

Université de Montréal

**La délégation de l'obligation de consulter et d'accommoder les  
peuples autochtones au promoteur ou le rôle de la Couronne  
comme médiatrice de réconciliation**

par Alexandre Carrier

Faculté de droit

Mémoire présenté  
en vue de l'obtention du grade de maîtrise  
en droit  
option recherche

24 septembre 2018

© Alexandre Carrier, 2018

## Résumé

Dans *Nation Haïda*, la Cour suprême du Canada a énoncé que la Couronne était la seule responsable de l'obligation de consulter et d'accommoder en vertu du principe d'honneur de la Couronne. La Cour a néanmoins ajouté qu'il était loisible à la Couronne de déléguer les *aspects procéduraux* de l'obligation aux promoteurs souhaitant exploiter le territoire, sans toutefois définir ce qui était procédural. Partant du constat que les promoteurs sont impliqués dans le processus de consultation des nations autochtones, ce mémoire vise à clarifier les normes juridiques encadrant cette interaction. L'étude de l'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême relative aux droits ancestraux permet de comprendre comment l'obligation de consulter et d'accommoder, en minimisant les atteintes aux droits ancestraux non prouvés, s'insère dans le test de justification des atteintes aux droits ancestraux prouvés. Cela découle entre autres d'un objectif, ambigu à certains égards, de réconciliation de la souveraineté de la Couronne avec la préexistence des nations autochtones qui nécessite que la Couronne conserve un rôle médiateur entre les intérêts autochtones et allochtones, notamment pour préserver l'honneur de la Couronne jusqu'à ce que les revendications autochtones soient réglées. Le fonctionnement de l'obligation sera ensuite décortiqué le plus concrètement possible au moyen de la jurisprudence des tribunaux inférieurs et d'appel, en traitant notamment des situations déclenchant l'obligation, du processus de consultation, de la délégation de l'obligation aux personnes morales de droit public, des recours des nations autochtones et des divergences jurisprudentielles récentes quant à diverses questions d'importance. Il sera enfin possible de comprendre les incitatifs juridiques, politiques, techniques et économiques à l'implication des promoteurs dans l'obligation et comment différents véhicules juridiques empruntés au droit administratif et au droit privé sont mobilisés pour déléguer l'obligation aux promoteurs malgré que l'honneur de la Couronne, source de l'obligation, ne leur soit pas opposable.

**Mots-clés :** Peuples autochtones, obligation de consulter et d'accommoder, rôle médiateur de la Couronne, délégation des aspects procéduraux aux promoteurs, ressources naturelles, réconciliation.

## **Abstract**

In the *Haida Nation* decision, the Supreme Court of Canada indicated that the source of the duty to consult and accommodate is the honour of the Crown; the Crown is therefore the only actor responsible for its implementation. However, the Court stated that the Crown may delegate the *procedural aspects* of the duty to project proponents seeking to exploit different natural resources; the Court did not provide guidance as to what is considered procedural. The purpose of this thesis is to clarify the law regarding the involvement of project proponents in the consultation and accommodation process, given the importance of their contact with the different indigenous peoples. In the first part of the thesis, I will show that the duty to consult, by preventing and reducing the infringement on asserted but unproven Aboriginal rights, is a criterion of the justification test allowing for the violation of Aboriginal rights. Studying the Supreme Court's jurisprudence will also show that the underlying objective of modern Canadian Aboriginal law is to reconcile the pre-existence of Indigenous peoples and their rights with the assertion of Crown sovereignty. One means to achieve that is to ensure that the Crown maintains a mediating role between indigenous and non-indigenous interests. Using the lower and appellate Courts jurisprudence, I will then explain the different components of the duty, particularly the different situations that trigger it, the delegation of the duty to legal persons governed by public law, the different recourse of indigenous peoples in the event the duty is not respected and recent case-law disagreements on important issues. Once the portrait of the duty is completed, we will be able to understand the judicial, political, technical and economic incentives and objectives for the delegation of the duty to proponents and how different legal structures, inspired by administrative and private law, allow the Crown to force the proponents into the duty even though the source of the duty may not be invoked against them.

**Keywords** : Indigenous peoples, duty to consult and accommodate, the Crown's mediating role, delegation of procedural aspects to industry proponents, natural resources, reconciliation.

## Table des matières

Résumé.....	i
Abstract.....	ii
Table des matières.....	iii
Remerciements.....	v
Introduction.....	1
Chapitre 1 – Le développement de l’objectif constitutionnel de réconciliation et du rôle médiateur de la Couronne.....	7
1.1 La conciliation des droits autochtones démontrés avec le pouvoir de la Couronne : le test de justification des atteintes.....	15
1.2 La protection des droits autochtones non prouvés.....	20
Chapitre 2 – Les modalités de mise en œuvre de l’obligation de consulter et d’accommoder à la lumière de la jurisprudence récente.....	31
2.1 Le déclenchement de l’obligation et l’évaluation préliminaire.....	35
2.2 Le déroulement du processus de consultation et d’accommodement.....	47
La consultation.....	48
Les accommodements.....	54
La délégation de l’obligation à un organisme administratif.....	55
2.3 Les recours des nations autochtones à l’encontre de la Couronne.....	60
L’injonction.....	62
La requête Haïda – révision judiciaire.....	66
Chapitre 3 – La délégation de l’obligation aux promoteurs : étendue et mise en œuvre.....	72
3.1 Nation Haïda et le contexte de la délégation au promoteur.....	73
3.2 Les limites des obligations respectives des promoteurs et de la Couronne en cas de délégation.....	80
3.3 Les modalités de délégation aux promoteurs privés.....	92
L’autorisation administrative et l’imposition de conditions.....	97
Le contrat administratif.....	100

3.4 L'attribution du devoir de consulter et d'accommoder à un tribunal administratif.....	103
3.5 L'implication des promoteurs qui sont des personnes morales de droit public .....	107
3.6 La responsabilité de la Couronne à l'égard du promoteur .....	110
Conclusion .....	112
Bibliographie.....	i

## Remerciements

Merci à mes parents, Lucie et François, pour m’ avoir instillé la curiosité et l’ ouverture aux autres ainsi que pour leur support inconditionnel durant mon parcours académique. Merci à la famille Bois, à toutes les personnes merveilleuses rencontrées à la CERP et à ma famille pour les encouragements. Un merci spécial à Gabrielle pour la douceur et la compréhension.

Pascale, Julien, Chantal et Suzanne; je vous suis éternellement reconnaissant de m’ avoir offert votre hospitalité généreuse et aimante lorsque j’ en avais besoin.

J’ exprime toute ma gratitude à mes directeurs pour m’ avoir aidé à faire de mes idées un tout cohérent; merci à Jean Leclair pour sa rigueur et le partage de ses connaissances ainsi qu’ à Hugo Tremblay pour avoir su me comprendre quand je ne savais plus trop où aller et pour m’ avoir aiguillé vers plusieurs pistes de réflexion qui ont enrichi ce mémoire. Merci à ma mère Lucie, à Denis et à Sophie qui ont pris le temps de me lire et de me corriger; vous êtes des amours.

Un merci particulier à toute l’ équipe et à la communauté de Thèsez-vous qui m’ a permis de découvrir la méthode Pomodoro et de partager mes joies et mes peines du quotidien avec d’ autres étudiant.e.s. Merci aux personnes avec qui j’ ai eu la chance de rédiger qui sont devenues mes collègues de travail durant la rédaction : Vincent, Julie, Marion, Marianne, Marie-eve, Edith, Anne-Marie, Anais, Yassine et les autres! Sans vous, je ne suis pas certain que ce mémoire aurait fini par voir le jour.

Finalement, je tiens à remercier la Fondation Pierre-Eliott-Trudeau, la Faculté de Droit de l’ Université de Montréal et le Centre de recherche en droit public pour leur support financier.

*La concrétisation des droits ancestraux des peuples autochtones exige que l'on compose avec certaines données propres au contexte actuel. Parmi ces données mentionnons : l'implantation d'un État eurocanadien prééminent, l'imbrication permanente des populations autochtones et allochtones, la mobilisation toujours plus lourde des terres et des ressources au service de l'économie de marché, le triomphe de l'individualisme libéral et la marginalisation économique et culturelle de l'autochtonie. L'ampleur du défi lancé par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 est proprement sidérante, et les jugements rendus par la Cour suprême du Canada font ressortir le refus du pouvoir judiciaire de bouleverser, au nom des droits historiques des peuples autochtones, l'ordre social et économique hérité de la colonisation européenne du Canada<sup>1</sup>.*

*The very idea of Indigenous rights in modern law is a kind of paradox in which the law of the state is used to attack the sovereign foundations of the state in order to find justice. In effect, section 35 asks judges to walk a fine line between undoing the legal order and redeeming the rule of law – it asks them to question the legality of the state in order to affirm the legality of the state. [...] Does it even make sense, from the ordinary legal perspective, to suggest that the law of the state can question the legality of the state?<sup>2</sup>*

---

<sup>1</sup> Ghislain Otis, « Identitarisme, droits ancestraux et néocolonialisme : Le système de la Cour suprême » (2011) 41:1 Rech Amérindiennes Qué 115-118 à la p 116.

<sup>2</sup> Mark Walters, « “Looking for a knot in the bulrush”: reflections on law, sovereignty and Aboriginal rights » dans par Patrick Macklem et Douglas Sanderson, *From recognition to reconciliation: essays on the constitutional entrenchment of Aboriginal and treaty rights*, 2016 à la p 36.

