

Co-incident des Ententes sur les Répercussions et les Avantages (ERA) dans l'industrie minière et le processus d'Évaluation Environnementale et Sociale des Projets dans les Territoires conventionnés au Québec**

Michel A. Bouchard
COGEOS Inc.
12 juillet 2018

****Note.** Ce document fait suite à une note originale amorcée pour le contexte du Nunavik, préparée à la demande de Peter Jacobs, alors président de la Commission de la Qualité de l'Environnement Kativik. La présente version est étendue à Eeyou Istchee et conséquemment à l'ensemble des territoires visés par les Chapitres 22 et 23 de la CBJNQ et par extension, à celui visé également par la CNEQ.

Les Ententes sont là pour rester

Les Ententes sur les Répercussions et les Avantages (ERA, en ang. *Impact-Benefit Agreements-IBA*¹) sont devenues des éléments courants des relations communautaires dans le cadre de projets de développement, particulièrement dans les contextes nordiques ou boréaux. Elles sont particulièrement courantes au Canada dans le secteur des ressources extractives où les entreprises minières sont soucieuses de l'insertion harmonieuse, de l'acceptation, de leur projet auprès des communautés autochtones (Sosa and Keenan, 2001). Au Québec, quelques ententes ont pour ainsi dire fait école, en tant que manifestation de bonnes relations communautaires, depuis l'Entente Troilus entre la communauté crie de Mistissini et Inmet Mining Ltd en 1995². À peu près à la même époque, Falconbridge³ négociait une ERA avec les communautés et les corporations foncières des villages inuit de Salluit et de Kangisgsujuaq dans le cadre du projet Raglan. D'autres ententes ont été convenues par la suite au Nunavik, dont celle en 2008 entre Canadian Royalties, et la Société Makivik et les corporations foncières des mêmes villages inuit ainsi que celle de Povungnituk dans le cadre du projet Nunavik Nickel⁴. Enfin, d'autres ententes ont aussi été convenues entre la communauté innu Uashat et Cliff Resources (anciennement Consolidated Thompson) dans le cadre du projet du Lac Bloom .

Ces ententes s'inscrivent dans une tendance irréversible, au Canada et ailleurs, notamment en Australie⁵ et font maintenant partie de ce que l'Industrie considère comme un élément d'acquisition d'une « license sociale » (en ang. « *Social license to operate* » ou SLO) (Bouchard 2015b) . Au Canada, on compte quelques centaines de telles ententes entre des entreprises

¹ L'acronyme IBA peut prêter à confusion car il est couramment utilisé au Canada pour désigner l'*Indigenous Bar Association*

² Il s'agit de la première utilisation de l'expression « IBA » au Canada.

³ Les ERA (Phases II et III) sont maintenant gérés par Glencore, qui a racheté la propriété de X-Strata, qui l'avait elle-même acquise de Falconbridge.

⁴ Nunavik Nickel a été acquis par la multinationale chinoise Jilin Jien Nickel Industries Co, qui a créé une filiale canadienne , Jien Canada.

⁵ Plus de 1500 ERA (sur les 2020 signées - secteurs des mines, agricult., forêt, gaz, routes, gestion eau, etc) ont été exigées par législations en Australie(B.Taillon, comm.pers.). Voir: the Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act 1976 ou the Native Title Act 1993. De plus des décisions de tribunaux ont imposé des ententes.

minières et les Premières Nations, certaines datant de 1987 (Dona Lake, Ontario entre Osnaburg-Windigo First Nations et Dome Exploration); plusieurs ne portent pas le label IBA mais sont désignées par d'autres noms, notamment des « Ententes Socio-économiques » ou une dizaine d'autres vocables impliquant différentes nuances, certaines portant seulement sur les phases d'explorations (par ex. « Pre-development agreement »), d'autres sur la production, ou d'autres enfin, portant sur certains aspects spécifiques de collaboration ou de versements de redevances⁶ (Taillon, 2013).

L'efficacité des ERA en termes d'équité, de protection de l'environnement ou de construction de richesse n'est pas clairement établi à ce jour. Sont-elles complémentaires, biaisent-elles ou peuvent-elles même remplacer l'évaluation environnementale ? Peu de recherches se sont portés sur les effets réels, les retombées mesurables, des ERA réalisées au Canada depuis quelques décennies (Galbraith et al., 2007). Quelques rares études ont porté sur les retombées réelles en terme de « pouvoir » autochtone (voir Caine et Krogman, 2010). Malgré ces études qui restent à faire, on présume néanmoins aujourd'hui que les ERA sont souhaitables et avantageuses, qu'elle représentent un élément de consentement des Premières Nations, et surtout que, bien établies, elles sont là pour rester.

Les Ententes sont souhaitées par les autorités responsables

Il s'agit donc d'un phénomène de plus en plus répandu et qui ne va pas s'estomper tant il s'établit fermement dans les pratiques de responsabilité sociale et environnementale des entreprises et tant il est de plus en plus considéré comme une composante essentielle de « l'Acceptabilité Sociale⁷ » des projets, entre autres, miniers. De plus, ces ententes directes entre les communautés riveraines et les promoteurs de projet sont fortement encouragées par l'État, tant par le Gouvernement du Québec⁸ que par le Gouvernement du Canada, qui y voient un facteur d'acceptation communautaire.

