

PROJECT D'AGRANDISSEMENT DU RÉSEAU DE TRANS MOUNTAIN : UN EXEMPLE D'INJUSTICE ENVIRONNEMENTALE?

Malaïka Bacon-Dussault et Amélie Frenette*

Introduction

En décembre 2013, la compagnie Trans Mountain Pipeline ULC a présenté à l'Office national de l'énergie (ONÉ) une demande de certificat d'utilité et d'autres autorisations en prévision de la construction et de l'agrandissement de son réseau¹. À la suite de la tenue d'audiences publiques, auxquelles ont notamment participé des municipalités, des groupes autochtones, des représentants de l'industrie, des représentants gouvernementaux et des particuliers, l'ONÉ a publié en mai 2016 un rapport dans lequel il recommande au gouverneur en conseil, qui est chargé de l'approbation de ce type de projet, d'approuver l'agrandissement sous les motifs que « le projet [...] est dans l'intérêt public canadien » et qu'il n'y aura pas de conséquences importantes si les conditions énoncées dans le rapport sont respectées².

Après avoir pris connaissance de tous les éléments de preuve soumis dans le cadre de la présente instance et compte tenu de la consultation entreprise avec les groupes autochtones, des incidences sur les intérêts des Autochtones, des mesures d'atténuation proposées, ce qui comprend les conditions visant à réduire au minimum les conséquences négatives sur ces intérêts, ainsi que des engagements pris par Trans Mountain à l'endroit d'une consultation continue et des exigences qui lui ont été imposées à cet égard par l'ONÉ, ce dernier est satisfait que la recommandation qu'il a formulée et les décisions qu'il a prises au sujet du projet soient conformes au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*³.

À la suite de ce rapport, le gouverneur en conseil conclut que « la réalisation du projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain n'est pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants »; ce décret autorise

* Malaïka Bacon-Dussault est professeure adjointe à la Faculté de droit de l'Université de Moncton. Amélie Frenette est étudiante en droit de la Faculté de droit de l'Université de Moncton (JD '19). Les opinions exprimées dans cet article sont celles des auteures et ne représentent pas la position de l'Université de Moncton. Les auteures aimeraient remercier Catherine Boulet pour ses commentaires sur une version préliminaire du texte.

¹ Office national de l'énergie, *Rapport de l'Office national de l'énergie – Projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain*, OH-001-2014, mai 2016 à la p 1 [Rapport de l'ONÉ]. Ce projet propose d'agrandir le réseau de pipelines de Calgary (Alberta) à Burnaby (Colombie-Britannique). Cet agrandissement permettrait aux producteurs pétroliers de l'Ouest canadien d'avoir accès à la côte pour exportation maritime vers des destinations riveraines du Pacifique.

² *Ibid* à la p xi.

³ *Ibid* à la p xii; *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11, art 35(1) [*Loi constitutionnelle de 1982*].

l'ONÉ à délivrer les permis nécessaires à Trans Mountain Pipeline ULC⁴. Toutefois, plusieurs groupes autochtones se sont opposés – et continuent de s'opposer – à la réalisation de ce projet, notamment en raison des répercussions importantes que ce projet pourrait avoir sur leurs droits ancestraux et sur la réalisation d'activités traditionnelles⁵.

Plusieurs groupes autochtones, dont la Tsleil-Waututh Nation, la Nation Squamish, la bande indienne Coldwater, le collectif Stó:lō, la bande Upper Nicola et les Stk'emlupsemc te Secwepemc de la Nation Secwepemc, ont porté cette décision en révision judiciaire, affirmant notamment que l'obligation de consultation des peuples autochtones n'avait pas été adéquatement remplie. En août 2018, la Cour d'appel fédérale donne raison aux demandeurs : l'obligation de consultation est un processus de mise en balance des intérêts qui doit comprendre des concessions mutuelles⁶. Elle discute notamment de ce qui constitue un véritable processus de consultation et conclut que les peuples autochtones n'ont pas été adéquatement consultés dans le cadre du projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain⁷. Pour remplir son obligation de consultation, il n'est pas suffisant pour le Canada de recueillir et de comprendre les préoccupations des peuples autochtones; il doit aussi prendre part à un véritable dialogue réfléchi⁸. Selon les conclusions des juges, le Canada n'a pas engagé un véritable dialogue afin d'être en mesure de répondre aux préoccupations réelles des peuples autochtones.⁹ Par cette décision, la Cour d'appel fédérale annule le décret du gouverneur en conseil et le certificat d'utilité publique¹⁰.

En se basant sur la théorie de la justice environnementale, cet article cherchera à mettre en lumière les injustices environnementales observées dans le cadre

⁴ (i) *Ordonnance – Certificat d'utilité publique OC-001-064*; (ii) *Ordonnance modificatrice AO-002-OC-49*; (iii) *Ordonnance modificatrice AO-003-OC-2 à Trans Mountain Pipeline ULC pour le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain*, CP 2016-1069, (2016) 150 : 50 Supp Gaz C I 1 (Office national de l'énergie).

⁵ Voir par exemple Rapport de l'ONÉ, *supra* note 1 aux pp 31–53.

⁶ *Tsleil-Waututh Nation c Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 153 à la p 181 [CAF].

⁷ *Ibid* au para 754 (« Cependant, à la lumière de la totalité de la preuve, je conclus que le Canada, à l'étape III, n'a pas engagé de véritable dialogue et ne s'est pas penché sur les préoccupations qui avaient été exprimées de bonne foi par les demandeurs autochtones de manière à ce que soient envisagées des mesures d'accommodement possibles »).

⁸ *Ibid* au para 558 (« En bref, le Canada n'était pas simplement tenu de recueillir et de comprendre les préoccupations des demandeurs autochtones; il devait prendre part à un véritable dialogue réfléchi. [...] Pour l'essentiel, ses représentants se sont contentés de consigner les préoccupations des demandeurs autochtones et de les transmettre aux décideurs »).

⁹ *Ibid* au para 559 (« Le dossier en général ne révèle pas de véritable dialogue réfléchi en réponse aux préoccupations exprimées par les groupes autochtones. S'il ressort du dossier quelques exemples de réponses aux préoccupations, ceux-ci ne suffisent pas à compenser l'absence générale de réaction de la part du Canada »).

¹⁰ L'ONÉ doit réexaminer le projet de Trans Mountain en tenant compte notamment du transport maritime, de l'article 79 de la *Loi sur les espèces en péril*, LC, 2002, c 29 et de l'article 29(1) de la *Loi canadienne de l'évaluation environnementale* (2012), LC, 2012, c 19; voir CAF, *supra* note 6 au para 768 (« Il s'ensuit que le décret C.P. 2016-1069 devrait être annulé, et le certificat d'utilité publique approuvant la construction et l'exploitation du projet est par le fait même annulé »).

de l'évaluation environnementale du projet. Selon Schlosberg, la justice environnementale cherche à mieux distribuer les richesses, tout en répondant aux attentes des populations les moins nanties pour qu'elles puissent réaliser leurs capacités et attentes; pour ce faire, ces populations doivent pouvoir participer aux décisions qui les concernent¹¹. En effet, bien que les individus et groupes autochtones susceptibles d'être touchés par l'agrandissement du réseau de pipelines aient été consultés, l'évaluation du projet par l'ONÉ est marquée par une marginalisation systémique des peuples autochtones, de leurs savoirs et de leurs préoccupations. De plus, plusieurs intervenants font remarquer – et le rapport de l'ONÉ le reconnaît – que les populations locales seront les plus affectées par ce projet, sans toutefois en être avantagées. Ainsi, le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain est un exemple d'injustice environnementale. Dans la première partie de cet article, l'auteure se penchera sur le volet procédural et la participation des personnes touchées par le projet d'agrandissement, alors que la deuxième partie portera sur les préoccupations identifiées par les participants, notamment en matière de dégradation environnementale, de perte de moyens d'existence et d'atteinte à la pratique d'activités traditionnelles.