## Introduction

L'obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder les « peuples autochtones »<sup>3</sup> a attiré énormément d'attention dans le milieu juridique canadien depuis sa reconnaissance par la Cour suprême du Canada en 2004 dans l'arrêt *Nation Haïda*<sup>4</sup>, entre autres parce qu'il s'agit d'une obligation procédurale préventive, ce qui n'existait pas jusqu'alors dans ce domaine. Récemment, dans un contexte d'augmentation du nombre de projets d'exploitation des énergies fossiles ayant entraîné plusieurs décisions de l'Office National de l'Énergie, les juristes se sont particulièrement intéressés à la possibilité que la Couronne puisse déléguer à certains organismes administratifs une partie de cette obligation, et même à certains promoteurs de projets d'extraction.

Toutefois, le rôle considérable que sont appelés à jouer les promoteurs de projet dans la mise en œuvre de cette obligation a été peu étudié et mérite plus ample réflexion. En ce sens, depuis quatre décennies, on assiste à une implication croissante des promoteurs de projets d'exploitation de ressources naturelles auprès des nations autochtones du Canada qui sont affectées par ceux-ci. Cela est notamment dû à la délégation de l'obligation de consulter et d'accommoder de la Couronne au promoteur<sup>5</sup>, un processus qui est parfois problématique<sup>6</sup>, notamment parce que le droit positif canadien ne définit pas suffisamment le rôle des

---

<sup>3</sup> Le paragraphe 35(2) LC1982 définit les peuples autochtones comme étant notamment les Indiens, les Inuit et les Métis du Canada. De manière à faciliter la lecture, j'utiliserai les termes « nations autochtones » et « peuples autochtones » de façon indifférenciée, et j'emploierai le vocable « nation » pour référer aux communautés autochtones impliquées dans les diverses décisions judiciaires dont il sera question, tout en essayant d'utiliser le plus possible le nom spécifique des Premières nations autochtones impliquées.

<sup>4</sup> *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 RCS 511 (CSC).

<sup>5</sup> Michael Hitch et Courtney Fidler, « Impact and Benefit Agreements: A Contentious Issue for Environmental and Aboriginal Justice » (2007) 35:2 *Environ J* aux pp 51-56; Kaitlin Ritchie, « Issues Associated with the Implementation of the Duty to Consult and Accommodate Aboriginal Peoples: Threatening the Goals of Reconciliation and Meaningful Consultation » (2013) 46:2 *UBC law review* 397 aux pp 408-409 et 413-417.

<sup>6</sup> Rachel Ariss, Clara Fraser et Nazneen Somani Diba, « Crown policies on the duty to consult and accommodate: towards reconciliation? » (2017) 13:1 *Rev Droit McGill* 5 aux pp 51-52: “Elements that tend to reduce the duty to a technical exercise include: (...) extensive delegation to proponents, to the point that opportunities to build relationships with the Crown are minimized”; Brockman, « “We have to be involved”: N.W.T. First Nation says Enbridge not properly consulting on pipeline repair », *CBC News* (30 octobre 2017), en ligne : [CBC News <http://www.cbc.ca/news/canada/north/liidlii-kue-first-nation-enbridge-pipeline-repair-1.4377171>](http://www.cbc.ca/news/canada/north/liidlii-kue-first-nation-enbridge-pipeline-repair-1.4377171) (consulté le 26 février 2018); Smith, « Mi'kmaq chiefs blast both sides in Miramichi salmon-stocking controversy », *CBC News* (31 octobre 2017), en ligne : [CBC News <http://www.cbc.ca/news/canada/new-brunswick/miramichi-salmon-stocking-cast-first-nations-1.4380633>](http://www.cbc.ca/news/canada/new-brunswick/miramichi-salmon-stocking-cast-first-nations-1.4380633) (consulté le 26 février 2018).

promoteurs<sup>7</sup>. L'implication du promoteur dans le processus de consultation est certainement fort utile, voire indispensable, entre autres en raison des connaissances techniques qu'il est le seul à détenir<sup>8</sup>. Cependant, plusieurs aspects du cadre juridique régissant les interactions entre les promoteurs, la Couronne et les peuples autochtones dans le cadre de l'obligation doivent encore être clarifiés.

Ce mémoire vise donc à clarifier autant que possible le cadre juridique qui permet au promoteur de s'impliquer dans l'obligation de consulter et d'accommoder. Pour comprendre le rôle du promoteur, il faudra préalablement comprendre la relation particulière qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones.

Le droit autochtone canadien contemporain a été principalement forgé par la Cour suprême à l'occasion d'un processus progressif d'interprétation. En étudiant l'évolution plus ou moins chronologique de la conceptualisation des droits autochtones, on peut appréhender la perception qu'ont les juges de la société et des changements sociaux voulus<sup>9</sup>. Une analyse téléologique de la jurisprudence laisse entrevoir une volonté judiciaire de créer un cadre juridique plus juste pour les peuples autochtones du Canada<sup>10</sup>. En ayant cela en tête, voici un aperçu du raisonnement suivi dans le présent mémoire.

L'obligation constitutionnelle de consulter et d'accommoder a été développée par la Cour suprême du Canada [ci-après CSC] pour réconcilier juridiquement l'imposition unilatérale de la souveraineté de l'État canadien avec la préexistence de nations autochtones souveraines sur le territoire canadien. Cette réconciliation est l'objectif sous-jacent du paragraphe 35(1) de la *Loi*

---

<sup>7</sup> Kaitlin Ritchie, *supra* note 5.

<sup>8</sup> Dean Jacobs, *Consulting and accommodating First Nations in Canada: a duty that reaps benefit*, Bkejawnong territory, National claims research workshop, 2015, 24 à la p 16, en ligne : <[http://www.uoguelph.ca/~ks2015ca/pdfs/2015\\_Jacobs.pdf](http://www.uoguelph.ca/~ks2015ca/pdfs/2015_Jacobs.pdf)> (consulté le 3 mars 2018); Lorraine Land, *Creating the Perfect Storm for Conflicts Over Aboriginal Rights: Critical New Developments in the Law of Aboriginal Consultation*, Ontario, 2014, 24 à la p 4.

<sup>9</sup> Jennifer Nedelsky, « Reconceiving Rights as Relationship » (1993) 1:1 Rev Études Const 1 aux pp 3-4.

<sup>10</sup> Ronald Stevenson, *The political theory of aboriginal rights law in Canada: Prospects for reconciliation*, thèse de doctorat, Université d'Ottawa, 2015 à la p 4.

*constitutionnelle de 1982*<sup>11</sup> [ci-après LC1982], un objectif clarifié par la CSC au fur et à mesure de ses jugements rendus au cours des dernières décennies.

Ma compréhension de l'objectif de réconciliation est qu'il vise à remédier au « vice originel » de la souveraineté canadienne ; celle-ci fut imposée grâce à un fondement juridique raciste aux nations autochtones elles-mêmes souveraines. Ce vice perdure et cela mine la légitimité de l'État canadien dans ses actions face aux nations autochtones. Pour rétablir cette légitimité, la Couronne doit, entre autres, consulter et accommoder les nations autochtones avant de prendre toute décision ayant le potentiel d'affecter leurs droits ancestraux ou issus de traités<sup>12</sup>.

La création de l'obligation de consulter et d'accommoder est le fruit d'une évolution jurisprudentielle sur plusieurs décennies. En étudiant les concepts antérieurs à cette obligation, on peut voir que l'objectif de réconciliation et ses ramifications ont évolué. Par exemple, on constate cette transformation dans l'évolution du test permettant à la Couronne de porter atteinte aux droits ancestraux, en ce que la Cour a amoindri l'importance de l'obligation fiduciaire au profit de l'obligation de consulter et d'accommoder et de l'honneur de la Couronne.

Malgré cette évolution, la CSC a toujours maintenu un rôle particulier de « médiation » pour la Couronne. En effet, depuis les débuts de la colonisation fondée sur le droit impérial britannique jusqu'aux plus récents développements de l'obligation de consulter, la Couronne a toujours dû s'assurer que l'allocation des ressources naturelles et du territoire tenait compte autant des préoccupations des acteurs allochtones que de celles des nations autochtones<sup>13</sup>. Ce rôle médiateur a d'ailleurs été formellement reconnu dans la *Proclamation royale de 1763*<sup>14</sup>. Ainsi, pour éviter la spoliation des terres autochtones par les colons, le titre foncier autochtone, quoique vague,<sup>15</sup> était inaliénable sauf à la Couronne. L'obligation de consulter et d'accommoder et le

---

<sup>11</sup> *Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11.*

<sup>12</sup> Stevenson, *supra* note 10 à la p 150.

<sup>13</sup> Senwung Luk, « Not so many hats: the Crown's fiduciary obligations to aboriginal communities since *Guerin* » (2013) 76 Sask Law Rev; Jacobs, *supra* note 8 à la p 4.

<sup>14</sup> *Proclamation royale (1763)*, reproduite dans L.R.C. (1985), app. II, n° 1.

<sup>15</sup> Dans *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen*, (1888) 14 App. Cas. 46, 54, le Conseil privé avait simplement déclaré à propos du titre aborigène que « les Indiens avaient un droit personnel, de la nature d'un usufruit, dépendant du bon plaisir du Souverain. » Un siècle plus tard, dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 RCS 335, aux pp. 381-382, le juge Dickson devait reconnaître que les juges de la Cour suprême ne s'entendaient toujours pas sur la nature du droit conféré par le titre aborigène. Lui-même affirme ne devoir pas trop en dire à ce sujet (p. 382) :

rôle médiateur de la Couronne découlent donc, en partie, de l'engagement historique de la Couronne de faire respecter les droits autochtones par les colons européens<sup>16</sup>.