Hors OCDE, elles sont également partie d'une tendance lourde chez les bailleurs multilatéraux œuvrant dans les pays en développement (Société Financière Internationales, Banques Équateur, Banque Mondiale, etc..) sous une forme légèrement différente, dans ce sens que ce que l'on demande, c'est que l'emprunteur fasse la démonstration d'un « Consentement Préalable, Libre

⁶ Toutes les ententes conclues entre des sociétés minières et des communautés autochtones sont répertoriées sur le site <http://atlas.gc.ca/imaema/fr>, Cinq ententes sont présentement en vigueur sur le territoire de l'Abitibi-Témiscamingue, et 16 se situent entre le 49^e parallèle et la frontière nord du Québec, au Nunavik, parmi lesquelles figurent des ententes pour les mines Éléonore, Raglan, Lac Bachelor et Nunavik Nickel ainsi que pour la mine de diamants Renard et les projets d'exploration Lac Windfall, Whabouchi, Rose, Montviel et Blackrock.

⁷ Bien qu'en réalité il s'agisse davantage d'acceptabilité communautaire que d'acceptabilité sociale au sens large. Voir Bouchard (2015a) et discussion plus loin dans ce texte.

⁸ Voir les articles 101.2 et 101.3 de la Loi sur les Mines. De plus, selon Taillon, 2013 : « Par exemple, l'Entente sur le partenariat économique et communautaire signée en 2009 par le Québec et les Naskapis énonce à son article 2.3 que (notre souligné_) Si des projets d'exploitation minière sont entrepris, le Québec s'engage à encourager et à faciliter la signature d'ententes entre les Naskapis et les compagnies minières concernant les mesures remédiatrices et leur suivi, les arrangements financiers, l'embauche et les contrats. » La même disposition est exprimée dans l'Entente sur le partenariat économique et communautaire au Nunavik. En somme, une telle clause exprime la nette préférence du Québec quant à la conclusion d'une ERA avant que le gouvernement ait à émettre une autorisation concernant un projet minier »

et Éclairé » (CPLE, en anglais : *Free Prior and Informed Consent*-FPIC) des populations autochtones ou des personnes vulnérables⁹ affectées par le projet. Un tel CPLE/FPIC, et son maintien, est exigé parmi les conditions du financement.

Bien que fortement encouragées, les ERA ne sont pas requises par la loi¹⁰ (Klein et la., 2004). Ce qui est requis c'est la « consultation » des Premières Nations. Cet exigence a été souligné et mis en relief par le jugement de la Cour Suprême du Canada(2004) ¹¹ qui crée cette *obligation* de consultation des populations autochtones détenteurs de droits territoriaux dans tous les cas de projets de développement qui les affectent. Bien que cette décision n'emporte pas les obligations du promoteur puisqu'elle vise spécifiquement les autorités qui seront responsables de délivrer des autorisations éventuelles, elle rend pour ainsi dire incontournables la consultation et, par voie de conséquence logique, la recherche de l'assentiment des populations autochtones¹².

L'Évaluation environnementale

Les ERA se négocient en général en parallèle au processus de l'Évaluation Environnementale et sociale (EES) des projets. Certaines se discutent avant que le processus d'évaluation environnementale ne s'amorce, d'autres pendant qu'il se déroule, et d'autres enfin, plus rarement, après qu'il se soit déroulé. Cette question de synchronisation, ou non, et de démarches parallèles est particulièrement bien décrite par Gibson et O'Faircheallaigh (2010) qui y consacrent un chapitre entier (cf. *Timing of the Negotiation of IBAs and EIAs*) et ne manquent pas de souligner le caractère stratégique de ce parallélisme et de ce synchronisme.¹³

Puisqu'il n'y a pas de prescriptions ou de directives rendant obligatoires de telles Ententes, il n'y a pas non plus de prescriptions qui encadrent, au Québec ou au Canada, ou en Territoire Conventionné, la teneur et le contenu de telles ententes. Toutefois l'expérience montre que de manière générale, les ERA portent sur trois grand chapitres, soit les avantages socio-économiques, les avantages financiers et la gestion des impacts environnementaux. Ainsi, les ERA incluent en général des dispositions concernant l'embauche (emplois réservés), la formation de

⁹ L'Expression retenue est la suivante (notre souligné) : « *Indigenous Peoples/Sub-Saharan African Historically Underserved Traditional Local Communities* »... *Such terms include.. Such terms include "Sub-Saharan African historically underserved traditional local communities," "indigenous ethnic minorities," "aboriginals," "hill tribes," "vulnerable and marginalized groups," "minority nationalities," "scheduled tribes," "first nations" or "tribal groups."*. 2016. "World Bank Environmental and Social Framework." World Bank, Washington, DC., ESS7 :

¹⁰ À l'exception du Nunavut Land Agreement) et de l'Inuvialuit Final Agreement qui concernent respectivement le Nunavut et une partie des Territoires du Nord-Ouest. La loi y oblige les promoteurs à convenir d'ERA avec les populations autochtones.

¹¹ Cour Suprême du Canada. *Nation Haïda c. Colombie Britannique* (2004) (3 R.C.S. 511,2004 CSC 73)

¹² Tout en reconnaissant que les ERA approchent des questions juridiques complexes lorsque les droits territoriaux ou ancestraux des Premières Nations ne sont pas reconnus. Ces droits présumés évidemment précèdent dans le temps la Loi sur les Mines et incluent la propriété du sous-sol.

