

CANADA

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

NO : R-3595-2006

| |
|-----------------------------|
| Régie de l'énergie |
| DOSSIER: <i>R-3595-2006</i> |
| DÉPOSÉE EN AUDIENCE |
| Date: <i>20 Juin 2006</i> |
| Pièces n°: <i>D-3</i> |

HYDRO-QUÉBEC, personne morale de droit public légalement constituée en vertu de la *Loi sur Hydro-Québec* (L.R.Q., c. H-5), ayant son siège social au 75, boul. René-Lévesque Ouest, dans les cité et district de Montréal, province de Québec, H2Z 1A4,

Demanderesse

DEMANDE DE RÉVISION DE L'ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS DU QUÉBEC ET DU LABRADOR DE LA DÉCISION D-2005-201 RENDUE DANS LE DOSSIER DE L'APPROBATION DE LA GRILLE DE PONDÉRATION DES CRITÈRES NON MONÉTAIRES RELATIVE À L'APPEL D'OFFRES POUR UN SECOND BLOC D'ÉNERGIE ÉOLIENNE

MOYENS PRÉLIMINAIRES

PLAN D'ARGUMENTATION DU DISTRIBUTEUR

1. INTRODUCTION

1.1 Les faits

Le 10 août 2005 le Gouvernement du Québec publie un projet de règlement concernant le lancement d'un second appel d'offres pour 2000 MW d'énergie de source éolienne.

Ce projet de règlement a fait l'objet de consultation, tel que prévu par la *Loi sur les règlements*.

De nombreux intéressés ont fait valoir leurs points de vue à l'égard de ce projet de règlement, soit 64 personnes, organismes et sociétés dont notamment:

Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee)
 Conseil de la Première Nation des Innus Essipit
 Communauté Uashat mak Mani-Utenam
 Listuguij Mi'gmaq Government
 Institut de développement durable Premières Nations du Québec et Labrador
 Mi'gmawei Mawiomi Secrétariat

A la suite de ces commentaires, le gouvernement du Québec a adopté les dispositions réglementaires qui encadrent l'appel d'offres lancé par le Distributeur.

Tel que mentionné à la décision D-2005-201 de la Régie:

"Le 12 octobre 2005, le gouvernement du Québec adopte les deux décrets suivants :

- *le décret numéro 926-2005 concernant le Règlement sur le second bloc d'énergie éolienne¹ (le Règlement), obligeant, entre autres, Hydro-Québec dans ses activités de distribution d'électricité (le Distributeur) à procéder au plus tard le 31 octobre 2005 à l'appel d'offres de chaque tranche du bloc d'énergie éolienne (2 000 MW) visé au Règlement;*
- *le décret numéro 927-2005 indiquant à la Régie de l'énergie (la Régie) les préoccupations économiques, sociales et environnementales du gouvernement (les Préoccupations gouvernementales) relatives au second bloc d'énergie éolienne².*

Le Distributeur applique une procédure d'appel d'offres et octroi approuvée par la Régie³ qui comporte trois étapes. Pour tenir compte des Préoccupations gouvernementales, il doit ajouter certaines exigences minimales à l'étape 1 de cette procédure. Il doit aussi modifier les critères de la grille de sélection à l'étape 2, ainsi que leur pondération. Le Distributeur demande⁴ à la Régie d'approuver ces modifications qui seront incluses au document d'appel d'offres pour le second bloc d'énergie éolienne de 2 000 MW.

¹ (2005) 137 G.O. II, 5859.

² (2005) 137 G.O. II, 5867.

³ Dossier R-3462, décision D-2001-191, 24 juillet 2001.

⁴ Lettre du 18 octobre 2005.

Le Distributeur doit procéder à ces ajustements à la grille d'analyse des soumissions pour satisfaire aux Préoccupations gouvernementales et dispose d'un court délai pour lancer son appel d'offres.

La Régie procède à l'étude de cette demande sans audience publique comme le permettent les articles 25 et 74.1 de la Loi sur la Régie de l'énergie⁵ (la Loi)."

Processus Régie

18 octobre 2005: Demande d'approbation par le Distributeur de la grille de sélection des critères non monétaires pour l'appel d'offres A/O 2005-03.

25 octobre 2005: Dépôt des commentaires du Comité de travail sur le développement éolien de la Matapédia.

27 octobre 2005: Demande de renseignements de la Régie.

27 octobre 2005: Dépôt de commentaires de l'UMQ.

28 octobre 2005: Réponse du Distributeur à la demande de renseignement de la Régie.

28 octobre 2005: Dépôt de commentaires de la CRÉ Gaspésie – Îles-de-la-Madeleine.

28 octobre 2005: Décision D-2005-201 de la Régie de l'énergie.

Par la suite quelques intéressés ont produit auprès de la Régie leurs réactions à cette décision.

En réponse aux intéressés, la Régie déclare:

"La compétence de la Régie, tribunal indépendant de régulation économique, dans ce type de dossier se limite à s'assurer que les modifications dont le Distributeur demande l'approbation sont conformes aux décrets gouvernementaux fixant le cadre de certains appels d'offres. Il ne faut donc pas confondre cette juridiction et la consultation publique qui a eu lieu avant l'adoption, par le gouvernement, des décrets mentionnés plus haut."

1.2 Demande de révision de l'APNQL

Le 10 avril 2006, l'APNQL dépose à la Régie de l'énergie sa demande de révision amendée qui sommairement allègue ce qui suit :

⁵ L.R.Q., c. R-6.01.

