

Les dimensions collectives des ententes sur les répercussions et les avantages : bémol sur le discours du contrat privé

Geneviève Motard

Volume 60, Number 2, June 2019

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1060982ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1060982ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Motard, G. (2019). Les dimensions collectives des ententes sur les répercussions et les avantages : bémol sur le discours du contrat privé. *Les Cahiers de droit*, 60(2), 395–450. <https://doi.org/10.7202/1060982ar>

Article abstract

Impact and benefit agreements between a company or public body and a First Nation or Inuit community are designed to create a trust-based relationship, allowing natural resource development or extraction projects to go ahead without the social opposition they would otherwise face. The agreements are considered to be socio-economic in nature and are described as private contracts by all the players involved. Based on an analysis of the parties, the objects, and the inter-community and inter-generational scope of such agreements, this paper shows that their collective dimension is largely underestimated by the private-contract approach. The author concludes that the collective dimension should lead to closer supervision of the agreements by both Aboriginal and governmental authorities.

Les dimensions collectives des ententes sur les répercussions et les avantages : bémol sur le discours du contrat privé

Geneviève MOTARD*

Les ententes sur les répercussions et les avantages conclues entre des entreprises ou des organismes publics et des Premières Nations ou des Inuits ont pour objet d'établir une relation de confiance mutuelle de manière à permettre la réalisation de projets extractifs ou d'exploitation de ressources naturelles qui, autrement, susciteraient une opposition sociale. Ces ententes, dites de nature socioéconomique, sont qualifiées de contrats privés par tous les acteurs visés. À partir d'une analyse des parties, de l'objet et des obligations ainsi que des portées intercommunautaire et intergénérationnelle des ententes en question, l'auteure cherche à démontrer que leur dimension collective est largement sous-estimée par le discours du contrat privé. Elle conclut que cette dimension collective devrait amener un encadrement particulier de ces ententes, tant par les autorités autochtones que par les autorités étatiques.

Impact and benefit agreements between a company or public body and a First Nation or Inuit community are designed to create a trust-based relationship, allowing natural resource development or extraction

* Professeure agrégée, Faculté de droit, Université Laval. L'auteure tient à exprimer sa gratitude au Fonds de recherche du Québec – Société et culture (FRQSC) qui a financé les travaux menant à la production du présent article. L'auteure souhaite également remercier M. Maxime Cyr Labrecque (titulaire d'un baccalauréat en droit), M^e Arnaud Gingras-Tremblay (titulaire d'une maîtrise en droit), M^e Matthieu Juneau (titulaire d'une maîtrise en droit) et M. Benjamin Chartrand (étudiant au baccalauréat en droit) qui, à titre d'auxiliaires de recherche, ont contribué à la recherche documentaire.

projects to go ahead without the social opposition they would otherwise face. The agreements are considered to be socio-economic in nature and are described as private contracts by all the players involved. Based on an analysis of the parties, the objects, and the inter-community and inter-generational scope of such agreements, this paper shows that their collective dimension is largely underestimated by the private-contract approach. The author concludes that the collective dimension should lead to closer supervision of the agreements by both Aboriginal and governmental authorities.

Los acuerdos sobre las repercusiones y las ventajas que se han concluido entre las empresas u organismos públicos, y las Primeras Naciones o Inuit, tienen como finalidad establecer una relación de confianza entre estos, de forma que se permita la realización de proyectos de extracción o de explotación de recursos naturales, que de otra forma, suscitarían una oposición social. Estos acuerdos llamados de naturaleza socioeconómica, han sido tipificados como contratos privados por todas las partes vinculadas. A partir de un análisis de las partes, del objeto, y del alcance intercomunitario e intergeneracional, este texto persigue demostrar que la dimensión colectiva de estos acuerdos está ampliamente subestimada por el discurso del contrato privado. La autora ha llegado a la conclusión que esta dimensión colectiva debería aportar un marco particular de dichos acuerdos, tanto por las autoridades aborígenes como por las autoridades estatales.

	Pages
1 Les parties aux ententes sur les répercussions et les avantages: les acteurs privés et les acteurs publics exerçant leur mission sociale	401
1.1 Les parties aux ententes sur les répercussions et les avantages: les promoteurs et les autorités publiques autochtones	402
1.2 Les sources de la capacité de contracter des parties aux ententes sur les répercussions et les avantages: le droit commun et le droit inhérent de se gouverner	409

2 L'objet et les obligations au cœur des ententes sur les répercussions et les avantages : une dimension collective largement sous-estimée	414
2.1 L'objet principal du contrat : l'extraction de ressources du domaine de l'État	414
2.2 Les obligations prévues dans les ententes : le consentement et l'exercice de droits collectifs, les atténuations des impacts et les avantages collectifs négociés	419
3 Les portées intercommunautaire et intergénérationnelle des ententes sur les répercussions et les avantages	432
3.1 La portée sociétale des ententes sur les répercussions et les avantages : les conséquences sur les relations intercommunautaires	432
3.2 La portée temporelle des ententes sur les répercussions et les avantages : les conséquences sur les relations intergénérationnelles	440
Conclusion	448

La conclusion d'ententes sur les répercussions et les avantages (ERA)¹ n'est pas une pratique inédite ni nouvelle au Canada. En effet, on peut faire remonter cette pratique spécifique aux années 90². Ce « mode

1. Dans leur sens le plus large, les ERA comprennent toutes les formes d'accords conclus entre une communauté autochtone ou locale, qu'elle soit notamment bande, nation ou peuple autochtone, et un organisme privé, public ou parapublic, dont l'objectif principal est de permettre l'avancement d'un projet de développement énergétique ou d'extraction des ressources de la terre. Parmi ces accords se trouvent des ententes sous forme préliminaire ou définitive (ex. : protocole d'accord (*memorandum of agreement* ou MOA); protocole d'entente (*memorandum of understanding* ou MOU); entente socioéconomique (ESE); entente économique (EE)) dont les modalités varieront suivant les objectifs spécifiques des parties et en fonction de chaque situation. Ainsi, selon la professeure Sophie THÉRIAULT, « Repenser les fondements du régime minier québécois au regard de l'obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder les peuples autochtones », (2010) 6 *Rev. int. dr. & pol. dev. dur. McGill* 217, 242, les ERA cherchent à « atténuer les répercussions des projets de développement [...] sur les collectivités autochtones et leur environnement, [à] instaurer des rapports formels entre les Autochtones et l'industrie et [à] aménager la participation des Autochtones à l'économie des mines, notamment par la voie de programmes de formation, de garantie d'emplois, de préférences dans l'octroi des contrats et de compensations financières ».
2. Pensons ici à l'*Entente sur les répercussions et les avantages (ERA) conclue entre Makivik Corporation, Qarqalik Landholding Corporation de Salluit, Northern Village Corporation de Salluit, Nunatulik Landholding Corporation de Kangiqsujuaq, Northern Village Corporation de Kangiqsujuaq et la Société minière Raglan du Québec Ltée à laquelle est intervenu Falconbridge Limited* (ci-après « Entente Raglan (projet du 25 janvier 1995) »), laquelle a, par exemple, été conclue en 1995, soit il y a plus de 20 ans. Sur l'évolution de cette pratique, voir notamment la *Convention de la*

de gouvernance» a vraisemblablement pris une expansion phénoménale depuis ce temps. Dans le seul secteur minier, la liste des accords de ce type est impressionnante, puisque leur nombre s'élève à près de 200³. De plus, le modèle tend à s'étendre graduellement à d'autres secteurs d'activités liés à l'exploitation des ressources, par exemple le secteur énergétique⁴ ou forestier⁵. Cette transformation de la gouvernance territoriale est marquée par deux caractéristiques. Suivant Ben Bradshaw et Courtney Fidler, les ERA donnent certaines assurances et des bénéfices tangibles aux communautés locales qui font face à des projets de développement majeurs. Parallèlement à cela, leur pratique a émergé et s'est développée sans l'intervention directe de l'État, lequel affirme pourtant son autorité suprême sur toutes les questions concernant l'allocation et le développement territorial. En effet, sauf exception, au Québec—comme ailleurs au Canada—l'émergence des ERA se concrétise dans un contexte proprement volontariste⁶, n'étant encadré, sauf exception, que par le droit commun. Pour ces raisons, les ERA constituent des enjeux importants en matière de gouvernance territoriale. En outre, sur le plan de leur encadrement juridique, de nombreuses questions se posent, notamment en ce qui concerne la transparence des processus de règlement des différends, la justiciabilité

Baie-James et du Nord québécois (CBJNQ), conclue en 1975, qui fait référence à ces ententes de nature économique: QUÉBEC, SECRÉTARIAT AUX AFFAIRES AUTOCHTONES, *Convention de la Baie-James et du Nord québécois et conventions complémentaires*, Québec, Les Publications du Québec, 2006.

3. En 2013, Ressources naturelles Canada recensait 198 ententes, dont 15 au Québec: CANADA, RESSOURCES NATURELLES CANADA, «Agreements Between Mining Companies and Aboriginal Communities or Governments», [En ligne], [www.nrcan.gc.ca/sites/www.nrcan.gc.ca/files/mineralsmetals/files/pdf/abor-auto/aam-eac-e2013.pdf] (22 juin 2016).
4. Par exemple, Hydro-Québec a conclu une ERA avec la Première Nation innue de Nutashkuan relativement à la construction du complexe de la Romaine: *Entente sur les répercussions et les avantages (ERA) conclue entre la Première Nation de Nutashkuan et Hydro-Québec* (ci-après «Entente Nanemessu-Nutashkuan»).
5. Par exemple, l'entreprise forestière Domtar inc. aurait conclu une ERA avec la Première Nation crie de Waswanipi. Voir sur le sujet: Françoise LATHOUD, «Les enjeux de la participation des Cris de la Baie-James à l'exploitation des ressources forestières», *Globe*, vol. 8, n° 1, 2005, p. 155; Clifford HICKEY et Mark NELSON, *Partenariat entre les Premières nations et le secteur forestier: une enquête nationale*, Edmonton, Réseau de gestion durable des forêts, 2005.
6. Voir par exemple l'Entente ArcelorMittal, étudiée dans notre texte, qui précise à la clause 3.10 d) que l'entreprise n'a pas et ne se reconnaît pas l'obligation d'obtenir le consentement des Innus. Selon Ginger GIBSON et Ciaran O'FAIRCHEALLAIGH, «IBA Community Toolkit. Negotiation and Implementation of Impact and Benefits Agreements», *The Gordon Foundation*, 2010, [En ligne], [namati.org/resources/iba-community-toolkit-negotiation-and-implementation-of-impact-and-benefit-agreements/] (27 mars 2019), certaines lois exigeraient des ERA.

de certains engagements (ex. : en matière de formation et d'emploi), la validité de certaines clauses (ex. : clauses de renonciation), l'encadrement des processus de négociation ou leur harmonisation avec les processus publics d'évaluation environnementale et avec les obligations constitutionnelles de la Couronne à l'égard des peuples autochtones⁷.

Or, pour asseoir la légitimité de cette activité contractuelle singulière et justifier l'absence de réglementation spécifique des processus de négociation quant à la forme des accords, mais aussi — et surtout — quant à leur contenu, les parties évoquent leur caractère purement privé ou commercial⁸. Ce discours, entendu tant chez les industriels que chez les acteurs étatiques ou autochtones, justifie, entre autres, le caractère confidentiel des accords, l'absence de rôle des acteurs gouvernementaux et les différentes clauses de renonciation ou de financement, qui échappent, pour l'essentiel, à tout contrôle par l'État, malgré les intérêts manifestes de ce dernier quant à la gouvernance du territoire. C'est à ce discours que s'intéresse la présente étude.

À partir d'une réflexion sur l'absence de reconnaissance étatique des compétences et des normativités des peuples autochtones sur leurs terres ancestrales, nous remettons en question la qualification actuellement attribuée aux ERA, de manière à démontrer que leur dimension collective est largement sous-estimée par les parties, mais aussi par les acteurs gouvernementaux⁹. Afin de mener notre étude, nous avons pris connaissance de modèles d'ERA conclues dans les régions septentrionales du Québec, soit au Nitassinan et au Nunavik. Ainsi, pour ce qui est du Nunavik :

l'entente la plus significative signée par la société Makivik fut l'entente Raglan (1995) négociée lors de la mise en œuvre de la mine Raglan. L'exploration de la mine Raglan, située dans le nord du Nunavik à environ 100 kilomètres de la baie Déception, a débuté en 1957 et elle a amorcé sa production en 1998, on

-
7. Voir notamment : S. THÉRIAULT, préc., note 1 ; Courtney FIDLER et Michael HITCH, « Impact and Benefit Agreements : A Contentious Issue for Environmental and Aboriginal Justice », *Environments Journal*, vol. 35, n° 3, 2007, p. 45, à la page 49.
 8. FORUM DES POLITIQUES PUBLIQUES, « Partage des avantages liés à l'exploitation des ressources. Une étude des Ententes sur les répercussions et les avantages conclues entre les Premières nations et l'industrie », 2006, [En ligne], [ppforum.ca/wp-content/uploads/2018/05/Sharing-in-the-Benefits-of-Resource-Development-PPF-report.pdf] (22 juin 2016) ; Bob ADKINS, Michael SINCLAIR et Sacha R. PAUL, « Doing Business with First Nations. Challenges and Opportunities », dans *The 2010 Lexpert/American Lawyer Guide to the Leading 500 Lawyers in Canada*, p. 83. Cette qualification est généralement reprise par la doctrine : voir, par exemple, C. FIDLER et M. HITCH, préc., note 7, à la page 57.
 9. Jean-Paul LACASSE, « Impacts and Benefits Agreements on Aboriginal Title Lands », dans Joseph Eliot MAGNET et Dwight A. DOREY (dir.), *Legal Aspects of Aboriginal Business Development*, Markham, LexisNexis Canada, 2005, p. 311, à la page 319.

y extrait du nickel, du cuivre, du platine et du cobalt. Le propriétaire original, Falconbridge Ltd., a embauché à l'époque un agent de liaison pour faire le lien avec les deux communautés voisines, Salluit et Kangisujuaq; Falconbridge s'engageait alors à offrir 20 % des postes à des Inuits. Depuis 2006, la mine Raglan est propriété de la compagnie suisse Xstrata¹⁰.

Les ententes ou les projets d'ententes qui servent ici à notre étude des ERA ont été retenues en raison de leur diffusion au public, du fait qu'elles ont été conclues dans le contexte du droit civil québécois et qu'elles concernent toutes le domaine minier¹¹. Pour compléter notre compréhension de ces accords, nous avons également travaillé à partir de sources doctrinales. À noter qu'aucune recherche empirique n'a été conduite dans nos travaux pour documenter, par exemple, l'intention des parties. Cette dernière a été inférée à partir du texte des ententes et sans égard aux documents extrinsèques ou aux témoignages que les parties pourraient faire valoir pour interpréter autrement le texte dans le cas, entre autres choses, d'un différend¹².

10. Cathleen KNOTSCH, Peter SIEBENMORGEN et Ben BRADSHAW, « Les “Ententes sur les répercussions et les avantages” et le bien-être des communautés : des occasions ratées ? », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 40, n° 3, 2010, p. 59, à la page 62. Voir l'Entente Raglan (projet du 25 janvier 1995).

11. Voir Anne PANASUK, « La bataille d'Innus contre la minière Iron Ore », *Radio-Canada*, 4 septembre 2014, [En ligne], [ici.radio-canada.ca/nouvelle/683136/innus-uashat-malietenam-poursuite-miniére-ioc-ententes] (19 octobre 2018). Les ententes ou projets d'ententes (documents non officiels) sont les suivants :

- *Entente sur les répercussions et les avantages (ERA) conclue entre les Uashaunuat et la Bande des Innus de Uashat Mak Mani-Utenam, représentés par Innu Takuaiakan Uashat Mak Mani-Utenam et ArcerolMittal Mines Canada Inc.* (ci-après « Entente ArcelorMittal »);
- *Entente sur les répercussions et les avantages (ERA) conclue entre les Uashaunuat et la Bande des Innus de Uashat Mak Mani-Utenam, représentés par Innu Takuaiakan Uashat Mak Mani-Utenam et Labrador Iron Mines Holdings Ltd., Labrador Iron Mines Ltd., Schefferville Mines Inc., Labrail Inc. et Centre Ferro Ltd.* (ci-après « Entente Iron Mines »);
- *Entente sur les répercussions et les avantages (ERA) conclue entre les Uashaunuat et la Bande des Innus de Uashat Mak Mani-Utenam, représentés par Innu Takuaiakan Uashat Mak Mani-Utenam et Tata Steel Minerals Canada Ltd.* (ci-après « Entente Tata Steel »).

Pour l'essentiel, ces ERA servent de modèles afin d'en étudier la dimension collective; nous les avons obtenues par l'intermédiaire des médias et non par l'entremise des parties, lesquelles sont tenues à des engagements en matière de confidentialité. Pour ne pas engager la responsabilité des acteurs, nous avons décidé de nous en tenir à ces exemplaires officiels (par exemple, certaines ERA sont signées, d'autres non) ou à des projets d'ententes.

12. Les litiges portés devant les tribunaux sont rarissimes, ce qui peut s'expliquer de différentes manières : le succès des ERA, la présence de clauses de modes privés de résolution des différends de nature confidentielle ou encore la nature évolutive de

L'étude de la dimension collective des ERA suppose, au demeurant, celle de leur qualification comme contrat privé ou public. Si la distinction entre ces deux types de contrats n'est pas toujours facile à établir, il faut voir que la distinction entre les termes « privé » et « public », même quand il est question du droit, n'est pas nécessairement aisée, elle non plus¹³. Dans notre texte, les définitions entre les deux termes pourront varier en fonction du contexte. Ainsi, la définition d'un contrat « public » se distingue de la définition de la mission « publique » de l'État ou encore de la nature « publique » d'un organisme. C'est pourquoi nous avons estimé préférable de définir, lorsque cela était pertinent, les termes retenus afin d'être ultimement en mesure de répondre à notre question de recherche, savoir quelle est la nature, commerciale (privée) ou sociétale (publique), des ERA. Nous posons l'hypothèse que les ERA, au contraire du discours majoritaire des acteurs et de la doctrine, sont des contrats qui ont une nature fondamentalement publique ou hybride et qu'elles devraient, de ce fait, être régies comme telles par les autorités autochtones et étatiques. La doctrine en droit ne proposant aucune réponse approfondie à ce questionnement, nous avons pensé qu'il serait utile et pertinent d'articuler notre réflexion autour de trois axes, lesquels formeront chacun une section du texte : 1) les parties aux ERA ; 2) l'objet et les obligations des ERA ; et 3) les portées intercommunautaire et intergénérationnelle des ERA.

1 Les parties aux ententes sur les répercussions et les avantages : les acteurs privés et les acteurs publics exerçant leur mission sociale

Dans la première partie, nous traiterons de la qualité des parties aux ERA. En effet, d'une part, nous aborderons la question de la nature publique ou privée des parties signataires des ERA et, d'autre part, des sources en vertu desquelles ces acteurs ont la capacité de contracter.

ces documents, comme le suggèrent C. FIDLER et M. HITCH, préc., note 7, à la page 53. Voir toutefois une mention des ERA dans les affaires suivantes : *Ressources Strateco inc. c. Procureure générale du Québec*, 2017 QCCS 2679 ; *United Steelworkers of America, Local 6480 and Voisey's Bay Nickel Co., Re*, 2006 CarswellNfld 433, par. 88 (WC), rendue par le Newfoundland & Labrador Labour Relations Board.

13. Matthieu JUNEAU, *La notion de droit commun en droit civil québécois*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2009, p. 8-10. Pour employer les mots du renommé professeur de sciences politiques anglais Vincent WRIGHT, « Actualité de la dualité public/privé dans la société britannique », *Politiques et management public*, vol. 5, n° 1, 1987, p. 113, à la page 134, « [i]l vaut mieux parler non pas de dualité [entre les domaines public et privé], mais d'un spectre de relations entre secteur public et secteur privé ou même d'une mosaïque, c'est-à-dire d'une myriade de rapports souvent mal définis, ambigus et changeants ».

1.1 Les parties aux ententes sur les répercussions et les avantages : les promoteurs et les autorités publiques autochtones

D'un côté, les ERA sont conclues par des organisations privées, mais parfois aussi publiques ou parapubliques¹⁴, désireuses d'assurer des conditions sociales propices à la poursuite d'un projet de développement¹⁵. Dans le cas des entreprises privées, celles-ci sont considérées comme des personnes morales au sens du *Code civil du Québec*¹⁶ et doivent, en matière contractuelle, respecter les obligations que leur imposent les règles générales. Les organisations publiques ou parapubliques, quant à elles, peuvent se voir imposer des obligations légales dérogatoires au droit commun. Leur capacité de contracter de gré à gré ou par appel d'offres sera alors limitée ou encadrée par des règles spéciales¹⁷. C'est notamment sur cette base que sera établi un régime réglementaire dérogatoire ou non au droit commun.