En vertu de cette relation privilégiée que la Couronne a entretenue avec les peuples autochtones et qui l'oblige à agir honorablement à leur égard, elle est la seule débitrice de l'obligation de consulter et d'accommoder. Cependant, en s'inspirant du droit administratif<sup>17</sup>, la CSC a permis à la Couronne de déléguer les aspects procéduraux de l'obligation au promoteur souhaitant exploiter les ressources naturelles. Or, cette délégation, balisée informellement et de façon imprécise, revient, dans les cas extrêmes, à déresponsabiliser la Couronne en externalisant son obligation vers les tiers-promoteurs<sup>18</sup>. Ceux-ci ont divers incitatifs économiques à collaborer à l'obligation; poussés par la crainte que leur projet soit ralenti, retardé, voire annulé en raison du défaut de la Couronne de remplir son obligation, ils en viennent à prendre une part plus ou moins

---

« Les Indiens ont le droit, en *common law*, d'occuper et de posséder certaines terres dont le titre de propriété est finalement détenu par Sa Majesté. Bien que leur droit n'équivaille pas, à proprement parler, à un droit de propriété à titre bénéficiaire, sa nature n'est pas définie complètement par la notion d'un droit personnel. Il est vrai que le droit *sui generis* des Indiens sur leurs terres est personnel en ce sens qu'il ne peut être transféré à un cessionnaire, mais il est également vrai, comme nous allons le constater plus loin, que ce droit, lorsqu'il est cédé, a pour effet d'imposer à Sa Majesté l'obligation de fiduciaire particulière d'utiliser les terres au profit des Indiens qui les ont cédées. Ces deux aspects du titre indien vont de pair, car, en stipulant que le droit des Indiens ne peut être aliéné qu'à elle-même, Sa Majesté voulait au départ être mieux en mesure de représenter les Indiens dans les négociations avec des tiers. Le droit des Indiens se distingue donc surtout par son inaliénabilité générale et par le fait que Sa Majesté est tenue d'administrer les terres pour le compte des Indiens lorsqu'il y a eu cession de ce droit. Toute description du titre indien qui va plus loin que ces deux éléments est superflue et risque d'induire en erreur » [mes soulignements].

<sup>16</sup> James S Frideres, *First Nations in the twenty-first century*, coll Themes in Canadian sociology, New York, Oxford University Press, 2011 à la p 134.

<sup>17</sup> Dans l'élaboration de l'obligation, la CSC a utilisé beaucoup de principes issus de droit administratif; la réflexion du présent mémoire empruntera donc au droit administratif: Janna Promislow, « Irreconcilable? The Duty to Consult and Administrative Decision Makers » (2013) 22:1 Const Forum Const 63-78 à la p 63; *Nation Haida c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, supra note 4 au para 41; *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 RCS 103 (CSC) aux paras 44-47.

<sup>18</sup> Ashley B Ayliffe, « Externalizing the Duty: A Cause of Action Where Crown Failure To Consult First Nations Results in Third Party Loss » (2007) 16 Dalhous J Leg Stud 47-67; Arnošt Veselý, « Externalization of policy advice: Theory, methodology and evidence » (2013) 32:3 Policy Soc 199-209; Stéphane Sérafin, « Delegating the Duty, Minimising Responsibility? » (16 août 2017), en ligne: Nelligan O'Brien Payne LLP <<https://nelligan.ca/blog/indigenous-law/delegating-duty-minimising-responsibility/>> (consulté le 29 octobre 2017). L'auteur argumente de façon analogue que la consultation par les tribunaux administratifs a pour conséquence de déresponsabiliser la Couronne.

grande des fardeaux économique, technique, politique et juridique associés à l'obligation envers les peuples autochtones<sup>19</sup>.

Puisque les promoteurs n'ont généralement qu'une obligation morale, et non légale, de consulter et d'accommoder, les tribunaux hésitent à rendre des ordonnances au détriment de ceux-ci. Dès lors, il est possible que les droits des nations ne soient plus protégés adéquatement. Cette situation peut aussi contribuer à affaiblir la portée normative de l'obligation et sa capacité à agir comme outil processuel de réconciliation entre l'État canadien et les peuples autochtones. Or, en l'absence de ligne directrice quant à l'adéquation de la délégation de la part de la Cour suprême, il m'est difficile de confirmer ou d'infirmer cette hypothèse. Je ne l'examinerai donc pas. Néanmoins, mon analyse me permet de conclure que le rôle médiateur de la Couronne exige de celle-ci qu'elle conserve au moins un rôle de supervision du processus de consultation et d'accommodement exécuté par les promoteurs pour s'assurer du respect des droits autochtones.

Ainsi, la thèse que je défends est que la conceptualisation de la délégation au promoteur de l'obligation de consulter devrait se faire dans le respect du rôle médiateur de la Couronne, sous peine de compromettre l'objectif de réconciliation du droit autochtone moderne<sup>20</sup>. Quoique mon mémoire se concentre sur une analyse jurisprudentielle, une analyse des lignes directrices adoptées par les différentes juridictions canadiennes viendra enrichir cette réflexion<sup>21</sup>.

Les relations entre les promoteurs et les nations autochtones sont fortement influencées, voire déterminées, par les relations entre la Couronne et les nations autochtones. Dans le cadre de ce mémoire, j'analyserai deux faces du « triangle » des relations entre peuples autochtones, Couronne et promoteurs. Ainsi, l'analyse du mémoire sera structurée sur la base des axes relationnels créés par l'obligation de consulter et d'accommoder, soit les relations entre les nations autochtones et la Couronne et les relations entre la Couronne et les promoteurs. Les

---

<sup>19</sup> Tony Fogarassy et KayLynn Litton, « Consultation with Aboriginal Peoples: Impacts on the Petroleum Industry » (2004) 42:1 Alta Law Rev 41 à la p 71; Matthew Kinch, *Crown-Aboriginal Relations in Resource Development: An Analysis of Institutional Incentives and Constraints in the Reconciliation of Aboriginal Interests*, mémoire de maîtrise, Université Concordia, 2015 à la p 28; Jacobs, *supra* note 8 aux pp 16-22.

<sup>20</sup> Shin Imai et Ashley Stacey, « Moving Backwards: Does the Lack of Duty to Consult Create the Right to Infringe Aboriginal and Treaty Rights? » [2013] 13 Comp Res Law Polit Econ à la p 2 et 4 à 6.

<sup>21</sup> Adam Anderson, *Western canadian approaches to consultation: a comparative analysis*, mémoire de maîtrise, University of Calgary, 2015; Neil Reddekopp, « Theory and practice in the government of Alberta's consultation policy » (2013) 22:1 Forum Const 47-62; Ariss, Fraser et Diba, *supra* note 6.

relations entre nations autochtones et promoteurs ne seront toutefois étudiées que superficiellement. Cette analyse se fera principalement par l'entremise de la jurisprudence relative à l'obligation de consulter et d'accommoder. En effet, en raison des contraintes de longueur d'un mémoire de maîtrise, j'ai dû limiter mon étude à la question de la délégation et laisser de côté la question fort complexe de la transformation, dans le temps, des rapports entre promoteur et nations autochtones.

En conséquence, les trois parties du mémoire seront structurées comme suit.

Dans le premier chapitre concernant les relations entre la Couronne et les peuples autochtones, je démontrerai que l'obligation de consulter et d'accommoder s'inscrit dans une tendance jurisprudentielle de la Cour suprême qui maintient un rôle médiateur pour la Couronne, même là où il y a délégation de l'obligation à un promoteur privé. Je couvrirai aussi les fondements normatifs de l'obligation, posés progressivement par la Cour suprême au fil des développements jurisprudentiels, afin d'illustrer qu'ils visent à remédier au problème initial du manque de légitimité de l'État canadien face aux nations autochtones.

Ce portrait du droit autochtone est parfois assez flou en ce que les différents éléments qui le composent (droits ancestraux, honneur de la Couronne, conciliation, réconciliation, obligation fiduciaire) sont profondément interreliés et que les frontières qui les séparent ne sont pas toujours claires<sup>22</sup>. La nature pragmatique de l'obligation, qui sera exposée au chapitre 2, peut permettre de mieux comprendre comment ces principes s'ancrent dans la réalité.

Dans le deuxième chapitre, j'expliquerai les diverses étapes de l'obligation de consulter et d'accommoder au moyen de la jurisprudence récente. Enfin, le dernier chapitre traite des relations entre la Couronne et les promoteurs. Je ferai une revue de la jurisprudence existante sur la délégation de l'obligation par la Couronne et en analyserai les enjeux sous-jacents.

---

<sup>22</sup> Dwight G Newman, *Revisiting the duty to consult Aboriginal peoples*, Vancouver, Purich Publishing, 2014 à la p 16.

## **Chapitre 1 – Le développement de l’objectif constitutionnel de réconciliation et du rôle médiateur de la Couronne**

Le portrait qui sera dressé dans ce chapitre concernant les fondements de l’obligation de consulter et d’accommoder permet d’entrevoir l’évolution de la notion de réconciliation dans la jurisprudence de la CSC relativement aux notions de droits ancestraux, d’obligation fiduciaire, d’honneur de la Couronne et, évidemment, d’obligation de consulter et d’accommoder. En rétrospective, on peut suggérer que, pour favoriser la réconciliation de l’occupation antérieure du territoire par les peuples autochtones avec la souveraineté de la Couronne, la CSC s’est éloignée des notions paternalistes, tout en maintenant un cadre juridique dans lequel la Couronne joue un rôle médiateur.

Ce chapitre survole l’évolution des différents concepts développés par la CSC au fil de ses décisions portant sur l’objectif de réconciliation. On verra que les implications concrètes de cet objectif ont évolué jusqu’à viser la participation des peuples autochtones aux décisions qui les concernent<sup>23</sup> afin de protéger leurs droits en attendant la signature de traités.