¹³ "As there is no specific provision in environmental legislation dealing with IBAs, there is no legislative basis for dealing with the interaction between the IBA and the EIA. A critical challenge for Aboriginal communities lies in how to align the process of EIA with that of negotiating IBAs, and in particular how to integrate the flows of information that arise from each; how to manage the opportunities that surface in each; and how to maintain negotiation leverage in the face of multiple time pressures. Analysis of the stages in each process and the time constraints they generate is essential. The points of maximum leverage and potential loss of leverage can then be identified and managed."

la main-d'œuvre, le développement des affaires ¹⁴, le développement et la promotion sociale et culturelle, la participation au capital-actions ainsi qu'aux profits, sous forme de royalties ou de redevances, les mesures compensatoires, financières et autres, ainsi que sur la protection et la gestion environnementale (mesures d'atténuation des impacts, suivis et surveillance), et enfin, les procédures de grief ainsi qu'un mécanisme de dialogue et d'échange plus ou moins permanent. La partie exclusive des ERA par rapport aux EEES est surtout la question du développement des affaires ou du versement de redevances ou de royalties; c'est la partie *Avantages*. Ce sont surtout les aspects environnementaux, sociaux et culturels, la partie *Répercussions*, qui sont d'un intérêt particulier pour les régimes d'évaluation environnementale. Dans les faits et en cette matière, le chevauchement des contenus des ERA avec le contenu des mesures de gestion Environnementale et Sociale (mesures d'atténuations, de mitigation, de surveillance et de suivi) inclus dans les Études d'Impact est manifeste.

Ces Ententes sont considérées comme des contrats « privées » (Sosa and Keenan, 2001- voir Kennett 1999 pour un avis divergeant), entre deux entreprises (par exemple : « Landholding Corporations ») ou entre une entreprise et un corps public (Conseil municipal, Conseil de bande) qui choisit souvent d'incorporer une entité qui sera chargé de l'administration de l'Entente pour la partie autochtone. À ce titre, elles ont valeur légales en droit civil et les parties contractantes invoquent la confidentialité des contrats d'affaire pour ne pas divulguer la teneur de ces ERA¹⁵. Pour beaucoup, la confidentialité, ou en termes plus généraux, le manque de transparence entourant ces ententes peut soulever des inquiétudes quant à la destination ou l'usage des fonds et des sommes engagées.¹⁶

Peut-on et doit-on concilier ERA et Évaluation environnementale ?

À nouveau, puisque ces ERA ne sont ni obligatoires, ni tenues de se conformer à un contenu prescrit, il n'existe pas non plus, dans la Loi Québécoise sur l'Environnement (LQE), ni dans la Convention de la Baie James et du Nord Québécois (CBJNQ) ni dans la Loi Canadienne sur l'Évaluation Environnementale des prescriptions ou un cadre qui permette aujourd'hui de synchroniser ou d'harmoniser les deux processus. Comment donc concilier les deux démarches, et devraient-elles en vérité être conciliées, harmonisées, synchronisées ? Ne risque-t-on pas qu'en « intégrant » les ERA dans le processus d'autorisation, on les rende « obligatoires » créant ainsi une pression indue sur le promoteur forcé de négocier un consentement des Premières Nations, investi à son tour d'un pouvoir de négociation considérable? Les ERA érodent-elles le caractère d'objectivité de l'Évaluation environnementale? Biaisent-elles la participation et la consultation publique dans le processus d'Évaluation environnementale ? Au contraire, sont-elles des

¹⁴ Certaines de ces mesures peuvent inclure d'autres avantages particuliers concédés aux Premières Nations en matière de recrutement, d'embauche, de formation défiscalisée, de priorités de sous-contractance en matière d'approvisionnement ou de services, etc., que les entreprises ne souhaiteront pas rendre publics pour des raisons concurrentielles ou parce qu'elles se situent en marge d'ententes syndicales ou de pratiques convenues chez les fournisseurs traditionnels (Taillon, B., comm. personnelle)

¹⁵ En 2012 , le Projet de loi 43 (Révision de la Loi sur les Mines) prévoyait que ministre rende public les ERA. Les Premières Nations (sauf les Naskapis) se sont opposés et sont venues affirmer le caractère privé / confidentiel de ces Ententes. Les Naskapis ont osuligné que le caractère confidentiel est très relatif puisque que , en principe, les membres de la communauté doivent être informés des détails des Ententes.

¹⁶ On associe le manque de transparence à des possibilités de malversations ou d'usage inapproprié des fonds, ou des pratiques de gouvernance non souhaitables, telles que le favoritisme, ou le népotisme.

éléments réels et constructifs de l'acceptabilité sociale ou du consentement des Premières Nations?

Les objectifs sont différents

Il faut éviter que les deux démarches se nuisent, ou que l'une soit instrumentalisée par l'autre, mais il faut au contraire s'assurer qu'elles rencontrent toutes deux leurs objectifs premiers et puissent se trouver en complémentarité. Rappelons que l'Évaluation environnementale est un processus réglementaire, encadré par une Loi, qui vise à amener une autorité responsable de l'ensemble de la société, (un État, un Ministère national), à prendre une décision éclairée sur un projet de développement. Pour l'industrie minière, les ERA au contraire appartiennent davantage à l'autoréglementation et aux bonnes pratiques¹⁷ en matière de responsabilité sociale et environnementale et de gestion du risque. Pour les Premières Nations, elles relèvent de l'équité économique et social et de la reconnaissance de leurs droits territoriaux .

Les convergences sont importantes

Nonobstant les différences, la coexistence des deux démarches comporte de nombreux points de convergence notamment en matière de gestion environnementale. Cette convergence se situe surtout au niveau de l'identification et de la gestion des *Répercussions* prévues ou incluses dans les ERA. On présume que ces mesures de gestion incluent un train de mesures d'atténuation, de suivi, de surveillance, de reporting, etc. Or, dans la pratique, l'Étude d'impact demandé par le processus d'évaluation inclut de façon similaire un train de mesures d'atténuation, de mitigation, de compensation, de surveillance et de suivis et de management environnementaux proposés en regard de chacun des impacts anticipés. Les conditions d'autorisations des projets évalués conformément aux Chapitre 22 et 23 de la CBJNQ et au Chapitre 14 de la CNEQ s'appuient essentiellement sur la réalisation vérifiable et la gestion éventuelle appropriée de ces mesures. Il y a ainsi chevauchement considérable entre le contenu de l'ÉIES et le contenu d'ERA, en matière de « gestion des impacts », à la différence près que les premiers sont publics, les seconds privés et confidentiels.

