

La reconnaissance des droits des peuples autochtones
dans le contexte du développement minier: analyse
critique de récentes réformes minières au Canada

2ème rencontre du réseau MinErAL

Musée Shaputuan, Uashat

29 mai 2018

Sophie Thériault
Professeure, Faculté de droit
Université of Ottawa

Questions de recherche générales

- ❖ Sous quelle(s) forme(s) les droits des peuples autochtones sont-ils reçus - lorsqu'ils le sont - par les régimes miniers étatiques?
- ❖ De quelle(s) façon(s) l'ordre juridique, de même que les valeurs, discours et principes qui le sous-tendent, participent-ils à la structuration des rapports de force entre les compagnies minières, l'État et les peuples autochtones, et avec quelles conséquences pour les acteurs concernés?
- ❖ Comment restructurer les relations entre l'État, l'industrie minière et les peuples autochtones dans l'optique de minimiser les risques de conflits liés au développement minier et de favoriser la pleine réalisation des droits des peuples autochtones ?

Plan de la présentation: analyse critique de récentes réformes minières au Canada

- ❖ Les tensions entre les régimes de « *free entry mining* » et les droits des peuples autochtones;
- ❖ Les réformes minières récentes en Ontario, au Québec et au Yukon et la réception limitée des droits des peuples autochtones;
- ❖ Éléments d'une analyse critique des réformes minières récentes du point de vue de la structuration des rapports de force entre les peuples autochtones, l'État et l'industrie minière

Le “*free mining*” et sa traduction dans les régimes miniers au Canada

- ❖ “Free mining”, “Free-entry mining”, “liberté de prospection”, “appropriation libre et unilatérale” (J.-P. Lacasse);
- ❖ Le “*free mining*” – envisagé comme système de pensée – préconise le libre accès aux territoires où se trouvent des ressources minérales publiques afin de procéder à des activités de recherche et d’exploitation minières et, dans l’éventualité de la découverte d’un gisement rentable, le droit exclusif du “découvreur” de l’exploiter, le tout avec une intervention minimale de l’État;
- ❖ Les régimes de *free mining* reposent sur le postulat de la priorité des activités minières sur les autres usages du territoire, y compris par les peuples autochtones, et sur les valeurs de liberté, d’égalité des chances, et de sécurité juridique (B.J. Barton; J.-P. Lacasse; A. Scott).

La traduction du principe de “*free mining*” dans les législations minières au Canada

- ❖ Le principe de la propriété publique des minéraux (distinction entre droits tréfonciers et droits de surface);
- ❖ L’institution du claim minier:
 - ❖ Acquisition unilatérale (aucun exercice par l’État d’un pouvoir discrétionnaire préalable);
 - ❖ Droit exclusif d’exercer des activités d’exploration minière dans le périmètre visé par le claim;
- ❖ Le droit exclusif du “découvreur” d’exploiter le gisement (retour sur l’investissement).

Les régimes de “free mining” au défi des droits constitutionnels des peuples autochtones

- ❖ Art. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*: “Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.”
- ❖ L’exercice des activités minières et les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones;
- ❖ L’acquisition unilatérale de claims miniers sur des terres détenues ou revendiquées en vertu d’un titre ancestral.

La réforme minière en Ontario (2009)

❖ Contexte:

- Kitchenuhmayoosib Inninuwug First Nation (KI) v. Platinex
- Ardoch Algonquin First Nation v. Frontenac Venture
- Consultation sur la mise en oeuvre de l'obligation de consultation des communautés autochtones dans le secteur minier (2007)
- *Modernisation de la Loi sur les mines de l'Ontario. Trouver un équilibre* (2008)

La réforme minière en Ontario (2009)

- ❖ Art. 2: La *Loi sur les mines* a pour objet « d'encourager la prospection, le jalonnement et l'exploration aux fins d'exploitation des ressources minérales, d'une façon compatible avec les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, y compris l'obligation de mener des consultations, et de réduire les effets de ces activités sur la santé et la sécurité publiques et sur l'environnement. »
- ❖ Exclusion de certaines terres du régime des claims: sites d'importance culturelle; *Grand Nord (Loi de 2010 sur le)*.
- ❖ Obligation de consulter les communautés autochtones concernées à différents stades du développement minier, de certains travaux d'exploration préliminaire à la fermeture de la mine.
- ❖ Mécanisme de règlement des différends.

La réforme minière au Yukon (2013)

❖ *Ross River First Nation v. Yukon*, (2012) YKCA 14 (permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada refusée)

“The duty to consult exists to ensure that the Crown does not manage its resources in a manner that ignores Aboriginal claims. It is a mechanism by which the claims of First Nations can be reconciled with the Crown’s right to manage resources. Statutory regimes that do not allow for consultation and fail to provide any other equally effective means to acknowledge and accommodate Aboriginal claims are defective and cannot be allowed to subsist.” (par. 37)

La réforme minière au Yukon (2013)

❖ Ross River First Nation v. Yukon, (2012) YKCA 14

“I would allow that appeal by granting the following declarations:

- a) the Government of Yukon has a duty to consult with the plaintiff in determining whether mineral rights on Crown lands within lands comprising the Ross River Area are to be made available to third parties under the provisions of the *Quartz Mining Act*.
- b) the Government of Yukon has a duty to notify and, where appropriate, consult with and accommodate the plaintiff before allowing any mining exploration activities to take place within the Ross River Area, to the extent that those activities may prejudicially affect Aboriginal rights claimed by the plaintiff.”