Le concept de réconciliation (ou de conciliation<sup>24</sup>) de la souveraineté canadienne avec l’occupation antérieure des peuples autochtones est le fruit d’une évolution historique et jurisprudentielle complexe. Comme nous le verrons, cet objectif de réconciliation a été invoqué en premier lorsque la CSC a voulu définir les droits autochtones.

L’objectif de réconciliation a mené notamment à la création de la doctrine des droits ancestraux, englobant une variété de droits. Ensuite, à l’occasion d’une démarche progressive d’interprétation, débutant avec la définition des droits ancestraux, la CSC a développé deux

---

<sup>23</sup> Peter Carver, « The Duty to Consult in Administrative and Constitutional Law » (2012) 49:4 *Alta Law Rev* à la p 31.

<sup>24</sup> Les deux termes sont, surprenamment, utilisés de façon indifférenciée par les tribunaux pour exprimer des idées semblables, voire identiques, voir par exemple *R c Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507 (CSC) au para 31 et 310. En outre, au paragraphe 20 de *Nation Haida*, on assiste à un glissement momentané quant à la relation entre les traités et l’objectif de réconciliation ; la CSC énonce que l’objectif n’est plus la réconciliation de la souveraineté de la Couronne avec l’occupation antérieure du territoire par les peuples autochtones, mais plutôt la réconciliation des souverainetés autochtones avec celle de la Couronne. Cette formulation ne sera pas reprise par la CSC par la suite, mais sera utilisée par certains tribunaux inférieurs.

concepts juridiques orientés autour de l'objectif de réconciliation, soit l'atteinte justifiée aux droits ancestraux et l'obligation fiduciaire, comme nous le verrons dans la section 1.1. Ces concepts sont les bases qui ont éventuellement permis à la Cour de modeler l'obligation de consulter et d'accommoder fondée sur l'honneur de la Couronne, tel qu'expliqué dans la section 1.2.

Mon analyse de ce processus progressif de « découverte » du droit autochtone canadien, inspirée notamment par un article de Luk Senwung<sup>25</sup>, suggère que la CSC a maintenu la Couronne dans un rôle de médiatrice entre les intérêts autochtones et allochtones, rôle que la CSC a reconnu et perpétué, particulièrement en ce qui a trait à l'allocation des ressources naturelles et du territoire. Les différents concepts reliés à l'objectif de réconciliation (droits ancestraux, justification des atteintes aux droits, obligation fiduciaire, honneur de la Couronne et obligation de consulter et d'accommoder) contribuent à perpétuer ce rôle médiateur.

Au cours de l'histoire de la colonisation de l'Amérique du Nord, les relations entre l'État canadien (ou ses équivalents sous les régimes coloniaux) et les peuples autochtones sont passées par plusieurs phases différentes. Les relations ont évolué notamment en fonction des intérêts économiques et militaires coloniaux. Les nations étaient considérées au début comme des alliés non assujettis au droit colonial<sup>26</sup> dont les droits étaient reconnus par les autorités coloniales<sup>27</sup>. Cependant, on a éventuellement voulu en faire des pupilles de l'État lorsque leur importance stratégique s'est amoindrie<sup>28</sup>. J'en retiens principalement que le nœud gordien du droit

---

<sup>25</sup> Senwung Luk, *supra* note 13 aux pp 3-4.

<sup>26</sup> *R c Sioui*, [1990] 1 RCS 1025. Comme le confirme cette décision (pp 1052-1053), les documents historiques permettent de conclure que « tant la Grande-Bretagne que la France considéraient que les nations indiennes jouissaient d'une indépendance suffisante et détenaient un rôle assez important en Amérique du Nord pour qu'il s'avère de bonne politique d'entretenir avec eux des relations très proches de celles qui étaient maintenues entre nations souveraines. »

<sup>27</sup> Jean Leclair et Michel Morin, « Peuples autochtones et droit constitutionnel » dans *Droit constitutionnel, fascicule 15*, LexisNexis Canada, coll JurisClasseur Québec, Montréal, 2011 au para 33.

<sup>28</sup> Étienne Rivard et Caroline Desbiens, « Relations durables : autochtones, territoires et développement » (2008) 38:1 *Rech Amérindiennes Au Qué* 3. Dans cette trajectoire historique, le territoire constitue un vecteur important dans la structure des relations entre autochtones et non-autochtones, puisque celles-ci ont évolué au rythme des changements d'utilisation du territoire dans le temps. Leclair et Morin, *supra* note 24, ch I.

autochtone canadien provient de l'imposition graduelle de la souveraineté de l'État canadien aux peuples autochtones souverains<sup>29</sup>.

L'imposition initiale de la souveraineté est basée sur la doctrine coloniale de la découverte (ou *terra nullius*), selon laquelle il est possible d'acquérir un territoire lorsqu'il n'est pas occupé<sup>30</sup>. Selon la justification juridique donnée *a posteriori* pour expliquer le fondement juridique « adéquat » de l'appropriation des territoires autochtones ancestraux, l'organisation politique et juridique autochtone était jugée trop primitive durant les débuts de la colonisation pour être reconnue par les Européens comme suffisante pour leur conférer le statut de peuple, et donc, le droit au territoire<sup>31</sup>.

Dans *Guerin* en 1984, la CSC a clarifié qu'après la « découverte », les droits autochtones ont subsisté en une version diminuée<sup>32</sup> :

Selon le principe de la découverte [...] les terres situées dans une région donnée appartenaient en dernière analyse à la nation qui en avait fait la découverte et qui en avait réclamé la possession. Sous ce rapport du moins, les droits des Indiens sur leurs terres ont été manifestement diminués, mais leurs droits d'occupation et de possession sont restés inchangés. Le juge en chef Marshall explique ce principe, aux pp. 573 et 574:

[L]eurs droits à la souveraineté complète, en leur qualité de nations indépendantes, ont été nécessairement diminués, et leur pouvoir de disposer des terres en faveur de n'importe qui a été nié en vertu du principe initial de base selon lequel la découverte conférait à ceux qui l'avait faite un titre exclusif.

Par la suite, la CSC a écrit que la *Proclamation royale de 1763* avait écarté l'application de la doctrine de la *terra nullius* au Canada<sup>33</sup>. Ainsi, aux dires de la CSC, jusqu'à la décision *Van der Peet* en 1996, on considérait qu'en vertu du droit impérial britannique intégré dans la *common law* canadienne, les droits inhérents des premiers peuples non éteints par traités, dont la nature

---

<sup>29</sup> *R c Van der Peet*, *supra* note 24 au para 61 et 159; Michael Asch et Patrick Macklem, « Aboriginal rights and Canadian sovereignty: an essay on R v. Sparrow » (1991) 29:2 *Alta Law Rev* 498.

<sup>30</sup> C'est ce que le Procureur général du Québec a plaidé dans *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, para 44. *R c Van der Peet*, *supra* note 24 au para 109; Michael Asch, « From Terra Nullius to Affirmation: Reconciling Aboriginal Rights with the Canadian Constitution » (2002) 17 *Can J Law Soc* 23-39.

<sup>31</sup> Walters, *supra* note 2 à la p 36.

<sup>32</sup> *Guerin c La Reine*, [1984] 2 RCS 335 (CSC) à la p 378.

<sup>33</sup> *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, [2014] 2 RCS 256 (CSC) au para 69; Asch, *supra* note 30 aux pp 730-731 : les tribunaux australiens ont aussi nié l'application de la doctrine de *terra nullius* pour « redresser » des jugements passés.

demeurait très vague, continuaient d'exister, sous une forme amoindrie, depuis l'affirmation de la souveraineté de la Couronne<sup>34</sup>.

Pour mieux comprendre cette situation, il est nécessaire de définir les notions de souveraineté interne et externe. La souveraineté externe est l'essence de la personnalité juridique d'un État en droit international, soit la capacité de représenter une population sur un territoire donné à l'exclusion de toute autre autorité étatique<sup>35</sup>. Autrement dit, cela décrit l'étendue géographique et juridique de l'autorité du Canada par rapport au reste du monde. En comparaison, la souveraineté interne est définie par la capacité des autorités politiques de maintenir la loi et l'ordre sur la population se trouvant sur son territoire, au moyen d'un pouvoir coercitif<sup>36</sup>. De par l'adoption de ces principes fondamentaux structurant l'ordre international et intranational, le déni des souverainetés autochtones par les États colonisateurs repose davantage sur l'instrumentalisation d'un présumé clivage civilisationnel, basé notamment sur des différences culturelles quant à la religion et à l'agriculture, plutôt que sur une absence réelle d'ordre politique au sein des populations autochtones<sup>37</sup>.

Une fois inscrit dans ce contexte de « conflit civilisationnel », le défi que pose la survivance de l'altérité autochtone à la dynamique d'ordonnement hégémonique du droit positif s'exprime par un conflit latent entre la souveraineté interne du Canada et la volonté des peuples autochtones de décider et d'appliquer eux-mêmes le cadre juridique qui les concerne<sup>38</sup>. Ainsi,

---

<sup>34</sup> *R c Van der Peet*, *supra* note 24 au para 173; Mark Walters, « The 'Golden Thread' of Continuity: Aboriginal Customs at Common Law and Under the Constitution Act, 1982 » 44 McGill Law J 711; Kent McNeil, « Continuity of Aboriginal Rights » dans par Kerry Wilkins, *Advancing Aboriginal Claims: Visions, Strategies, Directions*, Saskatoon, Purich Publishing, 2004, en ligne : <[http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/scholarly\\_works/185](http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/scholarly_works/185)>.

<sup>35</sup> Jeremy Webber, « We are still in the Age of Encounter: Section 35 and a Canada beyond Sovereignty » dans Patrick Macklem et Douglas Sanderson, *From recognition to reconciliation: essays on the constitutional entrenchment of Aboriginal and treaty rights*, 2016 à la p 80.