Dans les procédures exigées des bailleurs multilatéraux à l'endroit de projet dans les pays hors OCDE, la gestion de impacts environnementaux et sociaux est à ce point essentielle et cruciale à l'évaluation des projets qu'on exige la préparation en annexe ou accompagnant l'Étude d'impact d'un document distinct, le Plan de Gestion Environnemental et Social (le PGES). Le PGES exige en général une approche systémique (Plan d'Action) à l'endroit de ces éléments, auxquels s'ajoutent des considérations pratiques de management et d'engagement au niveau des relations communautaires. À tel enseigne que les PGES sont devenus en général l'élément constituant l'essentiel des conditions qui accompagnent l'autorisation du financement des projets ou les covenants des déboursés des bailleurs. Dans la pratique, au Canada et au Québec, le PGES n'est pas demandé comme un document autonome et distinct mais est inclus dans un ou plusieurs chapitres de l'ÉIES rendant plus difficile l'appréhension globale des engagements du promoteur ou l'appréciation de ses systèmes de management en regard de l'ensemble des répercussions anticipées du projet.

¹⁷ Voir par exemple les bonnes pratiques recommandées par l'ICMM-SD (*International Council of Mines and Metal- Sustainable Development*), le VDMD (Vers le Développement minier durable) de l'Association Minière du Canada, ou les *Enduring Values* de l'*Australian Mining Council*.

Les divergences sont possibles

Des divergences d'objectifs et de pratiques peuvent survenir en ce qui concerne la participation ou la « consultation » publique. La participation et la consultation des parties prenantes pendant l'Évaluation environnementale pourraient être moins efficace si les avis et opinions ne sont pas exprimés ouvertement, ou le sont plus fortement, comme levier de négociation d'ententes parallèles de compensation ou de participation aux bénéfices (Gibson et O'Faircheallaigh, 2010). Il en va de même pour l'acceptation des contenus de l'équivalent des PGES dont on pourrait craindre qu'ils soient négociés en vue d'une autorisation réglementaire rapide, ou au contraire d'un refus anticipé, créant une pression soit sur l'autorité administrative ou sur le promoteur, selon le cas¹⁸. Ce que cherche le régulateur c'est une vision éclairée, alors que la consultation des populations pour le promoteur peut en quelque sorte devenir une « négociation de consentement » ou une démarche d'acquisition d'une « license sociale »¹⁹.

Le chevauchement des juridictions

Certains projets en territoire conventionné québécois peuvent chevaucher deux juridictions. C'est le cas notamment de projets situés dans le Territoire de Monier, impliquant les Naskapis, qui peuvent s'étendre au territoire sous juridiction de Terre-Neuve-Labrador. C'est aussi le cas pour des projets impliquant les Innus sur des territoires s'étendant au Labrador. Certains projets en Eeyou Istchee pourraient avoir des répercussions environnementales partagées avec l'Ontario ou le Nunavut (Baie d'Hudson). D'autres projets au Nunavik peuvent s'étendre au niveau des répercussions à des territoires sous juridiction du Nunavut (Baie et Détroit d'Hudson) ou à Terre-neuve-Labrador. Dans tous les cas, s'il y a intégration ou harmonisation des ERA avec l'EES des projets, les parties prenantes doivent tenir compte des implications, le cas échéant, pour d'autres processus d'autres juridictions.

Comment concilier ERA et Évaluation environnementale ?

Faut-il modifier les processus d'évaluation environnementale? Les processus d'évaluation environnementale prévus aux chapitres pertinents de la CBJNQ et de la CNEQ ont pour ainsi dire fait leur preuve. Ils ont été construits pour faire une place prépondérante à la consultation des populations autochtone et à leur participation significative dans l'évaluation des projets. Ces procédures, les plus anciennes au Canada, sont en place depuis plus de quarante ans et ont démontré à maintes reprises leur efficacité. Nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de les modifier. Toutefois, des changements mineurs de pratiques pourraient dégager quelques sauvegardes à

¹⁸ En 2001, dans le cadre d'un panel de discussion concernant l'IBA de Raglan (1995), Robert Lanari, représentant de la Société Makivik a expliqué le contexte suivant (PDA 2001) : « The Inuit position was weakened by the fact (that) the Raglan property was not on Inuit land, as settled by the 1975 James Bay Agreement. However, the Inuit also had two aces in their hand. First, Falconbridge needed a provincial Environmental Certificate for Raglan. Inuit opposition to that application could have seriously jeopardize its chances. Second, the Inuit had off-shore claims pending for Hudson's Bay and Hudson's Strait. Falconbridges's lawyers feared that a settlement might be reached that could give the Inuit off-shore jurisdiction-threatening the secure passage of Falconbridge's shipping”

¹⁹ Certains diraient plutôt qu'il s'agit d'une tentative de monnayer plutôt que de négocier, une « License Sociale » (en ang. Social License to Operate)

l'endroit de la validité et de l'intégrité de l'évaluation environnementale. Ces changements se trouvent dans quelques pratiques qui pourraient être facilement changées, principalement au chapitre de la préparation et de la diffusion de la directive, ainsi qu'au chapitre de la « consultation » publique. De plus quelques clarifications sur la le caractère fonctionnel de la notion d'acceptabilité sociale semblent nécessaires.

