

ASSURER LA PROTECTION DE LA CULTURE ET SITUER LES DROITS DES FAMILLES DANS LE CONTEXTE DES ERAs

PETER W. HUTCHINS, CÉCILE CAPELA-LABORDE & OLIVIER JARDA

IDDPNQL, WENDAKE, 22 FÉVRIER 2018

HUTCHINS LEGAL INC.
AVOCATS-BARRISTERS & SOLICITORS

2

Partie I

Assurer la protection de la culture
dans le cadre des ERAs

3

Évolution du rôle des ERAs

- Rôle traditionnel des ERAs : emphase mise sur l'assurance que les communautés autochtones bénéficient des retombées économiques (emplois et compensations financières)
- Le rôle des ERAs au delà des retombées économiques doit également viser à reconnaître la gouvernance des communautés autochtones et protéger et accommoder les cultures des communautés autochtones
- Évolution de la jurisprudence en matière de droits ancestraux et droits de consultation et accommodement
- Importance de tenir compte des droits des familles dans les ERAs

4

PROTÉGER LA CULTURE DANS LA NÉGOCIATION DES ERAs

- Avant les négociations : Détermination d'objectifs, plan de négociation
- Pendant les négociations : Faire de la protection de la culture une priorité
- « **La collectivité ne peut pas faire de ces terres des utilisations qui détruiraient cette valeur.** » (*Delgamuukw*, para 129)
- Contribution du promoteur à la protection de la culture et du savoir traditionnel
- Importance d'adapter l'ERA au contexte particulier et culturel de chaque communauté

5

PROTÉGER LA CULTURE DANS LA MISE EN OEUVRE DES ERAs

- Participation à la gestion des ressources et des protections culturelles
 - Pouvoir de décision (conseils, organisations)
 - 100% gestion autochtone, cogestion, gestion conjointe
 - Participation dans la planification et l'établissement des objectifs de programmes
- Supervision de la mise en oeuvre des mesures de protection
 - **Le rôle de la communauté, des experts et des promoteurs**
 - **Prévoir un financement adéquat**
- Évaluer et tenir compte des impacts socioculturels
- Identification des ressources du patrimoine de la Première Nation
- Mécanismes pour aborder les impacts imprévus ou prohibés
- Re-négociation et renouvellement

6 EXEMPLES DE PROTECTIONS À INCLURE DANS LE PRÉAMBULE DES ERAs

- Reconnaissance que **la transmission des valeurs sociétales, culturelles et spirituelles** de la Première Nation aux générations futures est essentielle à sa survie
- Collaboration et engagement spécifique des Parties afin d'atteindre cet objectif
- Engagement des Parties à poursuivre la collaboration au-delà de l'entente
- Assurance par le promoteur du respect du territoire affecté et de son **importance historique, spirituelle, sociétale et économique** (planification, construction du projet et durant la **vie opérationnelle du projet**)
 - Eg. Assurer la mitigation des impacts sur les sites culturels, sacrés et historiques de la Première Nation

7 EXTRAIT DU PRÉAMBULE D'UNE ERA NÉGOCIÉE PAR HUTCHINS LEGAL INC.

The Proponent and First Nation specifically wish to work cooperatively together to:

*Ensure respect for the Affected Territory and its historical, spiritual, social and economic importance to the First Nation by the proponent during the planning and construction of the Project and during the operation and decommissioning of the Project (“**Operational Lifetime**”) so that there is mitigation of impacts to the First Nation’s cultural, sacred or historic sites;*

8

EXEMPLES DE PROTECTIONS À INCLURE DANS LE TEXTE DES ERAs

- **Préservation, promotion et sauvegarde** des pratiques, coutumes et activités culturelles et spirituelles
- Reconnaissance des droits des peuples autochtones conformément à la **Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones**
- Prévoir que les impacts environnementaux comprennent les **impacts sur l'héritage culturel**
- Intégration du **droit coutumier autochtone** entre autres par l'inclusion des lois autochtones dans la définition de lois applicables

EXTRAITS D'UNE ERA NÉGOCIÉE PAR HUTCHINS LEGAL INC.