Dans le cas des ERA à l'étude, les contrats sont conclus, d'un côté, par des entreprises d'exploitation et d'extraction des ressources minérales qui ne sont pas contrôlées par le gouvernement et n'ont aucune mission de nature gouvernementale. De l'autre côté, les ERA sont conclues par diverses entités, suivant les communautés autochtones concernées.

L'Entente Raglan a, par exemple, été négociée par des entités incorporées : la Société Makivik, les villages nordiques et les corporations foncières de Salluit et de Kangiqsujuaq. Le caractère public ou privé de ces institutions peut être déterminé en fonction de leur statut et de leur composition ou encore de leur mission. Il s'agit, en d'autres termes, de

14. Hydro-Québec conclut notamment ce type d'ERA ; voir, par exemple, l'Entente Nanemessu-Nutashkuan.

15. La paix sociale et la stabilité politique et économique sont avantageuses pour les sociétés extractives : CANADA, AFFAIRES MONDIALES CANADA, « Le modèle d'affaires canadien : stratégie de promotion de la responsabilité sociale des entreprises pour les sociétés extractives canadiennes présentes à l'étranger », [En ligne], [www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Faits_saillants_Strategie_RSE_amelioree_1_page_FR.pdf] (27 mars 2019).

16. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 303.

17. Au Québec, la *Loi sur les contrats des organismes publics* détermine les organismes et les contrats de ces derniers qui sont soumis à des formalités particulières. Les contrats dits « publics » ou « administratifs » au Québec le sont s'ils sont couverts par cette loi ou par une autre loi particulière qui leur accorde cette qualification : *Loi sur les contrats des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, art. 3 et 4. Il n'existe pas de régime juridique particulier applicable aux contrats publics, exception faite des lois particulières qui peuvent prévoir des obligations et des formalités propres aux contrats conclus par l'Administration : Sébastien GRAMMOND, Anne-Françoise DEBRUCHE et Yan CAMPAGNOLO, *Quebec Contract Law*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, p. 33.

s'intéresser à la fois à la structure de l'entité et à son objet, ainsi qu'à la nature de ses actions¹⁸.

Dans ce cas particulier, les entités inuites signataires ont été créées dans la foulée de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* (CBJNQ)¹⁹. La Société Makivik a été formée à l'origine en 1975 pour administrer les fonds issus des compensations promises dans la CBJNQ. Créée par une loi québécoise, la Société Makivik est une personne morale, dont les membres sont les bénéficiaires inuits de la CBJNQ et dont le conseil d'administration est composé majoritairement de représentants élus dans chacune des collectivités inuites²⁰. Plus précisément, la « Société est une association à but non lucratif, sans capital-actions et sans gain pécuniaire pour ses membres ; elle est régie, sous réserve des dispositions de la présente loi, par la troisième partie de la Loi des compagnies²¹ ». L'article 5 de la *Loi sur la Société Makivik* prévoit qu'elle a notamment pour fonctions :

- 1) d'administrer l'indemnité prévue dans la CNJBQ et destinée aux Inuits et à d'autres fonds ;

18. Ainsi, dans le contexte de l'analyse du domaine d'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)] (ci-après « Charte canadienne »), les tribunaux ont dû s'intéresser aux entités visées par l'expression « gouvernement » au sens de l'article 32. La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants – Section Colombie-Britannique*, [2009] 2 R.C.S. 295, 2009 CSC 31 (utilisant principalement les principes élaborés dans l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, et dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844), distingue les acteurs des actes gouvernementaux. En résumé, l'entité sera qualifiée d'« acteur gouvernemental » selon sa nature (par exemple, une municipalité) ou selon le degré de contrôle exercé par le gouvernement sur celle-ci (à titre d'exemple, la nomination des administrateurs et le contrôle des décisions par un ministre), ou les deux à la fois. Dans une conjoncture où ces critères sont satisfaits, toutes les activités de cette entité seront considérées comme des mesures étatiques ainsi assujetties à la Charte canadienne. Autrement, il s'agira d'un acteur privé dont seulement les activités pouvant être qualifiées de gouvernementales par nature, soit des « actes gouvernementaux » (notamment, la mise en œuvre d'un programme gouvernemental), seront assujetties à la Charte canadienne.

19. QUÉBEC, SECRÉTARIAT AUX AFFAIRES AUTOCHTONES, préc., note 2.

20. « Au moins un représentant élu par chacune des communautés inuit fait partie du conseil d'administration ; il doit, au moment de son élection, être affilié à la communauté qu'il représente, conformément à la Loi sur les autochtones cris, inuit et naskapis (chapitre A-33.1), et résider habituellement avec la communauté » : *Loi sur la Société Makivik*, RLRQ, c. S-18.1, art. 16. Voir aussi les articles 27 et 30 de cette loi.

21. *Id.*, art. 4.

- 2) de promouvoir le bien-être, notamment en luttant contre la pauvreté, et l'instruction des Inuits ;
- 3) de développer les communautés inuites ;
- 4) de promouvoir, de conserver et de protéger le mode de vie, les valeurs et les traditions des Inuits²².

En somme, c'est une association de nature démocratique à composante ethnique qui a une vocation socioéconomique et culturelle²³. Comme l'explique le professeur Richard Janda, dans un texte consacré à la Société Makivik, cette dernière est réellement une entité hybride : un corps privé ayant une vocation publique²⁴.

À l'instar de la Société Makivik, les corporations foncières de Salluit et de Kangiqsuaq sont des associations à but non lucratif sans capital-actions ni gain pécuniaire pour leurs membres, soit les bénéficiaires de la CBJNQ. Elles sont administrées par un conseil d'administration et ses administrateurs sont élus par les mêmes bénéficiaires. Elles sont, au nom de ceux-ci, propriétaires et responsables de l'administration des terres de catégorie 1²⁵. Bien qu'elles soient propriétaires des terres, la loi québécoise leur interdit d'aliéner des terres de catégorie 1, sauf au gouvernement du Québec—reprenant ainsi une des caractéristiques de la politique coloniale britannique présente aussi dans le modèle des réserves prévu par la *Loi sur les Indiens*²⁶ et des titres ancestraux, tels qu'ils sont définis par la

22. *Id.*, art. 5.

23. Richard JANDA, «La structure de gouvernance hybride de la société Makivik», dans Andrée LAJOIE (dir.), *Gouvernance autochtone : aspects juridiques, économiques et sociaux*, Montréal, Thémis, 2007, p. 151.

24. D'entrée de jeu, Richard JANDA, «Why Does Form Matter – The Hybrid Governance Structure of Makivik Corporation», (2006) 30 *Vermont L.R.* 785, 785 et 786, affirme ce qui suit :

The very fact that it is a corporation rather than a cooperative or simply a project of the Inuit community already tells us that a choice was made to create a form of enterprise broadly recognizable in the wider economy. On the other hand, its not-for-profit status, its ownership structure, and its mode of governance bespeak a significant departure from the ordinary business corporation form. Such departures include the status of shareholders as the Inuit beneficiaries of the *James Bay and Northern Québec Agreement* (JBNQA), the election of community representatives to its Board of Directors, and the appointment of elders to an advisory Board of Governors. By combining elements of community and traditional governance with the limited liability and separation of ownership and control that characterize the modern business corporation under executive management, Makivik exhibits a hybrid form.

25. *Loi sur le régime des terres dans les territoires de la Baie-James et du Nouveau-Québec*, RLRQ, c. R-13.1, art. 5-7 et 109.

26. *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5, art. 37.

common law constitutionnelle²⁷. Outre qu'elle protège l'existence de ces sociétés contre toute dissolution sans l'accord du ministre, la loi québécoise prévoit ceci : « La corporation foncière doit en tout temps n'utiliser son actif que pour des fins communautaires. Elle ne peut distribuer son actif, de quelque manière que ce soit, à toute personne en tant qu'entité distincte de la communauté, ni lui verser de dividendes, lui faire de donations ou autrement l'avantager à même son actif²⁸. »

Tout comme c'est le cas pour la Société Makivik, on peut affirmer que les corporations foncières inuites possèdent un caractère hybride, puisque ces créatures formellement privées jouent un rôle tout à fait public. Or, dans son texte sur la nature hybride de la Société Makivik, Richard Janda montrait bien que la forme juridique retenue par les avocats pour lui permettre de jouer son rôle et de remplir sa mission de développement avait une importance secondaire pour les Inuits²⁹. En d'autres termes, même si la forme légale retenue peut favoriser ou limiter la capacité d'une nation autochtone d'atteindre ses objectifs ou de réaliser une mission de nature communautaire ou sociétale, cette forme ne constituait pas, aux yeux des Inuits, leur préoccupation première du moment où elle permettait d'exercer ce rôle quasi gouvernemental³⁰. Ainsi, la forme juridique retenue, dans les cas de la Société Makivik et des corporations foncières, montre que l'objectif de développement sous-jacent est intimement lié à la capacité de la société inuite de décider de ses choix en matière économique, sociale et culturelle, c'est-à-dire à la réalisation de son droit au développement, lequel est étroitement rattaché au droit à l'autodétermination³¹.

Quant aux villages nordiques de Salluit et de Kangiqsujuaq aussi parties à l'ERA, ce sont formellement des municipalités, lesquelles sont des entités publiques créées par la loi québécoise afin de mettre en œuvre la CBJNQ. Leur mission est de représenter chacune des communautés inuites³². Elles ont très clairement un statut qui leur permet d'exercer une

27. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 113.

28. *Loi sur le régime des terres dans les territoires de la Baie-James et du Nouveau-Québec*, préc., note 25, art. 14. Voir également l'article 15 pour la dissolution et la dévolution des actifs à la Société Makivik en cas de dissolution.

29. R. JANDA, préc., note 24, 792.

30. Linda O. SMIDDY, « Responding to Professor Janda – The U.S. Experience : The Alaska Native Claims Settlement Act (ANCSA) Regional Corporation as a Form of Social Enterprise », (2006) 30 *Vermont L.R.* 823, 824.

31. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés. 61/295, Doc. Off. A.G. N.U., 61^e sess., Doc. N.U. A/61/L.67 (2007), art. 3 (ci-après « DNUDPA »).

32. *Loi sur les villages nordiques et l'Administration régionale Kativik*, RLRQ, c. V-6.1, art. 13 et 16.

partie de la puissance publique, ce qui se reflète dans les pouvoirs qui leur sont délégués par la loi et par l'origine des budgets dont celle-ci dispose³³.

Dans les ERA conclues par les Innus, cette fois, deux entités distinctes sont signataires. Il y a, d'abord, la bande innue, représentée par le conseil de bande et, ensuite, des Uashaunuats, soit les Innus d'Uashat et de Mani-Utenam en tant que membres d'une collectivité distincte de la Nation Innue, comprenant les communautés innues de Uashat et de Mani-Utenam ainsi que leurs membres, les Innus de Uashat Mak Mani-Utenam, qui ont ratifié et approuvé les ERA et autorisé le conseil innu Takuaikan Uashat Mak Mani-Utenam (ITUM), soit le conseil de bande établi en vertu de la *Loi sur les Indiens*. À l'évidence, les deux entités signataires sont de nature publique³⁴. Dans un cas, c'est la collectivité ou le *demos* exerçant sa souveraineté populaire ; dans l'autre, l'entité formellement reconnue par le droit étatique pour représenter ce *demos* et qui exerce des fonctions de nature gouvernementale³⁵.

33. *Id.*, art. 18.

34. Voir Ghislain OTIS, « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada », (2004) 49 *R.D. McGill* 393, 398 et 399 (l'italique est de nous) :

[L']État s'est préoccupé du mode de désignation des chefs appelés à constituer l'*organe de direction politico-administrative qu'est le conseil de bande* [...] Bien qu'un nombre croissant de communautés soient dotées d'institutions relevant de régimes particuliers parfois protecteurs d'une autonomie politique élargie, le gouvernement de la très grande majorité des collectivités reste encore aujourd'hui organisé et opérationnalisé par la *Loi sur les Indiens*. Chaque communauté autochtone, désignée sous le vocable de « bande indienne », est dirigée, aux termes de la *Loi sur les Indiens*, par un organe collégial appelé « conseil de bande » que le Parlement fédéral investit d'une fonction de gouvernement communautaire. Tributaire de ses origines et de sa finalité coloniale, cette fonction s'exerce à bien des regards sous le contrôle, voire la tutelle, de l'administration étatique. Ainsi, l'État infléchit et mobilise les structures communautaires pour en faire l'instrument de gestion des autochtones et de leurs réserves.

35. Dans le contexte de l'application de la Charte canadienne aux municipalités, la Cour suprême, dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*, préc., note 18, par. 51, est venue expliquer que les municipalités représentent un *demos*, étant donné que « les conseils municipaux sont élus démocratiquement par les citoyens et doivent leur rendre compte de la même façon que le Parlement et les législatures provinciales sont responsables devant leur électeurat respectif. Cela [...] paraît, en soi, indiquer très fortement (mais peut-être pas de façon déterminante) qu'il s'agit de "gouvernements" au sens requis ». D'un autre angle, lorsqu'une entité représente un *demos* et exerce des fonctions de nature gouvernementale, la Cour suprême, dans le même arrêt, explique qu'il est nécessaire qu'elle « accomplisse véritablement des actes pouvant être correctement qualifiés de "gouvernementaux" et non pas simplement de "publics" » (par. 49). Selon les enseignements de la Cour suprême dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*,

Il reste que la question de la qualification des bandes indiennes n'est pas simple en droit étatique. En réalité, c'est un type unique d'entité juridique³⁶. Dans la perspective du droit étatique, les bandes consistent en une entité de nature sociétale ayant leur propre gouvernement de nature locale. En effet, en vertu de la *Loi sur les Indiens*, dont l'objectif premier était de transformer le système de gouvernance traditionnelle des peuples autochtones et de limiter l'expression de leur souveraineté originaire, les bandes sont gouvernées par un système de gouvernement local dont les pouvoirs sont attribués par la *Loi sur les Indiens*³⁷. Jack Woodward résume ainsi la situation légale, telle qu'elle se présente en droit étatique :

La bande, en tant qu'entité durable dotée de son propre gouvernement, est un type unique d'entité juridique en droit canadien. Les droits et les obligations de la bande sont tout à fait distincts des droits et obligations cumulatifs des membres de la bande... En droit, la bande constitue en elle-même une catégorie. Le droit élaborera sans nul doute des formes de procédure qui conviennent à cette catégorie spéciale de justiciables sans nécessairement suivre servilement les modèles qui existent déjà pour des regroupements de nature différente³⁸.

Ainsi, en droit étatique, la qualification juridique qu'il convient de reconnaître aux conseils de bande a constitué, pour les juristes, un défi singulier d'interprétation. La *Loi sur les Indiens* était et demeure vague quant à la nature juridique des conseils de bande, se contentant dans son ensemble de préciser les pouvoirs qui leur sont attribués. Cela a donné lieu à une jurisprudence inconstante. Il a ainsi été interprété que le conseil

[1986] 2 R.C.S. 573, par. 33, le terme «gouvernement» est strictement limité à «la branche exécutive ou administrative du gouvernement». Dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, la Cour suprême précise ceci :

[L]e principe général est qu'une fonction devient gouvernementale parce que le gouvernement a décidé de l'exercer et non parce que la fonction est en soi gouvernementale [...] [et donc,] tout dépendra, dans une large mesure, de la fonction dont il est question. Bien qu'il existe des fonctions que le gouvernement exerce depuis longtemps, comme par exemple le processus d'application du droit criminel, il y en a d'autres qui peuvent être exercées par le gouvernement dans certaines circonstances et par d'autres types d'organismes, par exemple des sociétés privées, dans d'autres circonstances. Il peut également y avoir des fonctions que le gouvernement juge ne plus devoir exercer.

36. *Bande indienne de Montana c. Canada*, [1998] 2 C.F. 3.

37. Jack WOODWARD, *Native Law*, Toronto, Carswell, 1989, p. 152.

38. *Id.*, p. 397 et 398; *Bande indienne de Montana c. Canada*, préc., note 36, par. 21. Reste que certaines lois particulières assimilent la bande à une entité juridique existante afin de faciliter l'application de leurs dispositions. Par exemple, au sens de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, les «bandes» sont des offices fédéraux, à l'instar des conseils de bande: *Frank c. Bottle*, [1994] 2 C.N.L.R. 45 (C.F.); *Jenniss c. Jenniss*, [2000] 1 C.N.L.R. 134 (Qc C.S.); *Première Nation Malécite de Viger (Conseil) c. Première Nation Malécite de Viger (Grand Chef)*, 2006 CF 187.

de bande avait un statut analogue à celui d'une autorité fédérale locale en raison des exigences de l'article 2 (3) b) de la *Loi sur les Indiens*³⁹. Il ressort également de la jurisprudence que, au regard de la *Loi sur les Cours fédérales*⁴⁰, les conseils de bande sont des offices fédéraux⁴¹. La jurisprudence a également tenté à plusieurs reprises d'assimiler les conseils de bande à des entités juridiques existantes. Par exemple, ils ont régulièrement été considérés comme des gouvernements municipaux⁴², principalement parce qu'ils détiennent des pouvoirs de gestion locale sur la réserve⁴³. Cette interprétation a cependant aussi été rejetée à quelques occasions par la jurisprudence⁴⁴. Dans l'arrêt *Whitebear Band Council v. Carpenters Provincial Council of Saskatchewan*⁴⁵, la Cour d'appel de la Saskatchewan résumait ainsi le statut des conseils de bande :

In summary, an Indian band council is an elected public authority, dependent on Parliament for its existence, powers and responsibilities, whose essential function it is to exercise municipal and government power – delegated to it by Parliament – in relation to the Indian Reserve whose inhabitants have elected it; as such it is to act from time to time as the agent of the Minister and the representative of the Band with respect to the administration and delivery of certain Federal programs for the benefit of Indians on Indian reserves, and to perform an advisory, and in some cases a decisive role in relation to the exercise by the Minister of certain of his statutory authority relative to the Reserve⁴⁶.

Dans l'arrêt *L'Alliance de la Fonction publique du Canada c. Francis*⁴⁷, la Cour suprême du Canada donne la définition laconique suivante du conseil de bande : « groupe de personnes désigné auquel les dispositions de la *Loi sur les Indiens* attribuent un rôle particulier⁴⁸ ».

39. Robert A. REITER, *The Law of First Nations*, Edmonton, Juris Analytica Publishing, 1996, p. 82.

40. *Loi sur les Cours fédérales*, préc., note 38.

41. *Gabriel v. Canatonquin*, [1978] 1 F.C. 124, conf. par *Canatonquin v. Gabriel*, [1980] 2 F.C. 792 (C.A.); *Première Nation Malécite de Viger (Conseil) c. Première Nation Malécite de Viger (Grand Chef)*, préc., note 38; *Jenniss c. Jenniss*, préc., note 38.

42. *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Francis et autres*, [1982] 2 R.C.S. 72, 78; *Gabriel v. Canatonquin*, préc., note 41; *Isolation Sept-Îles inc. c. Bande des Montagnais de Sept-Îles et Maliotenam*, [1987] R.J.Q. 2063 (C.S.); *Première Nation Malécite de Viger (Conseil) c. Première Nation Malécite de Viger (Grand Chef)*, préc., note 38.

43. *Gabriel v. Canatonquin*, préc., note 41.

44. *Canadien Pacifique ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1996] 3 C.F. 373.

45. *Whitebear Band Council v. Carpenters Provincial Council of Saskatchewan*, [1982] W.W.R. 554 (Sask. C.A.).

46. *Id.*, par. 19.

47. *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Francis et autres*, préc., note 42.

48. *Id.*, 78.

Dans la perspective du droit civil québécois, une décision tend à reconnaître aux conseils de bande le statut d'association⁴⁹. Un jugement de la Cour du Québec a déjà attribué au conseil de bande le statut de personne morale de droit public⁵⁰, ce qui est cependant rejeté par un courant jurisprudentiel majoritaire⁵¹. En clair, le conseil de bande reste une créature légale *sui generis*⁵² difficilement assimilable à toute autre forme d'entité, mais dont la nature et la mission publique sont aussi difficilement contestables.

