

CANADA

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

HYDRO-QUÉBEC

R-4110-2019, Phase 3

Demanderesse

Et

ASSEMBLÉES DES PREMIÈRES
NATIONS DU QUÉBEC-LABRADOR
(APNQL)

Intervenante

RÉPONSE DE L'APNQL À LA RÉPLIQUE D'HYDRO-QUÉBEC

Le 8 décembre 2021

I. L'obligation de consulter et d'accommoder est régulièrement soulevée par l'APNQL (par. 45-48 de la Réplique d'Hydro-Québec)

- 1) L'APNQL a indiqué à la Régie dans les premiers actes de procédure qu'elle a déposés son intention d'examiner le traitement de la demande d'Hydro-Québec dans le respect du cadre constitutionnel applicable, incluant l'obligation de consultation et d'accommodement ([C-APNQL-0008](#)). Son intervention a été acceptée à ce titre.
- 2) L'arrêt Behn n'est aucunement pertinent pour le présent dossier. Il portait avant tout sur la possibilité pour des individus de soulever l'obligation de consulter comme un moyen de défense dans le cadre d'une responsabilité civile et sur les abus de procédure (voir le par. 37 et 41 de cette décision).
- 3) Contrairement à ce qui était le cas dans Behn, l'APNQL n'est pas un individu cherchant à se draper d'un droit collectif pour échapper à une poursuite en responsabilité. Des interventions sur des questions touchant les droits constitutionnels des Premières Nations, incluant le droit à la consultation et à l'accommodement sont au cœur du mandat de l'APNQL. ([C-APNQL-0019](#), par. 7, 11-12, 15, 16, 17 et 24). L'intervention de l'APNQL au présent dossier s'inscrit dans l'exécution de ce mandat ([C-APNQL-0007](#), par 5-10). Hydro-Québec passe sous silence une décision rendue par la Régie dans des circonstances presque identiques qui reconnaît la capacité de l'APNQL à

soulever un manquement à l'obligation consulter d'accommoder. ([C-APNQL-0067](#), p. 20).

- 4) Enfin, Hydro-Québec ne décrit pas de manière exacte le contexte dans lequel l'obligation de consultation et d'accommodement est soulevée dans le présent dossier. Suivant le paragraphe 133 de son argumentation, l'APNQL soulève l'absence de consultation par Hydro-Québec mais ne demande pas à la Régie de procéder elle-même à la consultation dans le contexte du présent dossier.

Loin de soulever une question hypothétique, l'élaboration des grilles est exactement le type de mesures auquel l'obligation de consultation et d'accommodement s'attache (par. 49-56 de la Réplique d'Hydro-Québec)

- 5) Hydro-Québec omet de référer la Régie aux enseignements de la Cour suprême et véhicule une vision erronée du moment où l'obligation de consulter et d'accommoder prend naissance ainsi que de la finalité de cette obligation. En effet, cette obligation prend forme dès la planification stratégique d'une mesure proposée par la Couronne ([Haida, C-APNQL-0082](#), par. 76, [Rio Tinto, C-APNQL-0087](#), par 44). La preuve démontre que les grilles de sélection et pondération affecteront des territoires revendiqués pour des décennies (Argumentation de l'APNQL par. 124, [B-0191](#), p. 5, 11 et 26, Décret-906-2021 (annexe B), art. 1). Plus fondamentalement, les obligations constitutionnelles qui lient Hydro-Québec visent à préserver la faculté pour les Premières Nations de décider de la direction que prendra le développement des terres sur lesquelles elles pourraient se voir reconnaître des droits ([Haida, C-APNQL-0082](#), par 26 et 27 ; [Delgamuukw, C-APNQL-0083](#), par. 167-168, Argumentation de l'APNQL, par 90).
- 6) Les informations exigées par Hydro-Québec au paragraphe 52 concernant la nature et la localisation des projets résultant des appels d'offres et l'intérêt des Premières Nations à y prendre part ne pourront être établies qu'une fois les appels d'offres conclus, ce qui sera évidemment trop tard pour permettre une consultation adéquate relativement aux grilles de sélection et pondération. La preuve de l'APNQL démontre que les grilles de sélection et pondération d'Hydro-Québec excluraient les Premières Nations ([DSS MG, C-APNQL-0017](#), par 17-14).
- 7) L'affaire Hupacasath n'est pas pertinente. L'entrée en vigueur d'un accord commercial international ne s'inscrivait pas dans le cadre d'un projet pouvant avoir des effets délétères sur les droits ou revendications des Premières Nations (voir le par. 103 de la décision ; [Chippewas, C-APNQL-0092](#), par 2). Or, l'élaboration des grilles de sélection et pondération pour les appels d'offres en cause dans le présent dossier constitue bel et bien une mesure qui déterminera le choix des soumissionnaires pour cette production de l'électricité ([Rio Tinto, C-APNQL-0087](#), par. 47). Leurs effets sont en conséquence concrets et certainement pas hypothétiques.