<sup>36</sup> Walters, *supra* note 2 aux pp 52-53.

<sup>37</sup> Webber, *supra* note 35 aux pp 77-89; Asch, *supra* note 30 aux pp 24-26. Voir également Bruce Buchan et Mary Heath, « Savagery and civilization : from Terra Nullius to the 'Tide of History' » (2006), *Ethnicities* 6:1.

<sup>38</sup> Emmanuelle Richez, « Rights-Based Judicial Review and Substantive Equality for Aboriginal Peoples: The Case of Canada » (2013) 17 Aust Indig Law Rev 26 à la p 26; Brian Slattery, « Aboriginal Rights and the Honour of the Crown » (2005) 20 Supreme Court Law Rev 434; *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, *supra* note 4 au para 32; *Guerin c La Reine*, *supra* note 32 à la p 378; « Understanding First Nation Sovereignty | Chiefs of Ontario », en ligne : <<http://www.chiefs-of-ontario.org/faq>> (consulté le 3 janvier 2018); Webber, *supra* note 35 à la p 81. Le statut que réclament les nations autochtones exige de s'interroger sur les attributs de la souveraineté d'une nation coexistant avec d'autres dans un État. On peut concevoir la souveraineté en tant que droit inhérent à l'auto-détermination, c'est-à-dire en tant que tradition de gouvernance appartenant à une communauté

l'imposition de la souveraineté de la Couronne a éventuellement mené les peuples autochtones à contester la légitimité du droit canadien devant divers forums et à réclamer un droit à l'autodétermination<sup>39</sup>.

Dans le courant des luttes civiques pour défendre les droits des minorités, la prémisse raciste de la doctrine de la découverte voulant que les peuples autochtones soient inférieurs a éventuellement été rejetée par l'État canadien et le pouvoir judiciaire<sup>40</sup>. Cela a mené la CSC à changer son fusil d'épaule pour nier que la doctrine de la découverte soit le fondement de la souveraineté canadienne, sans toutefois en proposer un nouveau ni remettre en question l'héritage colonial<sup>41</sup>.

La remise en question du cadre juridique relatif aux peuples autochtones amorcée dans *Calder*<sup>42</sup> et *Guerin* a contribué à l'adoption du paragraphe 35(1) LC1982 reconnaissant et confirmant les « droits ancestraux et issus de traités » des peuples autochtones. En l'absence d'une définition de ces droits dans cette loi constitutionnelle, ce sont les tribunaux qui se sont retrouvés avec la lourde responsabilité de clarifier l'étendue de cette disposition<sup>43</sup>. Les décisions *Van der Peet*, sur les droits ancestraux, et *Delgamuukw*, sur le titre autochtone, ont donné le coup d'envoi de cette réflexion.

Dans ces décisions, les droits ancestraux sont dépeints comme un moyen de reconnaître que les autochtones vivaient sur le territoire actuel du Canada en sociétés distinctives, et que leur

---

donnée ayant sa légitimité propre. Cette autorité politique n'est pas déléguée par une entité distincte ou une autorité supérieure mais provient des individus, des communautés et des nations concernés qui déterminent eux-mêmes leur identité. Certains auteurs s'appuient sur l'opinion concordante des juges Major et Binnie dans *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 RCS 911 (para 129 et 165-172) pour soutenir que les nations autochtones sont titulaires d'une certaine forme de pouvoir décisionnel inhérent; voir également *R c. Kapp* [2008] 2 RCS 483 au para 103.

<sup>39</sup> Otis, *supra* note 1; Kent McNeil, « The Crown's Fiduciary Obligations in the Era of Aboriginal Self-Government » (2009) 88 Can Bar Rev 1-19. Richez, *supra* note 38 aux pp 37-39.

<sup>40</sup> *Calder et al c Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] RCS 313 aux pp 346-347.

<sup>41</sup> *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, *supra* note 33 au para 69; *Guerin c La Reine*, *supra* note 32 aux pp 377-379; Leclair et Morin, *supra* note 27 au para 17.1. Ce faisant, elle semble vouloir redonner un semblant de légitimité à la doctrine des droits ancestraux sans toutefois se résoudre à remettre en question les conséquences de l'ordre juridique établi sous la doctrine de la découverte. Plusieurs références par la CSC à l'aspect juste ou moralement défendable de la doctrine des droits ancestraux qu'elle développe mènent à cette conclusion, voir notamment *Van der Peet* aux paras 49-50.

<sup>42</sup> *Calder et al c Procureur Général de la Colombie-Britannique*, *supra* note 40.

<sup>43</sup> McNeil, *supra* note 34 à la p 127.

organisation sociale et leur culture étaient différentes. Ils visent aussi à réconcilier ce fait avec l'imposition de la souveraineté de la Couronne en leur permettant de continuer de pratiquer leurs activités traditionnelles une fois leurs droits prouvés<sup>44</sup>. Cette pratique est cependant grevée de plusieurs limites.

Sans entrer dans les détails, le critère de preuve des droits ancestraux, énoncé initialement dans *Van der Peet*<sup>45</sup>, a été assoupli dix ans plus tard dans les décisions *Sappier* et *Gray*<sup>46</sup> en une « pratique faisait partie intégrante de la culture distinctive de la société autochtone concernée avant son contact avec les Européens. » La Cour a ajouté que ce qui était protégé, c'était « [l]es éléments qui font partie intégrante du mode de vie de ces sociétés autochtones, notamment leurs moyens de subsistance traditionnels »<sup>47</sup>. La CSC a justifié le choix de ce critère basé, il faut bien l'admettre, sur l'essentialisation des cultures autochtones en invoquant que ce sont les caractéristiques culturelles particulières à chaque nation autochtone qu'il est nécessaire de protéger et de concilier avec la souveraineté de la Couronne et que les droits ancestraux ne sont pas des droits universels, mais spécifiquement autochtones<sup>48</sup>.

Un des aspects les plus importants des cultures autochtones est le lien avec le territoire. Le territoire a un rôle central à jouer dans la définition des droits autochtones. Ces droits sont l'expression du conflit entre le pouvoir exercé par les nations autochtones sur leur territoire ancestral et l'imposition du pouvoir de la Couronne sur ce même territoire et découlant de sa déclaration de souveraineté<sup>49</sup>. Le territoire est donc la source des droits ancestraux. Ceux-ci se déclinent en différentes catégories dépendamment de leur rattachement territorial<sup>50</sup>. On a vu plus haut, que certains droits ancestraux sont définis comme des « pratiques » (ex. : chasse, pêche, etc.) qui se déroulent sur un territoire donné.<sup>51</sup> Viennent ensuite les droits ancestraux qui

---

<sup>44</sup> *R c Van der Peet*, *supra* note 24 au para 43; *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010 (CSC) au para 81 et 141.

<sup>45</sup> *R c Van der Peet*, *supra* note 24 au para 46.

<sup>46</sup> *R c Sappier*; *R c Gray*, [2006] 2 RCS 686 (CSC).

<sup>47</sup> *Ibid* au para 40 [mes soulignements].

<sup>48</sup> *R c Van der Peet*, *supra* note 24 au para 57; Sébastien Grammond, « La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt Sparrow » (1991) 36 McGill LJ 1382. Plusieurs critiques ont été émises face à ce critère, notamment que l'essentialisation culturelle reste dans un paradigme colonialiste.

<sup>49</sup> *R c Van der Peet*, *supra* note 24 aux paras 112-114.

<sup>50</sup> *Ibid* au para 117.

<sup>51</sup> *Mitchell c MRN*, *supra* note 38 au para 56.

ne sont pas rattachés au territoire, comme les droits commerciaux<sup>52</sup>. Enfin, le titre aborigène, une sous-catégorie des droits ancestraux, ouvre la porte à des droits plus généreux encore.

Ainsi, le droit le plus profondément ancré dans le territoire est le titre autochtone, qui permet d'utiliser le territoire lui-même et d'en bénéficier exclusivement, tel que défini dans *Delgamuukw*<sup>53</sup>. Le droit au territoire englobe toutes sortes d'activités, traditionnelles ou non, qui doivent être compatibles avec la « nature de l'attachement qu'a le groupe autochtone concerné pour le territoire<sup>54</sup> ». Le critère de preuve du titre autochtone a été dérivé du test énoncé dans *Van der Peet*<sup>55</sup> :

[P]remièrement, dans le cadre du critère relatif au titre aborigène, l'exigence que le territoire fasse partie intégrante de la culture distincte des demandeurs est subsumée sous l'exigence d'occupation; deuxièmement, alors que c'est le moment du premier contact avec les Européens qui est le moment pertinent pour la détermination des droits ancestraux, dans le cas du titre aborigène, c'est le moment de l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur le territoire.

On exige donc la preuve de l'occupation suffisante et exclusive du territoire revendiqué, et ce, antérieurement à la date d'affirmation de la souveraineté de la Couronne en l'espèce. Sans entrer en profondeur dans les critères de preuve du titre autochtone, il est pertinent de souligner que ce fardeau de preuve incombant aux nations autochtones est extrêmement lourd et entraîne des procédures judiciaires très coûteuses<sup>56</sup>. Jusqu'à présent, seule la nation Tsilhqot'in est parvenue à prouver devant les tribunaux l'existence d'un titre au Canada depuis que le test de *Delgamuukw* a été énoncé en 1997<sup>57</sup>.

L'interprétation des droits décrits plus haut se fait en fonction du paragraphe 35(1) LC1982 qui est sujet à une analyse téléologique dynamique, c'est-à-dire permettant de s'adapter aux réalités changeantes. Cette interprétation doit tenir compte des intérêts autochtones et non autochtones,

---

<sup>52</sup> *R c Gladstone*, [1996] 2 RCS 723 (C) au para 33.