A. La participation des individus réellement touchés par le projet d'agrandissement : une mise en œuvre du concept de reconnaissance et de participation?

La participation des populations touchées par les décisions environnementales au processus décisionnel est un pilier de la justice environnementale. Les individus et les organisations touchées par certaines décisions en matière environnementale demandent une plus grande participation au processus décisionnel¹². La justice environnementale sous son angle procédural s'observe donc lorsque les décisions sont basées sur des critères appropriés et avec la participation des individus qui sont affectés par ces décisions¹³. Les théoriciens s'intéressant aux questions de la reconnaissance des individus et des communautés se penchent également sur la réalité empirique de l'injustice procédurale : il est important d'étudier sur le lien direct entre le manque de reconnaissance d'une part et le déclin dans l'appartenance et la participation dans la communauté, y compris dans l'ordre politique et institutionnel¹⁴.

Pour Richardson et Razzaque, la participation publique est essentielle dans un contexte de développement durable : la durabilité dépend de la manière dont les

¹¹ David Schlosberg, *Defining environmental justice: theories, movements, and nature* (New York: Oxford University Press, 2007); Nancy Fraser et Axel Honneth, *Redistribution or recognition? : a political-philosophical exchange* (New York: Verso, 2003).

¹² Benjamin J Richardson et Jona Razzaque, « Public Participation in Environmental Decision-making » dans Benjamin J Richardson et Stepan Wood, dir, *Environmental law for sustainability: a reader* (Portland, OR : Hart Publishing, 2006) 165 à la p 165.

¹³ Dinah Shelton, « Equity » dans Daniel Bodansky, Jutta Brunnée et Ellen Hey, dir, *The Oxford handbook of international environmental law* (New York : Oxford University Press, 2007) 639 à la p 641.

¹⁴ Schlosberg, *supra* note 11 à la p 26. Bien que la questions de la « reconnaissance » fasse partie du cadre établi par Schlosberg, cet article se penchera surtout sur les notions de participation et de distribution des bénéfices et des risques environnementaux.

considérations sociales, économiques et environnementales sont intégrées dans le processus décisionnel¹⁵. Ils affirment d'ailleurs qu'en raison de la nature complexe de la durabilité, qui implique une variété d'objectifs sociaux tout en cherchant à préserver l'environnement, il n'est pas possible pour une seule entité de détenir toutes les connaissances nécessaires au processus décisionnel¹⁶. La participation du public au processus décisionnel a été rationalisée de deux manières : d'un point de vue procédural, cette participation permet de reconnaître la légitimité de la règle alors que d'un point de vue légal, une telle approche améliore l'issue du processus décisionnel¹⁷.

Pour corriger les problèmes de justice environnementale, il sera nécessaire de réformer les principes de justice participative, notamment en ce qui concerne des droits égaux en matière d'autodétermination dans le processus de décisions à caractère social¹⁸. Walzer affirme d'ailleurs qu'une des manières de mettre fin à la suprématie d'un groupe sur un autre est d'utiliser le principe de justice participative pour évaluer et modifier les structures et procédures sociales qui produisent une répartition imparfaite des biens environnementaux¹⁹. Toutefois, la pratique actuelle en matière de participation publique diffère des modèles théoriques : les dispositions juridiques offrant une possibilité de participation n'assurent pas que la participation aura lieu ou que celle-ci sera significative²⁰.

L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît les droits ancestraux des peuples autochtones ainsi que la promesse de la Couronne d'agir avec honneur²¹. L'obligation de consulter les peuples autochtones a été définie en détail dans l'arrêt *Nation Haida c Colombie-Britannique (Ministère des Forêts)* par la Cour suprême du Canada²². Cette obligation découle du principe de l'honneur de la Couronne qui

¹⁵ Richardson et Razzaque, *supra* note 12 à la p 166.

¹⁶ *Ibid* à la p 170; voir aussi Konrad Ginther et al, dir, *Sustainable development and good governance* (Boston : Martinus Nijhoff, 1995).

¹⁷ Richardson et Razzaque, *supra* note 12 à la p 170.

¹⁸ Kristin Shrader-Frechette, *Environmental justice : creating equality, reclaiming democracy* (Oxford : Oxford University Press, 2002) à la p 24.

¹⁹ Michael Walzer, *Sphères de justice : une défense du pluralisme et de l'égalité*, traduit par Pascal Engel (Paris : Seuil, 1997) aux pp 13–18; Shrader-Frechette, *supra* note 18 à la p 28.

²⁰ Richardson et Razzaque, *supra* note 12 à la p 191.

²¹ *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 3; voir aussi Gouvernement du Canada, « Consultation et accommodement des Autochtones — Lignes directrices actualisées à l'intention des fonctionnaires fédéraux pour respecter l'obligation de consulter » (mars 2011), en ligne : Affaires autochtones et du Nord Canada <aadnc-aandc.gc.ca>.

²² *Nation Haida c Colombie-Britannique (Ministère des Forêts)*, 2004 CSC 73 aux para 20, 39 (« Le contenu de l'obligation de consulter et d'accommoder varie selon les circonstances. La nature précise des obligations qui naissent dans différentes situations sera définie à mesure que les tribunaux se prononceront sur cette nouvelle question. 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 »); *R c Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075.

consiste à entretenir une bonne relation entre celle-ci et les peuples autochtones²³. Selon l'analyse de la Cour suprême du Canada, la Couronne a l'obligation de consulter les peuples autochtones sur un sujet particulier lorsqu'elle prend connaissance du droit ou titre ancestral potentiel et qu'il y a des risques que le peuple autochtone en question soit victime d'un préjudice quelconque²⁴. La Couronne a une obligation de consulter les Autochtones en vertu du principe de l'honneur; ce n'est pas simplement une obligation d'agir de bonne foi²⁵. Une fois que l'obligation de consultation est déclenchée, quelle est l'étendue de cette consultation?

Dans sa décision portant sur le rapport de l'ONÉ et la recommandation du gouverneur en conseil, la Cour fédérale affirme que « le 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 [...]. Ce qu'il faut, c'est un processus de mise en balance des intérêts – de concessions mutuelles »²⁶. En ce qui concerne l'obligation d'accommodement, la Cour d'appel fédérale remarque que « [l]orsque [...] la mesure proposée risque de porter atteinte de manière appréciable aux droits visés par la revendication [établie au moyen d'une preuve solide], l'honneur de la Couronne pourrait bien commander l'adoption de mesures pour éviter un préjudice irréparable ou pour réduire au minimum les conséquences de l'atteinte »²⁷. En abordant la question de véritable consultation, la Cour d'appel fédérale rappelle que le processus de consultation ne « vise pas simplement à donner aux Autochtones 'l'occasion de se défouler' avant que la Couronne fasse ce qu'elle avait toujours l'intention de faire. La consultation est vide de sens si elle exclut dès le départ toute forme d'accommodement »²⁸.