- 8) Contrairement à ce qu'Hydro-Québec laisse entendre au paragraphe 55 de sa réplique, des consultations peuvent être tenues auprès de toutes les Premières Nations pouvant être concernées par les appels d'offres. La preuve démontre que des consultations de cette envergure ne furent aucunement problématiques lorsqu'il s'agissait pour Hydro-Québec de consulter l'industrie ([Pièce GP-7, C-APNQL-26](#), p. 6).
- 9) D'ailleurs, l'obligation de consulter et d'accommoder peut être engagée par des mesures bien en amont des interventions spécifiques sur le territoire ([Haida, C-APNQL-082](#), par 75, 76; [Rio Tinto, C-APNQL-0087](#), par. 44 et 47 et les paragraphes 111, 117 et 121 de l'argumentation de l'APNQL).
- 10) Par ailleurs, au paragraphe 56 de sa Réplique, Hydro-Québec spécule sans preuve aucune sur d'éventuelles étapes ultérieures qui pourraient comporter des éléments de consultation. La confection de grilles de sélection et pondération est en soit une mesure proposée par Hydro-Québec qui engage ses obligations constitutionnelles et, une fois les appels d'offres lancés, il sera trop tard pour la consultation et l'accommodement en ce qui concerne leur teneur et facture. ([Haida, C-APNQL-0082](#), par 26 et 27 ; [Delgamuukw, C-APNQL-0083](#), par. 167-168)
- 11) De même, l'affirmation par Hydro-Québec au paragraphe 61, que les soumissionnaires devront « faire état » des consultations tenues par eux, possiblement auprès des Premières Nations ne saurait satisfaire son obligation de consulter.

L'effet préjudiciable invoqué par l'APNQL se rapporte bien à des droits protégés par l'article 35 (Par. 57-59 de la Réplique d'Hydro-Québec)

- 12) Les arguments d'Hydro-Québec au paragraphe 58 de sa réplique font abstraction de la preuve, de l'impact réel des grilles et de la position de l'APNQL. La preuve non-contredite de l'APNQL établit que les emplacements et le marché pour la production électrique sont limités et que les grilles auraient pour effet d'attribuer une partie de ces ressources pour les décennies à venir. À toute fin pratique, il n'y aura pas d'opportunité pour les Premières Nations de lancer leurs propres projets. En outre, les droits des Premières Nations dépassent la pratique d'activités spécifiques. C'est l'impact des grilles proposées par Hydro-Québec sur le cours du développement et la participation des Premières Nations aux choix à ces égards, imbriquée dans le titre ancestral qu'elles revendiquent, qui sont au cœur des arguments de l'APNQL en ce qui concerne l'obligation de consultation et d'accommodement. Enfin, les circonstances et la réalité économique des Premières Nations ne sont pas des éléments dont Hydro-Québec, en tant que mandataire de la Couronne, puisse faire abstraction pour les fins du respect de ses obligations constitutionnelles et la confection des grilles.

- 13) La décision Ekuanishit est non-pertinente. Dans cette affaire, la Première Nation présentait une preuve et des actes de procédure déficients, qui ne faisaient pas état de la manière dont le projet pourrait porter atteinte à des droits protégés par l'article 35 (par. 159, 161, 166, 168, 173 et 175-177 de la décision). En effet, Hydro-Québec omet de reproduire les paragraphes 175 à 178 qui illustrent parfaitement les différences entre les circonstances qui prévalaient dans l'affaire Ekuanishit de celles de la présente affaire. L'APNQL expose dans ses actes de procédure, sa preuve et son argumentation en quoi les droits et revendications des Premières Nations (et pas simplement leurs intérêts économiques) seraient négativement affectés par les grilles de sélection et pondération d'Hydro-Québec (par. 120-126 de l'argumentation de l'APNQL).
- 14) De plus, dans [Ermineskin Cree Nation v. Canada \(Environment and Climate Change\)](#), 2021 FC 758 (aux paragraphes 105, 126 et 127), la Cour fédérale a récemment statué que des impacts économiques liés à l'exploitation des ressources naturelles peuvent affecter des droits protégés par l'article 35 et peuvent déclencher l'obligation de consultation et d'accommodement.

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS,

Montréal, le 8 décembre 2021

(s) *Franklin Gertler Étude Légale*

FRANKLIN GERTLER ÉTUDE LÉGALE

par : Me Franklin S. Gertler

Me Hadrien Burlone

Aldred Building
507 Place d'Armes, bureau 1701
Montréal (Québec)
H2Y 2W8
T : (514) 798-1988
F : (514) 798-1966
M : (514) 942-9309
franklin@gertlerlex.ca
hburlone@gertlerlex.ca