En plus de la collectivité et de ses représentants au sens du droit étatique, soulignons que les préambules des ententes Tata Steel et Iron Mines prévoient aussi que les familles, et particulièrement les familles uashaunnuates les plus touchées par le projet, consentent à l'entente et autorisent leurs représentants à conclure cette dernière⁵³. Ces familles, ni personnes physiques ni personnes morales au sens du droit étatique, n'ont pas de statut juridique reconnu en droit québécois ou canadien : ce sont néanmoins des acteurs du droit coutumier innu⁵⁴.

1.2 Les sources de la capacité de contracter des parties aux ententes sur les répercussions et les avantages : le droit commun et le droit inhérent de se gouverner

Pour les entreprises qui concluent des ERA, les sources de la capacité de contracter se trouvent à être énoncées dans le droit commun⁵⁵. De plus, les entreprises peuvent ici devoir répondre à des obligations légales⁵⁶, à

49. *Banque de Montréal c. Innus (Les Montagnais) d'Unamen Shipu (La Romaine)*, 2006 QCCS 4775, par. 15.

50. *Durepos c. Pakua Shipi Construction inc.*, 2006 QCCQ 6715.

51. *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Francis et autres*, préc., note 42; *Bande indienne de Montana c. Canada*, préc., note 36; *Banque de Montréal c. Innus (Les Montagnais) d'Unamen Shipu (La Romaine)*, préc., note 49, par. 9.

52. *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Francis et autres*, préc., note 42, 78; *Whitebear Band Council v. Carpenters Provincial Council of Saskatchewan*, préc., note 45.

53. Entente Tata Steel, préambule; Entente Iron Mines, préambule.

54. Voir notamment Jacques LEROUX, «Le contrôle territorial ou posséder ce que l'on protège chez trois peuples algonquiens du Québec», dans Pierre NOREAU (dir.), *Gouvernance autochtone : reconfiguration d'un avenir collectif. Nouvelles perspectives et processus émergents*, Montréal, Thémis, 2010, p. 101, à la page 127.

55. C.c.Q., art. 303.

56. Par exemple, au Yukon, selon l'article 68 de la *Loi sur le pétrole et le gaz*, L.R.Y. 2002, c. 162, aucune activité pétrolière ou gazière ne peut être menée sous l'égide de cette loi sans qu'une ERA soit conclue avec les Premières Nations touchées par ledit projet. Certaines lois similaires dans les autres provinces et territoires contraignent seulement à consulter les Premières Nations avant l'obtention d'un permis; voir notamment la

des normes de certification⁵⁷ ou encore aux politiques de responsabilité sociale adoptées par les dirigeants ou les assemblées d'actionnaires⁵⁸. Dans cette optique, les ERA constituent un moyen, pour ces entreprises, de clamer leur respect des droits des populations locales, notamment les droits de la personne liés aux peuples autochtones, parmi lesquels on compte en particulier le droit au consentement préalable, libre et éclairé ou encore le droit à la consultation⁵⁹. Au-delà du discours des entreprises sur leur responsabilité sociale, il semble que ce soit, aussi et surtout, l'incertitude économique créée par l'absence de reconnaissance formelle des droits

Loi sur les mines, L.R.O. 1990, c. M-14, art. 78.3, en Ontario. Les obligations sont également issues d'accords de revendications territoriales globales : *Accord sur des revendications territoriales entre les Inuit du Labrador et Sa Majesté la Reine du chef de Terre-Neuve-et-Labrador et Sa Majesté la Reine du chef du Canada*, 2005, chap. 7, partie 7.7. [En ligne], [www.publications.gc.ca/collections/collection_2008/inac-ainc/R2-391-2005F.pdf] (14 février 2019); *Accord entre les Inuit de la région du Nunavut et Sa Majesté la Reine du chef du Canada*, 1993, voir le chapitre 26, plus particulièrement 26.3.3 d), [En ligne], [www.publications.gc.ca/collections/Collection/R32-134-1993F.pdf] (14 février 2019); sur l'encadrement légal de ces ententes, voir : Sandra GOGAL, Richard REIGERT et JoAnn JAMIESON, « Aboriginal Impact and Benefit Agreements : Practical Considerations ? », (2005) 43 *Alta. L. Rev.* 129; Courtney RILEY FIDLER, *Aboriginal Participation in Mineral Development : Environmental Assessment and Impact and Benefit Agreements*, mémoire de maîtrise, Vancouver, Faculté des études supérieures, Université de la Colombie-Britannique, 2008, p. 26; Irene SOSA et Karyn KEENAN, « Impact Benefit Agreements Between Aboriginal Communities and Mining Companies : Their Use in Canada », 2001, p. 20, [En ligne], [metisportals.ca/MetisRights/wp/wp-admin/images/Impact%20Benefit%20Agreements%20-%20Mining.pdf] (10 octobre 2018).

57. Les trois systèmes de certification forestière reconnus par le gouvernement québécois, soit l'Association canadienne de normalisation (Canadian Standards Association ou CSA), le Forest Stewardship Council (FSC) et la Sustainable Forestry Initiative (SFI), mettent l'accent dans leurs normes d'évaluation sur la reconnaissance et le respect des droits des peuples autochtones, ainsi que sur la participation de ces communautés à un projet. Plus précisément, le critère 3.3 du FSC requiert que l'exploitant forestier conclue un accord contraignant avec la population autochtone visée lui permettant de garder un certain contrôle sur la gestion de l'exploitation : FSC, « Principes et Critères de Gestion forestière FSC », 2012, [En ligne], [www.ca.fsc.org/preview.principles-et-critres-du-forest-stewardship-council-v5.a-385.pdf] (17 octobre 2018). Voir également : SFI, « Normes et règles SFI 2015-2019. Normes, règle d'utilisation des labels, procédures et conseils », 2015, [En ligne], [www.sfi-program.org/files/pdf/sfi-2015-2019-standards-and-rules-french/] (7 novembre 2018); CSA, « Sustainable Forest Management », 2008, [En ligne], [www.canfor.com/docs/responsibility/csa-standards.pdf?sfvrsn=0] (7 novembre 2018).
58. FORUM DES POLITIQUES PUBLIQUES, préc., note 8.
59. Le concept de « projet de développement majeur » est notamment utilisé dans la DNUDPA, à son article 32, lequel exige la consultation et la coopération en vue d'obtenir le consentement préalable, libre et éclairé dans de tels cas de figure.

ancestraux qui les incite à conclure des ERA⁶⁰. Au Québec, les entreprises ne sont pas contraintes de conclure de telles ententes. Lorsqu'elles le font, c'est sur une base strictement volontaire et à des fins stratégiques.

À l'instar de ces entreprises, la Société Makivik et les corporations foncières inuites ont une capacité de contracter qui trouve sa source, en droit étatique, dans le droit commun. Sous réserve de ce que nous avons mentionné précédemment sur l'importance secondaire de la forme juridique qui a été attribuée à leurs autorités publiques, notons que ces entités ont, en effet, été incorporées et que, de ce fait, le droit étatique leur reconnaît la capacité de contracter.

La source de la capacité de contracter de la nation inuite et de son conseil de bande se distingue, toujours du point de vue étatique, de celle des organisations inuites et de celle des entreprises. En fait, comme les bandes et les conseils de bande sont des entités *sui generis*, les lois semblent insuffisantes pour comprendre la source du pouvoir de contracter des nations et de leurs représentants.

En droit étatique, ce sont les pouvoirs de la bande et de son conseil, tels qu'ils sont encadrés par la *Loi sur les Indiens*, qui permettent de comprendre les assises juridiques sur lesquelles s'appuient ces entités afin de conclure des ERA. En outre, l'article 81 de la *Loi sur les Indiens* accorde le pouvoir au conseil de bande d'adopter des règlements administratifs dans les matières énumérées et pour « toute question qui découle de l'exercice des pouvoirs prévus par le présent article, ou qui y est accessoire⁶¹ ».

En d'autres termes, les pouvoirs accordés au conseil de bande par la *Loi sur les Indiens* sont ceux d'un gouvernement local⁶². Cependant, ces pouvoirs ne comprennent pas expressément la compétence de conclure des ententes de la nature des ERA, lesquelles englobent un territoire qui déborde les limites de la terre de la réserve. La source de cette capacité juridique demeure, en droit étatique, ambiguë. Le juge Grammond s'est intéressé, il y a longtemps déjà, à la question de la qualification juridique

60. C. FIDLER et M. HITCH, préc., note 7, à la page 58 :

Canada's « free entry » system gives mining companies the right to access and explore Crown land. Although there is no legal requisite for companies to consult with aboriginal groups at this exploration stage, many do, because alternatives may entail aboriginal opposition delaying the process for the company to proceed – or even litigation to prevent the company from staking a claim. This suggests that IBAs have come about, not because of an increase in social responsibility, but because of a desire by proponents to reduce uncertainty.

61. *Loi sur les Indiens*, préc., note 26, art. 81 (1) q). Voir aussi l'article 83.

62. R. REITER, préc., note 39, p. 456.

de la CBJNQ⁶³. Dans un article, il résumait ainsi la situation : « Le cas des bandes indiennes est quelque peu obscur, puisque la *Loi sur les Indiens* ne leur accorde pas expressément la personnalité juridique. Cependant, la jurisprudence tend de plus en plus à leur reconnaître non seulement la capacité d'ester en justice et de représenter leurs membres, mais aussi une capacité générale de contracter⁶⁴. »

Dans l'arrêt *Telecom Leasing Canada (TLC) Ltd. v. Enoch Indian Band of Stony Plain Indian Reserve No. 135*⁶⁵, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta reconnaissait la capacité générale des conseils de bande de contracter : « I take this statement to entail that Indian bands have the power generally to contract and to enter into commercial agreements⁶⁶. »

La jurisprudence a exigé le respect des formalités prévues dans la *Loi sur les Indiens*, lorsqu'elles sont applicables⁶⁷, estimant que la validité du contrat en dépend⁶⁸. Dans l'ensemble, on peut en conclure que les pouvoirs inhérents de contracter des conseils de bande ont bel et bien été reconnus par la jurisprudence⁶⁹, mais aussi par la doctrine qui rejette l'interprétation restrictive voulant que le conseil de bande ne puisse agir qu'en vertu des pouvoirs que lui attribue la *Loi sur les Indiens*⁷⁰.

En somme, si les textes de loi restent vagues quant à la capacité des Premières Nations et des conseils de bande de contracter, il convient de

63. Sébastien GRAMMOND, « Les effets juridiques de la *Convention de la Baie James* au regard du droit interne canadien et québécois », (1992) 37 *R.D. McGill* 761.

64. *Id.*, 769.

65. *Telecom Leasing Canada (TLC) Ltd. v. Enoch Indian Band of Stony Plain Indian Reserve No. 135*, [1994] 1 C.N.L.R. 206 (Alta. Q.B.).

66. *Id.*, 208.

67. *Isolation Sept-Îles inc. c. Bande des Montagnais de Sept-Îles et Maliotenam*, préc., note 42.

68. *Id.*

69. *Gitga'at Development Corp. v. Hill*, 2007 BCCA 158, par. 27; *Clow Darling Ltd. v. Big Trout Lake Band (Dist.Ct.)*, [1989] O.J. No. 3168, 70 O.R. (2d) 56 (Dist. Ct.). L'origine de la reconnaissance des pouvoirs inhérents de contracter semble découler de la reconnaissance du pouvoir inhérent d'ester et de se faire poursuivre en justice à partir des années 70; voir à ce sujet : *Westbank Indian Band v. Derrickson*, [1976] B.C.J. No. 189, 9 C.N.L.C 160, par. 17 (B.C. S.C.); *JOE et al. v. Findlay*, [1978] B.C.J. No. 1221, 87 D.L.R. (3d) 239, par. 7 (B.C. S.C.); *Squamish Band of Indians v. Findlay*, [1987] B.C.J. No. 20, 12 B.C.L.R. (2d) 166, par. 29-33 (B.C. S.C.). Fort de cette reconnaissance, le Conseil a vu le nombre de pouvoirs inhérents augmenter sans cesse, y compris celui de contracter : voir la liste dans l'affaire *West Moberley First Nations v. British Columbia*, [2007] B.C.J. No. 1929, 2007 BCSC 1324, par. 50 (B.C. S.C.).

70. Anthony GATENSBY, « The Legal Obligations of Band Councils : The Exclusion of Off-Reserve Members from Per-Capita Distributions », (2014) 12 *Indigenous L.J.* 1, par. 21.

souligner que les tribunaux ont néanmoins reconnu une telle capacité en ayant recours à une approche pragmatique. La situation « unique », « spéciale » ou « *sui generis* », découlant principalement des rapports coloniaux établis de longue date dans laquelle se trouvent les peuples autochtones, justifie au final cette approche. Rappelons que, indépendamment de ce qu'en dit le droit étatique, les nations autochtones ont signé des traités politiques et économiques depuis les premiers contacts avec les Européens et continuent de conclure de telles ententes avec les gouvernements (ex. : traités de paix, alliances économiques, traités de cession, accords de revendications territoriales, accords sectoriels) et les personnes physiques ou morales (ex. : employés, fournisseurs). Or, la validité de ces accords et la capacité des peuples autochtones de les conclure sont, de nos jours, reconnues tant par les autorités fédérales et provinciales que par les tribunaux⁷¹. Du reste, il faut bien voir que cette capacité existait avant l'intensification des processus de colonisation, lesquels avaient pour objectifs d'en diminuer la portée, mais ne l'ont jamais éliminée. Dans ce contexte, il semble que la source de la capacité de contracter des peuples autochtones ne se trouve pas (du moins pas uniquement) dans le droit étatique, mais aussi dans la souveraineté originaire des peuples autochtones. Cette souveraineté se traduit par la capacité des peuples autochtones de s'autodéterminer, c'est-à-dire de prendre des décisions politiques et économiques pour leur avenir collectif.

Ainsi, tout comme les gouvernements fédéral et provinciaux, entités qui ont clairement une nature publique, la nation innue et le conseil de bande qui la représente⁷², de même que les Inuits dont la forme gouvernementale

71. Voir les principales décisions de la Cour suprême sur le sujet : *Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313 ; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29 ; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387 ; *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187 ; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901 ; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025 ; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771 ; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507 ; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139 ; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 27 ; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393 ; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456 ; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33 ; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388, 2005 CSC 69 ; *R. c. Sappier* ; *R. c. Gray*, [2006] 2 R.C.S. 686, 2006 CSC 54 ; *R. c. Morris*, [2006] 2 R.C.S. 915, 2006 CSC 59. Pour un résumé doctrinal des principes découlant de ces arrêts, voir : Sébastien GRAMMOND, « Treaties as Constitutional Agreements », dans Peter OLIVER, Patrick MACKLEM et Nathalie DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017, p. 305 ; Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., Toronto, Carswell, 2011, n^{os} 28-34–28-37 ; Thomas ISAAC, *Aboriginal Law. Commentary and Analysis*, Saskatoon, Purich Publishing, 2012, p. 108-186.

72. Voir d'ailleurs la clause 16.8 de l'Entente Tata Steel, où la possibilité de la cession de l'ERA à une autre organisation politique est admise dans la mesure où celle-ci « représente tous les Uashaunnuat ».

est dissimulée par son cadre légal de droit privé, sont des instances fondamentalement, et par leur essence même, publiques. En effet, elles ont pour mission et vocation de représenter un *demos* politique à des fins sociales, politiques, culturelles et économiques.

La question de la capacité des parties n'épuise toutefois pas entièrement celle de la qualification des ERA, puisque les gouvernements, les autorités autochtones et les entreprises privées peuvent tous conclure des contrats de nature privée ou commerciale. C'est pourquoi, en plus de la dimension publique du cocontractant autochtone, laquelle ressort tant de sa structure que de ses fonctions, il devient pertinent de s'intéresser au contenu du contrat. Dans la deuxième partie de notre texte, nous nous pencherons dès lors sur la dimension collective de l'objet et des principales obligations prévues par les ERA.

2 L'objet et les obligations au cœur des ententes sur les répercussions et les avantages : une dimension collective largement sous-estimée

Nous prendrons ici pour point de départ l'état du droit québécois afin de favoriser la réflexion sur la dimension publique, sociétale ou collective des ERA. D'une part, nous nous intéresserons à la conception que se fait le droit québécois des ressources naturelles, plus particulièrement des ressources minérales ; d'autre part, nous porterons notre regard sur la conception que se fait le droit québécois des obligations contenues dans les dispositions des ERA.

2.1 L'objet principal du contrat : l'extraction de ressources du domaine de l'État

Considérant la nature du projet envisagé par les promoteurs lorsqu'ils planifient l'extraction ou l'exploitation de ressources sur un territoire, il importe de reconnaître d'emblée le caractère privé ou commercial de la cause du contrat. La priorité des investisseurs et des entreprises qui concluent des ERA est de continuer à prospérer. L'objectif des promoteurs qui négocient et concluent des ERA est, dans ce contexte, d'établir une relation de confiance avec les communautés autochtones et d'obtenir leur consentement de manière à assurer la réalisation de leurs projets : « [f]or industry actors, IBAs are therefore first and foremost a legally binding means to secure Indigenous consent for the project and ensure greater legal stability and certainty⁷³ ». À tout le moins, leur objectif sera d'éliminer les

73. Martin PAPILLON et Thierry RODON, « Proponent-Indigenous Agreements and the Implementation of the Right to Free, Prior, and Informed Consent in Canada », *Environmental Impact Assessment Review*, vol. 62, 2017, p. 216, à la page 220.

causes potentielles de mécontentement populaire qui pourraient freiner le projet envisagé. En ce sens, on comprend que les ERA soient qualifiées de contrats privés ou commerciaux par les promoteurs.

Reste que les ERA ont un caractère singulier du fait que leur conclusion favorise la réalisation d'un projet d'exploration, d'extraction ou d'exploitation de ressources qui, elles, sont de propriété publique et appartiennent dès lors à l'État au nom de la collectivité québécoise⁷⁴. En effet, les projets miniers à l'étude sont situés sur le Nitassinan, territoire innu non cédé, mais où s'appliquent les lois québécoises d'application générale en matière de propriété et de ressources. La *Loi constitutionnelle de 1867*⁷⁵ prévoit dans son article 109 que les terres, mines et minéraux détenus par une province au moment de son entrée en vigueur sont sa propriété, sous réserve des intérêts qui grèvent ces terres, tels que les droits ancestraux et le titre ancestral⁷⁶. En d'autres termes, le droit québécois dispose que les parties du territoire québécois qui ne sont pas la propriété de personnes (physiques ou morales) sont la propriété de l'État⁷⁷, ce qui comprend les « biens sans maîtres » (*res nullius*)⁷⁸ et « [l]e lit des lacs et des cours d'eau navigables et flottables [...] jusqu'à la ligne des hautes eaux⁷⁹ ». Suivant Pierre Labrecque, le droit de l'État doit être exercé dans l'intérêt de la collectivité⁸⁰, ce qui a pour effet de l'assujettir à des limites ou à des protections particulières (ex. : insaisissabilité, protection contre les exécutions forcées)⁸¹.

74. Pierre LABRECQUE, *Le domaine public foncier au Québec. Traité de droit domaniaal*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 29. Les terres du domaine de l'État, selon le vocable employé en droit québécois, sont régies par des lois particulières qui en permettent la gestion : par exemple, la *Loi sur les terres du domaine de l'État*, RLRQ, c. T-8.1.

75. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

76. *St. Catherines Milling and Lumber Company v. The Queen*, [1888] UKPC 70 : suivant cette affaire, le « titre ancestral » constituerait un tel intérêt. Depuis l'arrêt *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S 256, 2014 CSC 44, il semble que la Couronne fédérale ne soit plus dans l'obligation d'obtenir la cession des droits territoriaux pour que la province puisse exploiter les terres grevées du titre aborigène. La province doit toutefois justifier l'atteinte au droit en obtenant le consentement de la communauté. La Cour suprême aborde peu la question de l'indemnisation dans cette affaire.

77. C.c.Q., art. 918.

78. *Id.*, art. 935 et 936.

79. *Id.*, art. 919.

80. P. LABRECQUE, préc., note 74, p. 15.

81. *Id.*, p. 23.