Le processus de consultation dans le cadre du projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain a été réalisé en quatre étapes : 1) la participation initiale, de la présentation de la description du projet jusqu'à la tenue des audiences de l'ONÉ; 2) les audiences de l'ONÉ, du début jusqu'à la fermeture du dossier de l'audience; 3) l'examen par le gouverneur en conseil, de la fermeture du dossier de l'audience jusqu'à la décision du gouverneur en conseil sur le projet; et 4) les autorisations réglementaires advenant l'approbation du projet, de la décision du gouverneur en conseil jusqu'à la délivrance des approbations ministérielles prescrites

²³ *Ibid* au para 16.

²⁴ *Ibid* au para 35.

²⁵ *Ibid* au para 32, repris dans CAF, *supra* note 6 au para 486 (« L'obligation de consulter découle du principe de l'honneur de la Couronne et de la protection des 'droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones' prévue au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'obligation de consulter et, s'il y a lieu, celle d'accommoder font partie du processus de conciliation et de négociation honorable »).

²⁶ CAF, *supra* note 6 au para 494, reprenant Nation Haïda, *supra* note 22, aux para 42, 48 et 62.

²⁷ CAF, *supra* note 6 au para 495, reprenant Nation Haïda, *supra* note 22 au para 47.

²⁸ CAF, *supra* note 6 au para 499, reprenant *Première nation crie Mikisew c Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 RCS 388 au para 54.

par le régime législatif, au besoin²⁹.

Avant l'audience devant l'ONÉ, Trans Mountain a rencontré diverses parties prenantes qui pourraient être intéressées au projet de manière à « mieux comprendre les préoccupations et les intérêts des personnes qui sont susceptibles d'être touchées par le projet »³⁰. Selon son rapport, l'ONÉ est d'avis que « la société a élaboré et mis en place un vaste programme de consultation publique qui donne aux membres du public, aux propriétaires fonciers, aux gouvernements et aux autres parties prenantes de multiples occasions, dans de nombreux endroits, de se renseigner sur le projet et d'exprimer leurs points de vue et leurs préoccupations à Trans Mountain »³¹.

Toutefois, plusieurs municipalités et groupes autochtones se sont inquiétés des méthodes de consultations, mentionnant notamment que leurs commentaires sur d'importantes questions qui les toucheront n'avaient pas été pris en compte par la société³². Les termes utilisés par l'ONÉ dans son rapport sont intéressants : ces consultations cherchent à renseigner les parties prenantes et à leur permettre d'exprimer leur opinion. Ainsi, Trans Mountain n'a aucune obligation – et ce pour la durée du projet – d'incorporer les commentaires des parties prenantes dans ses décisions opérationnelles. D'ailleurs, l'ONÉ encourage toutes les parties prenantes à collaborer avec Trans Mountain pour la durée du projet – sans pour autant imposer cette obligation de collaboration à la société³³. En conséquence, est-il possible de dire qu'un véritable dialogue existe entre Trans Mountain et les parties prenantes? L'ensemble du rapport de l'ONÉ donne plutôt l'impression que les parties prenantes potentiellement touchées par le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain, bien qu'informées des développements du projet, ne sont pas directement impliquées dans l'élaboration des politiques et dans le processus décisionnel.

Les consultations publiques de l'ONÉ se sont déroulées d'avril 2014 à février

²⁹ CAF, *supra* note 6 au para 74; Rapport de l'ONÉ, *supra* note 1 à la p 37.

³⁰ Rapport de l'ONÉ, *supra* note 1 à la p 25. Pour une description de la consultation qui s'est tenue entre Trans Mountain et les groupes autochtones, voir Rapport de l'ONÉ aux pp 32–37.

³¹ *Ibid* à la p 28.

³² *Ibid*; voir aussi C68-21, « City of Abbotsford, Township of Langley, Fraser Valley Regional District, Fraser-Fort George Regional District - Village of Valemout - Joint Submission - Final Argument in Chief » (12 janvier 2016), en ligne : ONÉ <apps.neb-one.gc.ca/REGDOCS/Élément/Afficher/2904900>. Les groupes autochtones ont également soulevé des préoccupations par rapport au processus de consultation entrepris avec Trans Mountain; voir Rapport de l'ONÉ, *supra* note 1 à la p 36.

³³ Rapport de l'ONÉ, *supra* note 1 à la p 28 (« Puisqu'une relation entre une société et les parties prenantes directement touchées se poursuit pendant plusieurs décennies tout au long d'un projet donné, il est essentiel, pour que le dialogue soit efficace pendant les consultations, que toutes les parties soient conscientes de leurs responsabilités et de leurs rôles respectifs et qu'elles les comprennent, ce qui vaut également à l'extérieur du processus d'audience de l'Office. Ce dernier s'attend à ce que les parties touchées, y compris les municipalités, collaborent avec Trans Mountain en lui faisant part de leurs préoccupations et en se rendant disponibles pour discuter des possibles solutions. Il constate à son grand regret que ce ne sont pas toutes les municipalités qui ont saisi l'occasion de collaborer efficacement avec la société. Plus particulièrement, la ville de Burnaby a refusé à plusieurs reprises de discuter avec Trans Mountain. L'Office croit que lorsque des municipalités refusent de collaborer avec une société, la qualité de l'information disponible pour la société et l'Office s'en trouve diminuée et des solutions insatisfaisantes pour régler les préoccupations des municipalités peuvent en être une conséquence »).

2016³⁴. Ces discussions de fond n'ont pas abordé les préoccupations des groupes autochtones concernant le titre, les droits, les intérêts d'un groupe autochtone particulier et les répercussions du projet sur celui-ci³⁵ ; elles servaient plutôt à se renseigner au sujet des préoccupations des demandeurs. Dans son rapport, l'ONÉ aborde les questions concernant les ressources biophysiques et socioéconomiques; il n'y avait pas d'évaluation sur les effets du projet sur les droits ancestraux des groupes autochtones. D'ailleurs, comme nous le verrons dans la partie suivante, la plupart des préoccupations soulevées par les groupes autochtones sont écartées au bénéfice des arguments de développement économique.

Comme le mentionne Young, compte tenu de la dominance des normes occidentales en matière de discours, il est important de reconnaître les différents voix et styles de communication et de leur accorder une légitimité égale dans le processus décisionnel³⁶. L'ONÉ a d'ailleurs mis en place un mode de participation adapté aux traditions autochtones. En effet, pour « donner la chance aux peuples autochtones de transmettre leurs connaissances traditionnelles d'une manière valable à leurs yeux », l'ONÉ a permis aux groupes autochtones qui le souhaitaient de présenter une preuve traditionnelle orale³⁷. Toutefois, malgré cet accommodement, il n'est mentionné nulle part dans le rapport de l'ONÉ que les documents ont été traduits en langues autochtones³⁸.

L'étape III – soit l'examen par le gouverneur en conseil de la fermeture du dossier de l'audience jusqu'à la décision du gouverneur en conseil sur le projet – s'est

³⁴ Le gouvernement du Canada s'en est remis à l'ONÉ pour « examiner et réduire les incidences nuisibles sur les droits ancestraux ou issus de traités, potentiels ou établis découlant du projet »; voir Rapport de l'ONÉ, *supra* note 1 à la p 37. La Cour d'appel fédérale a conclu que cette manière de faire était appropriée; voir CAF, *supra* note 6 aux para 520–32.