La réforme minière au Yukon (2013)

- ❖ « La présente partie a pour objet de veiller au développement et à la viabilité d'une industrie de l'extraction du quartz qui soit durable, concurrentielle et saine, dont le fonctionnement protège les valeurs socio-économiques et environnementales fondamentales du Yukon, et respecte les droits ancestraux et issus de traités visés à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. » (art. 130, *Loi sur le quartz*).
- ❖ Catégories d'activités d'exploration minière: types 1 à 4;
- ❖ Obligation de notification (types 1 et 2) dans les zones désignées seulement (type 1);
- ❖ Soumission de plans d'exploration détaillés (types 3 et 4);
- ❖ Mise en oeuvre de l'obligation de consultation aux différents stades du développement minier, de certains travaux d'exploration préliminaire à la fermeture de la mine.

La réforme minière au Québec (2013)

- ❖ Débats relatifs au *Plan Nord*
- ❖ Rapport très critique du Commissaire du Développement durable (Bureau du Vérificateur général) (2009)
- ❖ Projets miniers très controversés (mine à ciel ouvert en milieu urbain à Malartic)

La réforme minière au Québec (2013)

Art. 17. « La présente loi vise à favoriser, dans une perspective de développement durable, la prospection, la recherche, l'exploration et l'exploitation des substances minérales, et ce, tout en assurant aux citoyens du Québec une juste part de la richesse créée par l'exploitation de ces ressources et en tenant compte des autres possibilités d'utilisation du territoire.

Elle vise aussi à ce que l'exploitation des ressources non renouvelables se fasse au bénéfice des générations futures.

La présente loi vise également à développer une expertise québécoise dans l'exploration, l'exploitation et la transformation des ressources minérales au Québec. »

(Aucune mention expresse des droits constitutionnels des peuples autochtones)

La réforme minière au Québec (2013)

- ❖ 2.1 « La présente loi doit s'interpréter de manière compatible avec l'obligation de consulter les communautés autochtones. Le gouvernement consulte les communautés autochtones de manière distincte, lorsque les circonstances le requièrent. »
- ❖ 2.2 « La prise en compte des droits et des intérêts des communautés autochtones fait partie intégrante de la conciliation de l'activité minière avec les autres possibilités d'utilisation du territoire. »
- ❖ 2.3 « Le ministre élabore, rend publique et tient à jour une politique de consultation des communautés autochtones propre au secteur minier. » (Au moment d'écrire ces lignes, la politique n'avait toujours pas été publiée)

Éléments d'une analyse critique des récentes réformes minières au Canada

- ❖ Prise en compte accrue des droits des peuples autochtones dans le cadre du développement minier, et encadrement plus strict des activités minières (surtout au stade de l'exploitation);

Toutefois:

- ❖ Il est toujours possible d'enregistrer des claims miniers sans consultation et accommodement préalables des communautés autochtones concernées dans les trois juridictions concernées;
- ❖ Validation des claims existants – enregistrés sans entente ni consultation préalable des communautés autochtones concernées – en ce qui concerne les zones exclues du régime des claims;

Éléments d'une analyse critique des récentes réformes minières au Canada

❖ Suite...

- ❖ De nombreux travaux d'exploration préliminaire peuvent toujours être réalisés sur des terres susceptibles d'être grevées du titre ancestral sans consultation préalable (en particulier au Québec);
- ❖ Reconnaissance de vastes pouvoirs discrétionnaires à l'État en ce qui concerne l'autorisation des activités minières sur des terres susceptibles d'être détenues en vertu d'un titre ancestral.

Éléments d'une analyse critique des récentes réformes minières au Canada

- ❖ Fardeau de preuve du titre ancestral excessivement lourd, et processus judiciaire risqué;
- ❖ Négociations de revendications territoriales dans des zones à haut potentiel minier qui piétinent;
- ❖ Limites de la doctrine de l'obligation de consultation dans la perspective d'assurer des rapports harmonieux entre les peuples autochtones et l'industrie minière:
 - ❖ Obligation de participer au processus de consultation et de faire valoir des positions "raisonnables" (*Ktunaxa Nation v. BC*)
 - ❖ L'enjeu du consentement préalable, libre et éclairé
 - ❖ Encadrement de l'obligation de consulter incompatible à certains égards avec les ordres juridiques autochtones (ex.: délais, *K. Drake*).
 - ❖ Consultations rattachées à des mesures spécifiques plutôt qu'au projet dans son ensemble ou au développement d'une zone géographique donnée.
- ❖ Persistance de l'insécurité juridique, tant du point de vue des peuples autochtones que de l'industrie.

Comment expliquer la résilience des régimes de *free mining* ?

- ❖ Les droits constitutionnels des peuples autochtones ont été “juxtaposés” ou “greffés” aux structures existantes des régimes miniers;
- ❖ La théorie des systèmes sociaux complexes et le couple médium/forme chez N. Luhmann;
- ❖ Le système minier (récepteur) “joue un rôle actif dans la production du sens et de la forme spécifique que prendra l'énoncé [le médium]” transposé (droits des peuples autochtones) (A. Pires; M. Garcia).
- ❖ Le processus d'actualisation des médiums dans le système récepteur serait largement déterminé par les “structures dogmatico-rationnelles” (G. Teubner) ou par le “système de pensée” dominant.
- ❖ Le principe de *free mining* et les valeurs qu'il véhicule constitueraient ainsi des “obstacles cognitifs internes” des régimes miniers, les empêchant d'innover dans le sens de la pleine reconnaissance des droits et territorialités autochtones (par analogie, voir M. Garcia).

Conclusions

- ❖ Réforme par contraste (“réforme à partir d’un passé donné”) vs réforme générative (“réforme à partir d’un futur créé” (R. Dubé et M. Garcia)
- ❖ L’impératif de refonder les rapports entre l’État, les peuples autochtones et l’industrie minière, au-delà de l’obligation de consultation et des logiques d’imposition et de “compromis”.

- Merci de votre attention.
-