<sup>53</sup> *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, *supra* note 44 au para 140; *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, *supra* note 33 au para 88.

<sup>54</sup> *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, *supra* note 44 au para 111.

<sup>55</sup> *Ibid* au para 141.

<sup>56</sup> Leclair et Morin, *supra* note 27 aux paras 56-60.

<sup>57</sup> *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, *supra* note 33; *R c Marshall*; *R c Bernard*, [2005] 2 RCS 220 (CSC).

notamment les intérêts territoriaux autochtones précédemment décrits découlant de leur occupation antérieure du territoire ancestral<sup>58</sup>.

Outre le reproche d'essentialisme, d'autres critiques peuvent être faites de la doctrine des droits ancestraux. La « réconciliation entre les peuples autochtones et non autochtones et la conciliation de leurs revendications, intérêts et ambitions respectifs<sup>59</sup> » ne vise pas qu'à protéger les droits autochtones. Elle vise aussi à les formater d'une façon qui soit jugée compatible avec la société canadienne<sup>60</sup>. En ce sens, la CSC considère que l'appartenance des communautés autochtones à la « communauté canadienne » au sens large justifie que tant la reconnaissance des droits ancestraux que les limites à ces derniers promeuvent la réconciliation, à condition que les limites soient suffisamment importantes pour l'ensemble de la communauté<sup>61</sup> :

Cependant, comme les sociétés autochtones distinctives existent au sein d'une communauté sociale, politique et économique plus large, communauté dont elles font partie et sur laquelle s'exerce la souveraineté de Sa Majesté, il existe des circonstances où, dans la poursuite d'objectifs importants ayant un caractère impérieux et réel pour l'ensemble de la communauté (compte tenu du fait que les sociétés autochtones font partie de celle-ci), certaines restrictions de ces droits sont justifiables.

Selon la CSC, la réconciliation s'opère également au niveau même de la définition des droits autochtones, car la doctrine des droits ancestraux prend racine dans la *common law* et dans les traditions juridiques autochtones pour créer un dialogue entre les deux systèmes juridiques<sup>62</sup>. La conception des droits autochtones doit donc respecter les limites inhérentes au système juridique canadien, soit sa terminologie, son droit procédural et ses recours<sup>63</sup>. Cette restriction est

---

<sup>58</sup> *R c Van der Peet*, supra note 24 aux paras 21, 50 et 114.

<sup>59</sup> *Première nation crie Mikisew c Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 RCS 388 (CSC) au para 1.

<sup>60</sup> Otis, supra note 1.

<sup>61</sup> *R c Gladstone*, supra note 52 au para 73.

<sup>62</sup> *R c Marshall; R c Bernard*, supra note 57 aux paras 76-77 En pratique cependant, la CSC a refusé d'intégrer totalement les conceptions autochtones de l'occupation du territoire aux fins de preuve d'un titre ancestral en exigeant une occupation exclusive du territoire de la part d'une nation semi-nomade. Pour de plus amples réflexions sur les relations entre traditions juridiques autochtones et allochtones, voir notamment: John Borrows et Commission du droit du Canada, *Les traditions juridiques autochtones au Canada*, Ottawa, 2006; *Ibid*; John Borrows, *Canada's indigenous constitution*, Toronto, University of Toronto press, 2010; Commission du droit du Canada et John Borrows, *La justice en soi : les traditions juridiques autochtones*, Ottawa, 2006.

<sup>63</sup> *R c Van der Peet*, supra note 24 au para 42; Kirsten Manley-Casimir, *Reconceiving the duty to consult and accommodate aboriginal peoples: a relational approach*, these de doctorat, University of British Columbia, 2016 aux pp 51-54.

critiquée comme une justification de complaisance visant à donner une légitimité de façade au droit canadien et qui permet de conserver un ordre établi sur des fondements injustes<sup>64</sup>.

En résumé, jusqu'à *Van der Peet*, le droit impérial britannique, intégré dans la *common law*, reconnaissait une version amoindrie des droits autochtones par le biais de la doctrine de la continuité des ordres juridiques. Il faut bien admettre toutefois que la nature de ces droits demeurerait très vague. La doctrine des droits ancestraux, découlant du para 35(1) LC1982, a ensuite formalisé la reconnaissance et l'encadrement de ces droits explicitement liés à l'occupation antérieure du territoire par les peuples autochtones et à leur culture. Les limites théoriques et pratiques à l'utilisation de cette doctrine par les peuples autochtones sont multiples; en plus du lourd fardeau de preuve incombant aux peuples autochtones, la Couronne peut en limiter l'exercice, comme nous le verrons dans la prochaine section.

## **1.1 La conciliation des droits autochtones démontrés avec le pouvoir de la Couronne : le test de justification des atteintes**

L'obligation de consulter et d'accommoder a initialement été créée comme un des critères du test de justification permettant à la Couronne de porter atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités démontrés. La présente section explique donc le test de justification des atteintes aux droits autochtones et les autres concepts qui y sont reliés, comme l'obligation fiduciaire.

Le libellé du para 35(1) LC1982 ne mentionne aucune limite aux droits ancestraux et issus de traités. Ceux-ci ne sont par ailleurs pas assujettis à la limite de l'article 1 de la *Charte canadienne*<sup>65</sup>, car celui-ci permet uniquement de justifier l'atteinte à un droit reconnu par la Charte. Or, l'article 35 ne fait pas partie de celle-ci. Comme nous le verrons dans la présente sous-section, la CSC a néanmoins énoncé que ces droits constitutionnels ne sont pas absolus en ce que les couronnes fédérale et provinciales peuvent, à certaines conditions, utiliser leur pouvoir législatif pour les limiter<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> John Borrows, « With or Without You: First Nations Law (in Canada) » (1996) 41 Rev Droit McGill 629.

<sup>65</sup> Leclair et Morin, *supra* note 27 au para 144.

<sup>66</sup> *R c Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075 (CSC) à la p 1109.

Dans la décision *Sparrow*<sup>67</sup> en 1990, la CSC a écrit que le paragraphe 35(1) LC1982, protégeant les droits ancestraux et issus de traités, doit être concilié avec la compétence fédérale sur les indiens, prévue au paragraphe 91(24) LC1867<sup>68</sup>. Concrètement, cet exercice de conciliation constitutionnelle est opéré par les tribunaux quand l'atteinte a déjà eu lieu. Pour opérer la conciliation, on exige que la Couronne justifie toute atteinte législative auxdits droits. Cette justification est le fruit de la conciliation des pouvoirs du gouvernement avec son obligation fiduciaire envers les peuples autochtones.

Pour comprendre le tout, il est essentiel d'expliquer l'obligation fiduciaire énoncée dans l'arrêt *Guerin*. Dans cette décision, la Couronne avait loué des terres appartenant à la Première nation Musqueam à des fins de construction d'un terrain de golf, à des conditions moindres que ce qui avait été promis à la première nation. Il faut savoir que les Premières Nations sont obligées de passer par l'entremise de la Couronne fédérale pour louer ou autrement aliéner les intérêts fonciers que celle-ci détient en leur nom, en vertu de la *Proclamation royale de 1763* et du para 18(1) de la *Loi sur les Indiens*<sup>69</sup>, afin d'« interposer Sa Majesté entre les Indiens et tout acheteur ou locataire éventuel de leurs terres, de manière à empêcher que les Indiens se fassent exploiter »<sup>70</sup>. Du fait du pouvoir discrétionnaire qu'elle peut exercer sur les intérêts particuliers des autochtones, en l'espèce, des terres grevées d'un intérêt autochtone, la Couronne a une obligation fiduciaire à l'égard des bandes détentrices de ces droits. Comme le soulignera plus tard la Cour suprême :

L'intérêt autochtone particulier ou identifiable en jeu doit être circonscrit avec soin. L'obligation fiduciaire existe en fonction de cet intérêt et son contenu dépend de « la nature et [de] l'importance des intérêts à protéger » (*Manitoba Metis Federation*, par. 49; *Wewaykum*, par. 86). Lorsqu'il n'existe pas d'intérêt autochtone suffisamment indépendant des pouvoirs exécutif et législatif de l'État pour entraîner une « responsabilité

---

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> Les provinces sont aussi astreintes à cette justification : *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, *supra* note 33 au para 118.

<sup>69</sup> *Loi sur les Indiens*, LRC 1985, c I-5.

<sup>70</sup> *Guerin c La Reine*, *supra* note 32 à la p 336 et 376; Les peuples autochtones n'ont pas été que spectateurs dans la formation de ces principes, ils ont donné leur accord à des conditions qui divergent du seul document de la Proclamation royale de 1763. Voir à cet effet: John Borrows, « Wampum at Niagara: The Royal Proclamation, Canadian Legal History, and Self-Government » dans Michael Asch, dir, *Aboriginal and Treaty Rights in Canada*, UBC Press, 1997, 300.

“de la nature d’une obligation de droit privé” », aucune obligation fiduciaire ne naît, à l’exception d’une obligation de droit public.<sup>71</sup>

La source de l’obligation peut remonter jusqu’à avant la Confédération canadienne<sup>72</sup>. C’est là le premier exemple du rôle médiateur de la Couronne<sup>73</sup>.

Concrètement, l’obligation fiduciaire a peu à voir avec le droit « traditionnel » des fiducies; il s’agit d’une obligation *sui generis*. Elle oblige la Couronne à respecter les obligations d’un fiduciaire en vertu des règles de l’*equity*, soit d’agir avec loyauté, bonne foi et dans l’intérêt supérieur de la nation touchée et de communiquer toutes les informations pertinentes, par exemple en respectant les conditions de location déterminées antérieurement<sup>74</sup>. En l’espèce, la Couronne aurait au moins dû consulter la Première Nation avant d’accepter un bail beaucoup moins avantageux que celui qui avait été promis<sup>75</sup>.