³⁵ CAF, *supra* note 6 aux para 20, 29, 34, 44, 48 (ces paragraphes traitent des titres revendiqués par les demandeurs autochtones), 110 (« Pendant toute la durée de l'audience devant l'Office et jusqu'à la fermeture du dossier de l'audience, le Canada a continué de correspondre avec certains demandeurs autochtones. Quelques réunions informelles ont également été organisées. Toutefois, lors de ces rencontres, aucune discussion au fond ne pouvait concerner le titre, les droits ou les intérêts d'un groupe donné ni les incidences du projet sur ces éléments »).

³⁶ Iris Young, *Justice and the Politics of Difference* (Princeton, NJ : Princeton University Press, 1990); Richardson et Razzaque, *supra* note 12 à la p 192.

³⁷ Rapport de l'ONÉ, *supra* note 1 aux pp 4–5, 47 (« De plus, les groupes autochtones susceptibles d'être touchés ont eu la possibilité de faire un choix parmi différentes méthodes de participation à l'audience. Les intervenants autochtones avaient le choix de participer à l'instance de l'Office par écrit ou de vive voix, à distance ou en personne. L'Office comprend que les peuples autochtones ont une tradition orale par laquelle ils communiquent des renseignements et transmettent leur savoir d'une génération à l'autre. Puisque ces renseignements ne peuvent pas toujours être communiqués adéquatement par écrit, l'Office a donné aux groupes autochtones la possibilité de présenter une preuve traditionnelle orale, qui ne visait que les participants autochtones. L'Office juge que de tels témoignages sont très utiles lorsqu'il lui incombe d'examiner un projet. Un total de 39 groupes et personnes autochtones ont présenté à l'Office une preuve traditionnelle orale au cours du processus d'audience »).

³⁸ L'Office national de l'énergie note toutefois que les documents de consultation de Trans Mountain ont été traduits en français, en chinois, en pendjabi et en coréen; voir Rapport de l'ONÉ, *supra* note 1 à la p 26.

déroulée de février à novembre 2016³⁹. La Couronne a rencontré tous les demandeurs autochtones. Ces derniers ont exprimé lors de ces rencontres qu'ils n'approuvaient pas le processus de l'ONÉ, ni la décision de la Couronne de s'en remettre à celui-ci⁴⁰. Le 16 août 2016, le Bureau de gestion des grands projets et le Bureau de l'évaluation environnementale de la Colombie-Britannique ont informé les groupes autochtones demandeurs qu'ils étaient responsables de l'organisation des consultations; ces groupes ont reçu une première ébauche du rapport de l'office à la fin août 2016 avec l'instruction que leurs commentaires et corrections devaient être envoyés en septembre, puis une deuxième ébauche en novembre avec un retour de commentaires annoncé pour la mi-novembre⁴¹.

Tel qu'il est indiqué dans le rapport de l'ONÉ, « [l]e processus [...] a été conçu pour réunir le plus d'éléments de preuve pertinents possible sur les préoccupations que les autochtones entretiennent à l'égard du projet, de ses incidences éventuelles sur leurs intérêts et des mesures d'atténuation possibles pour réduire au minimum les incidences nuisibles sur les intérêts autochtones »⁴². Toutefois, le rôle de l'ONÉ n'était pas de se prononcer sur la reconnaissance de titres ou de droits ancestraux. Ainsi, l'étape III du régime de consultation était essentielle pour les intérêts des groupes autochtones puisque c'était l'occasion pour eux de partager leurs préoccupations sur le fond du projet, et non sur le processus⁴³. Un véritable dialogue était particulièrement nécessaire dans cette étape puisque le rapport de l'ONÉ ne contenait pas de réponses pour l'ensemble des préoccupations des groupes autochtones⁴⁴. Par la lecture de ce rapport, le Canada a été en mesure de déterminer qu'il y aura des effets faibles à modérés sur les Autochtones. Une fois ce fait constaté, le Canada pouvait se baser sur ces circonstances afin de déterminer le nombre

³⁹ Dans son rapport, l'Office national de l'énergie mentionne que « [l]e gouvernement du Canada a expliqué qu'à partir de la fermeture du dossier de l'audience de l'Office jusqu'à la décision sur le projet rendue par le gouverneur en conseil, le [Bureau de gestion des grands projets] coordonnera les réunions de consultation entre le gouvernement et les groupes autochtones pour lesquels il a été déterminé que l'ampleur de la consultation serait modérée ou élevée. Ces consultations visent à établir un dialogue significatif afin de déterminer s'il y a des préoccupations liées au projet qui n'ont pas été entièrement réglées dans les conditions provisoires de l'Office ou les engagements pris par le promoteur à ce stade du processus, et d'étudier les propositions des groupes autochtones concernant des mesures d'adaptation pouvant régler les questions ou préoccupations en suspens que la Couronne pourrait examiner »; voir Rapport de l'ONÉ, *supra* note 1 à la p 37.

⁴⁰ CAF, *supra* note 6 au para 115.

⁴¹ CAF, *supra* note 6 aux para 116–17.

⁴² Rapport de l'ONÉ, *supra* note 1 à la p 31.

⁴³ CAF, *supra* note 6 au para 566.

⁴⁴ *Ibid* au para 530 (« Dans l'affaire qui nous occupe, l'étape III a été conçue pour combler les lacunes du processus réglementaire de l'étape II. En effet, l'étape III devait porter sur les préoccupations qui demeuraient quant aux effets du projet sur des droits ancestraux ou issus de traités, potentiels ou établis, ainsi que sur les mesures d'accommodement supplémentaires que le Canada devrait examiner »); voir aussi paras 565–73. Au para 567, la Cour d'appel fédérale indique que « [p]ar exemple, l'Office n'a tiré aucune conclusion sur la nature et la portée des droits (y compris le titre) ancestraux établis ou revendiqués ».

nécessaire de consultations et de mesures d'accommodement⁴⁵.

La Cour d'appel fédérale conclut que la Couronne n'a pas établi un véritable dialogue avec les peuples autochtones⁴⁶. Dans les rares occasions où il a fourni une réponse à un demandeur, le Canada n'a pas accordé un véritable poids aux préoccupations de ce dernier⁴⁷. En effet, la Couronne a simplement continué de prendre en notes les préoccupations des demandeurs et de les transmettre aux décideurs : le Canada a voulu s'en remettre au rapport de l'ONÉ sans plus, malgré la présence évidente de préoccupations non résolues chez les demandeurs autochtones.⁴⁸ Le Canada doit reprendre l'étape III du régime de consultation des peuples autochtones afin d'établir un véritable dialogue⁴⁹.

Bien que le proposant du projet, l'ONÉ et le gouvernement du Canada aient entrepris un processus de discussion avec les peuples autochtones en ce qui concerne le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain, la Cour d'appel fédérale a conclu que le processus de consultation n'avait pas mené à un véritable dialogue entre les groupes autochtones et le gouvernement du Canada. Dans la partie suivante, je propose de soulever les différences importantes dans les avantages et les inconvénients du projet, particulièrement en ce qui concerne ses effets potentiels sur les groupes autochtones locaux.

B. Le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain : des risques accrus pour les populations locales et les peuples autochtones

Les théoriciens de la justice – et de la justice environnementale – se sont penchés à maintes reprises sur les questions de justice distributive⁵⁰ : la « justice » a été presque entièrement définie comme étant une question d'équité dans la distribution des biens sociaux. Brian Barry, en 1999, affirme d'ailleurs que le concept de justice entre en jeu seulement dans le contexte de la distribution des biens – toutes les autres questions ne

⁴⁵ *Ibid* au para 569.