Or, la propriété publique sur le territoire québécois est, en vertu du droit québécois, celle de la Couronne provinciale⁸². Les droits qui y sont rattachés sont exercés par l'État québécois au nom des citoyens du Québec⁸³. L'obligation d'exercer le droit de propriété collective des terres a aussi pour conséquence d'avoir à en faciliter l'accès au public, le tout en fonction de l'intérêt de la collectivité québécoise dit « intérêt public⁸⁴ ». Se superposeront à ces lois les droits et les obligations découlant de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁸⁵. Au Nitassinan, les droits fonciers collectifs des Innus, bien qu'ils aient été reconnus et confirmés par la Constitution, n'ont pas encore fait l'objet d'une reconnaissance par le judiciaire ni par le politique. Du coup, seules demeurent des obligations de la Couronne d'agir honorablement dans la gestion de ces territoires⁸⁶. Il va

-
82. Jacques BROSSARD et autres, *Le territoire québécois*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970, p. 220. La Couronne fédérale dispose également de propriétés sur le territoire québécois. Suivant la Constitution, toute propriété foncière qui n'est pas précisément attribuée au fédéral revient à la province. Ainsi, la *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 75, prévoit que certains biens désignés (ports publics, canaux, etc.) sont la propriété de la Couronne fédérale : P. LABRECQUE, préc., note 74, p. 103-105. En clair, en dehors des biens désignés, les biens publics appartiennent à la Couronne provinciale.
83. La propriété sur les terres du domaine de l'État comprend un vaste éventail de droits : droit d'user, de jouir, de disposer d'un bien (C.c.Q., art. 947) ; droit à ce que produit le bien et à ce qui s'y unit (C.c.Q., art. 948) ; droit aux fruits et aux revenus du bien (C.c.Q., art. 949).
84. Ainsi, l'article 53 de la *Loi sur les terres du domaine de l'État*, préc., note 74, affirme que, sous réserve des lois et des règlements applicables, « [t]oute personne peut passer sur les terres du domaine de l'État » ; voir aussi l'article 920 C.c.Q. L'État québécois peut par exemple faciliter et contrôler cet accès à des fins récréatives, notamment par l'entremise de zones d'exploitation contrôlées (*Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, RLRQ, c. C-61.1, art. 104) ou de réserves fauniques (*id.*, art. 111). Il peut, dans le même dessein mais à des fins commerciales, octroyer des droits d'exploitation des ressources naturelles comme les ressources forestières : à titre d'exemple, la *Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier*, RLRQ, c. A-18.1, prévoit différents droits d'exploitation des ressources forestières assortis de modalités et de conditions (par exemple, le permis d'intervention) ou des ressources minières ; la *Loi sur les mines*, RLRQ, c. M-13.1, contient également différents droits d'exploitation aussi accompagnés de modalités et de conditions (par exemple, le claim, le bail minier, le bail d'exploitation de pétrole et de gaz naturel ou les concessions minières).
85. *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 18.
86. R. c. *Van der Peet*, préc., note 71, par. 311 ; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 27, par. 168 ; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550, 2004 CSC 74, par. 23-47 ; *Nation Haida c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 16-51 ; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, préc., note 71, par. 51-56 ; *Rio Tinto Alcan inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, [2010] 2 R.C.S. 650, 2010 CSC 43, par. 31-54 ; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/*

de soi que le droit contribue ainsi à la dépossession territoriale des Innus, lesquels rejettent cette façon de voir les choses.

Quant aux ressources minérales de manière spécifique, le droit québécois énonce qu'elles sont également la propriété de l'État. Arnaud Gingras-Tremblay résume ainsi la situation :

Le principe de droit commun établi par le *Code civil* prévoit que la propriété du sol emporte celle du dessus et du dessous. Cependant, ce principe est tempéré par le fait que le propriétaire doit notamment respecter les droits publics sur les mines. En ce qui a trait aux droits miniers réels immobiliers, la *Loi sur les mines* édicte d'abord qu'ils constituent une propriété distincte du sol sur lequel ils portent. Cet article est déclaratoire. Ainsi, ils constituent un régime d'exception au principe établi à l'article 951 du *Code civil*. Or, à qui revient la propriété de ces droits si ce n'est pas au propriétaire du sol ? L'article 3 de la *Loi sur les mines* indique que le droit aux substances minérales, sauf celles de la couche arable, fait partie du domaine de l'État. Ce principe s'applique sous réserve des articles 4 et 5 de la même loi, lesquels prévoient que le droit aux substances minérales ne fait pas partie du domaine de l'État dans certaines circonstances⁸⁷.

Cet auteur ajoute :

L'État québécois est donc, en vertu de ces lois, propriétaire des droits sur les ressources minérales se trouvant sur le territoire de la Province. Ce droit de propriété l'autorise à concéder des droits réels immobiliers par le biais des différents titres dont la *Loi sur les mines* permet l'octroi. Ces droits réels constituent cependant une propriété distincte de celle du sol sur lequel il porte. Conséquemment, une personne peut détenir des droits réels sur les ressources minérales présentes dans un sol dont elle n'a pas la propriété.

En fait, ces droits sont des démembrements du droit de propriété de la Couronne provinciale sur le tréfonds. Le titulaire d'un bail minier ou d'une concession minière a, selon la *Loi sur les mines*, les droits et obligations d'un propriétaire. Cependant, la majorité des droits miniers réels immobiliers ne sont pas constitutifs du droit de propriété. Le droit le plus développé octroyé en vertu de la *Loi sur les mines* est le bail minier qui accorde des droits similaires à celui du propriétaire au titulaire du bail. Ce droit est cependant assorti de limitations importantes. Selon Lamontagne et Brisset des Nos, le régime minier québécois n'accorde pas de réels droits de propriété aux titulaires de droits miniers, il s'agirait plutôt de droits distincts.

Carmacks, [2010] 3 R.C.S. 103, 2010 CSC 53, par. 40-47; *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, [2013] 2 R.C.S. 227, 2013 CSC 26, par. 26-31; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2013] 1 R.C.S. 623, 2013 CSC 14, par. 213; *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, [2017] 1 R.C.S. 1069, 2017 CSC 40, par. 19-42; *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, [2017] 1 R.C.S. 1099, 2017 CSC 41, par. 29-46; *First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon*, [2017] 2 R.C.S. 576, 2017 CSC 58, par. 52; *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, par. 30-49.

87. Arnaud GINGRAS-TREMBLAY, *Le régime minier et la reconnaissance judiciaire d'un titre ancestral sur le territoire québécois : un arrimage imparfait*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2017, p. 84 et 85.

La question de la propriété immobilière des ressources minérales est éminemment plus complexe que celle concernant les droits de propriété mobilière. En effet, une fois que les ressources minérales sont extraites ou séparées du sol, elles acquièrent la qualification de biens meubles. Leur propriétaire est donc en droit de les transformer ou de les aliéner à la suite de leur extraction⁸⁸.

En d'autres termes, le droit québécois pose le principe de la domanialité des ressources minérales⁸⁹. Tant que les ressources minérales sont rattachées au sol, elles demeurent la propriété de l'État. L'extraction des ressources fait en sorte d'en changer la nature légale, leur permettant alors d'être, par exemple, vendues ou transformées. Dans ce contexte, les contrats conclus entre les minières et les peuples autochtones, sous forme d'ERA, portent légalement sur une partie du domaine de l'État, et ce, tant et aussi longtemps que la ressource n'a pas été extraite.

Soulignons par ailleurs que la mine Raglan se situe sur des terres de catégorie III, telles qu'elles sont décrites par la CBJNQ. En vertu de cette dernière, ces terres font partie du domaine public québécois⁹⁰. Sauf pour les régimes spéciaux de droits prévus dans la CBJNQ, la *Loi sur les mines* s'applique à ces terres et aux ressources qui s'y trouvent⁹¹.

Enfin, d'autres éléments naturels, qui peuvent aussi faire l'objet de projets visés par des ERA, sans être la propriété de l'État, ont un usage commun à tous⁹². L'air et l'eau, sous certaines conditions, font partie de cette catégorie⁹³, comme le rappelle le préambule de la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*⁹⁴. Quant aux forêts, le préambule de la *Loi sur l'aménagement*

88. *Id.*, p. 85 et 86.

89. La question de l'harmonisation entre la common law constitutionnelle se rapportant au titre ancestral et le droit minier québécois est étudiée en profondeur dans *id.* : cet auteur conclut que, advenant la reconnaissance judiciaire du titre ancestral sur le territoire du Québec, le régime minier québécois ne serait pas conforme aux droits territoriaux des peuples autochtones.

90. CBJNQ, art. 2.10 et 7.3.1.

91. *Loi sur les mines*, préc., note 84, art. 3 et 5; C.c.Q., art. 918. La mine Raglan se situe entre les communautés de Kangiqsujuaq et de Salluit, sur un territoire non précisément catégorisé (CBJNQ, p. 593-597; carte, p. 27). Ainsi, selon l'article 1.6 de la CBJNQ, les terres qui ne sont pas catégorisées autrement sont de la résiduaire catégorie III. Selon l'article 2.10, les terres de catégorie III sont de compétence législative du Québec.

92. C.c.Q., art. 913 : « Certaines choses ne sont pas susceptibles d'appropriation; leur usage, commun à tous, est régi par des lois d'intérêt général et, à certains égards, par le présent code. L'air et l'eau qui ne sont pas destinés à l'utilité publique sont toutefois susceptibles d'appropriation s'ils sont recueillis et mis en récipient. »

93. *Id.*

94. *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et favorisant une meilleure gouvernance de l'eau et des milieux associés*, RLRQ c. C-6.2 : voir notamment le préambule.

*durable du territoire forestier*⁹⁵ explique qu'elles « occupent un immense territoire et qu'elles constituent un bien collectif inestimable pour les générations actuelles et futures ». En somme, la propriété collective⁹⁶ du territoire et des ressources (minérales, forestières, hydriques et même fauniques) est un principe cardinal du droit québécois⁹⁷. En donnant le feu vert à des projets d'extraction ou d'exploitation, les ERA jouent un rôle névralgique dans la gestion de ces ressources.

2.2 Les obligations prévues dans les ententes : le consentement et l'exercice de droits collectifs, les atténuations des impacts et les avantages collectifs négociés

La lecture des ententes négociées avec les entreprises minières, que ces ERA aient été conclues par les Inuits ou par les Innus, montre bien que leur dimension sociale est largement sous-estimée par le discours du « contrat privé ». À partir des différentes clauses de ces ententes, nous démontrerons ci-dessous que les mesures d'atténuation des impacts environnementaux, les droits ancestraux au fondement de l'ERA, le consentement de même que les avantages obtenus le sont tous, sauf exception, au nom et au bénéfice de sociétés politiques. Une dimension individuelle existe certes, puisque — nécessairement — les mesures négociées au profit des communautés le sont aussi au bénéfice de leurs membres, ou de certains d'entre eux, individuellement (pensons aux entrepreneurs, aux travailleurs, aux aînés, aux femmes, aux chasseurs ou aux jeunes, etc.).

Dès leur préambule, toutes les ententes que nous avons étudiées mettent clairement en lumière le caractère collectif des enjeux sous-jacents : « les Uashaunnuat affirment le titre indien, des droits ancestraux et des droits issus de traités » à l'égard du territoire visé et qui sera touché par le projet, tant au Québec qu'à Terre-Neuve-et-Labrador et qu'en conséquence leur consentement est requis avant la réalisation du projet⁹⁸. Ou encore : « Inuits have rights, titles, claims and interests in mainland Nunavik pursuant

95. *Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier*, préc., note 84, préambule.

96. Ce ne sont toutefois pas des « bien(s) commun(s) », soit des biens « qui [ne sont] pas susceptible[s] d'appropriation et dont l'usage est commun à tous » : Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, s.v. « Bien(s) commun(s) ». Voir l'article 913 C.c.Q.

97. Voir notamment : *Loi sur les mines*, préc., note 84, préambule ; *Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier*, préc., note 84, préambule ; *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et favorisant une meilleure gouvernance de l'eau et des milieux associés*, préc., note 94, préambule ; *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, préc., note 84, disposition préliminaire.

98. Entente Tata Steel, préambule ; Entente Iron Mines, préambule ; Entente ArcelorMittal, préambule.

to the [CBJNQ] and claim to have rights, titles, claims and interests in the offshore area surrounding Québec and Labrador, which are currently the subject of negotiations with the Government of Canada⁹⁹. » Dans l'Entente Iron Mines, l'entreprise reconnaît l'existence possible des droits et admet que le projet aura des incidences sur les Uashaunnuats et le territoire¹⁰⁰. L'Entente Tata Steel ne reconnaît pas formellement les droits constitutionnels des Uashaunnuats, mais concède plutôt que ces derniers les font valoir vigoureusement et que, en tout état de cause, l'ERA n'a pas d'incidence sur ces droits¹⁰¹. L'Entente ArcelorMittal va plus loin en affirmant ne faire aucune admission, mais souhaitant néanmoins conclure une entente afin d'obtenir le consentement des Uashaunnuats¹⁰². Cette ERA se distingue des autres en ce qu'elle vise un projet d'extension de travaux antérieurs, lesquels ont porté atteinte aux droits territoriaux des Innus par leur impact important sur le territoire¹⁰³. À ce titre, elle permet à l'entreprise d'obtenir quittance pour tous les dommages-intérêts, passés ou à venir, concernant les projets antérieurs et actuels¹⁰⁴. Compte tenu des incidences environnementales, mais aussi des atteintes passées ou envisagées à l'exercice des droits des groupes visés, toutes les ERA affirment souhaiter en arriver à établir une « relation fondée sur le respect mutuel¹⁰⁵ » ou encore la confiance¹⁰⁶; les ententes ArcelorMittal et Raglan ajoutant à cela vouloir une ERA fondée sur la « certitude¹⁰⁷ ». Les incidences dénoncées portent sur des droits « revendiqués », dont le caractère collectif, à l'instar des droits issus de traités, a été largement admis par la doctrine¹⁰⁸

99. Entente Raglan (projet du 25 janvier 1995), préambule.

100. Entente Iron Mines, préambule.

101. Entente Tata Steel, cl. 4.2.

102. Entente ArcelorMittal, préambule.

103. *Id.*, préambule.

104. *Id.*, préambule et cl. 3.3. Le préambule énonce aussi que l'Entente ArcelorMittal comprend tous les avantages globaux et maximaux pour les Uashaunnuats et pour les autres peuples autochtones.

105. Entente Tata Steel, préambule.

106. Entente Raglan (projet du 25 janvier 1995), préambule : on y fait mention de « confiance » et de « trust ».

107. Entente ArcelorMittal, préambule ; Entente Raglan (projet du 25 janvier 1995), préambule.

108. Sébastien GRAMMOND, *Terms of Coexistence. Indigenous Peoples and Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2013, p. 251 ; Sébastien GRAMMOND, *Les traités entre l'État canadien et les peuples autochtones*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 85 et 86. Voir aussi : Ghislain OTIS, « Constitutional Recognition of Aboriginal and Treaty Rights : A New Framework for Managing Legal Pluralism in Canada ? », (2014) 46 *J. Leg. Pluralism & Unofficial L.* 320, 329 ; Geneviève MOTARD, *Le principe de personnalité des lois comme voie d'émancipation des peuples autochtones ? Analyse critique des ententes d'autonomie gouvernementale au Canada*, thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2013, p. 35-39 ; T. ISAAC, préc., note 71, p. 75 ; Brent

et la jurisprudence¹⁰⁹. Soulignons ici que, dans l'Entente Iron Mines, les Uashaunnuats ne reconnaissent ni n'admettent les droits «revendiqués» par les autres Premières Nations sur les territoires visés par le projet¹¹⁰

OLTHUIS, «The Constitution's Peoples: Approaching Community in the Context of Section 35 of the *Constitution Act, 1982*», (2009) 54 *McGill L.J.* 1, 9; Kent McNEIL, *Emerging Justice? Essays on Indigenous Rights in Canada and Australia*, Saskatoon, Native Law Centre, University of Saskatchewan, 2001, p. 86, 123 et suiv.; Ghislain OTIS, «Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones», (1999) 40 *C. de D.* 591, 611; Douglas LAMBERT, «*Van der Peet* and *Delgamuukw*: Ten Unresolved Issues», (1998) 32 *U.B.C. L. Rev.* 249, 268; Peter H. RUSSELL, «High Court and the Rights of Aboriginal Peoples: The Limits of Judicial Independence», (1998) 61 *Sask. L. Rev.* 247, 272; Andrew SARANCHUK, *Aboriginal and Treaty Rights: Collective or Individual Rights?*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 1997.

109. Selon la Cour suprême, dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, préc., note 71, par. 46, un droit ancestral est un «élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question». Dans l'arrêt *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, 2003 CSC 43, par. 24, la Cour suprême précise que «[l]es droits ancestraux sont des droits collectifs : ils doivent être fondés sur l'existence d'une communauté historique toujours vivante et ils ne peuvent être exercés que si la personne qui les revendique appartient à la communauté actuelle, sur le fondement de ses origines ancestrales». Dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 27, par. 115, elle explique qu'un «titre aborigène ne peut pas être détenu par un autochtone en particulier ; il est un droit foncier collectif, détenu par tous les membres d'une nation autochtone». Dans l'arrêt *Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 746, 2001 CSC 85, par. 42, la Cour suprême souligne que les titres aborigènes et les droits des Autochtones sur les terres de réserve «sont détenus collectivement». Dans l'arrêt *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, préc., note 76, par. 74, le plus haut tribunal du pays ajoute que le titre ancestral est un «titre collectif détenu non seulement pour la génération actuelle, mais pour toutes les générations futures». Dans l'arrêt *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, préc., note 86, par. 30, 33-35, la Cour suprême vient toutefois nuancer qu'«[i] est vrai que les droits ancestraux et issus de traités sont, de par leur nature, des droits collectifs [...] [Toutefois, on] pourrait affirmer, de façon générale, que ces droits leur appartiendraient peut-être ou qu'ils comporteraient un aspect individuel malgré leur nature collective». Voir également : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1112; *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, 2008 CSC 41, par. 4. Pour les droits issus de traités, voir : *Simon c. La Reine*, préc., note 71, par. 24; *R. c. Sundown*, préc., note 71, par. 36; *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, préc., note 86, par. 30.

110. Entente Iron Mines, cl. 1.5 d). Le problème des «chevauchements» découle du caractère exclusif des droits, tels qu'ils sont interprétés par la jurisprudence et par la politique fédérale sur les revendications territoriales globales : voir à ce sujet Sylvie VINCENT, «“Chevauchements” territoriaux : ou comment l'ignorance du droit coutumier algonquien permet de créer de faux problèmes», *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 46, n^{os} 2-3, 2016, p. 91. Faisant par exemple référence à la CBJNQ, cette auteure écrit (p. 99) :

Les nations autochtones, qui, en 1975, auraient pu s'entendre, grâce aux témoignages de leurs Aînés, sur le tracé d'une frontière entre leurs territoires et sur les règles à respecter, de part et d'autre, pour la franchir, sont aujourd'hui aux prises avec

et qu'une clause assure la sauvegarde de leurs droits constitutionnels¹¹¹. L'Entente Raglan, quant à elle, «is expected to contribute to the social, economic and cultural well-being of Inuit, generally, and of those Inuit residing in Salluit and Kangiqsujuaq, particularly¹¹²». Dans les ententes Tata Steel et Iron Mines, les termes du préambule sont confirmés d'abord par les objectifs qui se trouvent indiqués à la clause 2.1, puis par les obligations convenues entre les parties et détaillées dans les chapitres suivants. Les objectifs de l'Entente ArcelorMittal reflètent aussi les termes de son préambule, puisqu'ils mettent en exergue, en plus des éléments relevés pour les deux autres ententes, la volonté de résoudre des différends quant aux projets antérieurs et actuels et de garantir un climat de certitude, ce qui se concrétise, dans cette entente précisément, par l'inclusion d'une clause de quittance et de libération pour les dommages causés par les projets antérieurs et actuels¹¹³.

L'Entente Tata Steel donne un exemple de la manière dont le consentement au projet s'exprime dans les ERA :

4.1 Consentement au Projet. En concluant l'*Entente de principe* et la présente Entente, les Uashaunnuat, représentés par ITUM, ont donné leur consentement à l'aménagement du Projet conformément aux dispositions de l'*Entente de principe* et de la présente Entente. ITUM s'engage à ne poser aucun geste ayant pour effet de retarder, de bloquer ou d'entraver de quelque façon que ce soit la réalisation du Projet et à prendre toutes les mesures raisonnables pour que ses membres en fassent de même, à moins que TSMC ne remplisse pas ses engagements aux termes de la présente Entente, défaut qui est confirmé par un tribunal, un arbitrage ou par entente mutuelle des Parties, et à la condition qu'aucune disposition de la présente Entente n'empêche ITUM d'exiger que les gouvernements de Terre-Neuve-et-Labrador, du Québec et du Canada s'acquittent de leur obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder les Uashaunnuat relativement au Projet¹¹⁴.

un problème créé de toutes pièces par des décisions qui ne correspondent pas à leur droit coutumier et qui leur sont imposées. En effet, à ma connaissance, il n'y avait pas de zones de chevauchement autrefois entre les Cris et les Innus. Les Cris chassaient parfois, en visiteurs et en invités, dans le territoire innu. Ils savaient qu'en cas de détresse ils pouvaient venir pêcher dans le lac et la rivière Caniapiscou réputés pour être particulièrement poissonneux. Ils savaient que les Innus venaient parfois chasser chez eux, dans la région du lac Bienville par exemple, ou traversaient certains de leurs territoires pour se rendre au poste de traite de Nichicun de la même façon qu'eux-mêmes pouvaient se rendre, à l'occasion, au comptoir du lac Opiscotéo qui était tenu par un Innu. Mais il n'y avait alors aucune ambiguïté sur les titres et responsabilités des uns et des autres.