« 7. La question au cœur de la présente demande est l'importance primordiale du respect du devoir constitutionnel de consulter et accommoder les Premières Nations dans tous processus décisionnels susceptibles d'affecter leurs droits ou intérêts, tel que le processus menant à la décision D-2005-201 de la Régie de l'énergie. »

« 8. De ce principe découle la question de la constitutionnalité de la Grille de sélection applicable à l'appel d'offres pour le second bloc d'énergie, approuvée par la décision D-2005-201, la manière dont cette grille incorpore les intérêts autochtones et la non-inclusion des Premières Nations au processus décisionnel dans ce dossier. »

« 10. De plus, les projets proposés dans le cadre de l'appel d'offres pour le second bloc d'énergie éolienne de 2 000 MW (ci-après : « A/O 2005-03 ») seront situés sur des terres faisant l'objet de droits issus de traités, de titres ancestraux, de revendications en cours et/ou de droits autochtones des Premières Nations qui sont membres de la requérante. »

« 42. Les questions visées par la présente demande amendée sont la constitutionnalité du processus décisionnel menant à la décision D-2005-201, la constitutionnalité de la partie de la décision citée ci-haut et la manière que la préoccupation gouvernementale relativement à l'apport d'un projet au développement économique des communautés autochtones tel qu'exprimé à l'article 5 du Décret 927-2005 a été interprété.

« 44. La requérante soumet que la présente demande en révision /révocation est bien-fondée pour les raisons suivantes, qui seront expliquées en détails dans les sections suivantes :

Motif # 1 : Vu les délais serrés, la requérante n'a pas pu présenter ses observations.

Motif # 2 : La non-inclusion des premières nations au dossier constitue une violation de leur droits constitutionnels.

Motif #3 : La Régie n'a pas interprété l'article 5 du Décret 927-2005 en conformité avec les principes constitutionnels et les règles d'interprétation applicables.

« 63. En tant que tribunal administratif chargé d'effectuer la conciliation entre l'intérêt public, la protection des consommateurs et un traitement équitable du transporteur d'électricité et des distributeurs dans une perspective de développement durable, l'obligation de consulter les Premières Nations et d'accommoder leurs intérêts est applicable à la Régie. »

Avant de procéder à l'exposé des moyens préliminaires du Distributeur dans ce dossier, il nous apparaît nécessaire d'examiner les grandes lignes des principes juridiques applicables en droit autochtone.

2. REVUE DU DROIT AUTOCHTONE

2.1.1 Quelques notions relatives à la naissance et à l'exercice de l'obligation de consulter

Rappel des principes dégagés par la Cour suprême du Canada dans les affaires Nation Haïda et Taku River

Afin de bien saisir l'étendue et la portée des principes dégagés par la Cour suprême, un bref rappel de la situation juridique concernant la consultation tel qu'elle existait avant les arrêts **Onglet 4 PGQ** : *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 et **Onglet 5 PGQ** : *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550 s'impose.

2.1.1.1 La consultation avant Nation Haïda et Taku River

Antérieurement aux arrêts *Nation Haïda* et *Taku River* et selon les principes jurisprudentiels alors applicables, la consultation s'examinait dans le cadre d'analyse de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* :

| | |
|---|---|
| <p>Confirmation des droits existants des peuples autochtones</p> | <p>35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.</p> |
| <p>Définition de « peuples autochtones du Canada »</p> | <p>(2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.</p> |

Cette jurisprudence prévoyait que la Couronne n'avait d'obligation de consulter que dans la mesure où les autochtones établissaient, dans un premier temps, leurs droits ancestraux et, par la suite, le fait que l'action gouvernementale portait, à première vue, atteinte à ces droits.

[H21] *Dans Sparrow, précité, p. 1119, la Cour a confirmé l'existence de l'obligation de consulter les Salish de la côte ouest qui revendiquaient un droit de pêche non encore reconnu. Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont écrit que, pour déterminer si les restrictions imposées au droit sont justifiées, il faut notamment se demander « si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre ».*

La consultation par la Couronne constituait un moyen de défense en ce qu'elle pouvait servir d'élément de preuve justificative de l'atteinte à un droit autochtone. D'autres éléments pouvaient également être mis en preuve par la Couronne tel que des compensations accordées ou la démonstration que l'atteinte au droit était minimale.

Or, dans une telle situation, il faudra alors déterminer si l'autorisation gouvernementale en question a été précédée d'une consultation adéquate et est accompagnée de mesures d'accommodement adéquates, le cas échéant.

2.1.1.2 Les nouvelles normes issues des arrêts Nation Haïda et Taku River

Arrêt Nation Haïda

- | | |
|---------------|--|
| Objet: | <ul style="list-style-type: none"> • <i>Honneur de la Couronne</i> • <i>Obligation de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements à leurs préoccupations</i> • <i>La Couronne a-t-elle envers les peuples autochtones une obligation de consultation et d'accommodement avant de prendre une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des revendications de droits et titres ancestraux non encore prouvées? L'obligation vise-t-elle aussi les tiers?</i> |
| Faits: | <ul style="list-style-type: none"> • <i>Depuis plus de 100 ans, les Haïda revendiquent un titre sur les terres</i> • <i>Ce titre n'a pas encore été juridiquement reconnu</i> • <i>En 1961, la province de la Colombie-Britannique a délivré à une grosse compagnie forestière une « concession de ferme forestière »</i> • <i>en 1999 le ministre a autorisé la cession de la CFF 39 à Weyerhaeuser Co</i> • <i>Les Haïda ont contesté devant les tribunaux ces remplacements et cette cession, qui ont été effectués sans leur consentement</i> |

La Cour suprême a établi dans ces arrêts que la couronne a désormais l'obligation de consulter les autochtones et de trouver, le cas échéant, des mesures d'accommodement à leurs préoccupations avant même qu'ils aient établi l'existence des droits revendiqués.