⁴⁶ *Ibid* au para 599 (« le Canada est tenu d'engager un dialogue et de se pencher sur les préoccupations communiquées de bonne foi par les demandeurs autochtones sur lesquels le projet aura des incidences. Un véritable dialogue nécessite la présence, pour représenter le Canada, de quelqu'un qui est habilité à faire plus que prendre des notes, quelqu'un qui peut véritablement répondre aux préoccupations des demandeurs à un moment donné »); reprenant *Nation Gitksana c Canada*, 2016 CAF 187 au para 279.

⁴⁷ Voir par exemple CAF, *supra* note 6 au para 668 (« Rien dans la réponse du Canada ne démontre qu'il a véritablement accordé de l'attention ou du poids à la préoccupation des Squamish au sujet du bitume dilué ou à des mesures d'atténuation ou d'accommodement concrètes »).

⁴⁸ *Ibid* au para 598 (« Les procès-verbaux ne démontrent guère de véritable réponse de la part de l'équipe aux préoccupations soulevées par les demandeurs autochtones, mais révèlent trop souvent que la réponse du Canada consiste à reconnaître les préoccupations et à assurer aux auteurs de ces dernières qu'elles seraient communiquées aux décideurs »).

⁴⁹ *Ibid* aux para 753–63, 771 (« En outre, le Canada est tenu de recommencer les consultations de l'étape III. Le projet ne pourra être présenté au gouverneur en conseil qu'une fois les consultations terminées et les mesures d'accommodement prises »).

⁵⁰ Schlosberg, *supra* note 11 à la p 11.

concernent en fait que le bien et le mal⁵¹. Rawls s'est penché sur la justice distributive : dans *Théorie de la justice*, il affirme qu'« [u]ne conception de la justice fournit donc, en premier lieu, un critère pour évaluer les aspects distributifs de la structure de la base de la société »⁵². La justice comme équité est donc justice en tant que distribution équitable des biens et des maux sociaux, économiques et politiques⁵³. En prenant Rawls comme point de départ, Brian Barry a développé cette notion de la justice : il faut nous entendre sur les règles de la justice distributive tout en restant impartial par rapport aux différentes notions de ce qu'une bonne vie représente pour les individus⁵⁴. D'ailleurs, Franck affirme que l'équité d'une norme sera jugée d'abord par la manière dont la règle répond aux attentes des participants en matière de distribution des coûts et des bénéfices puis la manière dont la règle est appliquée en fonction de ce que les participants perçoivent comme un processus juste⁵⁵.

En matière de justice environnementale, Shrader-Frechette le décrit très bien – et ceci peut être observé dans le cadre de l'étude du projet d'agrandissement de Trans Mountain : dans le cas du dépôt de déchets toxiques près de la communauté de Warren County en 1982, la communauté afro-américaine n'a profité ni d'une distribution égale des polluants ni d'une voix égale dans la prise de décision sur l'emplacement du dépôt de ces produits chimiques⁵⁶. Ainsi, « [i]n environmental matters, as in other areas of justice, often wealthy people have advantages over the poor [and] often whites have advantages over people of color »⁵⁷. D'ailleurs, selon Schlosberg, les théories distributives – alors appliquées strictement aux individus – doivent s'étendre aux communautés⁵⁸. À cet égard, Kymlicka considère que les droits des groupes font partie intégrante de la justice⁵⁹. Comme mentionné par Schlosberg, « [p]olicy needs to address group inequalities, to address tolerance for difference to coexist and thrive, to support group recognition and empowerment, and to support numerous collective

⁵¹ *Ibid* à la p 12; voir John Barry, *Rethinking green politics: nature, virtue, and progress* (Thousand Oaks, CA : Sage Publications, 1999).

⁵² John Rawls, *Théorie de la justice* (Paris : Éditions du Seuil, 1997) à la p 35.

⁵³ Schlosberg, *supra* note 11 à la p 13 (« The whole point of Rawls's notion of 'justice as fairness' is justice as just distribution – or, more properly, the rules that govern a just distribution of social, political, and economic goods and bads »).

⁵⁴ *Ibid*; voir aussi Brian Barry, *Justice as Impartiality* (Oxford : Oxford University Press, 1995); Brian Barry, *Why Social Justice Matters* (Cambridge : Polity, 2005).

⁵⁵ Thomas M Franck, *Fairness in international law and institutions* (New York : Oxford University Press, 2002) à la p 7 (« [t]he fairness of international law, as of any other legal system, will be judged, first by the degree to which the rules satisfy the participants' expectations of justifiable distribution of costs and benefits, and secondly by the extent to which the rules are made and applied in accordance with what the participants perceive as right process »).

⁵⁶ Shrader-Frechette, *supra* note 18 à la p 23.

⁵⁷ *Ibid*.

⁵⁸ Scholsberg, *supra* note 11 à la p 34.

⁵⁹ Will Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture* (Oxford : Oxford University Press, 1989); Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship* (Oxford : Oxford University Press, 1995); Will Kymlicka, *Politics in the Vernacular* (Oxford : Oxford University Press, 2001).

activities that promote both group and individual capabilities »⁶⁰.

L'article 52 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* prévoit que l'ONÉ doit faire une recommandation au gouverneur en conseil quant à la décision d'approuver ou non le projet; il se doit d'appliquer la loi de manière qui vise l'intérêt public canadien⁶¹. L'ONÉ définit le concept d'« intérêt public » comme étant un « équilibre entre les intérêts économiques, environnementaux et sociaux »⁶²; l'ONÉ doit donc « évaluer la contribution d'un projet au bien public général, et ses inconvénients éventuels [et] en peser les diverses conséquences »⁶³.

Il est évident que les avantages de ce projet sont essentiellement de nature économique : la population canadienne bénéficiera économiquement de la réalisation de ce projet⁶⁴. En effet, l'ONÉ conclut que les avantages du projet sont considérables. « Bon nombre d'avantages [...] sont de portée nationale ou régionale, tandis qu'il y a moins d'avantages de portée strictement locale »⁶⁵ : les expéditeurs canadiens auront accès à des marchés plus souples et diversifiés, la construction et l'exploitation du projet créeront des emplois, les producteurs bénéficieront de plus de souplesse et d'options pour la mise en marché de leurs produits, les économies locales et régionales pourront tirer un avantage des dépenses directes relatives aux matériaux pour le pipeline, les dépenses directes liées au projet seront à l'origine de revenus pour les différents paliers gouvernementaux⁶⁶. En effet, en ce qui concerne les avantages locaux, l'ONÉ mentionne que les collectivités locales pourraient bénéficier de la

⁶⁰ Schlosberg, *supra* note 11 à la p 37.

⁶¹ *Loi sur l'Office national de l'énergie*, LRC 1985, c N-7, art 52(2) (« En faisant sa recommandation, l'Office tient compte de tous les facteurs qu'il estime directement liés au pipeline et pertinents, et peut tenir compte de ce qui suit : a) l'approvisionnement du pipeline en pétrole, gaz ou autre produit; b) l'existence de marchés, réels ou potentiels; c) la faisabilité économique du pipeline; d) la responsabilité et la structure financières du demandeur et les méthodes de financement du pipeline ainsi que la mesure dans laquelle les Canadiens auront la possibilité de participer au financement, à l'ingénierie ainsi qu'à la construction du pipeline; e) les conséquences sur l'intérêt public que peut, à son avis, avoir la délivrance du certificat ou le rejet de la demande »); Rapport de l'ONÉ, *supra* note 1 à la p 13.