La Directive

Il est important que la Directive ne crée pas une obligation légale de convenir d'une ERA. Notons que le Grand Conseil des Cris et l'Administration Régionale Crie (2013) se sont opposés à l'imposition par voie législative la conclusion d'ententes entre les Cris et les compagnies minières, jugeant qu'une telle mesure aurait des effets contre-productifs et la CBJNQ et la Paix des Braves suffisaient comme assises pour conclure de telles ententes. Par ailleurs, toute obligation légale de convenir d'ERA avant l'autorisation environnementale des projets équivaldrait à confier un droit de veto aux Premières Nations, ce que le droit canadien ne reconnaît pas²⁰.

Bien que la Directive n'a pas à intervenir dans la discussion des redevances (la partie *Avantage* des ERA) il semble important qu'elle n'ignore pas l'existence ou l'éventualité d'ERA et qu'elle en fasse état. À cet égard, trois choses devraient être énoncées clairement dans la Directive émise par les Comités et Commission responsables de l'Évaluation environnementales.

En premier lieu, la Directive devrait adopter cette bonne pratique des bailleurs multilatéraux d'exiger de la part du promoteur un document singularisé et complet en soi (« autoportant »..), énonçant toutes les composantes et les dimensions d'un Plan de Gestion Environnemental et Social (PGES)²¹. Dans les faits, le PGES devient la partie de l'Étude d'Impact qui constituera l'essentiel des conditions d'autorisation du projet, une sorte de cahier de charge légal, complet et vérifiable. Bien qu'elle porte davantage sur la forme que sur le fond, en singularisant le Plan de Gestion Environnemental et Social en un document distinct, une telle demande dessine rapidement et concrètement les contours de l'engagement qui sera exigé, par force de loi, de la part du promoteur quant à la gestion des impacts (répercussions) environnementaux et sociaux. Toujours sans créer d'obligation légale ou sans présumer de la conclusion d'une ERA à quelque stade du projet, l'avantage résiderait dans la lumière projetée sur les mesures d'atténuation et de gestion environnementale et sociales qui sont, seraient, ou pourraient être, attachées comme condition d'autorisation.

En second lieu, la Directive devrait contenir une élicitation quant au caractère non négociable de la gestion des impacts environnementaux. Les comités et Commission d'évaluation devraient s'assurer d'informer les parties prenantes de l'essentiel de ce qui en découle : a) que les mesures

²⁰ Cour Suprême du Canada. *Nation Haïda c. Colombie Britannique* (2004) (3 R.C.S. 511,2004 CSC 73). « Ce processus (de consultation) ne donne pas aux groupes autochtones un droit de veto sur les mesures susceptibles d'être prises à l'égard des terres en cause en attendant que la revendication soit établie de façon définitive. Le « consentement » dont il est question dans *Delgamuukw* n'est nécessaire que lorsque les droits invoqués ont été établis, et même là pas dans tous les cas. Ce qu'il faut au contraire, c'est plutôt un processus de mise en balance des intérêts, de concessions mutuelles. »

²¹ *Environmental and social management plan (ESMP) is an instrument that details (a) the measures to be taken during the implementation and operation of a project to eliminate or offset adverse environmental and social impacts, or to reduce them to acceptable levels; and (b) the actions needed to implement these measures.* The World Bank, 2017, *Environmental and Social Framework*, 121 pages

d'atténuation et de compensation seront formulées sur la base de connaissances acquises, d'expériences antérieures, ou de considérations scientifiques objectives, qu'elles seront exigées comme conditions d'autorisations du projet, et en conséquence, ne sont pas et ne seront pas « négociables ».; b) que ces mesures incluront des provisions pour l'emploi, la formation de la main-d'œuvre, le développement des affaires, la protection environnementale, les suivis et la surveillance ainsi que des mécanismes de dialogue et d'échange, ou le cas échéant, de cogestion; c) que ces mesures d'atténuation incluront probablement des mesures compensatoires, y compris financières, pour les impacts résiduels ou dont les conséquences ne peuvent qu'être partiellement mitigés.

En troisième lieu, les Comités et Commission d'évaluation devraient demander d'être informés de l'existence et de l'échéancier général de négociations en vue d'ERA. Ils peuvent en cela s'appuyer sur le principe fondamental de la transparence voulu par la loi canadienne²² et s'inspirer du principe international de l'EITI²³. Au Québec, la *Loi sur les mesures de transparence dans les industries minière, pétrolière et gazière*²⁴, est encore plus spécifique concernant les paiements, redevances, compensations, etc., versés aux populations autochtones. Conséquemment, la Directive, en s'adressant au promoteur, devrait demander que l'autorité responsable, incluant l'Autorité local prévue aux Conventions, soit informée des intentions du promoteur quant à sa volonté, son intention, de convenir d'ERA, du moment pour le faire, et des grands paramètres (non financier) de son intervention. Sans créer d'obligation légale d'en dévoiler le contenu, l'avantage résiderait dans la lumière demandée quant à la synchronisation des ERA et du processus d'EIA, permettant aux autorités responsables d'apprécier en partie s'il y eu effet levier de l'un sur l'autre.