Cette obligation de consulter et d'accommoder les autochtones découle du principe de l'honneur de la Couronne et celle-ci prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci.

Sur les origines et la nature de l'obligation de consulter:

[H16] *L'obligation du gouvernement de consulter les peuples autochtones et de prendre en compte leurs intérêts découle du principe de l'honneur de la Couronne.*

- [H17] *Dans tous ses rapports avec les peuples autochtones, qu'il s'agisse de l'affirmation de sa souveraineté, du règlement de revendications ou de la mise en œuvre de traités, la Couronne doit agir honorablement.*
- [H18] *Lorsque la Couronne assume des pouvoirs discrétionnaires à l'égard d'intérêts autochtones particuliers, le principe de l'honneur de la Couronne donne naissance à une obligation de fiduciaire*
- [H19] *L'honneur de la Couronne imprègne également les processus de négociation et d'interprétation des traités. Lorsqu'elle conclut et applique un traité, la Couronne doit agir avec honneur et intégrité, et éviter la moindre apparence de « manœuvres malhonnêtes »*
- [H20] *Tant qu'un traité n'a pas été conclu, l'honneur de la Couronne exige la tenue de négociations menant à un règlement équitable des revendications autochtones : R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1105-1106. Les traités permettent de concilier la souveraineté autochtone préexistante et la souveraineté proclamée de la Couronne, et ils servent à définir les droits ancestraux garantis par l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982.*
- [H25] *L'honneur de la Couronne commande que ces droits soient déterminés, reconnus et respectés. Pour ce faire, la Couronne doit agir honorablement et négocier. Au cours des négociations, l'honneur de la Couronne peut obliger celle-ci à consulter les Autochtones et, s'il y a lieu, à trouver des accommodements à leurs intérêts.*
- [H32] *La jurisprudence de la Cour étaye le point de vue selon lequel l'obligation de consulter et d'accommoder fait partie intégrante du processus de négociation honorable et de conciliation qui débute au moment de l'affirmation de la souveraineté et se poursuit au-delà du règlement formel des revendications.*

Sur le moment où l'obligation de consulter prend naissance:

[H35] *Mais à quel moment, précisément, l'obligation de consulter prend-elle naissance? L'objectif de conciliation ainsi que l'obligation de consultation, laquelle repose sur l'honneur de la Couronne, tendent à indiquer que cette obligation prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci.*

[H36] *Comme je l'ai déclaré (dans mes motifs dissidents) dans Marshall, précité, par. 112, on ne peut « analyser utilement la question de la prise en compte d'un droit ou de la justification de ses limites sans avoir une idée de l'essence de ce droit et de sa portée actuelle ».*

Le contenu de l'obligation de consulter et d'accommoder variera selon les circonstances. Par ailleurs, la solidité de la preuve *prima facie* de l'existence des droits et la gravité des effets préjudiciables potentiels sur ceux-ci auront des effets sur l'étendue de l'obligation de la Couronne.

[H39] *En termes généraux, il est néanmoins possible d'affirmer que l'étendue de l'obligation dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre.*

Les exigences quant à la consultation s'étendent le long d'un continuum : lorsque la revendication de titre est peu solide, le droit ancestral limité ou le risque d'atteinte faible, la Couronne n'aurait à la limite qu'à aviser le groupe autochtone intéressé, à leur communiquer des renseignements et à discuter avec eux des questions soulevées par le projet.

[H43] *À une extrémité du continuum se trouvent les cas où la revendication de titre est peu solide, le droit ancestral limité ou le risque d'atteinte faible.*

Si, par contre, la revendication repose sur une preuve *prima facie* solide, où le droit et l'atteinte potentielle sont d'une haute importance pour les autochtones et que le risque de préjudice non indemnisable est élevé, il pourrait être nécessaire

de tenir une consultation plus approfondie et, le cas échéant, de mettre en place des mesures d'accommodement appropriées.

[H44] *À l'autre extrémité du continuum on trouve les cas où la revendication repose sur une preuve à première vue solide, où le droit et l'atteinte potentielle sont d'une haute importance pour les Autochtones et où le risque de préjudice non indemnisable est élevé.*

2.1.2 La qualification du droit ancestral revendiqué

Avant même de commencer à parler de consultation, la partie autochtone qui en revendique le droit doit qualifier de façon précise le droit ancestral en cause.

La prétention générale à l'existence de droits ancestraux non définis n'a jamais été suffisante pour satisfaire les critères jurisprudentiels de base et ce, tant avant qu'après les arrêts Nation Haïda et Taku River. Ainsi la partie autochtone a l'obligation de:

- Préciser la nature du droit ancestral revendiqué;
- Préciser le contexte dans lequel le droit est exercé;
- Préciser, le moment où le droit ancestral revendiqué est exercé;
- Préciser l'endroit où le droit ancestral revendiqué est exercé;
- Etc.