Dans *Sparrow*, la Cour a élargi le spectre de l’obligation fiduciaire de la Couronne en énonçant qu’en plus des intérêts fonciers autochtones, elle s’applique aussi aux droits ancestraux et issus de traités protégés par le para 35(1) LC1982<sup>76</sup>, lesquels constituent aussi des intérêts autochtones particuliers. Plus généralement, la CSC a écrit que les pouvoirs et responsabilités de la Couronne à l’endroit des peuples autochtones ont engendré une relation fiduciaire (par opposition avec une relation contradictoire) et que les agissements de la Couronne devraient tendre à maintenir cette relation de nature historique<sup>77</sup>. Ce faisant, la Cour renforce le rôle médiateur de la Couronne.

Le résumé de l’obligation fiduciaire qu’a fait la CSC dans *Wewaykum* permet d’entrevoir certaines de ses lacunes, notamment quant à l’applicabilité restreinte de l’obligation ainsi qu’à son aspect paternaliste : « Lorsqu’elle existe, l’obligation de fiduciaire vise à faciliter le contrôle

---

<sup>71</sup> *Williams Lake Indian Band c Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, 2018 CSC 4 au para 52.

<sup>72</sup> *Ibid* au para 56.

<sup>73</sup> *Ibid* au para 55.

<sup>74</sup> *Guerin c La Reine*, *supra* note 32 à la p 387; *Williams Lake Indian Band c Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, *supra* note 71 aux paras 46-56.

<sup>75</sup> *Guerin c La Reine*, *supra* note 32 à la p 337.

<sup>76</sup> *R c Sparrow*, *supra* note 66 à la p 1108.

<sup>77</sup> *Bande indienne Wewaykum c Canada*, [2002] 4 RCS 245 (CSC) au para 78.

de l'exercice par la Couronne de l'autorité et des pouvoirs discrétionnaires considérables qu'elle a graduellement assumés à l'égard de divers aspects de la vie des peuples autochtones.<sup>78</sup> »

Ainsi, l'obligation fiduciaire vient restreindre le pouvoir discrétionnaire de la Couronne en ce qui a trait aux droits autochtones prouvés (par opposition à ceux qui sont allégués). Elle le fait plus précisément en l'obligeant à gérer les intérêts fonciers des communautés autochtones comme si c'était les siens et en requérant une justification à toute atteinte aux droits ancestraux et issus de traités.

Revenons maintenant au test de justification d'une atteinte à un droit autochtone issu de la décision *Sparrow*.

La première étape du test de justification est la preuve d'une diminution appréciable du droit autochtone en question. Le fardeau de preuve repose sur les épaules de la Première Nation qui allègue l'atteinte; elle doit faire une preuve *prima facie* que la mesure gouvernementale visée entraîne une « diminution appréciable » de ses droits en tenant compte des facteurs suivants dans leur ensemble<sup>79</sup> : « La restriction est-elle déraisonnable? Le règlement est-il indûment rigoureux? Le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer? »<sup>80</sup>

La suite du test énoncé initialement dans *Sparrow* a été actualisée dans *Tsilhqot'in*. Une fois qu'il y a preuve *prima facie* d'atteinte à un droit par la Première Nation visée, le fardeau de preuve est transféré au gouvernement qui doit prouver les éléments suivants pour justifier l'atteinte :

- (1) qu'il s'est acquitté de son obligation procédurale de consultation et d'accommodement;
- (2) que ses actes poursuivaient un objectif impérieux et réel; et (3) que la mesure gouvernementale était compatible avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> *Ibid* au para 79.

<sup>79</sup> *R c Gladstone*, *supra* note 52 au para 43.

<sup>80</sup> *R c Sparrow*, *supra* note 66.

<sup>81</sup> *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, *supra* note 33 au para 77.

L'obligation de consulter et d'accommoder sera traitée en détail dans la section 1.2; pour l'instant, il suffit de mentionner qu'il s'agit d'une obligation de la Couronne de consulter, et potentiellement d'accommoder, toute Première Nation autochtone dont les droits, prouvés ou revendiqués, pourraient être affectés par une décision qu'elle envisage<sup>82</sup>.

Dans l'évaluation de l'objectif impérieux et réel, qui doit être jugé en fonction des faits de chaque espèce, les tribunaux doivent tenir compte du point de vue autochtone ainsi que de l'intérêt général du public<sup>83</sup>. Cela révèle un autre aspect de l'objectif de réconciliation, qui est de concilier les intérêts autochtones et allochtones pour faciliter la cohabitation découlant de la colonisation, puisque, moralement, le conflit ne peut se régler en expropriant les occupants non autochtones<sup>84</sup>.

Chose curieuse, selon la CSC, l'appartenance forcée des nations autochtones à la communauté politique canadienne découlant de la colonisation justifie parfois de donner préséance aux intérêts économiques servant l'ensemble de cette communauté<sup>85</sup>. Comme nous le verrons, cette conciliation des intérêts divergents est présente également dans l'obligation de consulter où l'on doit soupeser les impacts de la décision envisagée par rapport à la force probante des droits en jeu<sup>86</sup>.

La Cour mentionne que des motifs économiques et écologiques peuvent généralement justifier une atteinte aux droits ancestraux en raison de leur caractère « impérieux et réel », notamment :

[L]'extension de l'agriculture, de la foresterie, de l'exploitation minière et de l'énergie hydroélectrique, le développement économique général [...], la protection de

---

<sup>82</sup> *Ibid* aux paras 78-79.

<sup>83</sup> *Ibid* aux paras 81-84.

<sup>84</sup> *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, *supra* note 44 au para 186; Dans *Sparrow*, la CSC avait écrit qu'un droit ancestral impliquant le prélèvement d'une ressource à des fins de subsistance devrait être priorisé par rapport aux intérêts économiques allochtones pour contrer les mesures gouvernementales en apparence neutre, mais qui ont adopté des valeurs allochtones défavorisant les peuples autochtones. *R c Sparrow*, *supra* note 66 aux pp 1110, 1115-6.

<sup>85</sup> *R c Gladstone*, *supra* note 52 au para 73. Il me semble important de souligner l'absurdité de justifier, au nom de la « réconciliation », l'infériorisation des priorités autochtones au nom d'un état de fait découlant de la colonisation. Cela me semble en contradiction avec la volonté de la CSC de refonder la doctrine des droits ancestraux sur des bases plus légitimes.

<sup>86</sup> *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, *supra* note 4 au para 39; *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, *supra* note 33 au para 87.

l'environnement et des espèces menacés d'extinction, ainsi que la construction des infrastructures et l'implantation des populations requises par ces fins<sup>87</sup>.

Enfin, pour remplir son obligation fiduciaire, la Couronne doit respecter deux exigences. Premièrement, elle doit respecter l'obligation mentionnée ci-haut, soit d'agir dans l'intérêt supérieur de la Première Nation touchée (s'ajoute à cela, dans le contexte d'un titre ancestral, l'obligation de ne pas priver les générations futures des avantages retirés du territoire). Deuxièmement, elle doit respecter un élément de proportionnalité:

[L]'atteinte doit être nécessaire pour atteindre l'objectif gouvernemental (lien rationnel), que le gouvernement ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (atteinte minimale) et que les effets préjudiciables sur l'intérêt autochtone ne l'emportent pas sur les avantages qui devraient découler de cet objectif (proportionnalité de l'incidence)<sup>88</sup>.

En conclusion, le test de justification d'atteinte à un droit autochtone, tel que reformulé dans *Tsilhqot'in*, est en quelque sorte l'intersection des grandes notions du droit autochtone canadien en ce qu'il permet aux notions de droits ancestraux, d'obligation fiduciaire et d'obligation de consulter de se rencontrer autour de l'objectif de réconciliation. Il permet de clarifier leur articulation et le rôle de chacune. Comme nous le verrons dans la section 1.2, les lacunes de l'obligation fiduciaire ont poussé la CSC à la compléter par l'honneur de la Couronne comme principe fondamental structurant les relations entre Couronne et peuples autochtones.

## 1.2 La protection des droits autochtones non prouvés

Après *Guerin*, l'obligation fiduciaire était l'élément de base structurant les relations entre la Couronne et les nations autochtones. Cependant, avec l'avènement de l'arrêt *Nation Haïda* en 2004, elle a été reléguée au second plan en raison de sa « portée se limitant à certains types de rapports n'intéressant pas toujours les droits constitutionnels des Autochtones et des relents de paternalisme<sup>89</sup> » qui s'en dégagent et, surtout, parce qu'elle ne fournissait aucune protection à un droit ancestral ou issu de traité simplement allégué, par opposition aux droits prouvés<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, supra note 44 au para 165.

<sup>88</sup> *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, supra note 33 au para 87.

<sup>89</sup> *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, supra note 17 au para 105.

<sup>90</sup> *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, supra note 4 au para 18 : « En l'espèce, des droits et un titre ancestraux ont été revendiqués, mais n'ont pas été définis ou prouvés. L'intérêt autochtone en question

La CSC a donc, dans un premier temps, tenté de retirer aux fondements de l'obligation fiduciaire leur composante paternaliste pour les transformer en un engagement de nation à nation<sup>91</sup>. Mais plus important encore, elle s'est ensuite fondée, comme nous le verrons maintenant, sur le concept d'honneur de la Couronne pour asseoir une obligation de consulter et d'accommoder des droits encore non établis. L'honneur de la Couronne constitue donc une reconnaissance de la tension inhérente à la « relation spéciale » avec les peuples autochtones; cela découle notamment de l'assujettissement de ceux-ci au droit canadien alors qu'ils n'ont jamais été conquis et qu'ils ont dû subir des pratiques coloniales<sup>92</sup>.