111. Entente Iron Mines, cl. 4.3.

112. Entente Raglan (projet du 25 janvier 1995), préambule.

113. Entente Iron Mines, cl. 2.1 ; Entente ArcelorMittal, cl. 2.1 c) et 3.3.

114. Entente Tata Steel, cl. 4.1. L'Entente Iron Mines comprend deux clauses reprenant les mêmes termes : cl. 4.1 et 4.2. Le terme «nuire» est employé en lieu et place d'«entraver». L'Entente Iron Mines n'oblige pas le conseil ITUM «à prendre toutes

Suivant les ententes ou projets d'ententes que nous avons consultés, le consentement au projet se traduit par un engagement par les représentants de la Première Nation de ne pas empêcher (nuire, bloquer, entraver, retarder) la réalisation du projet et même, dans le cas de l'Entente Tata Steel, de prendre des mesures positives raisonnables pour que les membres, individuellement, en fassent de même. L'Entente ArcelorMittal va encore plus loin quant à la responsabilité de la communauté à l'égard des agissements de ses membres, puisque cette dernière peut être tenue d'indemniser l'entreprise en cas d'interruption de la production ou de la contestation de l'entente devant les tribunaux¹¹⁵. L'Entente Raglan cherche aussi à sécuriser le soutien des Inuits à l'égard du projet, ce qui est confirmé par l'autorisation que ceux-ci donnent au projet et par leur engagement à ne pas entamer de poursuites légales ni prendre aucune action qui empêcherait ou retarderait les autorisations environnementales nécessaires à la réalisation du projet¹¹⁶. De plus, les Uashaunnuats « déclarent, garantissent et conviennent » qu'ils ne s'opposent pas à la délivrance ou à la reconduction de baux ou de permis demandés ou encore devant être demandés pour mettre en œuvre le projet visé par l'entente¹¹⁷. Ils affirment aussi qu'« en ce qui a trait à l'obligation du gouvernement de Terre-Neuve-et-Labrador de consultation et d'accommodement [...] l'ITUM reconnaît et a informé le gouvernement de Terre-Neuve-et-Labrador que la consultation et les accommodements requis à l'égard des permis déjà délivrés relativement au Projet ont été exécutés de façon satisfaisante¹¹⁸ ». Au contraire, l'Entente Iron Mines stipule que rien n'empêche les Uashaunnuats de « s'assurer de l'engagement » des autorités terre-neuviennes, québécoises et canadiennes de les consulter et, s'il y a lieu, de les accommoder¹¹⁹. Quant à l'Entente ArcelorMittal, elle énonce que les autorités gouvernementales consulteront et accommoderont les Uashaunnuats, mais que ces derniers n'invoqueront

les mesures raisonnables pour que ses membres en fassent de même», mention qui se trouve dans l'Entente Tata Steel. Aucune référence aux membres individuellement n'est faite dans l'Entente Iron Mines au sujet de l'engagement de ne pas nuire, bloquer ou retarder.

115. Entente ArcelorMittal, cl. 3.6-3.8 : à titre d'exemple, la contestation judiciaire de l'entente par le conseil ITUM, même si elle est accueillie par un tribunal, fait l'objet d'une pénalité maximale de 3 millions de dollars.

116. Entente Raglan (projet du 25 janvier 1995), cl. 2.1.6 et 12.3.

117. Entente Tata Steel, cl. 13.3 ; les termes sont similaires dans l'Entente Iron Mines, cl. 4.2.

118. Entente Tata Steel, cl. 13.3 b).

119. Entente Iron Mines, cl. 4.2 : dans cette ERA, il est de plus énoncé que le gouvernement de Terre-Neuve-et-Labrador (TNL) « s'est engagé (sur une base sans préjudice) à consulter ITUM en ce qui a trait à l'approvisionnement en droits et services et aux aspects relatifs à l'emploi du "benefits plan" de TNL applicable aux futures étapes » (cl. 4.2.) ; Entente ArcelorMittal, cl. 3.1 e).

aucun manquement de la part des mêmes autorités¹²⁰. Or, l'obligation de la Couronne de consulter se caractérise aussi par sa dimension collective, dans la mesure où c'est le groupe revendicateur ou titulaire du droit revendiqué qui est visé par cette obligation¹²¹.

En échange de ce consentement et de l'engagement qui l'accompagne, les ententes Tata Steel et Iron Mines prévoient, tout d'abord, différentes mesures de protection de zones sensibles («Kautaitnat» et «Papateu Shipu», situées près du mont Ivory), soit en y prohibant tout développement¹²², soit en protégeant, en préservant et en respectant ces zones, leur utilisation et la relation qu'entretiennent les Uashaunuats avec elles¹²³, ou encore en s'engageant à y atténuer les incidences économiques, sociales, culturelles ou spirituelles¹²⁴, ou bien en s'assurant d'informer les employés et les entrepreneurs de l'emplacement et de l'importance des zones sensibles. Du coup, on cherche à garantir le respect de certains droits culturels¹²⁵, spirituels¹²⁶ et politiques¹²⁷.

Ensuite, dans toutes les ERA à l'étude, des mesures de nature sociale et économique sont également prévues, telles que la mise en place d'un programme d'éducation et de formation professionnelle culturellement

120. Entente ArcelorMittal, cl. 3.2 a).

121. *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, préc., note 86, par. 30: «L'obligation de consultation existe pour la protection des droits collectifs des peuples autochtones. C'est pourquoi elle est due au groupe autochtone titulaire des droits protégés par l'art. 35, qui sont par nature des droits collectifs.» Voir également: *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, préc., note 86, par. 34; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, préc., note 86, par. 35; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 86, par. 72; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, préc., note 76, par. 139.

122. Entente Tata Steel, cl. 4.4 b); Entente Iron Mines, cl. 4.5 b).

123. Entente Iron Mines, cl. 4.5

124. *Id.*, cl. 4.5 d); Entente Tata Steel, cl. d).

125. Entente Tata Steel, cl. 4.4 d): l'accès aux zones sensibles doit être préservé pour que les Innus puissent y pratiquer des activités traditionnelles (et contemporaines) liées à leur culture, à leurs valeurs et à leur mode de vie, y compris «les pratiques, les coutumes et les traditions sociales, rituelles ou de subsistance, telles que la chasse, la pêche, le piégeage et la cueillette, notamment de petits fruits» (cl. 4.4 d)). La perte d'accès par un membre de la communauté doit conduire à l'adoption d'un «redressement juste, raisonnable et équitable à l'égard de cette perte d'accès ou d'utilisation» (cl. 4.4 d)).

126. *Id.*, cl. 4.4 b): aucune activité de développement ne sera menée dans la zone culturellement et spirituellement sensible de l'Irony Mountain.

127. *Id.*, cl. 4.4 a); Entente Iron Mines, cl. 4.5 e): soutien à la participation et obligation de tenir compte des préoccupations et des intérêts culturels, environnementaux et sociaux des Uashaunuats. Entente Iron Mines, cl. 4.5 b): les entrepreneurs doivent consulter les Uashaunuats avant d'entreprendre des activités de développement à proximité du mont Ivory.

adapté et de soutien à l'emploi, notamment et aussi par des adaptations culturelles¹²⁸. Dans les ententes Tata Steel et ArcelorMittal, le programme de formation est lié à chaque étape du projet, mais il n'en déborde pas le cadre—au contraire de l'Entente Iron Mines dont le plan prévoit des mesures de soutien à la formation secondaire et postsecondaire¹²⁹. Parmi les accommodements culturels en milieu de travail, notons que Tata Steel, ArcelorMittal et Iron Mines s'engagent toutes à «établir et [à] mettre en œuvre des horaires de rotation [...] qui, dans la mesure du possible, permettent aux Uashaunnuat d'exercer des activités traditionnelles et de remplir des engagements communautaires¹³⁰». La reconnaissance de congés culturels, de congés de deuil culturellement adaptés, de congés pour la chasse à l'outarde ou encore le partage d'emplois contribuent à assurer le respect des droits culturels autochtones¹³¹, lesquels sont des droits collectifs. Il en va de même pour la permission donnée aux traités d'offrir des aliments prélevés dans la nature, l'interdiction de chasser imposée aux non-Innus et la permission donnée aux Innus d'honorer leurs pratiques spirituelles¹³², spécialement par la création d'un espace réservé à cet effet¹³³. Par ailleurs, diverses mesures de soutien financier sont prévues dans les ERA. En outre, l'Entente Tata Steel prévoit, de manière spécifique, le financement d'un centre innu de formation professionnelle qui serait établi à Sept-Îles¹³⁴.

L'Entente Raglan, qui suit un modèle rédactionnel différent des autres ERA à l'étude (par exemple, elle contient peu de références aux valeurs et aux normativités inuites) a, elle aussi, pour objectif «[t]o ensure that the Inuit Beneficiaries and, in particular, Inuit Beneficiaries of Salluit and Kangiqsujaq, derive direct and indirect social and/or economic benefits during both the Development and Operations Phases of the Raglan Project¹³⁵». Cet objectif se traduit par des engagements en matière de

128. Entente Tata Steel, cl. 5.2, 6.1 et 6.6; Entente Iron Mines, cl. 5.3.

129. Entente Iron Mines, cl. 5.4 b). Voir aussi : Entente Iron Mines, cl. 6.1; Entente ArcelorMittal, cl. 6.1.

130. Entente Tata Steel, cl. 7.5; Entente Iron Mines, cl. 7.5.

131. Entente Tata Steel, cl. 7.6-7.9; Entente Iron Mines, cl. 7.6-7.9 : notons que cette ERA fait référence aux conceptions coutumières de la parenté, laquelle inclut la «famille élargie». Les congés culturels et de deuil ne sont pas prévus dans l'Entente ArcelorMittal.

132. Entente Tata Steel, cl. 7.11, 7.13 et 7.14; Entente Iron Mines, cl. 7.11, 7.13 et 7.14.

133. Entente Iron Mines, cl. 7.14.

134. Entente Tata Steel, cl. 11.8.

135. Entente Raglan (projet du 25 janvier 1995), cl. 2.1.3 : à noter que seuls les bénéficiaires inuits (au sens de la *Loi sur les autochtones cris, inuit et naskapis*, RLRQ, c. A-33.1, art. 25.1 et suiv. (depuis 2006)) et résidant au Nunavik sont visés par ces mesures. Les «bénéficiaires inuits» se distinguent des «Inuits», terme par lequel on désigne tous les Inuits qui résident au Canada et ont des ancêtres inuits : voir les clauses 1.1.28 et 1.1.29.

formation, d'embauche et de relations de travail, lesquels doivent donner lieu à l'adoption de politiques antidiscriminatoires et interculturelles en vue d'assurer l'harmonie sociale¹³⁶. Les mesures d'appui à la rétention des employés inuits se limitent à l'offre de nourriture culturellement adaptée, à l'organisation de spectacles d'artistes locaux et d'activités sportives entre employés et résidents, au droit des Inuits de vendre de l'artisanat au magasin de la mine et à la possibilité de suivre des cours de langue (inuktitut, français ou anglais) dans la mesure où cela est lié aux exigences de l'emploi¹³⁷. L'Entente Raglan prévoit également des horaires de travail différents de ceux des employés venus du sud, c'est-à-dire deux semaines de travail pour deux semaines de congé plutôt que la formule quatre pour deux dans le cas des travailleurs navetteurs (*fly-in, fly-out*)¹³⁸. Cependant, de manière générale, les avantages négociés en matière de formation, de conditions et de relations de travail répondent davantage aux besoins de l'entreprise qu'à ceux des familles et des communautés (ainsi, on note la formation des travailleurs à l'anglais ou au français, plutôt que la formation des superviseurs à l'inuktitut ou encore l'absence de congé culturel)¹³⁹. L'Entente Raglan prévoit aussi des mesures afin de prioriser, sous réserve de standards d'effectivité, de rentabilité et de qualité, les entreprises inuites au moment de l'attribution des contrats de travail, de services et de biens¹⁴⁰.

À l'instar du chapitre de l'Entente Iron Mines¹⁴¹ se rapportant à la protection du milieu environnemental, celui de l'Entente Tata Steel consacré à ce sujet se caractérise aussi par son aspect collectif. Cet élément est moins présent dans l'Entente ArcelorMittal où l'on fait néanmoins et notamment référence aux usages sociaux, économiques, culturels et spirituels du milieu environnemental par les Uashaunnuats. La dimension relationnelle entre les Innus et le territoire est moins marquée dans cette dernière ERA que dans les deux autres. Dans l'ensemble, les objectifs en matière environnementale sont bien illustrés par la disposition suivante tirée de l'Entente Tata Steel :

9.1 Objectifs. Les objectifs du présent chapitre sont les suivants :

a) faire participer les Uashaunnuat à la conception ou à l'amélioration et à la mise en œuvre de mesures de protection de l'environnement qui atténuent les incidences environnementales du Projet ;

136. Entente Raglan (projet du 25 janvier 1995), chapitre 5, plus particulièrement aux clauses 5.5 et suiv.

137. *Id.*, cl. 5.5.2 c).

138. *Id.*, cl. 5.4.2.

139. *Id.*, cl. 5.2.4 et 5.3.9.

140. *Id.*, voir notamment les clauses 6.2.1, 6.2.2, 6.2.4, 6.3.2 et 6.6.

141. *Id.*

- b) reconnaître, respecter et refléter la relation particulière que les Uashaunnuat entretiennent avec leur environnement naturel et les valeurs, traditions et connaissances connexes;
- c) respecter et protéger l'air, la terre, l'eau, les ressources aquatiques, la faune, les ressources archéologiques et culturelles et l'économie fondée sur les ressources naturelles, qui sont essentiels au mode de vie et au bien-être des Uashaunnuat;
- d) faciliter l'apport et la participation des Uashaunnuat [...];
- e) promouvoir l'acquisition de capacité des Uashaunnuat en ce qui a trait aux questions environnementales liées au Projet;
- f) concevoir et mettre en œuvre les méthodes et mécanismes nécessaires aux termes desquels TSMC et les Uashaunnuat collaboreront pleinement et efficacement à la surveillance environnementale et à l'atténuation des Effets environnementaux du Projet¹⁴².

Ces objectifs sont suivis par des principes à respecter en matière de protection environnementale, parmi lesquels se trouvent notamment celui de la « reconnaissance des valeurs particulières que les Uashaunnuat attachent à la région où les gisements sont situés » et celui de la « pleine considération et utilisation des connaissances traditionnelles¹⁴³ ». Soulignons que les autres principes énoncés dans la même disposition, comme le respect du développement durable et de la gestion écosystémique, font écho, dans une certaine mesure, aux valeurs et aux principes de l'ordre coutumier innu au regard de l'accès et de la gestion du territoire¹⁴⁴. Parmi les obligations imposées à l'entreprise par l'Entente Tata Steel, certaines ont une portée collective manifeste. Notons par exemple l'obligation de « tenir une réunion annuelle avec les familles uashaunnuat qui sont les détentrices des territoires familiaux qui correspondent approximativement aux lots de trappe 207 et 211 afin de donner à ces familles la

142. Entente Tata Steel, cl. 9.1

143. *Id.*, cl. 9.2 e) et f). Une clause équivalente est prévue dans l'Entente Iron Mines : cl. 9.2. Selon la clause 9.3 c) de l'Entente Iron Mines, l'environnement fait notamment référence aux « facteurs et conditions sociaux, économiques, récréatifs, culturels, spirituels et esthétiques qui influencent la vie des humains et des communautés ».

144. Voir Pierrot ROSS-TREMBLAY, Geneviève MOTARD et Sylvie VINCENT, « Accès à la terre et gestion des ressources : perspectives du droit innu et du droit étatique québécois », *Rapport de recherche « État et cultures juridiques autochtones : un droit en quête de légitimité »*, 2015, [En ligne], [www.legitimus.ca/static/uploaded/Files/Documents/Rapports/Sur-site-Rapport-1_Legitimus_RossTremblay_Motard_Vincent_version-revisée_mars-2017.pdf] (19 mai 2018). Sur cette question, on peut aussi et notamment se référer aux travaux de Jean-Paul Lacasse : Jean-Paul LACASSE, « Le territoire dans l'univers innu d'aujourd'hui », *Cahiers de géographie du Québec*, vol. 40, 1996, p. 159-204; Jean-Paul LACASSE, *Les Innus et le territoire. Innu tipenitamun*, Sillery, Septentrion, 2004.

possibilité d'aborder et de régler leurs préoccupations concernant ces lots de trappe¹⁴⁵ ». Ou encore l'obligation de participer, une fois l'an et sur demande, à des séances d'information « au profit des Communautés uashaannuat », le tout devant aussi comprendre un sommaire annuel de l'état de l'environnement au profit des communautés uashaannuates¹⁴⁶. Les mesures de protection environnementale sont complétées par la création d'un comité conjoint de surveillance de la mise en œuvre des obligations prévues dans l'entente et auquel peuvent participer les familles les plus directement touchées et les aînés. Ce comité a notamment pour rôle de faciliter, d'intégrer et de coordonner la participation des communautés, des familles, des organismes compétents et des entreprises uashaannuates. Ses décisions, recommandations et autres tâches sont prises à l'unanimité¹⁴⁷.

Enfin, l'Entente Tata Steel prévoit, sous réserve des droits de propriété intellectuelle, l'obligation de prendre en considération le savoir traditionnel quant à la conception et à la réalisation du projet¹⁴⁸ ainsi que celle de ne pas perturber ni enlever les ressources archéologiques tant que les parties n'ont pas convenu des mesures à prendre pour les protéger, lesquelles doivent tenir compte de la nature et de l'importance des ressources archéologiques en question¹⁴⁹.

De manière générale, l'approche retenue dans l'Entente ArcelorMittal semble se distinguer des deux autres ERA conclues avec les Innus. Dans cette ERA, on ne trouve, dans le chapitre portant sur l'environnement, aucune référence aux valeurs culturelles ou spirituelles ou aux relations particulières des Innus à l'égard de la terre ou encore aux familles. Au mieux, l'Entente ArcelorMittal a pour objectif de « [r]econnaître, *lorsqu'approprié*, le savoir traditionnel et les valeurs des Uashaannuat¹⁵⁰ ». L'essentiel des engagements de l'entreprise en matière d'environnement va au chapitre de la consultation : celle-ci se concrétise par la mise en place du comité conjoint de surveillance environnementale — instance également créée par les autres ententes. Cela dit, l'entreprise s'engage à adopter, dans la mesure où cela est faisable techniquement et économiquement, les meilleures pratiques en matière de performance environnementale (ISO 14000)

145. Entente Tata Steel, cl. 9.4 g).

146. Cette mesure est aussi prévue dans l'Entente Iron Mines, cl. 9.6.

147. Entente Tata Steel, cl. 9.13 et 9.14.

148. *Id.*, cl. 9.26. L'Entente Iron Mines prévoit, à la clause 9.28, que le consentement des Premières Nations est requis avant toute inventaire, toute utilisation ou toute diffusion du savoir traditionnel.

149. Entente Tata Steel, cl. 9.27 ; Entente Iron Mines, cl. 9.29 ; Entente ArcelorMittal, cl. 9.21.

150. Entente ArcelorMittal, cl. 9.2 c) (l'italique est de nous).

et à réduire son empreinte environnementale ainsi qu'à se conformer à la réglementation applicable¹⁵¹.

En échange du consentement des Innus, les ententes Tata Steel et Iron Mines prévoient que des redevances, calculées sur le montant des ventes de minerai, seront versées dans un fonds général ou particulier mis sur pied par le conseil ITUM ou selon le mode de versement qui leur conviendra¹⁵². À l'instar d'ailleurs de ce que l'on trouve dans l'Entente Iron Mines¹⁵³, mais non dans l'Entente ArcelorMittal, le volet collectif de ces versements est, une fois encore, mis en lumière par l'Entente Tata Steel :

10.7 Les avantages financiers prévus au paragraphe 10.1 sont destinés à contribuer à l'objectif de protéger les droits et intérêts des Uashaunnuat, leur mode de vie, leur relation avec la terre et leurs activités traditionnelles et tiennent compte des besoins économiques des générations actuelles et futures. ITUM doit remettre à TSMC un rapport sommaire décrivant l'utilisation des avantages financiers dans les six (6) mois suivant la fin de chacun de ses exercices financiers¹⁵⁴.