Par exemple, il ne suffit pas de prétendre à un droit de chasser, encore faut-il, par exemple, préciser l'espèce faunique en cause, le moment de l'année où l'activité traditionnelle était exercée (par ex, pour les Cris le *moose break* en automne et le *goose break* au printemps), le territoire précis où l'activité traditionnelle était exercée, les motifs à l'origine de la pratique (fins de subsistance, religieuses, etc).

Comme nous l'avons vu, cette démonstration peut faire l'objet d'une preuve *prima facie*; il faudra alors s'interroger sur la qualité de cette preuve puisque cela aura une incidence directe sur l'étendue de l'obligation de consulter.

Dans l'arrêt **Onglet 1** : Delgamuukw c. Colombie-Britannique, [1997] 3 R.C.S. 1010, la cour Suprême a établi que les droits ancestraux des peuples autochtones s'étendaient le long d'un spectre: les droits ancestraux qui ne sont pas rattachés à un territoire ; les droits ancestraux qualifiés d'activités par la cour Suprême qui, par nécessité sont pratiqués sur le territoire, qu'ils soient ou

non spécifiques à un site et le titre aborigène, qui est le droit au territoire lui-même.

[D9] *Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) s'étalent le long d'un spectre, en fonction de leur degré de rattachement avec le territoire visé. À une extrémité du spectre, il y a le cas des droits ancestraux qui sont des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de la culture autochtone distinctive du groupe qui revendique le droit en question mais où l'occupation et l'utilisation du territoire sur lequel l'activité est pratiquée sont insuffisantes pour étayer la revendication du titre sur celui-ci. Au milieu du spectre, on trouve les activités qui, par nécessité, sont pratiquées sur le territoire et, de fait, pourraient même être étroitement rattachées à une parcelle de terrain particulière. Bien qu'un groupe autochtone puisse être incapable de démontrer l'existence d'un titre sur le territoire, il peut quand même avoir le droit -- spécifique à un site -- de s'adonner à une activité particulière. À l'autre extrémité du spectre, il y a le titre aborigène proprement dit, qui confère quelque chose de plus que le droit d'exercer des activités spécifiques à un site qui sont des aspects de coutumes, pratiques et traditions de cultures autochtones distinctives.*

Dans l'arrêt **Onglet 2** : *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, la cour Suprême a défini le critère d'identification des droits ancestraux reconnus et confirmés par le paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 : pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question .

[VDP46] *À la lumière de l'idée exprimée dans Sparrow, précité, et des objets qui sous-tendent le par. 35(1), le critère suivant devrait être appliqué pour déterminer si le demandeur a établi l'existence d'un droit ancestral protégé par le par. 35(1): pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question.*

[VDP76] *Conformément à la première étape de l'application du critère de la partie intégrante d'une culture distinctive, le tribunal doit identifier la nature précise de la prétention de l'appelante qu'elle exerçait un droit ancestral.*

La Cour a ensuite expliqué que les tribunaux doivent déterminer avec précision la nature de la revendication, car la preuve de l'existence d'un droit ancestral dépend, dans une large mesure, de la nature précise de ce que la preuve vise à établir. Dans l'arrêt **Onglet 3** : *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, le groupe autochtone avait caractérisé sa revendication en tant que droit général de gérer l'utilisation des terres de leurs réserves. La cour Suprême a considéré qu'une telle caractérisation aurait pour effet d'assujettir l'examen de la Cour à un degré excessif de généralité. La cour Suprême a réitéré cette conclusion dans l'arrêt *Delgamuukw*.

[PA29] Toutefois, après examen de la preuve, je souscris à la conclusion tirée par le juge Osborne lorsqu'il a déclaré, premièrement, à la p. 400, qu' «aucun élément de preuve ne permet de conclure que les jeux de hasard en général et les jeux de hasard à gros enjeux comme ceux en cause ici faisaient partie de la culture et des traditions historiques des premières nations, ou qu'ils constituaient un aspect de l'utilisation qu'elles faisaient de leur territoire»...

[PA40] Compte tenu de la preuve présentée, il est impossible d'affirmer que les jeux de hasard, en tant que pratique, ont un lien suffisant avec le sentiment d'identité et le désir de préservation des sociétés autochtones auxquelles les appelants appartiennent pour justifier de reconnaître à ces activités la protection du par. 35(1).

Elle fait également observer qu'une coutume, pratique ou tradition doit avoir une importance fondamentale pour le groupe autochtone concerné pour faire partie intégrante d'une culture distinctive. Les aspects de ce groupe autochtone qui sont communs à toutes les sociétés humaines et ceux qui n'ont qu'un caractère secondaire ou occasionnel ne doivent pas être pris en compte par les tribunaux.

Le tribunal doit prendre en considération la période qui a précédé le contact entre les Européens et les sociétés autochtones pour décider si le droit revendiqué fait partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en cause. Le groupe autochtone doit alors démontrer une continuité entre les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens et celles qui sont actuelles ;

La cour Suprême a enfin souligné que les coutumes, pratiques ou traditions qui ne seraient que le fruit des influences européennes ne peuvent être qualifiées d'ancestrales, car elles ne respectent pas la norme applicable pour la reconnaissance d'un droit ancestral.

2.1.3 L'identification du détenteur du droit ancestral revendiqué

Il est reconnu depuis fort longtemps que les droits autochtones sont des droits collectifs en ce qu'ils appartiennent à des communautés même s'ils peuvent être exercés par des individus.