*“**Law**” means, with respect to any Person, property, transaction, event or other matter, any written or unwritten law, rule, statute, regulation, order, judgment, decree, treaty, [First Nation] Indigenous Law when disclosed and agreed to by the Proponent, or other requirement having the force of law relating or applicable to such Person, property, transaction, event or other matter, and includes, where appropriate, any interpretation of the foregoing (or any part thereof) by any Person having jurisdiction over it, or charged with its administration or interpretation.*

*“**Environmental Laws**” means any statutes, laws, regulations, orders, bylaws, permits or other authorizations of any Regulatory Authority, now or hereafter in force, relating in any way to the physical environment or human health, including common law and equity, and [First Nation] Indigenous Law when disclosed and agreed to by the Proponent and including all regulations promulgated thereunder from time to time, or any other legally binding protocols, codes, or standards adopted by any Regulatory Authority.*

10

EXEMPLES DE PROTECTIONS À INCLURE DANS LE TEXTE DES ERAs

- Identification du **patrimoine culturel** à préserver, e.g.
 - Minimiser les activités sur les **sites sacrés** ou qui ont une **importance historique, culturelle, pédagogique ou archéologique**
 - Protection du **savoir traditionnel** par les ERAs et reconnaissance de son importance pour évaluer les impacts

EXTRAITS D'UNE ERA NÉGOCIÉE PAR HLI CONCERNANT L'IDENTIFICATION DU PATRIMOINE CULTUREL

The Parties agree that it is important to identify and protect any and all additional First Nation's Heritage Resources in the Affected Territory not identified to date.

To ensure the proper identification and protection of the First Nation's Heritage Resources during the construction of the Project, the First Nation shall choose from time to time individuals designated as Monitors who shall:

(a) identify any further Heritage Resources not previously identified and inform the Proponent of such sites; and

(b) liaise with the Proponent's Aboriginal Consultant as applicable, to ensure mitigation of impacts and to

facilitate Project requirements in compliance with the Proponent and the First Nation's guidance

EXEMPLES DE PROTECTIONS À INCLURE DANS LE TEXTE DES ERAs

- Supervision et restauration
 - Supervision court-terme
 - Restauration
 - Usage et supervision à long-terme
- Cérémonies de guérison

EXTRAITS D'UNE ERA NÉGOCIÉE PAR HUTCHINS LEGAL INC. CONCERNANT LA SURVEILLANCE À LONG-TERME

*For each of the following 5 years following construction of the Project, the Proponent anticipates it will be obliged by the NEB to perform **annual post-construction monitoring** of the Restoration. As part of this post-construction monitoring, The Proponent will retain one or more **First Nation Monitors to assist with the post-construction monitoring**. The Monitors shall assist in the evaluation of the efficacy of the Restoration, manual Restoration of the First Nation's Heritage Resources and Affected Territory and monitor any further impact of the Project on the First Nation's Heritage Resources and Affected Territory and carry out any other relevant follow-up activities.*

*The Proponent agrees to **facilitate First Nation's access to the First Nation's Heritage Resources** on the Project right of way and their use for traditional purposes, such as **herb gathering, fasting and teachings**, and the First Nation agrees to abide by any of the Proponent's reasonable policies or procedures for accessing the Project's right of way to the extent necessary and required by such reasonable policies and procedures. **The Parties will from time to time discuss the appropriateness of such policies and procedures** as they might apply to the First Nation.*

14

EXTRAITS D'UNE ERA NÉGOCIÉE PAR HUTCHINS LEGAL INC. CONCERNANT LES CÉRÉMONIES TRADITIONNELLES

The First Nation intends to plan and participate in approximately two Healing Ceremonies during the construction phase of the Project to commemorate changes to the land and ecosystem and its cultural, historical, educational and spiritual significance to the First Nation. These ceremonies will last approximately 2 to 5 days each.

The Healing Ceremonies will take place at those times and locations to be determined by the First Nation and communicated to the Proponent at least two weeks in advance of their occurrence.

The Proponent undertakes not to disturb by noise or otherwise, obstruct or interfere with the Healing Ceremonies through construction, transport of persons or material or other works by the Proponent or its subcontractors on or around the ceremonies while they are taking place.

EXEMPLES DE PROTECTIONS À INCLURE DANS LE TEXTE DES ERAs

- **Formation, emploi et milieu de travail**
 - Horaires flexibles pour accommoder les pratiques traditionnelles
 - La chasse
 - Les pratiques spirituelles
 - Formation interculturelle (pour travailleurs autochtones et non-autochtones)

EXEMPLES DE PROTECTIONS À INCLURE DANS LE TEXTE DES ERAs

- **Comité de mise en œuvre :**
 - Veille à la mise en œuvre de l'entente
 - Contribue aux communications et à la collaboration entre les Parties
 - Résout les différends
 - Établit des échéanciers et des marches à suivre