Les autres initiatives socioéconomiques prévues dans les ententes Tata Steel et Iron Mines concernent également le soutien et le développement de la culture innue, par exemple :

- création d'un fonds des activités traditionnelles autochtones au profit des activités traditionnelles uashaunnuates et des familles les plus touchées par le projet¹⁵⁵ ;
- participation et encouragement d'autres entrepreneurs au financement d'activités éducatives et récréatives organisées par le conseil ITUM¹⁵⁶ ;
- création d'un fonds musical au nom et avec la contribution de Philippe McKenzie « afin de soutenir l'expression artistique et musicale au sein des Communautés uashaunnuat, particulièrement de la jeunesse uashannuat¹⁵⁷ » ;

151. *Id.*, cl. 9.4. En outre, l'ERA prévoit, à la clause 9.4 e), que l'« AMMC doit envisager la mise en œuvre des meilleures pratiques de gestion environnementale économiquement applicables qui sont généralement reconnues par le secteur minier canadien ». Voir au même effet la clause 9.24.

152. Entente Tata Steel, cl. 10.1 et suiv. ; Entente Iron Mines, cl. 10.1 et suiv.

153. Entente Iron Mines, cl. 10.10.

154. Entente Tata Steel, cl. 10.7.

155. *Id.*, cl. 11.2 ; Entente Iron Mines, cl. 10.11.

156. Entente Tata Steel, cl. 11.7 ; Entente Iron Mines, cl. 5.2.

157. Entente Tata Steel, cl. 11.9.

- versement d'un montant unique de 20 000 dollars au conseil ITUM afin de contribuer à l'entretien d'une piste de motoneige qui sera aménagée près de Schefferville¹⁵⁸ ;
- entretien du cimetière innu¹⁵⁹ et construction d'une statue religieuse par un artiste innu à la suite de la consultation de la famille McKenzie¹⁶⁰.

L'Entente ArcelorMittal se distingue, à ce chapitre aussi, des autres ententes. Les montants prévus sont versés à trois moments différents et en vertu de trois bases de calcul distinctes¹⁶¹ :

- le premier versement d'un montant forfaitaire se fait à la signature (3 millions de dollars, montant duquel on doit déduire 400 000 dollars en vue de la construction d'une partie d'une piscine communautaire pour une communauté non signataire de l'entente, soit Matimekush-Lac John (MLJ)) ;
- le deuxième versement a lieu trimestriellement en cours de production et est calculé à partir de la production de minerai de fer ;
- le troisième et dernier versement, montant forfaitaire également, est remis annuellement à des fins de développement socioéconomique : « Afin de promouvoir le renom d'AMMC et de faciliter l'embauche par AMMC d'une main-d'œuvre qualifiée de Membres, AMMC doit faire un paiement annuel de huit cent mille dollars (800 000 \$) à ITUM en vue du développement économique des Uashaunnuat et de MLJ¹⁶². » Ces derniers montants contribueront à soutenir les divers projets socioéconomiques, politiques et culturels de la communauté innue, y compris le soutien aux démarches en matière d'autonomie gouvernementale¹⁶³.

À l'évidence, même dans l'Entente ArcelorMittal, qui est davantage axée sur les besoins de l'entreprise que les autres ERA à l'étude, les montants versés en échange du consentement des Innus le sont à des fins collectives.

158. *Id.*, cl. 11.10 ; voir aussi l'Entente Iron Mines, cl. 7.18.

159. Entente Iron Mines, cl. 7.20.

160. *Id.*, cl. 7.21.

161. Entente ArcelorMittal, cl. 10.1 et suiv.

162. *Id.*, cl. 10.5.

163. *Id.*, cl. 10.5 ; en contrepartie, pour tous les projets financés à partir des montants annuels versés pour le développement socioéconomique, à l'exception des démarches en matière d'autonomie gouvernementale, les Uashaunnuats doivent reconnaître publiquement la contribution de l'entreprise (cl. 10.6).

L'Entente Raglan reconnaît aussi le principe suivant lequel les versements doivent se faire sur une base forfaitaire annuelle en y ajoutant des revenus calculés sur le partage du profit desquels sont soustraits certains coûts, le tout devant être versé aux parties inuites au profit de tous les bénéficiaires inuits¹⁶⁴. Les montants des taxes qui pourraient être prélevées par le Gouvernement régional Kativik doivent être déduits des montants versés annuellement à la Société Makivik pour une période de 10 ans¹⁶⁵.

Aucune des ERA que nous avons étudiées n'a planifié de versements directs aux individus. En revanche, l'Entente Raglan prévoit que la société minière doit conclure de nouvelles ententes comprenant des mesures compensatoires à l'égard des individus qui subiraient des pertes (camps, équipements, relocalisation)¹⁶⁶. Comme le montrent toutefois les recherches à ce sujet, la redistribution individuelle des montants reçus peut être réalisée par les communautés par la suite¹⁶⁷.

Enfin, l'Entente ArcelorMittal prévoit que des exemplaires des ERA doivent être mis à la disposition des membres de la communauté à des fins de consultation, mais qu'aucune reproduction du texte, quelle qu'elle soit, ne sera distribuée¹⁶⁸. L'Entente Raglan, quant à elle, est entrée en vigueur au moment de sa signature par les parties ; la consultation du document par les bénéficiaires inuits n'y est pas prévue¹⁶⁹. Il est probable que ces mesures s'expliquent par les clauses de confidentialité généralement incluses dans ce type d'ERA.

164. Entente Raglan (projet du 25 janvier 1995), cl. 7.

165. *Id.*, cl. 7.2.3 et 7.4.

166. *Id.*, cl. 12.13.

167. Voir à ce sujet : Thierry RODON, « Institutional Development and Resource Development: The Case of Canada's Indigenous Peoples », *Canadian Journal of Development Studies*, vol. 39, 2018, p. 119 ; Thierry RODON, Isabel LEMUS-LAUZON et Stephan SCHOTT, « Impact and Benefit Agreement (IBA). Revenue Allocation Strategies for Indigenous Community Development », *The Northern Review*, vol. 47, 2018, p. 9 ; Thierry RODON, Isabel LEMUS-LAUZON et Jean-Marc SÉGUIN, « Resource Royalties Distribution and Community Development: Case Studies from Nunavik, Northern Ontario and Alaska », *ReSDAworkshop*, Ottawa, 26-28 octobre 2016, [En ligne], [yukonresearch.yukoncollege.yk.ca/resda/wp-content/uploads/sites/2/2016/11/Rodon-présentation-Resda-IL_TRv3-web.pdf] (27 septembre 2018) ; Thierry RODON et Francis LÉVESQUE, « Understanding the Social and Economic Impacts of Mining Development in Inuit Communities: Experiences with Past and Present Mines in Inuit Nunangat », *The Northern Review*, vol. 41, 2015, p. 13 ; I. SOSA et K. KEENAN, préc., note 56.

168. Entente Tata Steel, cl. 14.3 ; Entente Iron Mines, cl. 13.3 ; Entente ArcelorMittal, cl. 13.3 d).

169. Entente Raglan (projet du 25 janvier 1995), cl. 12.11 et 13.1.

3 Les portées intercommunautaire et intergénérationnelle des ententes sur les répercussions et les avantages

La dimension collective des ERA, ou leur caractère public plutôt que privé, outre qu'elle est mise en lumière par la nature des parties de même que de leur objet et de leurs obligations, ressort de l'analyse de leurs différentes portées. La portée intracommunautaire, d'abord, est bien sûr inhérente au caractère public des parties autochtones à l'ERA ainsi que de son objet et de ses obligations. Nous examinerons maintenant les portées intercommunautaire et intergénérationnelle, souvent passées sous silence par le discours du contrat privé, ce qui nous permettra, de nouveau, de mettre en exergue leur dimension collective.

3.1 La portée sociétale des ententes sur les répercussions et les avantages : les conséquences sur les relations intercommunautaires

Plusieurs aspects des ERA nous permettent de conclure que celles-ci ont non seulement des effets ou des conséquences de nature juridique à l'intérieur même des communautés signataires, mais qu'elles influent aussi sur les communautés voisines et la société dominante dans son ensemble. C'est ce qui nous fait dire qu'elles ont, en plus de leur portée intracommunautaire, une portée intercommunautaire. Les mesures prises au chapitre de l'environnement, de la consultation, de la coexistence interculturelle et des revendications concurrentes d'autres nations autochtones illustreront notre propos. Ces mesures ayant, pour la plupart, été présentées dans la partie précédente, nous ne reviendrons ci-dessous que sur certaines d'entre elles.

Dans le cas des mesures environnementales, par exemple, rappelons tout d'abord que les comités de protection environnementale (CPE) créés dans les ententes conclues par les Innus doivent être consultés au sujet de l'élaboration de toutes les demandes de permis et d'études d'impact sur l'environnement découlant de la réglementation étatique¹⁷⁰. Ces CPE peuvent être paritaires¹⁷¹, ce qui signifie que la voix des Innus, dans les processus environnementaux québécois ou fédéraux, ne se fait pas toujours

170. C'est le cas, par exemple, de la clause 9.17 de l'Entente Tata Steel, laquelle prévoit aussi que la participation de la partie autochtone au CPE ne l'empêche pas de présenter ses propres observations au gouvernement, sauf dans le cas des demandes de permis (cl. 9.19).

171. Entente Tata Steel, cl. 9.14 : le CPE est composé de quatre membres à parité et les décisions se prennent par vote et à l'unanimité. Entente ArcelorMittal, cl. 9.10 : le CPE est composé de quatre membres, mais les règles de prises de décision ne sont pas prévues dans l'ERA. Entente Iron Mines, cl. 9.14 a) et f) : le vote se prend à la majorité, mais la manière représente deux membres sur dix.

entendre distinctement de celle du promoteur qui cherche à réaliser son projet¹⁷². Pour les Innus, pour les communautés autochtones voisines, mais aussi pour les autres collectivités locales avoisinantes, régionales ou nationales, la voix des peuples autochtones apporte un éclairage significatif concernant les impacts sur le milieu environnemental et humain. Les connaissances singulières — tant historiques que contemporaines — du terrain, les effets sur l'exercice des droits ou encore les déplacements des familles, des animaux et des artefacts sont des éléments signifiants permettant d'en arriver à des études d'impact de qualité¹⁷³. Or, celles-ci sont, en vertu du droit étatique, menées par les autorités gouvernementales au nom de la collectivité nationale, laquelle est formellement, sous réserve des droits des peuples autochtones, propriétaire des terres et des ressources.

En plus de ces mesures, certaines dispositions, qui se présentent comme des avantages obtenus au terme des négociations, comprennent en réalité des engagements à ne pas contrevenir à la législation étatique. La seule présence de tels engagements montre la faible effectivité du droit étatique, lequel fait écho, dans un État démocratique comme le Québec, à la volonté des citoyens. Dans l'optique du principe du constitutionnalisme et de la primauté du droit, principes reconnus en droit constitutionnel canadien, cet écueil est problématique pour la société dominante, mais aussi pour les peuples autochtones — lesquels échangent, en fin de compte, leur consentement contre le respect des règles étatiques amélioratrices qui devraient être appliquées en toute égalité et équité. Pour illustrer notre propos, relevons que certaines dispositions de l'Entente Iron Mines en matière linguistique reconnaissent que l'entreprise :

- 1) ne peut pénaliser les Innus s'ils ne sont pas en mesure de s'exprimer en anglais ;
- 2) doit faire des efforts raisonnables pour embaucher des superviseurs ayant au minimum une connaissance pratique du français et un personnel d'encadrement apte à s'exprimer clairement en français ;
- 3) doit traduire les offres d'emploi vers le français ;
- 4) doit mener des entrevues d'embauche en français¹⁷⁴.

172. Cela ressort des clauses 9.19 et 9.20 de l'Entente Iron Mines, bien qu'ici les parties autochtones soient ensemble majoritaires (huit membres sur dix). Cela est aussi clairement mis en exergue par les clauses 9.12 et 9.13 de l'Entente ArcelorMittal.

173. Concernant le lien entre les ERA et l'utilisation du savoir traditionnel autochtone dans les études d'impact environnemental et social, voir notamment : Marie ROUÉ et Douglas NAKASHIMA, « Des savoirs "traditionnels" pour évaluer les impacts environnementaux du développement moderne et occidental », *Revue internationale des sciences sociales*, vol. 173, 2002, p. 377 ; Peter J. USHER, « Traditional Ecological Knowledge in Environmental Assessment and Management », *Arctic*, vol. 53, n° 2, 2000, p. 183.

174. Entente Iron Mines, cl. 6.9.

Or, le droit de travailler en français est, au Québec, un droit garanti par la *Charte de la langue française*¹⁷⁵. En vertu de cette dernière, l'entreprise de 50 travailleurs et plus a l'obligation d'obtenir un certificat de francisation, lequel a pour objectif «la généralisation de l'utilisation du français à tous les niveaux de l'entreprise», y compris la connaissance de la langue officielle par les dirigeants et les membres du personnel et l'emploi du français comme langue de travail¹⁷⁶. Les modalités prévues dans l'Entente Iron Mines sont ici inférieures aux obligations légales de l'entreprise en matière linguistique¹⁷⁷. En vue de respecter les droits culturels prévus dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, de telles dispositions auraient été intéressantes si elles avaient favorisé la revitalisation et l'épanouissement de la langue innue dans l'espace public¹⁷⁸. Ce n'est cependant pas à cette ambition que répond l'Entente Iron Mines.

Les multiples obligations de financement de projets d'infrastructures communautaires dans les domaines de l'éducation, de la formation professionnelle, de la culture, des loisirs et du sport ou de la conservation du patrimoine culturel sont aussi des mesures qui font écho à la faible effectivité du principe de la primauté du droit et aux divers manquements étatiques à l'égard des sociétés inuites et innues en ce qui concerne l'offre ou le soutien à des services publics appropriés¹⁷⁹. En vertu de la Charte

175. *Charte de la langue française*, RLRQ, c. C-11, art. 1, 4, 45, 46 et 135-154. Voir notamment: Éric POIRIER, «Le droit de travailler en français: le droit au carrefour du droit linguistique québécois», dans Guillaume ROUSSEAU et Éric POIRIER, *Le droit linguistique au Québec*, Montréal, LexisNexis Canada, 2017, p. 345; Fernand MORIN et autres, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, nos 111-110-111-113.

176. *Charte de la langue française*, préc., note 175, art. 141 (1)-(3). Voir É. POIRIER, préc., note 175, aux pages 402-412.

177. Voir aussi la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 10 et 16 (ci-après «Charte québécoise»): la langue et l'origine ethnique et nationale sont des motifs de discrimination.

178. Voir la COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION DU CANADA, «Appels à l'action», 2012, appel à l'action n° 14 (iii), [En ligne], [trc.ca/assets/pdf/Calls_to_Action_French.pdf] (27 février 2019).

179. À titre d'exemple, le préambule de la *Loi sur le ministère de l'Éducation, des Loisirs et du Sport*, RLRQ, c. M-15, prévoit «que les personnes et les groupes ont le droit de créer des établissements d'enseignement autonomes et, les exigences du bien commun étant sauves, de bénéficier des moyens administratifs et financiers nécessaires à la poursuite de leurs fins». L'article 1.3 énonce ceci: «Aux fins de l'exercice de ses fonctions, le ministre peut notamment: 1° fournir à toute personne, groupe ou organisme les services qu'il juge nécessaires; 2° accorder, aux conditions qu'il croit devoir fixer, une aide financière sur les sommes mises à sa disposition à cette fin; 3° contribuer au développement d'établissements d'enseignement». En matière de formation professionnelle, le Ministère indique sur son site Web (QUÉBEC, ÉDUCATION ET

québécoise¹⁸⁰, les peuples autochtones ont aussi le droit à une instruction de qualité culturellement adaptée et publique— financée par l'État— et gratuite, ce qui signifie que cette instruction ne doit pas être obtenue en échange de concessions à l'égard d'un projet de développement majeur, comme le sont les développements miniers¹⁸¹. Le financement ainsi octroyé par le partenaire privé cautionne dès lors les divers manquements des collectivités québécoise et canadienne à l'égard des Innus et des Inuits, et contribue potentiellement à perpétuer ces déficiences du financement des services publics, lequel— dans une optique de bonne gouvernance— doit être approprié, stable et attribué équitablement sans aucune forme de discrimination¹⁸². À l'évidence, les lacunes quant au soutien de l'État aux services publics culturellement adaptés pour les peuples autochtones ne

ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR, « Formation professionnelle », [En ligne], [www.education.gouv.qc.ca/enseignants/dossiers/formation-professionnelle] (10 octobre 2018) qu'il est de son rôle :

[d']orienter et [de] soutenir le développement de la formation professionnelle conformément aux principes qui ont trait à l'accessibilité, à la réussite des études ainsi qu'à la complémentarité des formations du secondaire et du collégial. Il assure la gestion intégrée, l'élaboration et la révision des programmes d'études professionnelles, de façon à favoriser l'intégration de la personne à la vie professionnelle. Il veille également au déploiement de l'offre de formation professionnelle sur le territoire québécois.

Voir aussi QUÉBEC, MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION, « Élaboration des programmes d'études professionnelles », 2002, [En ligne], [www.education.gouv.qc.ca/fileadmin/site_web/documents/dpse/formation_professionnelle/Elaboration_des_programmes_d_etudes_professionnellea.pdf] (10 octobre 2018).

180. Charte québécoise, préc., note 177.

181. *Id.*, art. 40, 43, 45, 46 et 46.1. En vertu de la DNUDPA, art. 32 (2), les développements miniers sont sujets à la recherche du consentement des peuples autochtones.

182. *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2016] D.C.D.P. n° 2, 2016 TCDP 2, [2016] 2 C.N.L.R. 270, [2016] C.H.R.D. No. 2 : voir notamment les paragraphes 458, 459 et 461. Cette décision a été appliquée pour démontrer le sous-financement d'un corps policier autochtone dans la décision d'un arbitre du travail en Ontario : *Police Services Board of the Treaty Three Police Service v. Public Service Alliance of Canada*, 2016 CanLII 6258 (O.N. L.A.). Voir aussi : DNUDPA, art. 39 (« Les peuples autochtones ont le droit d'avoir accès à une assistance financière et technique, de la part des États et dans le cadre de la coopération internationale, pour jouir des droits énoncés dans la présente Déclaration ») ; COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 5 « Vingt ans d'action soutenue pour le renouveau », Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1996. Les recommandations à cet égard sont claires :

- recommandation n° 2.5.40 : « Que les gouvernements canadiens fournissent les ressources nécessaires pour permettre aux organismes offrant des services d'emploi aux autochtones [...] b) de bénéficier d'un soutien financier stable et à long terme » ;

peuvent qu'alimenter une dynamique de méfiance¹⁸³ et mettre en péril le processus de réconciliation qui a été entamé dans la foulée des travaux de la Commission de vérité et réconciliation du Canada¹⁸⁴.

S'agissant toujours des relations interculturelles, il faut saluer l'engagement des entreprises à lutter contre les diverses formes de discrimination, et ce, par l'adoption de politiques antidiscriminatoires et de mesures de rétention. Une fois encore, nous devons cependant relever que ces mesures font écho à des droits déjà prévus dans les lois québécoises, ce qui soulève la question de savoir si les protections légales s'appliquent de manière appropriée à l'égard des travailleurs autochtones¹⁸⁵.

-
- recommandation n° 4.7.6: «Que les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux s'assurent que les organismes de services autochtones actuels et futurs bénéficient d'un financement stable et sûr».

Selon le professeur Pierre BERNIER, «L'éthique et les services aux citoyens», dans Yves BOISVERT (dir.), *Éthique et gouvernance publique. Principes, enjeux et défis*, Montréal, Liber, 2011, p. 69, la bonne gouvernance peut être divisée en quatre pôles : 1) la fiabilité et la prévisibilité ; 2) l'ouverture et la transparence ; 3) l'efficacité et l'efficience ; et 4) la responsabilité. Pour ce qui est de la fiabilité et de la prévisibilité, «[t]out citoyen usager doit pouvoir compter sur des assises organisationnelles – compétences, habilitations effectives, processus, infrastructures et *ressources dédiées* – qui rendent concevables, *probables*, intelligibles et objectivement approuvables autant le résultat tangible que l'éthique de la démarche suivie pour y parvenir» (p. 82; l'italique est de nous).