⁶² Rapport de l'ONÉ, *supra* note 1 à la p 13.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid* aux pp 17, 271 (« Trans Mountain a fait savoir qu'elle a tenu compte des effets sur l'emploi et l'économie qui ont trait aux économies provinciales et nationale, de l'emploi au niveau régional, des retombées économiques sur les municipalités, de la formation et du renforcement des capacités, des approvisionnements et des contrats, ainsi que de la perturbation possible des affaires ou des moyens de subsistance. Les conclusions de Trans Mountain ont été décrites dans un rapport produit par le Conference Board du Canada qui quantifie quatre retombées économiques du projet, y compris les effets directs, indirects, induits et fiscaux »); Conference Board du Canada, « Who Benefits? A Summary of the Economic Impacts That Result From the Trans Mountain Expansion Project », décembre 2015, en ligne : Conference Board du Canada <conferenceboard.ca/e-Library/document.aspx?did=7648>.

⁶⁵ *Ibid* aux pp 17, 271 (« Trans Mountain a affirmé que le projet contribuera considérablement à la croissance économique. Son effet sera de longue durée puisque les retombées économiques sont liées à la fois à la construction et à l'exploitation et que l'on considère que le projet a des effets socioéconomiques résiduels positifs importants sur les économies provinciales et nationale »).

⁶⁶ *Ibid* à la p 15. Pour une description des avantages économiques, voir le Chapitre 12 du Rapport de l'ONÉ, intitulé « Nécessité du projet et faisabilité économique ».

création d'emplois, du programme d'avantages pour les collectivités, des interventions améliorées en cas de déversement en milieu marin, de possibilités éducatives et économiques, en plus du renforcement des capacités des résidents, des collectivités et des entreprises locales et autochtones⁶⁷.

Dans son appréciation des avantages et des inconvénients, l'ONÉ a accordé une grande importance aux avantages économiques du projet. Des avantages considérables à l'échelle locale, régionale et nationale seraient tirés de la diversification du marché. Ces avantages comprennent une plus grande capacité d'accéder aux marchés de la côte du Pacifique. Il y aura également des dépenses considérables engagées pour les matériaux des pipelines au Canada ainsi que la création d'un grand nombre d'emplois pour les Canadiennes et les Canadiens, y compris des emplois et des possibilités pour les communautés autochtones. Bon nombre des avantages seront réalisés dans l'ensemble du pays, surtout en Colombie-Britannique, en Alberta, en Ontario et au Québec. Le caractère national des avantages était important pour l'ONÉ⁶⁸.

Peu d'intervenants représentant les communautés locales ou les peuples autochtones ont appuyé ces avantages économiques⁶⁹. En effet, ces intervenants – incluant les peuples autochtones et les individus susceptibles d'être touchés par la construction et l'exploitation du pipeline – ont soulevé des préoccupations environnementales et sociales. D'ailleurs, l'ONÉ reconnaît que « [l]a majorité des inconvénients du projet et du transport maritime lié au projet sont assumés par les collectivités locales et régionales »⁷⁰. Ces inconvénients incluent notamment une utilisation réduite des épaulards résidents du Sud à des fins culturelles par les Autochtones en raison de la diminution du nombre de ces mammifères marins causée par l'accroissement du transport maritime dans la région, la perte temporaire de capacité pour les groupes autochtones d'utiliser les terres et les eaux à des fins traditionnelles pendant la durée de la construction, en plus de conséquences temporaires sur la chasse et la pêche.

Selon les intervenants, un des plus grands inconvénients provient d'un éventuel déversement découlant du projet, c'est-à-dire provenant du pipeline, des terminaux de réservoirs, des stations de pompage ou du terminal maritime ou d'un navire-citerne lié au projet. L'ONÉ estime toutefois qu'« il y a une très faible probabilité de déversement découlant du projet [...] [ou d'un navire lié au projet] qui

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid* à la p 17.

⁶⁹ Voir par exemple *ibid* à la p 43 (« de nombreux groupes autochtones ont également manifesté de l'intérêt à l'égard des possibilités d'emploi et d'approvisionnement ainsi que de l'aide offerte en matière de formation pour leur permettre d'acquérir les compétences nécessaires. Bon nombre de groupes autochtones ont affirmé qu'ils voulaient participer aux activités de surveillance et qu'il serait bien que des membres de la communauté ou des aînés soient présents durant la construction et qu'ils soient impliqués dans les travaux de remise en état afin de s'assurer que les mesures d'atténuation sont achevées »).

⁷⁰ *Ibid* à la p 16.

pourrait entraîner des effets importants (de graves conséquences) »⁷¹. Les risques et les inconvénients du projet seront donc assumés par les populations locales, dont les peuples autochtones.

En effet, ce projet d'agrandissement aurait des effets néfastes sur les activités traditionnelles des groupes autochtones, durant la construction et les activités d'exploitation du projet⁷². Plusieurs groupes autochtones ont notamment mentionné l'atteinte que le projet pourrait avoir sur leurs droits de pêcher, de chasser et de piéger des animaux à des fins alimentaires, sociales, rituelles ou commerciales⁷³, leurs droits de cueillir des plantes à des fins alimentaires et médicinales⁷⁴ et leurs droits liés aux pratiques et lieux cérémoniels et culturels⁷⁵, ainsi que l'accès de certaines communautés autochtones à l'eau potable⁷⁶ et l'utilisation des ressources forestières⁷⁷.

⁷¹ *Ibid* aux pp 16–17.

⁷² Dans les documents soumis à l'audience de l'Office national de l'énergie, les groupes autochtones ont soulevé plusieurs préoccupations par rapport aux incidences du projet sur leurs droits ancestraux et issus de traités; pour un résumé de ces préoccupations, voir Rapport de l'ONÉ, *supra* note 1 aux pp 40–53.

⁷³ Plusieurs groupes autochtones mentionnent notamment l'atteinte possible aux sites de pêche au saumon, au crabe, aux crevettes, aux mollusques et à la sauvagine; voir Rapport de l'ONÉ, *supra* note 1 aux pp 40, 255 (« Trans Mountain a fait savoir que des activités de piégeage, de chasse, de pêche et de pourvoirie se déroulent le long du couloir pipelinier proposé et dans toute la zone d'étude du projet. Elle a fait savoir que des activités de construction chevaucheront les saisons de chasse et les activités de piégeage. Ces activités pourront perturber les utilisateurs des ressources dans le voisinage immédiat des travaux de construction, et notamment perturber le gagne-pain ou les habitudes des personnes qui utilisent les terres et les ressources pour des activités de pourvoirie, de piégeage, de chasse et de pêche »). Voir par exemple Tsleil-waututh, dossier C358, en ligne : ONÉ <apps.neb-one.gc.ca/REGDOCS/Élément/Afficher/2452082>.