Il faut donc également se demander de façon préliminaire quelle communauté détient le droit collectif revendiqué: est-ce la nation Innue, Crie, Mohawk, etc? Ou encore, est-ce un droit dont l'exercice était confiné au sein d'une communauté particulière comme, par exemple les Innus de Pakuashipit?

2.1.4 La démonstration que la décision constitue une atteinte potentielle au droit ancestral revendiqué

La partie requérante doit également démontrer que la décision attaquée constitue une atteinte potentielle au droit ancestral revendiqué (et précisément circonscrit) dont elle serait, par ailleurs, détentrice.

Ce n'est qu'une fois ces étapes franchies que nous pourrions véritablement commencer à parler de consultation car, sans droit ou sans atteinte, la question de la consultation n'a aucune pertinence.

En effet, nous ne pouvons pas présumer que l'éventuel soumissionnaire qui sera retenu n'aura pas prévu, dans sa soumission, une telle participation. Bref, l'atteinte potentielle est ici purement hypothétique.

Dans l'arrêt *Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, la cour Suprême a expliqué qu'il y aura atteinte *prima facie* aux droits garantis par l'article 35 si la restriction est déraisonnable, si le règlement est indûment rigoureux, ou encore s'il refuse aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer.

Dans les arrêts *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, et *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, la cour Suprême a précisé que la partie autochtone devra démontrer plus qu'un simple inconvénient ou entrave. Il faut en effet que la législation soit manifestement déraisonnable, qu'elle affaiblisse un aspect important du droit ou qu'elle constitue une diminution appréciable du droit.

2.2 Quelques notions relatives aux Métis

Les mêmes questions relatives à la consultation se posent pour ceux qui se prétendent Métis.

Cependant, il y a plus: avant même de pouvoir parler de «Métis», ceux qui prétendent à ce titre doivent en faire la preuve, contrairement aux indiens dont le statut est défini dans la Loi sur les indiens. En effet, il ne suffit pas de prétendre à une ascendance mixte pour être Métis puisque, comme nous les verrons ci-après, les concepts d'ascendance mixte et de Métis ne sont pas synonymes.

2.2.1 Les éléments importants de l'arrêt Powley

Onglet 4: R. c. Powley, [2003] 2 R.C.S. 207, 2003 CSC 43

Le mot « Métis » à l'art. 35 ne vise pas toutes les personnes d'ascendance mixte indienne et européenne.

Le mot « Métis » vise les peuples distincts qui:

- ont une ascendance mixte; et
- possèdent leurs propres coutumes, façons de vivre et identité collective reconnaissables et distinctes de celles de leurs ancêtres indiens ou inuits d'une part et de leurs ancêtres européens d'autre part.

Il suffit de s'assurer qu'une personne appartient à une communauté métisse identifiable et possédant un degré de continuité et de stabilité suffisant pour étayer l'existence d'un droit ancestral rattaché à un lieu précis.

Une «communauté métisse» peut être définie comme étant un groupe de Métis ayant une identité collective distinctive, vivant ensemble dans la même région et partageant un mode de vie commun.

[PO12] Comme les Métis sont expressément mentionnés à l'art. 35, il suffit en l'espèce de s'assurer que les demandeurs appartiennent à une communauté métisse identifiable et possédant un degré de continuité et de stabilité suffisant pour étayer l'existence d'un droit ancestral rattaché à un lieu précis. Une communauté métisse peut être définie comme étant un groupe de Métis ayant une identité collective distinctive, vivant ensemble dans la même région et partageant un mode de vie commun.

L'article 35 commande que les coutumes et traditions qui, historiquement, constituaient des caractéristiques importantes des communautés métisses avant le moment de la mainmise effective des Européens sur le territoire (puisque les communautés métisses ont vu le jour après le contact avec les Européens et que leurs droits ancestraux ont un fondement postérieur à ce contact), et qui le sont toujours aujourd'hui soit reconnues et protégées.

[PO18] L'article 35 commande que nous reconnaissons et protégeons les coutumes et traditions qui, historiquement, constituaient des caractéristiques importantes des communautés métisses avant le moment de la mainmise effective des Européens sur le territoire, et qui le sont toujours aujourd'hui. Cette modification s'impose pour tenir compte du fait que les communautés métisses ont vu le jour après le contact avec les Européens et que leurs droits ancestraux ont un fondement postérieur à ce contact.

2.2.2 Étapes à suivre lorsqu'un droit «ancestral» est revendiqué par un Métis

2.2.2.1 Qualification du droit revendiqué

Il s'agit de déterminer la nature précise du droit revendiqué. Par exemple, le droit de chasser l'orignal pour des fins de subsistance sur un territoire donné (*cf supra*).

[PO19] La première étape consiste à qualifier le droit revendiqué : Van der Peet, précité, par. 76. Les droits de chasse des Autochtones, y compris ceux des Métis, sont contextuels et se rattachent à un lieu en particulier. Les intimés ont abattu un orignal mâle près du chemin Old Goulais Bay, dans les environs de Sault Ste. Marie, dans les territoires de chasse traditionnels de cette communauté métisse. Ils ont pris soin d'établir un document indiquant qu'ils avaient abattu l'animal pour se faire des provisions de viande pour l'hiver. Le juge du procès a conclu qu'ils avaient chassé pour se nourrir, et il n'y a aucune raison d'infirmier cette conclusion. Le droit revendiqué peut donc être qualifié de droit de chasser pour se nourrir dans les environs de Sault Ste. Marie.