La consultation publique

Le terme de « consultation publique » recouvre plusieurs réalités de sorte que l'utilisation de cette seule expression peut porter à confusion. La consultation publique peut intervenir à différents niveaux et être instrumentée soit par le service public (les Comités-Commission) ou par le promoteur. La consultation publique prévue aux Conventions et tenue par les Comités et Commissions d'Évaluation est prépondérante. Appelons-les des consultations publiques « statutaires ». Elle peuvent se tenir en amont, avant la rédaction des Directives, ou, comme c'est le cas le plus souvent, après le dépôt de l'Étude d'Impact. Cette consultation-là, voisine de

²² Au Canada en 2015 la Loi sur les mesures de transparence dans le secteur extractif (L.C. 2014, ch. 39) est en vigueur depuis le 1^{er} juin 2015 La Loi présente de nouvelles obligations en matière de présentation de rapports et de transparence dans le secteur extractif canadien et contribue aux efforts mondiaux pour enrayer la corruption dans le secteur. La loi canadienne ne vise pas spécifiquement les versements faits aux Premières Nations mais vise surtout les activités des entreprises canadiennes à l'étranger.

²³ Extractive Industry Transparency Initiative. Voir www.eiti.org

²⁴La Loi québécoise sur les *Mesures de transparence dans les industries minière, pétrolière et gazière* 2015, ch. 23) a été adoptée en 2015 pour entrer en application en 2018. Elle crée l'obligation de divulguer des paiements faits à une entité autochtone. La divulgation doit se faire auprès de l'Autorité des marchés financiers. La loi québécoise vise spécifiquement , entre autres, les Premières Nations : Article 3 définit les bénéficiaire : « *une municipalité ou l'Administration régionale Kativik;/ une nation autochtone représentée par l'ensemble des conseils de bande ou des conseils des villages nordiques des communautés qui la constituent, la Société Makivik, le Gouvernement de la nation crie, une communauté autochtone représentée par son conseil, un regroupement de communautés ainsi représentées ou, en l'absence de tels conseils, tout autre regroupement autochtone;* »

l'audience publique, reste un processus dont l'objectif est l'expression informée de préoccupations concernant les impacts environnementaux, sociaux et culturels des projets, permettant d'éclairer la décision concernant l'autorisation ou le refus du projet.

Des consultations parallèles peuvent par ailleurs être tenues (et le sont généralement) par le promoteur du projet, en parallèle et indépendamment de la consultation statutaire. Appelons-les des consultations « communautaires ». Une entreprise souhaitant développer un projet peut en effet tenir une consultation en amont de tous travaux comme elle peut souhaiter tenir un dialogue constant auprès des communautés affectées pendant la réalisation de son Étude d'impact (ou même après). Ces consultations peuvent avoir différents objectifs, soit la diffusion d'informations, dans les deux sens, l'établissement d'un dialogue de bonne entente, ou enfin un processus de discussion, de concertation, voire de négociation d'ententes en prévision de l'installation du projet.

Ces différentes « consultations » tenues en séquence ou parfois en parallèle créent un effet de profusion et souvent de confusion auprès des communautés, confusion en partie entretenue par le fait que tous ces exercices revendiquent le vocable de « consultation » publique.

Il serait sans doute utile que les comités et commissions responsables de l'Évaluation environnementale orientent leur pratique de consultation vers les deux éléments qui suivent. En premier lieu, bien que ce soit chose assez courante, les comités et commissions devraient faire de la consultation statutaire « amont » un automatisme, c'est-à-dire, le faire de façon quasi systématique. En second lieu, ils devraient adopter le terme « d'audiences publiques » les exercices de consultation statutaires pour bien les distinguer et souligner précisément leur caractère formel et statutaire. Des audiences précédant ou accompagnant la préparation ou la diffusion de la version finale de la Directive, tout en enrichissant celle-ci des préoccupations des communautés permettraient en outre que les éléments d'information sur la gestion des répercussions et leur caractère non négociable soient clairement rendus publics auprès des communautés affectées.

L'acceptabilité sociale et le consentement des populations

L'Acceptabilité sociale revêt de plus en plus une importance déterminante dans la décision d'autoriser ou non les projets. À cet égard, en 2017, le Gouvernement du Québec, par la voie du Ministère de l'Énergie et des Ressources Naturelles proposait cinq orientations pour une meilleure prise en compte des facteurs d'acceptabilité sociale dans l'évaluation des projets miniers ou d'énergie, et ce, tant dans ses pratiques que dans ses outils d'analyse et d'information. Parmi ces orientations se trouvent celles de favoriser un partage des bénéfices des projets de développement énergétique et minier avec les communautés locales ainsi que d'assurer la mise en place de processus prévisibles de participation publique à toutes les étapes d'un projet.

Dans un jugement récent, la Cour Supérieure du Québec²⁵ a reconnu l'importance et la validité de l'acceptabilité sociale comme critère d'autorisation ou de refus des projets en vertu du processus d'autorisation issu de l'évaluation environnementale prévue à la CBJNQ. Toutefois, le juge a souligné que celle-ci se mesure au résultat (Article 441 du Jugement) et non au processus

²⁵ Cour Supérieure du Québec, 2017, Ressources Strateco c. Gouvernement du Québec, c. Grand Conseil des Cris et Gouvernement de la Nation Crie, Juge Denis Jacques, 115p

de consultation lui-même. La nuance est fondamentale. Il faut en conclure que la consultation communautaire n'est pas, de son propre fait, ni dans le fait qu'elle établit un dialogue formel, une mesure de l'acceptabilité sociale. Il n'est pas clair que la consultation statutaire (l'audience publique) le soit non plus.