183. Patti Tamara LENARD, «Les institutions démocratiques et la confiance représentative», dans Dimitrios KARMIS et François ROCHER (dir.), *La dynamique confiance/méfiance dans les démocraties multinationales. Le Canada sous l'angle comparatif*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2012, p. 69, à la page 85 :

En général, en démocratie, trois différents types de politiques publiques servent à assurer un environnement dans lequel la confiance est accordée de façon régulière. Ce sont les politiques publiques liées à la transparence, à l'imputabilité et à la protection des droits des minorités [...] Les politiques publiques de protection des minorités sont celles qui protègent les minorités à l'encontre d'une violation de leurs droits simplement parce que d'éventuelles politiques publiques favorisées par la majorité pourraient avoir cette conséquence. En sachant que leurs droits sont protégés, les membres des groupes minoritaires peuvent accorder leur confiance aux acteurs politiques.

A contrario, les lacunes protectrices à l'égard des communautés minoritaires alimentent la méfiance.

184. Dans le rapport de la COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION DU CANADA, préc., note 178, de nombreux appels à l'action mettent l'accent sur un financement «suffisant» des différents ordres de gouvernement permettant d'améliorer la qualité de services publics culturellement adaptés, notamment pour garder les enfants dans leur culture (appel à l'action n° 1 (ii)), pour élaborer un programme d'éducation culturellement adapté (appel à l'action n° 10 (iii)) et pour assurer la préservation des langues autochtones (appel à l'action n° 14 (iii)).
185. Charte québécoise, préc., note 177, art. 10; *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6, art. 7. L'importante discrimination des peuples autochtones sur le marché du travail est notamment constatée dans Joan KENDALL, «Circles of

Certaines dispositions mettent ainsi nettement en lumière les lacunes du cadre législatif québécois dans le domaine du droit du travail eu égard au droit des peuples autochtones de « maintenir et de faire progresser leur propre vie culturelle avec les autres membres de leur groupe¹⁸⁶ ». On peut s'interroger sur les raisons qui font en sorte que les conceptions élargies de la famille ne sont pas prises en considération, par exemple dans le cas des congés de deuil, ou encore la raison pour laquelle les périodes de chasse ne sont pas d'office reconnues par la loi comme des périodes de congés culturels.

En d'autres termes, en prévoyant des dispositions précises à ces sujets, les ERA illustrent quelques-unes des multiples facettes des défaillances de l'État à l'égard des peuples autochtones. Il ne serait toutefois pas exagéré d'exiger de l'État québécois qu'il prévoie certaines mesures en matière de droit du travail pour contrer la grande discrimination auxquels font face les Autochtones dans ce milieu, pour répondre aux conceptions particulières de la famille ou encore aux besoins culturels, spirituels et alimentaires des membres des communautés autochtones, notamment innues et inuites.

Disadvantage: Aboriginal Poverty and Underdevelopment in Canada », *American Review of Canadian Studies*, vol. 31, 2001, p. 43, à la page 45. Voir également Julia POSCA, *Portrait des inégalités socioéconomiques touchant les Autochtones au Québec*, Montréal, IRIS, 2018, p. 4 et 5.

186. Charte québécoise, préc., note 177, art. 43 : cette disposition a été très peu discutée par les tribunaux et par la doctrine. Certains auteurs concluent que cette disposition ne donne pas lieu à des obligations de nature positive et qu'elle a non plus de caractère prépondérant ; voir notamment : *Fun Club international FCI inc. c. Québec (Procureure générale) (Ministère de la Santé et des Services sociaux)*, 2016 QCCS 3387, par. 92 ; Pierre BOSSET, « Être nulle part et partout à la fois : réflexion sur la place des droits culturels dans la Charte des droits et libertés de la personne », (2006) 66 *R. du B.* 81. Dans ce contexte, on peut penser que le droit à l'égalité prévu par l'article 10 de la Charte québécoise constituerait un fondement juridique plus solide pour appuyer des demandes d'accommodements culturels : voir, par exemple, l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire des Phares*, 2009 QCTDP 19, par. 308. Cela dit, on peut soutenir que l'article 43 de la Charte québécoise devrait s'interpréter en conformité avec les droits culturels prévus par l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47, lesquels ont amené le Comité des droits de l'homme à conclure que « les États devront également parfois prendre des mesures positives pour protéger l'identité des minorités et les droits des membres des minorités de préserver leur culture et leur langue et de pratiquer leur religion, en commun avec les autres membres de leur groupe » : *Observation générale 23, Article 27 : Protection des minorités, Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités*, Doc. N.U. HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), art. 6.2 ; ainsi qu'en conformité avec une jurisprudence intéressante eu égard aux droits des peuples autochtones de pratiquer leurs activités culturelles, y compris celles qui sont liées au territoire.

Il ne nous semble pas non plus exagéré d'exiger de l'État québécois qu'il applique ses lois de nature protectrice et amélioratrice quant aux conditions de vie et de travail à l'ensemble de la population sans aucune forme de discrimination.

Les effets des ERA sur les relations entre les sociétés dominante et autochtones sont ainsi révélateurs des écueils de la législation québécoise. Il reste que les ERA génèrent parallèlement des conséquences sur les relations entre diverses communautés autochtones. L'Entente ArcelorMittal, pour ne prendre que cet exemple, prévoit à son chapitre 4 et à son chapitre 10 des mesures avantageuses pour la communauté innue de MLJ, même si celle-ci n'est pas signataire de l'ERA. Au terme d'une entente entre les Uashaunnuats et les Innus de MLJ, qui doit être communiquée au promoteur, les Uashaunnuats verseront un montant de 400 000 dollars en vue de contribuer au financement d'une piscine communautaire et le conseil «ITUM déclare que MLJ reconnaîtra de façon appropriée la contribution d'AMMC au financement de cette construction¹⁸⁷». Il faut aussi souligner la teneur des engagements des Uashaunnuats qui concerne les autres communautés ou peuples autochtones. Au chapitre 4 de l'Entente ArcelorMittal, les Uashaunnuats déclarent que le projet ne se trouve sur les terres d'aucun autre peuple autochtone, sous réserve des droits affirmés des Innus de MLJ¹⁸⁸. On y précise que les montants versés «représentent les avantages globaux et maximaux» que l'entreprise s'est engagée à remettre à tous les peuples autochtones, y compris à la communauté de MLJ¹⁸⁹. Les Uashaunnuats déclarent aussi que cette communauté ne s'opposera pas à l'accès au projet à l'entreprise, à ses employés et aux autres entrepreneurs ou mandataires¹⁹⁰, pas plus qu'elle ne l'interdira. Les Uashaunnuats s'engagent à ne pas encourager les autres peuples autochtones à prendre des mesures pouvant entraver, faire cesser, empêcher ou retarder le projet et ils les inciteront à faire de leur mieux pour en arriver à un règlement négocié. Les Uashaunnuats prennent également le ferme engagement de trouver une résolution satisfaisante à une poursuite judiciaire qui serait entamée par un autre peuple autochtone (ex. : règlement négocié, désistement ou autre arrangement)¹⁹¹. Cet engagement s'étend aux actions qui pourraient être le fait des membres et des groupes de membres de la communauté de MLJ¹⁹². Au surplus, si l'entreprise ArcelorMittal doit

187. Entente ArcelorMittal, cl. 10.2 et 10.

188. *Id.*, cl. 4.1.

189. *Id.*, cl. 4.2.

190. *Id.*, cl. 4.3.

191. *Id.*, cl. 4.4.

192. *Id.*, cl. 4.6.

entreprendre un recours judiciaire pour mettre fin à des agissements ou à des conduites des Innus de MLJ, les Uashaunuats devront déboursier un montant maximal de 500 000 dollars (ou 200 000 dollars si le recours vise les membres ou un groupe de membres de la communauté de MLJ — outre qu'ils devront soutenir l'action de l'entreprise à leurs propres frais¹⁹³) pour couvrir les coûts raisonnables découlant de l'interruption du projet¹⁹⁴. En revanche, dans l'Entente Iron Mines, l'entreprise s'engage, à l'occasion d'appels d'offres, à accorder un pointage particulier aux soumissions qui comprennent des engagements envers les Uashaunuats, les Innus de MLJ et les Naskapis¹⁹⁵. Les entreprises de ces nations doivent également avoir préférence dans l'octroi de contrats, «dans la mesure où elles sont concurrentielles» et sous réserve des obligations légales de l'entreprise et d'un régime d'avantages (*benefits plan*) de Terre-Neuve-et-Labrador¹⁹⁶. Enfin, l'Entente Iron Mines prévoit que l'entreprise peut conclure des ERA parallèles avec d'autres groupes autochtones. C'est pourquoi elle inclut des dispositions en vue de régler les conflits entre les ERA et affirme qu'elle ne constitue en aucune façon une reconnaissance des Uashaunuats de quelques droits ancestraux ou issus de traités des autres nations sur le territoire visé par le projet¹⁹⁷. Il reste que le CPE établi par l'Entente Iron Mines doit compter des représentants de plusieurs Premières Nations¹⁹⁸.

Quant aux Inuits, le préambule de l'Entente Raglan rappelle que ces derniers prétendent avoir des droits, des titres et des intérêts «in the offshore area surrounding Québec and Labrador¹⁹⁹». Ces revendications, en cours de négociation avec les autorités fédérales au moment de la conclusion de l'Entente Raglan, a donné lieu à l'*Accord sur les revendications territoriales du Nunavik* en 2008²⁰⁰. Cet accord, qui ne réfère ni à l'ERA ni au projet Raglan, impose de nouvelles règles et de nouveaux processus quant à l'aménagement et à la protection du territoire marin. Si l'Entente Raglan ne semble pas, dans ce cas de figure, avoir nui à la négociation avec les autorités fédérales, on peut néanmoins se demander

193. *Id.*, cl. 4.7.

194. *Id.*, cl. 4.5.

195. Entente Iron Mines, cl. 8.8.

196. *Id.*, cl. 8.9.

197. *Id.*, cl. 1.5.

198. *Id.*, cl. 9.14 a). À cet égard, l'Entente Iron Mines fait en partie reposer sur les épaules des Uashaunuats la participation des autres nations (cl. 9.15). Cela étant, si aucune autre Première Nation ne participe au CPE, celui-ci est maintenu, mais les Uashaunuats deviennent majoritaires et obtiennent un plus grand contrôle du fait que les décisions se prennent à la majorité (huit sièges sur dix).

199. Entente Raglan (projet du 25 janvier 1995), préambule.

200. *Accord sur les revendications territoriales du Nunavik*, 2006.

si ses dispositions auraient été différentes si celle-ci avait été conclue après l'Accord de 2008 plutôt que de l'avoir précédé, ce qui nous amène à nous questionner encore une fois au sujet des conséquences des ERA sur les rapports entre les nations²⁰¹.

3.2 La portée temporelle des ententes sur les répercussions et les avantages : les conséquences sur les relations intergénérationnelles

En plus de leurs conséquences sur les relations entre diverses communautés locales, régionales ou nationales, les ERA génèrent des effets à long terme. Les projets qu'elles visent se réaliseront en effet sur une ou plus d'une génération, suivant notamment le projet de mine en question, l'état du projet ou encore le cours des minéraux²⁰². Cette dimension temporelle signifie que les mesures négociées auront une incidence durable sur la communauté. À ce chapitre, les ERA prévoient généralement que les différends pouvant subvenir en cours de route seront réglés par la négociation ou encore l'arbitrage ; les prestations principales, quant à elles, semblent être fixées et non sujettes à renégociation²⁰³. La prise en considération des effets à long terme d'une ERA s'illustre principalement par les mesures traitant des imprévus en matière environnementale ainsi que de la fermeture et du réaménagement du site minier. La dimension intergénérationnelle peut aussi être illustrée par les mesures nuisant à l'équilibre des avantages obtenus et les impacts subis par les différents groupes d'âge. Voyons chacune de ces questions dans l'ordre.

Tout d'abord, il convient de se questionner sur la capacité du texte négocié à s'adapter équitablement aux imprévus en matière environnementale. Il n'est pas question ici de remplacer la prise de mesures concrètes

201. Ciaran O'FAIRCHEALLAIGH, « Corporate-Aboriginal agreements on mineral development : the wider implications of contractual agreements », *Rethinking Extractive Industries conference*, 5-7 novembre 2009, Toronto, York University, p. 6, 7, 8, 12 et 13.

202. À titre d'exemples, selon Ressources naturelles Canada, le projet Raglan a été préparé pendant 30 ans avant d'être mis en production en 1997 pour une durée d'exploitation prévue de 31 ans : CANADA, RESSOURCES NATURELLES CANADA, « La mine Raglan – Québec », [En ligne], [www.rncan.gc.ca/mines-matériaux/publications/autochtones/bulletins/8815] (31 octobre 2018). Le projet de la mine de Mont-Wright, dont l'extension est visée par l'Entente ArcelorMittal, devait produire du fer jusqu'en 2045 : ARCELORMITTAL, « Les sites miniers (Mont –Wright et Fire Lake) », [En ligne], [www.transformerlavenir.com/installations/installations-damem/les-sites-miniers-mont-wright-et-fire-lake] (31 octobre 2018).

203. Voir, à ce sujet, l'affaire *Churchill Falls (Labrador) c. Hydro-Québec*, 2018 CSC 46.

par des mesures adaptatives lorsque les impacts sont prévisibles²⁰⁴. C'est ce qu'explique la Cour fédérale dans une décision récente :

[121] However, there is clearly a conflict between the parties as to what this entails. Taseko's proposal relied on adaptive management ; that is, Taseko proposed that environmental risks and mitigation measures could be dealt with during further stages of development. Other parties considered this an inadequate approach, and sought more information on the risks and feasibility of mitigation.

[122] The Panel recognized the possibility of adaptive management, but found that it could not defer important decisions to the next stage of the process. In the Report, the Panel referenced the requirement that it act in a precautionary manner and stated, with respect to water quality in particular :

Taseko declined to provide some materials requested by the Panel and by other participants (e.g., description of water quality model for Fish Lake). To deal with the resulting uncertainties, the Panel considered various risk management strategies, including adaptive management in some circumstances. *However, when the Panel concluded the potential adverse environmental effects were potentially "significant", it did not agree that deferring decisions on the approach to manage the risk to subsequent regulatory processes is appropriate.* It is necessary at the environmental assessment stage for the Panel to determine if a significant adverse effect is likely and to consider if and how the risk can be managed to acceptable levels.

If, after reviewing the record of information for the review, the Panel decided that there were serious uncertainties about a potential adverse environmental effect and the ability to manage that effect and the risk of serious or irreversible environmental harm was high, then the Panel adopted a precautionary approach.

[123] It was reasonable for the Panel not to accept Taseko's "vague assurances" that it would engage in adaptive management in order to deal with adverse environmental effects. The Panel sought information on environmental effects and mitigation measures, and Taseko refused to provide this information. It was entirely reasonable, and in line with the Panel's (reasonable) interpretation of the precautionary principle, for the Panel to conclude that the concentration of water quality variables in Fish Lake (Teztan Biny) and Wasp Lake would likely be a significant adverse environmental effect.

[124] Indeed, acceptance of vague adaptive management schemes in circumstances such as these would, in my view, tend to call into question the value of the entire review panel process – if all such decisions could be left to a later stage, then the review panel process would simply be for the sake of appearances²⁰⁵.

204. Le principe de gestion adaptative est reconnu dans l'Entente Iron Mines (cl. 9.2) et l'Entente Tata Steel (cl. 9.2).

205. *Taseko Mines Limited v. Canada (Environment)*, 2017 FC 1099, par. 121-124.

Si l'obligation de prendre toutes les mesures en application du principe de précaution s'impose²⁰⁶, il reste que des prévisions d'impacts mal

206. Le principe de précaution «a été conçu pour gérer une situation d'incertitude: l'absence de certitudes scientifiques absolues ne doit pas servir de prétexte pour différer l'adoption de mesures de précaution, c'est-à-dire de mesures qui permettraient d'éviter le danger d'en atténuer les effets»: Jean-Maurice ARBOUR, Sophie LAVALLÉE et Hélène TRUDEAU, *Droit international de l'environnement*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 112. La raison de l'émergence de ce principe est «[t]he necessity to anticipate risks became increasingly manifest, as man continued to engage in evermore hazardous activities»: Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE, «Principle 15. *Precaution*», dans Jorge E. VIÑALES (dir.), *The Rio Declaration on Environment and Development. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 403, à la page 406. C'est ainsi un «principe qui se distingue de la prévention [...] [qui] s'intéresse à une relation connue de cause à effet [...] [et] vise [un] risque qui est prévisible, certain [...] [tandis que] la précaution vise les risques incertains»: J.-M. ARBOUR, S. LAVALLÉE et H. TRUDEAU, préc., p. 114. Pour sa part, A.A. CANÇADO TRINDADE, préc., s'exprime ainsi (p. 424):

The relationship between precaution and the [environmental impact assessment] illustrates the specific roles played by prevention and precaution in the assessment of risks. Indeed, while the [environmental impact assessment] is based on the «premise that project-related environmental impacts can be predicted» – the assumption on which prevention is also based – in reality it is not always possible to predict the impact of an activity of the environment. As a result, the precautionary approach is justified when scientific understanding is insufficient.

Ce principe émane du droit international. Il est présent dans divers instruments internationaux et plusieurs versions existent. Par exemple, dans la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, présentée dans le *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement*, Doc. N.U. A/CONF.151/26 (vol. I) (12 août 1992), principe 15, on prévoit qu'il s'applique en «[e]n cas de risque de dommages graves ou irréversibles», tandis que dans la *Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est*, 22 septembre 1992, art. 2 a), de la même année, on parle plutôt de «motifs raisonnables de s'inquiéter». Pour ce qui est de la situation au Canada, «[t]here are no court interpretations on the meaning of the precautionary principle in the CEAA and so it is difficult to conclude whether Parliament meant a strong or weak version»: Arlene J. KWASNIAK, «Use and Abuse of Adaptive Management in Environmental Assessment Law and Practice: A Canadian Example and General Lessons», *Journal of Environmental Assessment Policy and Management*, vol. 12, n° 4, 2010, p. 425, à la page 457. Dans l'arrêt *114957 Canada ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40, par. 30-32, la Cour suprême précise que le principe de précaution fait partie du droit international coutumier le rendant applicable au Canada. Dans l'arrêt *Dynamitage Castonguay Ltée c. Ontario (Environnement)*, [2013] 3 R.C.S. 323, 2013 CSC 52, par. 20, le plus haut tribunal du pays souligne que «[c]e principe émerge en droit international reconnaît en effet que, parce qu'il est intrinsèquement difficile de déterminer et de prédire avec une certitude scientifique les répercussions environnementales, les politiques en la matière doivent anticiper et prévenir les dégradations environnementales». C'est donc une obligation à laquelle sont assujettis les différents paliers de gouvernement: «precaution is primarily concerned with the safety of the population and thus implies a duty of *notification and consultation with*

établies, des précautions insuffisantes, sans que soit intégrée une souplesse quant à de possibles aménagements à travers le temps, peuvent poser des problèmes importants de gouvernance territoriale. À ce propos, il est possible de s'inspirer du principe de gestion adaptative, lequel oblige à tenir compte des nouvelles technologies et informations à mesure de leur disponibilité, particulièrement lorsque des impacts environnementaux étaient clairement incertains ou imprévisibles²⁰⁷. Voilà pourquoi la dimension

the local populations» : A.A. CANÇADO TRINDADE, préc., à la page 425 (l'italique est de nous). Le principe a été intégré dans plusieurs lois ; voir par exemple : *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, L.C. 1999, c. 33, art. 2 (1) a) ; *Loi sur les océans*, L.C. 1996, c. 31, préambule ; *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, L.C. 2012, c. 19, art. 4 (2) ; *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ, c. Q-2, art. 31.76 et 31.102. Voir aussi : Entente Iron Mines, cl. 9.2 ; Entente Tata Steel, cl. 9.2.

207. Selon la Cour d'appel fédérale, dans l'affaire *Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2003 CAF 197, par. 24, le concept de gestion adaptative :

est fondé sur le fait qu'il est difficile, sinon impossible, de prédire toutes les conséquences environnementales d'un projet avec les données connues. Il a pour but de pallier les effets paralysants potentiels du principe de précaution sur des projets qui peuvent avoir des avantages sociaux et économiques. Le principe de précaution veut qu'on ne donne aucune suite à tout projet qui pourrait avoir des effets négatifs importants sur l'environnement, même s'il n'est pas possible de démontrer avec quelque certitude que ces effets vont en fait se réaliser. Les méthodes de gestion adaptative et le principe de précaution sont des outils importants pour la préservation de l'intégrité écologique.