Partie II

Situer les droits des familles
dans le contexte des ERAs

SITUER LES DROITS DES FAMILLES DANS LE CONTEXTE DES ERAs

- Rôle des ERAs dans la protection de la culture
- Importance pour les ERAs d'évoluer pour refléter l'évolution du droit autochtone
 - e.g. : Droit à la gouvernance et à la gestion du territoire
- Nouveau courant jurisprudentiel reconnaît les droits des familles sur leurs territoires
 - Droit de consultation et d'accommodement
 - Droit d'être pleinement impliquées dans la prise de décisions affectant leurs droits et intérêts, incluant les processus d'évaluation environnementale et les ERAs
- Importance pour les gouvernements autochtones d'inclure les familles dans ces processus

PLUSIEURS GROUPES AUTOCHTONES PEUVENT ÊTRE TITULAIRES

DE DROITS ANCESTRAUX

- Sources des droits ancestraux = les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens et continuent d'exister aujourd'hui.
- La nation, la bande ou un sous-groupe autochtone tel une famille, un clan, un groupe de descendance, une tribu, les femmes ou les enfants autochtones
- Doit être évalué au cas par cas et selon les perspectives autochtones
- Dans certains cas, les familles détiennent des droits ancestraux

CERTAINES FAMILLES DÉTIENNENT DES DROITS ANCESTRAUX SUR LEURS TERRITOIRES

- Rôle des familles dans la gouvernance et dans la protection du territoire :
 - Premiers héritiers de leurs territoires respectifs
 - Protecteurs, gardiens, gestionnaires des ressources
- Droits et intérêts particuliers sur leurs territoires traditionnels familiaux
- Ces familles ont le droit d'être consultées et accommodées lorsque les droits et intérêts sont susceptibles d'être affectés

QUEL GROUPE A DROIT À LA CONSULTATION ET L'ACCOMMODEMENT?

Behn c Moulton Contracting Ltd, 2013 CSC 26

- [...] certains droits, bien que la collectivité autochtone en soit titulaire, sont néanmoins **exercés par des membres à titre individuel** ou attribués à ceux-ci. De tels droits peuvent par conséquent posséder des **attributs à la fois collectifs et individuels**. Il est possible que des **membres de la collectivité possèdent à titre individuel un intérêt acquis dans la protection de ces droits**. [paragr. 33]

Manatch c Louisiana-Pacific Canada Ltd, 2014 QCCS 4350

- **On peut s'interroger sur la nature véritable d'une consultation lorsqu'il existe une dissension réelle et de longue date au sein d'une nation autochtone. Ceci est d'autant plus important lorsque la Couronne est informée de la situation, comme c'est le cas en l'espèce**. [paragr. 72]

22 COLLABORATION ET IMPLICATION DES FAMILLES

- Importance d'impliquer les familles dans les consultations et les processus décisionnels entourant les projets
- Dans le cadre des ERAs:
 - Importance d'accommoder les familles, incluant les retombées économiques
- Favorise la protection des droits et intérêts des familles et l'acceptation sociale des projets par la communauté
- Pour ce faire, nous recommandons d'adopter un protocole pour les familles

PROTOCOLE POUR LES FAMILLES

- Pas de modèle “one-size-fits-all”
- Importance de prévoir comment les familles seront consultées et accommodées
 - Règles claires
 - Transparence
 - Flexibilité
 - Processus accepté par la communauté
 - Peut varier en fonction de la nature du projet
- Possibilité de se baser sur le droit coutumier autochtone pour déterminer les règles

EXEMPLES DE MESURES POUR TENIR COMPTE DES DROITS DES FAMILLES DANS LES ERAs

- Reconnaissance du savoir traditionnel des familles et de leur connaissance du territoire
 - Intégration du savoir traditionnel des familles et leur connaissance du territoire dans les évaluations des projets à toutes leurs phases
- Inclure les familles dans les équipes effectuant le travail de surveillance sur le terrain
- Impliquer les familles dans les comités de mise en oeuvre des ERAs
- Favoriser l'embauche des membres des familles dont les droits et intérêts sont affectés

MERCI POUR VOTRE PARTICIPATION

- Pour de plus amples informations, visitez notre site web à www.hutchinslegal.ca et n'hésitez pas à nous contacter.

Peter W. Hutchins

phutchins@hutchinslegal.ca
514-849-2403

Cécile Capela-Laborde

ccapela@hutchinslegal.ca
514-849-2403 (234)

Olivier Jarda

ojarda@hutchinslegal.ca
514-849-2403 (237)

**Veillez noter que cette présentation ne constitue pas un avis juridique.