Alors, comment obtenir une mesure de l'acceptabilité sociale? Cela dépend de quelle « acceptabilité sociale » on veut parler. Malgré l'importance et la réalité acquise par la notion, et nonobstant l'opinion de la Cour Supérieure du Québec, nous considérons que ce concept est encore très mal défini²⁶ (Bohbot et Bouchard, 2013) sur le plan opérationnel²⁷ (Bouchard 2015b). Il est difficile d'établir une mesure réelle de l'acceptabilité sociale. Quelle doit-être l'échelle de cette acceptabilité ? Locale? Régionale? Nationale? Doit-elle se limiter aux populations riveraines, aux seules personnes affectées directement par le projet, aux Premières Nations ou à l'ensemble de la population? Si la notion se restreint à l'acceptation par un groupe plutôt qu'à un autre ou à un ensemble plus large, confère-t-elle, *de facto*, un droit de décision prépondérant à ce premier groupe sur tous les autres? Et quelle consultation est déterminante, celle statutaire? Ou celle communautaire?

Dans le cas des Premières Nations, plutôt que d'acceptabilité sociale, il est peut-être préférable de parler de « consentement », comme dans l'expression Consentement Préalable, Libre et Éclairé (CPLÉ ou FPIC)?²⁸ Dans son application par les bailleurs internationaux en contexte hors OCDE, notamment le Groupe de la Banque Mondiale, le CPLÉ/FPIC réside essentiellement dans le fait de consulter librement les populations riveraines²⁹, sans rechercher l'unanimité. Dans ce sens et dans la mesure où les consultations communautaires se font dans les règles de l'art, sans contraintes ni pressions et qu'elles aboutissent à des ERA à un stade précoce (par ex. les « *pre-development agreements* ») ou à un stade plus avancé mais avant l'émission d'un certificat d'autorisation, elles peuvent sans doute être perçues comme l'expression du CPLÉ des Premières Nations. Il est probable et compréhensible que ce CPLÉ puisse effectivement procurer aux projets un avantage certain en vue d'une autorisation réglementaire, d'où l'importance d'en signaler l'existence et le moment de sa convention aux Comités et Commission d'examen et d'évaluation environnementale. Les audiences publiques peuvent alors, le cas échéant, s'avérer une contre-mesure du consentement (CPLÉ) ou du non-consentement des populations.

²⁶L'échelle de l'acceptabilité étant mal définie , la notion prête à confusion entre acceptation communautaire, acceptation par une ou des communautés autochtones, et acceptation à des échelles plus larges (provinciale, nationale, régionale, etc..).

²⁷ Voir par exemple Bouchard (2015b). Le rapport du BAPE sur la question de l'Uranium confond acceptabilité sociale et acceptation communautaire.

²⁸ Il semble que ce sera aussi l'approche choisi par la révision de la loi canadienne sur l'évaluation environnementale.

²⁹ Pour le groupe Banque Mondiale, : 1) « *consent.. builds on and expand the process of meaningful consultations.. and will be established through good faith negotiations between..*»; 2) « *process : This engagement process will include stakeholder analysis and engagement planning, disclosure of information, and meaningful consultation, in a culturally appropriate and gender and inter-generationally inclusive manner*»; et 3) «*The Borrower will document: (i) the mutually accepted process to carry out good faith negotiations that has been agreed by the Borrower and Indigenous Peoples/Sub-Saharan African Historically Underserved Traditional Local Communities; and (ii) the outcome of the good faith negotiations between the Borrower and Indigenous Peoples/Sub-Saharan African Historically Underserved Traditional Local Communities, including all agreements reached as well as dissenting views*» (World Bank 2016, Environmental and Social Framework; ESS7

En conclusion

Les ERA ne sont pas encadré par aucune loi (sauf exceptionnellement en quelques endroits au Canada) ni ne s'intègrent dans aucun processus réglementaire. Elles s'inscrivent néanmoins dans la réalité comme une démarche souhaitée par les gouvernements, l'industrie minière et les Premières Nations. La construction des ces Ententes reste un processus parallèle au processus de l'évaluation environnementale et sociale et de l'autorisation des projets.

Les processus d'évaluation environnementale prévus aux chapitres pertinents de la CBJNQ et de la CNEQ ont pour ainsi dire fait leur preuve. Ils ont été construits pour faire une place prépondérante à la consultation des populations autochtone et à leur participation significative dans l'évaluation des projets. Ces procédures, les plus anciennes au Canada, sont en place depuis plus de quarante ans et ont démontré à maintes reprises leur efficacité. Il n'y a pas lieu de les modifier pour y intégrer ou exiger la convention d'ERA. Toutefois, des changements mineurs de pratiques pourraient dégager quelques sauvegardes à l'endroit de la validité et de l'intégrité de l'évaluation environnementale dans le contexte où les ERA sont là pour rester et qu'il y a lieu de s'assurer qu'il n'y ait pas de contre-influence entre les démarches.

Les Comités et Commission devraient demander de la part du promoteur un document singularisé et complet en soi (« autoportant »), constituant le Plan de Gestion Environnemental et Social (PGES). Bien qu'elle porte davantage sur la forme que sur le fond, une telle demande, en singularisant le Plan de Gestion Environnemental et Social en un document distinct, dessine rapidement et concrètement les contours de l'engagement qui sera exigé, par force de loi, de la part du promoteur quant à la gestion des impacts (répercussions) environnementaux et sociaux. L'avantage résiderait dans la lumière projetée sur les mesures d'atténuation et de gestion environnementale et sociales qui sont, seraient, ou pourraient être, attachées comme condition d'autorisation. La Directive devrait également énoncer clairement que toute ERA, (dans sa partie *Répercussions*) ne peut constituer un ensemble alternatif, distinct, du PGES et informer les communautés que les mesures d'atténuation et de compensation seront formulées sur la base de connaissances acquises, d'expériences antérieures, ou de considérations scientifiques objectives, qu'elles seront exigées comme conditions d'autorisations du projet, et en conséquence, ne sont pas et ne seront pas « négociables ».