⁷⁴ Rapport de l'ONÉ, *supra* note 1 aux pp 40, 284–85 (« Des groupes autochtones ont affirmé que la mise en valeur continue d'avoir des répercussions sur la chasse et ont exprimé des préoccupations au sujet de la fragmentation des terres, de la perte d'accès aux zones de chasse et de piégeage, de l'empiètement des projets de mise en valeur et de la perte d'habitat naturel »); voir par exemple Première Nation Matsqui, dossier C227, en ligne : ONÉ <apps.neb-one.gc.ca/REGDOCS/Élément/Afficher/2451197>; Bande indienne Coldwater, dossier C078, en ligne : ONÉ <apps.neb-one.gc.ca/REGDOCS/Élément/Afficher/2450934>; Bande de Neskonlith, dossier C250, en ligne : ONÉ <apps.neb-one.gc.ca/REGDOCS/Élément/Afficher/2450029>.

⁷⁵ Voir Rapport de l'ONÉ, *supra* note 1 aux pp 247, 275 (le Collectif Stó:lō a mentionné qu'une aire de préparation du projet se trouve sur un de leurs lieux de sépulture et lieux spirituels importants (Lightning Rock)). Les Métis de Gunn ont exprimé des préoccupations au sujet des sites patrimoniaux et culturels autour de Lac Ste. Anne et du lac Wabamun. Une étude réalisée par la Nation crie de Samson a permis de repérer des sites archéologiques sacrés à l'intérieur de la zone du projet. La bande indienne d'Upper Nicola a identifié des sites patrimoniaux archéologiques et culturels, y compris des lieux de sépulture et des réseaux de pistes historiques); voir Collectif Stó:lō, dossier C326, en ligne : ONÉ <apps.neb-one.gc.ca/REGDOCS/Élément/Afficher/2451486>; Métis de Gunn, dossier C232, en ligne : ONÉ <apps.neb-one.gc.ca/REGDOCS/Élément/Afficher/2452062>; Nation crie de Samson, dossier C302, en ligne : ONÉ <apps.neb-one.gc.ca/REGDOCS/Élément/Afficher/2451285>; Bande indienne de Upper Nicolas, dossier C363, en ligne : <apps.neb-one.gc.ca/REGDOCS/Élément/Afficher/2451875>.

⁷⁶ Rapport de l'ONÉ, *supra* note 1 à la p 249 (« La bande indienne Coldwater [...] a déclaré que les répercussions supplémentaires possibles sur son eau potable et la rivière Coldwater préoccupent énormément ses membres »); voir aussi Bande indienne Coldwater, *supra* note 74.

⁷⁷ Rapport de l'ONÉ, *supra* note 1 à la p 254 (« Des groupes autochtones, y compris la Première Nation d'Alexander, la Nation sioux de Nakoda d'Alexis, la Nation crie d'Enoch, la Nation crie d'Ermineskin, la Première Nation de Montana et la Nation crie de Samson, ont fait part de préoccupations au sujet de la perte de bois d'œuvre marchand le long de l'emprise et de la façon de récupérer le bois d'œuvre »); voir par exemple Première Nation d'Alexander, dossier C006, en ligne : ONÉ <apps.neb-

Plusieurs groupes autochtones affirment d'ailleurs que « le projet présenterait beaucoup trop de risques et de répercussions pour leurs territoires, leurs droits et leur identité »⁷⁸ ; ils sont préoccupés des incidences que le projet aura sur leurs activités traditionnelles. Il est intéressant de noter que Trans Mountain – et l'ONÉ partage cet avis – indique que « malgré ces interruptions [aux activités de subsistance], la construction et les activités d'exploitation courantes n'auraient pas d'effets négatifs importants sur la capacité des communautés autochtones de continuer à utiliser les terres, les eaux et les ressources à des fins traditionnelles »⁷⁹.

En matière d'atteinte aux droits traditionnels des peuples autochtones, l'ONÉ affirme qu'il « prend acte de l'importance que les groupes autochtones attachent à leur capacité de poursuivre leurs activités et leurs utilisations traditionnelles sur l'ensemble de leurs territoires traditionnels »⁸⁰, avant de conclure qu'il « est donc d'avis qu'il n'est pas probable que les activités liées à la construction et à l'exploitation courante aient des effets environnementaux négatifs importants sur les terres, les eaux ou les ressources utilisées à des fins traditionnelles par les groupes autochtones et qu'il n'est pas probable qu'elles aient des effets négatifs importants sur la capacité des groupes autochtones d'utiliser les terres, l'eau ou les ressources à des fins traditionnelles »⁸¹ – et ce, malgré les nombreux exemples rapportés et études déposées comme éléments de preuve.

Hormis l'atteinte directe aux droits d'utilisation des terres et aux effets que le projet aurait sur leurs activités traditionnelles, commerciales, sociales et alimentaires, les peuples autochtones ont soulevé des préoccupations quant aux procédures d'intervention et aux effets potentiellement catastrophiques qu'un déversement pourrait avoir sur les ressources naturelles qu'ils récoltent à des fins traditionnelles⁸². À cet égard, Trans Mountain reconnaît qu'un tel évènement « pourrait perturber les activités de pêche récréative, de chasse et de piégeage à cause de l'accès limité ou interdit au lieu d'origine et dans la zone d'intervention. [...] Trans Mountain a fait savoir que le bruit et la circulation causés par les activités d'intervention d'urgence pourraient entraîner d'autres perturbations des activités de piégeage dans les secteurs

one.gc.ca/REGDOCS/Élément/Afficher/2450813>; Nation sioux de Nakoda d'Alexis, dossier C007, en ligne : ONÉ <apps.neb-one.gc.ca/REGDOCS/Élément/Afficher/2450208>; Nation crie de Samson, *supra* note 75.

⁷⁸ Rapport de l'ONÉ, *supra* note 1 aux pp 40–41.

⁷⁹ *Ibid* aux pp 39, 52 (« L'Office reconnaît que ce projet aurait des incidences et que ces incidences toucheraient certains groupes autochtones. La réduction ou interruption de l'accès des groupes autochtones aux terres, eaux ou ressources qu'ils utilisent, y compris pour l'usage des terres et des milieux marins à des fins traditionnelles et pour les activités cérémonielles et culturelles, pourrait changer leur capacité de s'adonner à des activités traditionnelles. L'Office [...] conclut que, durant la construction et les activités d'exploitation courante, ces incidences seraient temporaires et il serait peu probable qu'elles soient importantes »).

⁸⁰ *Ibid* à la p 287.

⁸¹ *Ibid* à la p 289.

⁸² *Ibid* à la p 285; voir Première Nation Tsawwassen, dossier C356, en ligne : ONÉ <apps.neb-one.gc.ca/REGDOCS/Élément/Afficher/2451210> ; Tsleil-Waututh, *supra* note 79; Bande de Musqueam, dossier C246, en ligne : ONÉ <apps.neb-one.gc.ca/REGDOCS/Élément/Afficher/2450848>.

adjacents de lieux d'intervention, ce qui pourrait réduire le succès des activités de piégeage »⁸³. Les groupes autochtones ont d'ailleurs exprimé leurs inquiétudes par rapport aux activités de surveillance⁸⁴ et des efforts de remédiation en cas de déversement⁸⁵.

Ces deux exemples – l'effet du projet sur les activités journalières des peuples autochtones et les conséquences dévastatrices que pourrait avoir un déversement de pétrole – illustrent très bien la problématique au cœur de la théorie de la justice environnementale : dans le cas du projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain, les avantages et inconvénients ne sont pas équitablement distribués. En effet, le projet bénéficiera principalement aux individus travaillant dans cette industrie et aux gouvernements provinciaux et fédéraux. Toutefois, ce sont les populations locales – incluant un grand nombre de peuples autochtones – qui seront principalement touchées par les conséquences de ce projet énergétique.