2.2.2.2 Identification de la communauté historique titulaire des droits

Pour établir l'existence d'une communauté métisse susceptible d'appuyer la revendication de droits ancestraux se rattachant à un lieu précis, il faut:

- apporter des données démographiques pertinentes
- faire la preuve que le groupe concerné partage des coutumes, des traditions et une identité collective
- établir l'existence d'une communauté métisse identifiable, caractérisée par un certain degré de continuité et de stabilité.

[PO23] Pour établir l'existence d'une communauté métisse susceptible d'appuyer la revendication de droits ancestraux se rattachant à un lieu précis, il faut non seulement apporter des données démographiques pertinentes, mais aussi faire la preuve que le groupe concerné partage des coutumes, des traditions et une identité collective. Nous reconnaissons que, souvent, des groupes de Métis sont sans structures politiques et que leurs membres ne s'identifient pas constamment comme Métis. Toutefois, pour étayer la revendication de droits ancestraux se rattachant à un lieu précis, il faut établir l'existence d'une communauté métisse identifiable, caractérisée par un certain degré de continuité et de stabilité.

2.2.2.3 Établissement de l'existence d'une communauté contemporaine titulaire des droits revendiqués

[PO24] Les 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.

2.2.2.4 Vérification de l'appartenance du demandeur à la communauté actuelle concernée

Les tribunaux saisis de revendications émanant de Métis devront statuer au cas par cas sur la question de l'identité.

L'examen doit tenir compte à la fois de la manière dont la communauté se définit et de la nécessité que l'identité puisse se vérifier objectivement. [PO29]

La cour Suprême n'a pas élaboré une définition exhaustive de l'identité métisse aux fins de présentation des revendications fondées sur l'art. 35.

Il y a cependant les trois facteurs principaux pouvant servir d'indices tendant à établir l'identité métisse dans le cadre d'une revendication fondée sur l'art. 35 :

- l'auto-identification
- les liens ancestraux
- l'acceptation par la communauté

2.2.2.4.1 L'auto-identification

[PO31] Premièrement, le demandeur doit s'identifier comme membre de la communauté métisse. Cette auto-identification ne doit pas être récente : en effet, bien qu'il ne soit pas nécessaire que l'auto-identification soit constante ou monolithique, les revendications présentées tardivement, dans le but de tirer avantage d'un droit visé à l'art. 35, ne seront pas considérées conformes à la condition relative à l'auto-identification.

2.2.2.4.2 Les liens ancestraux

[PO32] Deuxièmement, le demandeur doit faire la preuve de l'existence de liens ancestraux avec une communauté métisse historique. Cette exigence objective garantit que les bénéficiaires des droits protégés par l'art. 35 possèdent un lien réel avec la communauté historique dont les pratiques fondent le droit revendiqué. Nous n'exigerions pas la preuve de « liens du sang » minimums, mais plutôt la preuve que les ancêtres du demandeur appartenaient, par naissance, adoption ou autrement, à la communauté métisse historique.

2.2.2.4.3 L'acceptation par la communauté

[PO33] Troisièmement, le demandeur doit prouver qu'il est accepté par la communauté actuelle dont la continuité avec la communauté historique constitue le fondement juridique du droit revendiqué. L'appartenance à une organisation politique métisse peut se révéler pertinente à cet égard, mais elle ne suffit pas en l'absence de données contextuelles sur les conditions d'adhésion à l'entité et sur le rôle que joue cette dernière au sein de la communauté métisse. L'élément central du critère de l'acceptation par la communauté est la participation, passée et présente, à une culture commune, à des coutumes et traditions qui constituent l'identité de la communauté métisse et qui la distinguent d'autres groupes. Voilà en quoi consiste le critère de l'appartenance à la communauté. La participation aux activités de la communauté et le témoignage d'autres membres sur les liens du demandeur avec la communauté et sa culture peuvent également s'avérer des indices de l'acceptation par la communauté.

[PO34] Il est donc crucial de vérifier l'appartenance à la communauté, puisqu'un individu n'est admis à exercer des droits ancestraux métis que sur le fondement de ses liens ancestraux avec une communauté métisse et que s'il appartient à cette dernière.

2.2.2.5 Détermination de la période pertinente

Le critère applicable aux Métis doit permettre de déterminer les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante du mode de vie distinctif de la communauté métisse et de ses rapports avec le territoire.

Pour tenir compte de l'histoire particulière des Métis, il convient d'appliquer un critère qui est fondé sur la postériorité au contact et l'antériorité à la mainmise sur le territoire et qui prend en compte le moment où les Européens ont effectivement établi leur domination politique et juridique dans une région donnée.

Il faut donc s'attacher à la période qui a suivi la naissance d'une communauté métisse donnée et qui a précédé son assujettissement aux lois et coutumes européennes.

Ce critère de l'antériorité à la mainmise effective des Européens sur le territoire permet de reconnaître les coutumes, pratiques et traditions qui sont antérieures à cet assujettissement.