La prémisse de ce concept semble être que, « [à] force de trop insister sur le principe de précaution, ne risque-t-on pas de nuire à l'innovation et au développement [...] ? » : J.-M. ARBOUR, H. TRUDEAU et S. LAVALLÉE, préc., note 206, p. 114. Selon Jamie BEN-DICKSON, *Environmental Law*, 4^e éd., Toronto, Irwin Law, 2013, p. 27, « [k]ey characteristics of adaptive management are that it favours action that is experimental and exploratory while accepting the existence of uncertainty and acknowledging benefits in the form of learning from unexpected consequences ». La Cour fédérale explique, dans l'affaire *Pembina Institute for Appropriate Development c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 302, par. 32, que ce concept « permet à des projets dont les effets environnementaux négatifs sont incertains, quoique potentiellement présents, d'aller de l'avant en s'appuyant sur des stratégies de gestion dotées d'une souplesse d'adaptation aux renseignements nouveaux sur les effets environnementaux négatifs dès lors que des renseignements suffisants sur ces effets et des mesures d'atténuation possibles existent ». De son côté, A.J. KWASNIAK, préc., note 206, 427 et 460, dans une étude sur l'utilisation du concept de gestion adaptative selon l'ancienne *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, c. 37, conclut que « [u]nfortunately, the term has not been consistently used or characterized, and its use does not always reflect adaptive management in its classic and acceptable form » :

An important distinction between the precautionary principle and adaptive management is that the CEAA requires that the precautionary principle be exercised in all circumstances in administering the Act. The role of adaptive management is much more circumscribed [...] It is important to distinguish the nature of the uncertainty to which each is applicable. Adaptive management is aimed at addressing

temporelle de l'ERA nécessitera, pour être équitable, une bonne capacité d'adaptation qui sera surtout respectueuse de la position de la partie autochtone quant aux effets du projet sur l'exercice de ses droits territoriaux. L'Entente Raglan établit par exemple que de nouvelles mesures d'atténuation pourront dans l'avenir être retenues en fonction d'impacts imprévus. Le caractère subjectif de l'importance des impacts, élément expressément mentionné dans cette ERA, permet de justifier la souplesse qu'il convient de donner aux mesures d'atténuation au fil du temps²⁰⁸. Il en va de même pour l'état des connaissances scientifiques et techniques, lequel peut, conformément aux dispositions de cette ERA, influencer sur le choix d'adopter de nouvelles mesures d'atténuation²⁰⁹. La minière Arcelor-Mittal, quant à elle, s'engage à respecter les normes étatiques, le système de gestion ISO14000 ainsi que les « meilleures pratiques de gestion environnementale économiquement applicables qui sont généralement reconnues par le secteur minier canadien²¹⁰ ». La considération de la dimension temporelle se trouve cependant principalement dans la création du CPE qui jouera un rôle de conseiller tout au long du projet. Cela dit, dans la formulation de la clause portant sur les imprévus, le point de vue de la partie autochtone est moins valorisé qu'il ne l'est dans l'Entente Raglan. On y lit ainsi que les impacts environnementaux imprévus doivent être démontrés à l'entreprise, laquelle doit agir raisonnablement dans l'évaluation de cette preuve. En concertation avec les Uashaunnuats, l'entreprise doit effectuer les travaux de mitigation environnementale supplémentaires et raisonnables qui peuvent être nécessaires pour corriger la situation²¹¹.

highly unpredictable uncertainties. The precautionary principle, at least a moderate to weak version of the principle, would apply when there is some, and perhaps even considerable, scientific evidence that an effect will occur, but there is not scientific certainty that it will occur. So the precautionary principle deals with impacts that we have a lot more evidence for than highly unpredictable uncertainties.

Le concept de « gestion adaptative » n'a pas été repris dans la plus récente mouture de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (2012), préc., note 206, malgré sa présence dans la version antérieure de cette loi (L.C. 1992, c. 37). Voir également : Jamie BENDICKSON et autres, « Practicing Precaution and Adaptive Management : Legal, Institutional and Procedural Dimensions of Scientific Uncertainty », Ottawa, SSHRC & Law Commission of Canada, 2005 ; Martin Z.P. OLSZYNSKI, « Adaptive Management in Canadian Environmental Assessment Law : Exploring Uses and Limitations », (2010) 21 *J. Env't L. & Prac.* 1.

208. Entente Raglan (projet du 25 janvier 1995), cl. 4.4 et 4.6.

209. *Id.*, cl. 4.7.

210. Entente ArcelorMittal, cl. 9.4 ; plus particulièrement la clause 9.4 e).

211. *Id.*, cl. 9.17. Voir, au même effet, l'Entente Tata Steel (cl. 9.38) et l'Entente Iron Mines (cl. 9.39), où l'on prévoit même la possibilité de prendre des recours en dommages-intérêts ou de demander un redressement par voie d'injonction ou encore de résilier l'entente moyennant un avis écrit à la minière.

De son côté, l'Entente Iron Mines prévoit de manière spécifique que l'évaluation des effets environnementaux doit être adaptée en tenant compte de la longue durée de vie du projet²¹². On peut y lire ce qui suit : « Chaque année, le CPE doit examiner les plans de suivi et d'entretien à long terme et formuler des recommandations à LIM quant à ceux-ci. En consultation avec le CPE, LIM doit finaliser le programme de suivi et d'entretien à long terme au plus tard un (1) an avant la fermeture prévue des Projets²¹³. » Comme le rappelle cependant la Cour fédérale dans l'extrait cité plus haut, les principes de gestion adaptative ne doivent pas remplacer les obligations qui découlent du principe de précaution²¹⁴.

Il importe aussi de relever que toutes les ententes étudiées prévoient des engagements précis concernant la fermeture des mines et la restauration des lieux. Dans le cas de l'Entente ArcelorMittal, on renvoie essentiellement aux obligations légales²¹⁵, tout en incluant une consultation des Uashaunuats avant la demande d'un certificat de libération auprès des autorités gouvernementales ou encore avant l'aliénation finale de l'équipement et des infrastructures—les Innus ayant alors un droit de préemption²¹⁶. Il est également entendu que les entreprises innues pourront négocier de gré à gré avec la minière pour l'obtention des contrats de fermeture et de réaménagement des lieux et que, en l'absence d'accord, la minière pourra procéder par appel d'offres²¹⁷. L'Entente Iron Mines semble, sur ce point, aller plus loin quant au respect des droits des Innus. D'une part, elle reconnaît que les plans de réaménagement sont évolutifs, conformément à un processus adaptatif de gestion environnementale et « doivent incorporer les technologies nouvelles et émergentes²¹⁸ ». D'autre part, outre qu'elle s'engage à respecter ses obligations légales, la minière consent à appliquer un plan progressif de restauration ainsi qu'à se conformer à des exigences minimales quant à la restauration de la région ou des zones touchées, et non uniquement quant au site minier. De plus, cette ERA prévoit que, sous réserve de ce qu'énonce la loi, « les Premières nations concernées se verront accorder un pouvoir décisionnel de dernier ressort quant aux décisions finales touchant les chemins, les ponts et les autres infrastructures d'accès²¹⁹ ». C'est la seule disposition de cet ordre

212. Entente Iron Mines, cl. 9.2 : les principes de précaution et de gestion adaptative sont tous les deux reconnus.

213. *Id.*, cl. 9.34.

214. *Supra*, note 207.

215. Entente ArcelorMittal, cl. 9.22, 9.23 et 9.27.

216. *Id.*, cl. 9.26 et 9.28.

217. *Id.*, cl. 9.25.

218. Entente Iron Mines, cl. 9.32. Voir, au même effet, la clause 9.32 de l'Entente Tata Steel.

219. Entente Iron Mines, cl. 9.31 ; plus particulièrement la clause 9.31 d).

dans l'ensemble des ERA que nous avons étudiées. Son intérêt réside bien entendu dans son respect des droits au développement et à l'autodétermination des nations visées. L'Entente Tata Steel, pour sa part, s'engage à demander un certificat de libération auprès des autorités gouvernementales dès lors que les Innus se seront montrés satisfaits des travaux de réaménagement et de restauration. Ceux-ci prennent l'engagement d'agir raisonnablement, mais ils n'ont qu'un délai de 30 jours pour signifier leur satisfaction à la minière²²⁰. Les ERA prévoient également des dispositions assurant la préférence pour l'acquisition de l'équipement et des infrastructures à la fin du projet²²¹.

Enfin, les aspects économiques des ERA présentent des enjeux eu égard à l'équité intergénérationnelle. Selon une doctrine déjà bien établie, les clauses des ERA mettant en avant les engagements de la minière en matière de formation et d'emplois profiteraient davantage aux jeunes aptes à occuper les emplois qu'aux aînés ou encore aux personnes inaptes à travailler ou incapables d'occuper ces emplois, par exemple pour des raisons de santé ou familiales²²². Toutes choses égales d'ailleurs, on peut soutenir

220. Entente Tata Steel, cl. 9.34.

221. Voir, par exemple, les clause 8.26 et 9.36 de l'Entente Iron Mines.

222. Voir notamment : T. RODON, I. LEMUS-LAUZON et S. SCHOTT, préc., note 167 ; Thierry RODON et Francis LÉVESQUE, « Gap Analysis : Mining Development in Northern Canada », 2014, [En ligne], [yukonresearch.yukoncollege.yk.ca/resda/wp-content/uploads/sites/2/2013/09/2-Rodon-Gap-analysis-2014l.pdf] (21 février 2019) ; C. FIDLER et M. HITCH, préc., note 7 ; Stephanie IRLBACHER-FOX et Stephen J. MILLS, *Devolution and Resource Revenue Sharing in the Canadian North: Achieving Fairness Across Generations*, Toronto, Walter and Duncan Gordon Foundation, 2007 ; Ciaran O'FAIRCHEALLAIGH, « Resource Development and Inequality in Indigenous Societies », *World Development*, vol. 26, n° 3, 1998, p. 381. Le problème se pose aussi du point de vue du genre. En 2016, Industrie Canada estimait que les entreprises en construction représentaient une des plus grandes parts de l'entrepreneuriat autochtone (16 %), alors que c'est là, traditionnellement, un domaine à prédominance masculine : CONSEIL CANADIEN POUR LES COMMERCE AUTOCHTONES, « Promesse et prospérité. Sondage sur les commerces autochtones 2016 », [En ligne], [www.ccab.com/wp-content/uploads/2017/04/CCAB-PP-Report-V2-FR-SQ.pdf] (31 octobre 2018) ; Sophie BRIÈRE, Maripier TREMBLAY et Isabelle AUCLAIR, « L'entrepreneuriat féminin autochtone : limites des approches existantes et nouvelles perspectives endogènes », *Recherches féministes*, vol. 30, n° 1, 2017, p. 141, aux pages 149 et 151 (en ce qui concerne l'âge notamment). Voir d'ailleurs les clauses 5.2 c), 6.1 et 6.4 de l'Entente ArcelorMittal ou encore les clauses 5.5 et 6.6 de l'Entente Tata Steel qui cherchent à répondre à ce problème d'équité dans la formation et l'embauche. Parmi les exemples de mesures d'équité intergénérationnelle inscrites dans les ententes, l'Entente Iron Mines prévoit, dans ses mesures de sélection des employés, de prendre en considération le savoir-faire et l'expérience plutôt que de tenir compte des préalables de scolarité. Cela concerne toutefois seulement les emplois de niveau « débutant » (cl. 6.7 a)). L'Entente Tata Steel comporte des mesures similaires (cl. 6.6 a)). L'Entente Iron Mines exige, en plus, de

l'hypothèse que l'accroissement du niveau d'emploi occupé contribuera au bien-être de la communauté dans son ensemble. Cela ne semble toutefois pas se traduire dans les statistiques socioéconomiques²²³. Du reste, une lecture systématique des ententes étudiées met en lumière que les engagements qui concernent directement les aînés sont peu nombreux²²⁴ et se concentrent surtout sur la protection des lieux et des activités traditionnelles²²⁵, leur indemnisation ou la mise en place de mesures réparatrices²²⁶, leur consultation²²⁷, l'intégration de leur savoir ou leur participation à la surveillance environnementale²²⁸ et la valorisation du bien-être familial²²⁹.

considérer l'expérience professionnelle dans la sélection des candidats (cl. 6.10 b)). Pour sa part, l'Entente ArcelorMittal prévoit que, sous réserve des exigences de la loi et du poste à pourvoir, l'expérience pratique et le savoir peuvent remplacer un diplôme d'études secondaires.

223. Marianne ARCHAMBAULT-LALIBERTÉ, *Le droit à la santé des Inuits et les Ententes sur les répercussions et avantages : limites et contributions de l'Entente Raglan pour les populations de Salluit et de Kangiqsujuaq*, essai de maîtrise, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2018. À ce sujet, voir aussi et notamment C. KNOTSCH, P. SIEBENMORGEN et B. BRADSHAW, préc., note 10.
224. D'ailleurs, la question de l'âge n'entre pas dans les critères au sujet desquels doit faire rapport l'entreprise lorsqu'il lui faut rendre compte du contingent d'employés de la Première Nation : Entente Iron Mines, cl. 6.13 ; Entente ArcelorMittal, cl. 6.11. Voir aussi les clauses 6.16 et 7.2 de l'Entente Iron Mines, où l'entreprise s'engage à promouvoir, avec raison, l'égalité entre les genres, mais où la question de l'équité intergénérationnelle n'est pas mentionnée.
225. Voir par exemple : Entente Iron Mines, cl. 4.5, 7.7, 7.11-7.14, 10.11 et suiv. ; Entente Tata Steel, cl. 4.4, 7.1, 7.6, 7.7 et 7.11-7.15 ; Entente ArcelorMittal, cl. 2.1 f), 7.7, 7.10-7.11 et 9.18-9.21.
226. Voir, par exemple, la clause 4.5 e) de l'Entente Iron Mines.
227. Dans l'Entente Iron Mines, les aînés sont mentionnés une seule fois : il est possible de les inviter à assister aux réunions du CPE (cl. 9.14 d)). Il en va de même pour l'Entente Tata Steel (cl. 9.14 d)), qui prévoit des honoraires pour les aînés invités à assister aux réunions. Voir aussi l'Entente ArcelorMittal, cl. 9.10 et cl. 9.5, où ce sont les « familles traditionnelles » les plus touchées qui peuvent être invitées aux séances annuelles avec les cadres de l'entreprise chargés des questions environnementales.
228. Entente Iron Mines, cl. 9.1, 9.2, 9.25 d) et 9.26-9.29 ; Entente Tata Steel, cl. 9.1, 9.2, 9.25 d) et 9.25-9.29 ; Entente ArcelorMittal, cl. 9.2.
229. Entente Iron Mines, cl. 7.3 e) et 7.8 ; Entente Tata Steel, cl. 7.8. En ce sens et en vue d'assurer la transmission des savoirs, l'Entente Iron Mines prévoit que les minières doivent « offrir aux jeunes de chacune des Premières Nations concernées des possibilités de découvrir le domaine de la surveillance environnementale qui soit adaptées à leur groupe d'âge » (cl. 9.25 h)). Voir les clauses similaires dans l'Entente Tata Steel (cl. 9.25) et dans l'Entente ArcelorMittal (cl. 9.15 c)) : cette dernière prévoit que l'entreprise peut aussi appuyer les initiatives en ce sens.

Conclusion

L'objectif de notre texte n'était pas de catégoriser les ERA comme des véhicules à proscrire ou à adopter, mais plutôt de susciter une réflexion sur leur caractère, sur leur qualification et sur leur véritable rôle dans la gouvernance territoriale. Notre analyse nous amène à la conclusion que les ERA sont des textes de nature publique. Le principe posé quant à leur interprétation est que le droit commun étatique s'y applique, comme c'est le cas d'ailleurs pour les contrats publics, sauf dérogation. Compte tenu de leurs conséquences dans l'espace et dans le temps, sur les relations entre les groupes nationaux, que ce soient les communautés avoisinantes ou la société dominante dans son ensemble, nous pensons que des règles particulières devraient s'appliquer à de tels contrats qui se caractérisent, comme le démontre notre analyse, par leur dimension collective, publique ou sociétale. À notre sens, ces règles devraient prendre en considération les éléments suivants :

- 1) la nature des parties aux ERA et plus particulièrement le fait que les nations autochtones sont des entités publiques exerçant leurs pouvoirs en vertu de leur souveraineté inhérente, dotées de leurs propres ordres juridiques ;
- 2) la nature collective des ressources au cœur des projets visés et des ERA conclues, de même que la nature collective des droits en jeu, sur lesquels existent, à notre avis, une responsabilité de gardiennage partagée entre l'État et les peuples autochtones ;
- 3) les effets engendrés sur les nations autochtones et entre elles, par exemple entre les diverses générations, de même qu'entre les sociétés autochtones et québécoise.

Concrètement, cela signifie que les autorités publiques québécoises et autochtones sont en droit et ont même le devoir de régir le contenu de ces ERA pour tenir compte de leur caractère singulier. À l'instar d'un système d'indemnité qui impose des obligations aux pétrolières, l'État a la légitimité et le pouvoir d'imposer des balises aux entreprises qui souhaitent exploiter des ressources publiques, par exemple en ce qui a trait au droit des peuples autochtones de se faire entendre distinctement dans le contexte des demandes de droits d'exploitation ou des processus d'évaluation environnementale qui s'ensuivent. À cet égard, l'État peut soutenir les communautés autochtones de manière à ce qu'elles procèdent elles-mêmes à leurs propres évaluations environnementales. De plus, le législateur a un rôle clé à jouer dans l'interdiction des clauses de nature abusive, notamment celles qui imputent à la partie autochtone signataire de l'ERA les agissements de tiers. L'État a également un rôle pour renforcer

le rapport de force des peuples autochtones dans les négociations. En rendant obligatoire l'obtention du consentement, préalable, libre et éclairé des peuples autochtones en cas de projet de développement majeur et en reconnaissant les droits fonciers des peuples autochtones, l'État contribuerait à renforcer cet équilibre entre les parties, lequel influe sur les sociétés autochtones et québécoise.

Cela dit, considérant la nature publique des parties autochtones signataires des ERA, nous estimons que les peuples autochtones ont aussi la capacité de prévoir, dans des politiques, les conditions de leur adhésion collective aux projets de cette nature. Autrement dit, plutôt que de négocier au cas par cas le consentement communautaire, les peuples autochtones nous semblent en droit de réfléchir et d'adopter en amont, conformément à leur procédure décisionnelle, les conditions essentielles de leur consentement à des projets d'exploitation des ressources. Si les politiques publiques ne sont jamais parfaites, elles ont au moins l'avantage d'être plus légitimes, transparentes et, surtout, de poser clairement et démocratiquement, les règles du jeu qui touchent l'ensemble de la communauté. Cette manière de précéder refléterait aussi mieux le caractère collectif des ERA.

Parallèlement, une réflexion s'impose quant aux effets intersociétaux des ERA. Il nous semble que les modèles d'ERA que nous avons étudiés montrent les écueils des services offerts par l'État aux peuples autochtones et la nécessité, pour l'État québécois mais également pour les autorités fédérales, de renforcer la qualité des services publics culturellement adaptés qui sont offerts à l'heure actuelle (lorsqu'ils le sont) aux peuples autochtones sur l'ensemble du territoire de l'État. Ces écueils renforcent en effet la dynamique de méfiance entre les groupes. En ce sens, l'actuel soutien financier discrétionnaire et instable ne permet certainement pas aux autorités autochtones d'assurer le plein développement social, culturel et économique auxquels ont droit leurs citoyens. On peut ici légitimement se demander si les ERA auraient la même substance, voire si elles verraient le jour, en présence de communautés locales bien soutenues par l'État. Au chapitre du rôle de l'État, ce dernier nous semble aussi avoir l'obligation de prendre en considération et de reconnaître légalement les différences culturelles des peuples autochtones, et ce, à la hauteur des exigences des instruments internationaux. Cela devrait amener le législateur à revoir la protection qu'il accorde aux langues autochtones dans le milieu de travail, aux diverses formes de discrimination auxquelles les Autochtones font face dans ce milieu, de même qu'à la place des congés de deuil élargis et des congés culturels dans les lois du travail et les lois de nature sociale. Ces droits culturels fondamentaux ne nous paraissent pas devoir être négociés comme des « avantages » obtenus en échange de l'exploitation de

ressources qui sont, elles aussi, fondamentales au maintien des cultures et des traditions autochtones. Or, dans ce cas précis, le défaut du Québec de reconnaître les droits fonciers des peuples autochtones et leurs conceptions de la territorialité leur est, de notre point de vue, grandement préjudiciable et renforce la méfiance entre les peuples.