la cause *Mikeew* (2005) et clarifiés dans le contexte d'un traité dans la cause *Little Salmon* (2010).

Dans l'optique du milieu des affaires, le processus de consultation n'est assujéti à pratiquement aucune règle et cette situation est une entrave de taille pour les gens d'affaires. Un processus de consultation plus sûr – assorti de directives, d'échéanciers et de résultats fiables – revêt une importance critique pour le milieu des affaires.

Le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (maintenant Affaires autochtones) a fait un effort initial en vue de combler le manque de politique en publiant ses *Lignes directrices provisoires à l'intention des fonctionnaires fédéraux afin de remplir l'obligation légale de consulter* en février 2008, puis ses *Lignes directrices actualisées à l'intention des fonctionnaires fédéraux afin de remplir l'obligation légale de consulter* en mars 2011.

Cependant, ces efforts ne répondent pas au système de réglementation que la Cour suprême du Canada a suggéré aux deux paliers de gouvernement en 2004 dans la cause *Haida*. Selon Wikileaks, un câble de l'ambassade des États-Unis à Ottawa, «...aussi longtemps que le Canada n'aura pas de définition claire des droits autochtones ni de modèle de négociation uniforme, il n'y aura pas de mécanismes efficaces pour régler les griefs autochtones en temps opportun. » Aucune des deux couronnes n'a donné de directives concernant les résultats ou les délais raisonnables lors d'un processus de consultation.

Un autre point : les instances fédérales, provinciales ou territoriales participent souvent à un même projet et chacune d'entre elles exige des permis. On ne s'efforce pas vraiment de coordonner les processus de consultation requis pour les différents permis et, par conséquent, le processus de consultation est généralement répété par les deux paliers de gouvernement, avec peu ou pas de référence à l'autre, ce qui accroît les dépenses et les retards.

Partage des recettes par la (les) Couronne(s)

Le souhait des groupes autochtones d'avoir mainmise sur le processus décisionnel concernant la mise en route d'une nouvelle activité commerciale s'accompagne d'un autre souhait, à savoir recevoir une portion des recettes tirées de l'activité commerciale proposée.

La prestation d'un tel avantage économique à un groupe autochtone est, toutefois, une question de politique qui devrait être déterminée par la Couronne et non par les entreprises individuelles.

Dans la cause *Haida* – et les jugements qui ont suivi – la Cour n'a pas proposé le versement de sommes d'argent en guise d'accommodement avant l'établissement des droits autochtones. Outre les activités commerciales effectuées dans les réserves ou les terres visées par les traités, il n'y a aucun fondement juridique propre à suggérer que le milieu des affaires doive payer les groupes autochtones pour avoir le « droit » d'exercer des activités.

Le partage des recettes de l'exploitation des ressources et de l'assiette fiscale des provinces et territoires entre la Couronne et les peuples autochtones devrait faire l'objet d'une politique gouvernementale et non pas relever d'accords individuels fondés sur l'intérêt personnel et le pragmatisme conclus entre les groupes autochtones et les gens d'affaires parce que les instances fédérales et provinciales ou territoriales n'ont pas formulé de processus de consultation efficace ni de politique raisonnable sur le partage des recettes.

En résumé, bien que les deux paliers de gouvernement aient fait des pas dans la bonne direction pour contribuer à l'atteinte d'une certitude accrue pour les entreprises de la province, d'autres améliorations s'imposent.

Recommandation

Que le gouvernement fédéral, travaillant de concert avec les provinces et territoires :

1. Élabore des procédures réglementaires efficaces harmonisées concernant les consultations avec les peuples autochtones, qui correspondront aux systèmes de réglementation auxquels fait référence la cause *Haida*.
2. Continue de fournir au milieu des affaires des directives plus précises au regard de son rôle (le cas échéant) dans le processus de consultation.

3. Continue de formuler des politiques concernant le partage de recettes avec les peuples autochtones.
4. Affirme clairement qu'aucune des Couronnes ne prévoit ou n'exige que durant le processus d'approbation des permis les entreprises paient les groupes autochtones pour accomplir leurs activités sur des terres sur lesquelles les peuples autochtones n'ont pas de droit juridique ferme.