[PO37] Le critère de l'antériorité au contact avec les Européens dégagé dans l'arrêt Van der Peet s'appuie sur la confirmation, dans la Constitution, que les communautés autochtones ont le droit de maintenir les coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de leur mode de vie distinctif ou de leurs rapports avec le territoire. Par analogie, le critère applicable aux Métis doit permettre de déterminer les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante du mode de vie distinctif de la communauté métisse et de ses rapports avec le territoire. Pour tenir compte de l'histoire particulière des Métis, il convient d'appliquer un critère qui est fondé sur la postériorité au contact et l'antériorité à la mainmise sur le territoire et qui prend en compte le moment où les Européens ont effectivement établi leur domination politique et juridique dans une région donnée. Il faut donc s'attacher à la période qui a suivi la naissance d'une communauté métisse donnée et qui a précédé son assujettissement aux lois et coutumes européennes. Ce critère de l'antériorité à la mainmise effective des Européens sur le territoire permet

de reconnaître les coutumes, pratiques et traditions qui sont antérieures à cet assujettissement.

Par exemple, dans l'affaire *Powley*, il ressort de la preuve historique que la communauté métisse de Sault Ste-Marie s'est développée, et ce largement sans être touchée par les lois et coutumes européennes, jusqu'à ce que la politique coloniale décourageant la colonisation soit remplacée au milieu du 19^e siècle par une autre qui favorisait la négociation de traités et encourageait la colonisation (entre 1815 et 1850).

2.2.2.6 La pratique faisait-elle partie intégrante de la culture distinctive du demandeur?

Cette partie du test est semblable à celui utilisé dans le cas des indiens . [PO41]

2.2.2.7 Établissement de la continuité entre la pratique historique et le droit contemporain revendiqué

Cette partie du test est semblable à celui utilisé dans le cas des indiens. [PO45]

2.2.2.8 Y a-t-il eu ou non extinction du droit revendiqué?

Cette partie du test est semblable à celui utilisé dans le cas des indiens. [PO46]

2.2.2.9 Si le droit revendiqué existe, y a-t-on porté atteinte?

Cette partie du test est semblable à celui utilisé dans le cas des indiens. [PO47]

2.2.2.10 L'atteinte est-elle justifiée?

Cette partie du test est semblable à celui utilisé dans le cas des indiens. [PO48]

3. MOYENS PRÉLIMINAIRES DU DISTRIBUTEUR

3.1 Retour sur la décision D-2005-201

- Respect du règlement et du décret : Le Distributeur ne peut obtenir de décision de la Régie sous forme prospective selon le cadre réglementaire en vigueur en matière d'approvisionnement déterminés par le gouvernement. En tout respect pour la période de consultation prévue par la Loi, le Distributeur devait attendre que tous les encadrements réglementaires soient en vigueur afin d'obtenir de la Régie une décision valable sur la demande d'approbation de la grille de pondération des critères non monétaires liés l'appel d'offres A/O 2005-03. Lorsque la Régie est saisie d'un dossier pour l'approbation de la grille de sélection afin d'arrimer le tout au cadre réglementaire adopté par le gouvernement, elle procède alors aux ajustements qui s'imposent sans plus.

Onglet 12: Garant, P., *Droit administratif*, 5^e éd., 2004, Éd. Yvon Blais inc., pp. 284 à 291

- Processus d'audience du dossier R-3589-2005 est conforme à la pratique adoptée par la Régie dans le dossier antérieur pertinent, à savoir: R-3513-2003(biomasse et éolien): Délai lancement appel d'offres: 12 mai 2003. Dépôt de la demande le 20 mars 2003 et décision le 8 avril 2003. Aucun intéressé n'a participé à cette audience.
- De plus, il est faux de prétendre que les demandeurs en révision n'ont pas eu la chance de faire valoir leurs points de vue car ils ont participé (ou en ont eu la chance) à la période de consultation prévue par la Loi, tel que ci-haut mentionné (section 1.1).
- Processus d'appel d'offres en cours (A/O 2005-03). L'APNQL ne peut bloquer indéfiniment par une demande en révision un processus déjà bien engagé.

Onglet 7: *Dene Tha' First Nation v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2005 ABCA 68 (Alta C.A.), pp. 3 à 5.

3.2 La Régie et l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones

- La Régie n'est pas investie d'une obligation de consultation et d'accommodement à l'égard des autochtones, notamment en ce que:
 - La Régie est un organisme de régulation à caractère multifonctionnel qui exerce sa juridiction sur les divers aspects de l'énergie au Québec en conformité avec sa loi constitutive. Il est incompatible avec les fonctions d'un organisme indépendant, tel la Régie, d'imposer à cet organisme des obligations de nature fiduciaire envers les peuples autochtones dans le cadre de son processus décisionnel.
 - La Régie tient des audiences publiques soumises aux règles de justice naturelle. La Régie ne peut entretenir de discussions (du type "one-on-one") avec quiconque hors d'un processus initié en conformité avec la Loi ou la réglementation en vigueur.
 - La Régie ne peut s'engager dans un processus de consultation et d'accommodement concernant les revendications autochtones sans une disposition législative claire à cet égard.
- Le Distributeur et la Régie se devaient de se conformer aux encadrements juridiques édictés par le gouvernement du Québec.

3.2.1 Le mandat et les pouvoirs de la Régie de l'énergie

- Arts. 1, 5, 31, 32, 42 et 86 LRÉ (général)
- Arts. 72, 74.1, 74.2 LRÉ (approvisionnement) et *Règlement sur la teneur et la périodicité du plan d'approvisionnement* et *Règlement sur les conditions et les cas où la conclusion d'un contrat d'approvisionnement requiert l'approbation de la Régie de l'énergie*
- La fixation des critères non monétaires à l'égard des appels d'offres du Distributeur: Décisions D-2001-191, D-2002-169, D-2003-69 et D-2004-180.