Tout en ne créant pas une obligation réglementaire de convenir d' ERA, les Comités et commission d'examen et d'évaluation devraient demander d'être informés des discussions, et éventuellement, du contenu non-financier éventuel des ERA en s'appuyant sur le principe fondamental de la transparence voulu par les lois canadienne et québécoise et s'inspirer du principe international de l'EITI. Sans créer d'obligation réglementaire, l'avantage résiderait dans la lumière demandée quant à la synchronisation des ERA et du processus d'EIA, permettant aux autorités responsables d'apprécier en partie s'il y eu effet levier de l'un sur l'autre.

En matière de consultation publique, les comités et commissions prévues aux chapitres 22 et 23 de la CBJNQ devraient faire de la consultation statutaire « amont » une pratique systématique. et adopter le terme « d'audiences publiques » pour ces exercices de consultation. Des audiences précédant ou accompagnant la préparation ou la diffusion de la version finale de la Directive, tout en enrichissant celle-ci des préoccupations des communautés permettraient en outre que les

éléments d'information sur la gestion des répercussions et leur caractère non négociable soient clairement rendus publics auprès des communautés affectées.

Les consultations communautaires menées par le promoteur du projet à sa propre initiative, ne sont pas de leur propre fait, ni dans le fait qu'elles établissent un dialogue formel, une mesure de l'acceptabilité sociale. Dans le cas des Premières Nations, plutôt que d'acceptabilité sociale, il est préférable de parler de « consentement », comme dans l'expression Consentement Préalable, Libre et Éclairé (CPLE ou FPIC). Dans la mesure où les ERA seraient transparentes, qu'elles soient issues d'un processus de négociation de bonne foi, et que le PGES du projet serait jugé complet et acceptable, il est admissible que les ERA soient acceptées comme l'expression de ce consentement ou comme une licence social d'opération (SLO) pour les entreprises minières en territoire conventionné. Conséquemment, les comités et commission doivent être en mesure de valider la conformité des contenus non-financiers des ERA avec le PGES ou son équivalent ; une telle exigence de conformité, et de vérifiabilité, devrait alors être incluse dans le certificat d'autorisation.

RÉFÉRENCES

Bohbot, R. et Bouchard M.A., 2013, The Controversy of Social Acceptability: Lessons from the Mining Paradox and Land Grabbing in Sustainable Development; 8th International Conference in Critical Management Studies; Extending the Limits of Neo-liberal Capitalism; University of Manchester, July 10 to 12, 2013; 19 pages.

Bouchard, M.A., 2015a, Les dessous de "l'acceptabilité sociale"; op-ed, La presse Plus, 2 août 2015 (<http://plus.lapresse.ca>)

Bouchard, M.A., 2015b, Social License to Operate and the Environmental and Social Challenges of the Mining Industry; in André-Mayer AS, Cathelineau M, Muchez Ph, Pirard E, Sindern S (eds) Mineral resources in a sustainable world. Proceedings of the 13th Biennial SGA Meeting, 24-27 August 2015, Nancy, France,p.15.

Caine, K.J., and Krogman, N., 2010, Powerful or just Full-Full? A Power Analysis of Impact Benefits Agreements in Canada's North; Organization and Environment, vol. 23, p. 76-98

Galbraith, L., Bradshaw,B. and Rutherford, M.B., 2007, Towards a new Supraregulatory approach to Environmental Assessment in Northern Canada; Impact Assessment and Project Appraisal, vol. 25, p. 27-41.

Gibson, G. and O'Faircheallaigh, C., 2010, IBA Community Toolkit, Negotiation and Implementation of Impact Benefits Agreements; Commissioned by the Walter and Duncan Gordon Foundation; 205 p.

Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee)/Administration Régionale Crie, 2013, Mémoire présenté à la Commission Parlementaire de l'Agriculture, des Pêcheries et des Ressources Naturelles, en vue de l'examen du projet de Loi no 43, La Loi sur les Mines; texte français, 11 septembre 2013, 72 pages

Kennett, S.A., 1999 , A Guide to Impact Benefit Agreements, Canadian Institute of Resources Law, 129p.

Klein, H., Donihee,J., and Stewart,G., 2004, Environmental Impact Assessment and impact and Benefit Agreement: Creative Tension or Conflict? International Association for Impact Assessment (IAIA), Annual Meeting, Vancouver, Canada; 12 p.

Lanari, R. and Telewiak, R, 2001, Prospectors and Developers Association, 2001, Case Studies of Aboriginal Engagement and Sustainability, Case Study 8, The Raglan Nickel Mine: What comes after an Impact/Benefit Agreement IBA, (Panel discussing members: Robert Lanari, Project Director, Makivik Corporation and Robert Telewiak, ice-President, Environment, Health and Safety, Falconbridge.

Ministère de l'Énergie et des Ressources Naturelles, 2017, Orientations du Ministère de l'Énergie et des Ressources Naturelles en matière d'acceptabilité sociale.20 pages.

Sosa, I. and Keenan, K., 2001, Impact benefit Agreements between Aboriginal Communities and mining Companies: their use in Canada; Canadian Environmental Law Association, Environmental Mining Council of British Columbia and CooperAccion, Accion Solidaria para el Desarrollo; 29p.

Taillon, B., 2013, (comm. personnelle), Notes de réflexions, Forum sur les redevances minières (Montréal, 15 mars 2013), non publié 4 p.

World Bank, 2016. "World Bank Environmental and Social Framework." World Bank, Washington, DC, 121 p.