Conclusion

La justice environnementale, telle que définie par Schlosberg, comprend deux volets : un volet procédural et un volet substantif. Dans le cas du volet procédural, les chercheurs se penchent surtout sur les questions en lien avec la reconnaissance des populations touchées par les décisions environnementales et leur participation à la prise de décision. Dans le cas du projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain, la Cour d'appel fédérale est claire : bien que les groupes autochtones aient été reconnus et qu'ils aient participé à la discussion, leur consultation – du moins après la publication du rapport de l'ONÉ – avec le Canada n'a pas mené à un véritable dialogue. En effet, pour remplir son obligation de consultation, le Canada ne peut se contenter de noter les préoccupations des peuples autochtones, sans apporter de mesures d'atténuation ou d'accommodement.

D'ailleurs, bien qu'il ait mis en place un processus de consultation qui respecte les traditions orales autochtones, l'ONÉ n'a pas réellement tenté de trouver une solution aux préoccupations des peuples autochtones. D'ailleurs, le rapport utilise des verbes tels que « réunir le plus d'éléments de preuve pertinents sur les préoccupations des Autochtones »⁸⁶, « permettre [aux groupes autochtones] d'exposer leurs préoccupations »⁸⁷, « communiquer leur point de vue et leurs préoccupations au

⁸³ Rapport de l'ONÉ, *supra* note 1 à la p 255.

⁸⁴ *Ibid* à la p 286 (« De nombreux groupes autochtones ont affirmé avoir des préoccupations au sujet des mesures d'atténuation proposées par Trans Mountain. Beaucoup d'entre eux ont déclaré vouloir participer aux activités de surveillance et souhaiter que des membres de leur collectivité ou des anciens soient présents au cours de la construction et participent aux travaux de remise en état pour veiller à ce que les mesures d'atténuation soient menées à terme »).

⁸⁵ *Ibid* à la p 286 (« Des groupes autochtones ont exprimé des préoccupations au sujet de la remise en état de plantes, de franchissements de cours d'eau et de sites du patrimoine culturel importants sur le plan culturel »); voir Bande indienne de Lower Nicola, dossier C217, en ligne : ONÉ <apps.neb-one.gc.ca/REGDOCS/Élément/Afficher/2451573>.

⁸⁶ Rapport de l'ONÉ, *supra* note 1 à la p 46.

⁸⁷ *Ibid* à la p 48.

sujet du projet »⁸⁸, etc. Bien que les peuples autochtones – et les populations locales touchées par le projet – aient soulevé des préoccupations environnementales, économiques et sociales, ces préoccupations ont été écartées par l'ONÉ en raison de l'intérêt national du projet. Le projet d'agrandissement du réseau Trans Mountain est donc un exemple de déséquilibre dans le partage des avantages et des inconvénients d'un projet ayant des incidences environnementales : les bénéfices sont réalisés par les proposants du projet et par les membres de l'industrie, alors que les inconvénients sont subis par les populations locales.

Le cadre de cet article n'a pas permis d'aborder la question de la justice écologique, qui fait également partie de la théorie de la justice environnementale élaborée par Schlosberg⁸⁹. En effet, qui parle pour les populations d'épaulards qui seront affectées par le passage accru des navires commerciaux ? Bien que cet effet du projet sur une espèce menacée d'extinction ait été brièvement soulevé par l'ONÉ dans son premier rapport⁹⁰, la question quant aux mesures à prendre pour protéger cette espèce en vertu de la *Loi sur les espèces en péril* doit être tranchée. Dans sa décision, la Cour d'appel fédérale a d'ailleurs demandé à l'ONÉ de se pencher sur les effets que le commerce maritime accru aurait sur les populations locales humaines et sur les espèces marines⁹¹. Dans son rapport de réexamen publié en février 2019, l'ONÉ conclut à cet effet que :

L'Office conclut également que les activités courantes des navires associés au projet sont susceptibles d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants sur l'épaulard résident du sud et sur l'utilisation traditionnelle des ressources et du milieu marin associés à cette espèce. La population d'épaulards résidents du sud a franchi un seuil à partir duquel tout effet négatif supplémentaire sur l'environnement serait considéré comme important. Le transport maritime associé au projet traversera des habitats essentiels de l'épaulard résident du sud le long des couloirs de navigation et contribuera à l'augmentation du bruit sous-marin et des risques de collision dans ces corridors. Bien que les effets des activités de transport maritime liées au projet ne représenteront qu'une petite fraction du total des effets cumulatifs et que le niveau de trafic devrait augmenter avec ou sans le projet, l'augmentation du nombre de navires associés au projet contribuerait davantage aux effets cumulatifs qui compromettent déjà le rétablissement

⁸⁸ *Ibid* à la p 52.

⁸⁹ Schlosberg, *supra* note 11 aux pp 103–62.

⁹⁰ Rapport de l'ONÉ, *supra* note 1 aux pp xii (« Toutefois, le passage des navires associés au projet ajouterait aux effets cumulatifs subis par les épaulards résidents du sud et ralentirait d'autant le rétablissement de cette population, une espèce en voie de disparition vivant dans la mer des Salish. Par conséquent, conformément aux pouvoirs qui lui sont conférés par la Loi, l'Office considère probable que le passage des navires associés au projet entraînerait des effets négatifs importants sur les épaulards résidents du sud, ce qui pourrait fort bien se répercuter en des effets négatifs importants sur les usages culturels autochtones en rapport avec ces mammifères marins »), xiv, 16 (inconvénients à la population), 39 (effets sur les pratiques autochtones), 228 (atteintes aux habitats des mammifères marins), 351–75 (effets du projet sur les mammifères marins).

⁹¹ CAF, *supra* note 6 aux para 442–73, 765–66, 770 (« Plus particulièrement, l'Office devrait réexaminer, à la lumière des principes, les questions suivantes, à savoir si le transport maritime associé au projet est accessoire au projet, l'application de l'article 79 de la *Loi sur les espèces en péril* au transport maritime associé au projet »).

de l'épaulard résident du sud. L'Office reconnaît l'importance culturelle déclarée de l'épaulard résident du sud pour certains groupes autochtones⁹².

Toutefois, malgré cette conclusion et les éléments de preuve ou opinions nouveaux ou actualisés qui ont trait aux questions autochtones, l'ONÉ conclut qu'« [a]u terme de l'audience de réexamen, après avoir tenu dûment compte de tous les éléments pertinents, l'Office juge que le projet présente dans l'immédiat et présentera dans le futur un caractère d'utilité publique, et qu'il est dans l'intérêt public canadien »⁹³. En conséquence, est-il possible de dire que le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain est aussi un exemple d'injustice écologique ?

⁹² Office national de l'énergie, *Trans Mountain Pipeline ULC - Demande visant le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain - Réexamen par l'Office national de l'énergie de certains aspects de son rapport OH-001-2014 conformément au décret C.P. 2018-1177*, MH-052-2018, février 2019, en ligne : ONÉ <apps.neb-one.gc.ca/REGDOCS/%C3%891%C3%A9ment/Afficher/3754555> à la p 316. Le Chapitre 14 du Rapport, intitulé « Intensification des activités de transport maritime liées au projet », reprend les conclusions de l'ONÉ en ce qui concerne le commerce accru en lien avec le projet d'agrandissement du réseau.

⁹³ *Ibid* à la p 1.