Avis A-2005-01, p.34 (art. 5 LRÉ): "*Cet article n'est pas attributif de compétence et ne donne pas de pouvoirs spécifiques à la Régie, puisque les compétences spécifiques de la Régie sont énumérées au chapitre III de la LRÉ intitulé "Fonctions et pouvoirs" de la Régie. L'article 5 traite plutôt de la façon dont la Régie doit exercer cette compétence.*" (confirmé par D-2005-216, page 7)

Supplémentaire: *Athabasca Tribal Council c. Amoco Canada*, [1981] 1 R.C.S. 699, pp. 707-708.

Onglet 2 PGQ: *Nouvelle-Écosse (W.C.B.) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, pp. 515, 516, 528, 530 à 539.

Onglet 3 PGQ: *Paul c. C.-B. (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, pp. 596, 607, 609.

Onglet 5: *Québec (Procureur Général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159, pp. 11, 28, 30 et 33.

Onglet 6: *Saulteau First Nations c. British Columbia (Oil and Gas Commission)*, (2004) BCCA 286, pp. 4 à 9.

Onglet 8: *In the matter of EnCana Ekwan Pipeline Inc.*, GH-1-2003, September 2003 (NEB), pp. 1 à 3, 14 et 15.

Onglet 9: *In the matter of Sumas Energy 2, Inc.*, EH-1-2000, March 2004 (NEB), pp. 1 à 3, 5 à 14, 81 à 90.

Onglet 10: Issalys, P. et Lemieux, D., *L'action gouvernementale*, 2^e éd., 2002, Éd. Yvon Blais inc. pp. 355 à 365, 397 à 401

Onglet 11: Ouellette, Y., *Les tribunaux administratifs au Canada*, 1997, Éd. Thémis, pp. 96 à 120, 258 à 269, 280 à 307

Onglet 13: Banks, Nigel, *Regulatory Tribunals and Aboriginal Consultation*, CIRL, *Resources*, numéro 82, printemps 2003

Onglet 14: Kenneth, Steven A. et al, *Alberta's Gas and Oil boom fuels land-use conflicts – But should the EUB be taking the heat ?*, CIRL, *Resources*, numéro 91, été 2005

3.2.2 Les audiences de la Régie de l'énergie

- Retour sur les règles de justice naturelle
- La Régie de l'énergie a gouverné le dossier R-3589-2005 en conformité avec les règles de justice naturelle.
- La Régie est maître de ses règles de procédures qu'elle doit adapter au cadre réglementaire adopté par le gouvernement et aux circonstances soit les ajustements requis à la grille de pondération des critères non monétaires. Il ne s'agit pas d'un débat de nature contradictoire mais plutôt d'une adaptation de nature administrative dans le présent cas.

Onglet 11: Ouellette, Y., *Les tribunaux administratifs au Canada*, 1997, Éd. Thémis, pp. 258 à 269, 280 à 307

Onglet 9: *In the matter of Sumas Energy 2, Inc.*, EH-1-2000, March 2004 (NEB), pp. 5 à 14

4. CONCLUSION

ACCUEILLIR les moyens préliminaires soumis par le Distributeur;

REJETER la demande de révision de l'Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador ainsi que les demandes d'interventions de la Corporation Métisse du Québec et de l'Est du Canada et du GRAME.

Montréal, le 19 juin 2006

Affaires juridiques Hydro-Québec

Affaires juridiques

Hydro-Québec

Me Yves Fréchette

LISTE D'AUTORITÉS

Jurisprudence

- Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts), [2004] 3 R.C.S. 511
- Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet), [2004] 3 R.C.S. 550
- Delgamuukw c. Colombie-Britannique, [1997] 3 R.C.S. 1010
- R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507
- R. c. Pamajewon, [1996] 2 R.C.S. 821
- R. c. Powley, [2003] 2 R.C.S. 207
- Nouvelle-Écosse (W.C.B.) c. Martin, [2003] 2 R.C.S. 504
- Paul c. C.-B. (Forest Appeals Commission), [2003] 2 R.C.S. 585
- Québec (Procureur Général) c. Canada (Office national de l'énergie), [1994] 1 R.C.S. 159
- Athabasca Tribal Council c. Amoco Canada, [1981] 1 R.C.S. 699
- Saulteau First Nations c. British Columbia (Oil and Gas Commission), (2004) BCCA 286
- Dene Tha' First Nation v. Alberta (Energy and Utilities Board), 2005 ABCA 68 (Alta C.A.)
- In the matter of EnCana Ekwan Pipeline Inc., GH-1-2003, September 2003 (NEB)
- In the matter of Sumas Energy 2, Inc., EH-1-2000, March 2004 (NEB)

Doctrine

- Issalys, P. et Lemieux, D., L'action gouvernementale, 2^e éd., 2002, Éd. Yvon Blais inc. pp. 355 à 365, 397 à 401

- Ouellette, Y., *Les tribunaux administratifs au Canada*, 1997, Éd. Thémis, pp. 96 à 120, 258 à 269, 280 à 307
- Garant, P., *Droit administratif*, 5^e éd., 2004, Éd. Yvon Blais inc., pp. 284 à 291
- Banks, Nigel, *Regulatory Tribunals and Aboriginal Consultation*, CIRL, *Resources*, numéro 82, printemps 2003
- Kenneth, Steven A. et al, *Alberta's Gas and Oil boom fuels land-use conflicts – But should the EUB be taking the heat ?*, CIRL, *Resources*, numéro 91, été 2005

19 juin 2006