En plus, la CSC a constaté que, lors des litiges, les tribunaux canadiens ont tendance à favoriser les intérêts économiques allochtones au détriment des droits autochtones, c'est-à-dire en faisant « pencher la balance du côté de la protection des emplois et des recettes de l'État »<sup>93</sup>, ce qui ne permettait pas de respecter le rôle médiateur de la Couronne. De plus, la CSC a fait remarquer que les procédures judiciaires classiques, telle l'injonction, sont peu propices à l'exercice de conciliation des intérêts divergents, car elles ne permettent pas de trouver de solution mitoyenne<sup>94</sup>. L'obligation fiduciaire a donc été reléguée à la protection des intérêts fonciers autochtones démontrés<sup>95</sup> et on y a substitué l'honneur de la Couronne comme « nouveau » principe fondamental des relations entre la Couronne et les nations autochtones<sup>96</sup>.

L'honneur de la Couronne est un principe qui existe depuis longtemps; son existence sous-tend le texte de la *Proclamation royale de 1763*<sup>97</sup>. Il s'agit d'une obligation d'agir honorablement qui est déclenchée lorsque la Couronne utilise son pouvoir découlant de l'affirmation de sa

---

n'est pas suffisamment précis pour que l'honneur de la Couronne oblige celle-ci à agir, comme fiduciaire, dans le meilleur intérêt du groupe autochtone lorsqu'elle exerce des pouvoirs discrétionnaires à l'égard de l'objet du droit ou du titre. ».

<sup>91</sup> *Bande indienne Wewaykum c Canada*, supra note 77 au para 79 où la Cour fait référence aux travaux de Brian Slattery.

<sup>92</sup> *Manitoba Metis Federation Inc c Canada (Procureur général)*, [2013] 1 RCS 623 (CSC) au para 67.

<sup>93</sup> *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, supra note 4 au para 14.

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> Senwung Luk, supra note 13 aux pp 1-3.

<sup>96</sup> *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, supra note 4 au para 16; *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, supra note 17 au para 105.

<sup>97</sup> Christina Caron, *Le principe constitutionnel de l'honneur de la couronne en droit autochtone canadien*, mémoire de maîtrise, Université Laval, faculté de droit, 2012; *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, supra note 17 au para 42; *Manitoba Metis Federation Inc c Canada (Procureur général)*, supra note 92 au para 66.

souveraineté sur les peuples autochtones, autrement dit lorsqu'il faut « concilier les droits ancestraux et la souveraineté de la Couronne »<sup>98</sup>. C'est une obligation qui n'est déclenchée qu'envers les groupes composés strictement de personnes autochtones.<sup>99</sup>

Son statut est très particulier; c'est une obligation constitutionnelle qui est à son tour la source des différentes obligations de la Couronne à l'égard des peuples autochtones selon les circonstances, dont l'obligation fiduciaire protégeant les droits autochtones prouvés, l'obligation d'agir avec honneur et intégrité lors de la négociation et de l'application de traités, et l'obligation de respecter tout engagement constitutionnel envers les peuples autochtones<sup>100</sup>. C'est aussi elle qui « guide l'interprétation téléologique » du paragraphe 35(1) LC1982 de laquelle découle l'obligation de consulter et d'accommoder les nations autochtones quant à leurs droits non prouvés.

Il s'agit également d'un principe constitutionnel non écrit<sup>101</sup> :

La Constitution n'est pas une simple loi; c'est le document même par lequel la Couronne a affirmé « [s]a souveraineté [...] face à l'occupation antérieure des terres par les peuples autochtones » [...]. L'honneur de la Couronne prend sa source dans la Constitution, et une obligation explicite incluse dans la Constitution engage fondamentalement l'honneur de la Couronne.<sup>102</sup>

L'honneur de la Couronne reconnaît un « lien spécial » entre celle-ci et les peuples autochtones; ce lien s'est cristallisé lors de l'imposition de la souveraineté canadienne sur un territoire où les nations autochtones vivaient « en sociétés organisées et distinctives possédant leurs propres structures sociales et politiques »; de là à dire qu'elles exerçaient déjà leur propre souveraineté, il n'y a qu'un pas<sup>103</sup>. Ainsi, l'obligation de la Couronne d'agir honorablement est profondément

---

<sup>98</sup> *Manitoba Metis Federation Inc c Canada (Procureur général)*, supra note 92 aux paras 68-70; *R c Sparrow*, supra note 66 à la p 1109.

<sup>99</sup> *Manitoba Metis Federation Inc c Canada (Procureur général)*, supra note 92 au para 72.

<sup>100</sup> *Ibid* au para 69 et 73; *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, supra note 4 aux paras 18-24.

<sup>101</sup> *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, supra note 17 au para 42.

<sup>102</sup> *Manitoba Metis Federation Inc c Canada (Procureur général)*, supra note 92 au para 70.

<sup>103</sup> *Mitchell c MRN*, supra note 38 aux paras 9-10; *McDiarmid Lumber Ltd c Première Nation de God's Lake*, [2006] 2 RCS 846 (CSC) au para 106.

liée au processus de réconciliation de la souveraineté canadienne avec la préexistence de sociétés autochtones organisées :

Ce processus de conciliation découle de l'obligation de la Couronne de se conduire honorablement envers les peuples autochtones, obligation qui, à son tour, tire son origine de l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur un peuple autochtone et par l'exercice de fait de son autorité sur des terres et ressources qui étaient jusque-là sous l'autorité de ce peuple<sup>104</sup>.

La jurisprudence dépeint les traités modernes comme le moyen par excellence de concilier les souverainetés et de définir les droits autochtones<sup>105</sup>, notamment parce que le consentement donné au traité par une nation autochtone lui confère une légitimité que n'ont pas les normes imposées par la Couronne<sup>106</sup>. En dictant une obligation de s'engager dans un processus de négociation en vue de signer des traités et de les implanter, la Cour force la Couronne à se commettre davantage dans un processus où le pouvoir judiciaire peut intervenir moins aisément<sup>107</sup>.

La réconciliation dicte donc la mise en place d'un processus continu de négociation des traités et, lorsque nécessaire, de consultation<sup>108</sup>. Ces deux processus sont intimement liés et

---

<sup>104</sup> *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, *supra* note 4 au para 32; voir également le para 20.

<sup>105</sup> *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, *supra* note 44 au para 35; *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, *supra* note 4 au para 20.

<sup>106</sup> Maxime St-Hilaire, *La lutte pour la pleine reconnaissance des droits ancestraux. Problématique juridique et enquête philosophique*, Yvon Blais, Montréal, 2015 à la p 24.

<sup>107</sup> Cependant, même si une obligation morale, voire juridique, de négocier des traités a été reconnue par les tribunaux, ceux-ci sont rébarbatifs à l'idée de forcer des négociations. *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, *supra* note 4 au para 20; *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, *supra* note 44 au para 186; *Sam v British Columbia*, 2014 BCSC 1783.

<sup>108</sup> *Rio Tinto Alcan Inc c Conseil tribal Carrier Sekani*, [2010] 2 RCS 650 (CSC) au para 38; *Chartrand v British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2015 BCCA 345 au para 68 où la Cour cite avec approbation le passage suivant de *Huu-Ay-Aht First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2005 BCSC 697 au para. 94: « *Haida ... and Taku River ... established that the principle of the honour of the Crown requires the Crown to consult and, if necessary, accommodate Aboriginal peoples prior to proof of asserted Aboriginal rights and title. This is a corollary of s. 35 of the Constitution Act, 1982, in which reconciliation of Aboriginal and Crown sovereignty implies a continuing process of negotiation which is different from the administrative duty of fairness that is triggered by an administrative decision that affects rights, privileges, or interests (Haida at paras. 28-32). The obligation is a free standing enforceable legal and equitable duty [...]. The courts may review government conduct to determine whether the Crown has discharged its duty to consult and accommodate pending claims resolution (Haida at para. 60). In its review, the court should not give narrow or technical construction to the duty, but must give full effect to the Crown's honour to promote the reconciliation process (Taku at para. 24). It is not a question, therefore, of review of a decision but whether a constitutional duty has been fulfilled.* » [...] [mes soulignements].

interagissent parfois ensemble, notamment de façon à obliger la Couronne à tenir compte des requêtes formulées par les nations autochtones à l'occasion d'une négociation. Ainsi, dans *Da'naxda'xw/Awaetlala First Nation v. British Columbia (Environment)*, suite à la longue négociation d'une entente de cogestion d'une réserve naturelle, la Couronne n'a pas respecté son obligation de consulter en ignorant une demande déposée par les nations touchées de changer les limites de la réserve naturelle, située sur leur territoire ancestral, afin de leur permettre de construire un barrage hydroélectrique, entreprise qui, selon eux, était conciliable avec leurs intérêts écologiques et culturels. La Couronne soutenait que maintenir le statu quo posait moins de risque aux droits de la Première nation que la construction du barrage qu'elle réclamait. Selon la Couronne, aucune obligation de consulter n'était donc déclenchée. Voici ce que la Cour a pensé de ce raisonnement :

The question of the duty to consult arises in this case in a somewhat unusual set of circumstances. This is not a case where the Crown initiated a proposed decision or conduct. Rather, the First Nation requested the Crown to make a specific decision. That request must, however, be considered in the broader context of the extensive consultation between the Crown and the Da'naxda'xw in the LRMP process and government-to-government negotiations that created the Upper Klinaklini Conservancy in the first place, the Collaborative Agreement, and the on-going negotiations for a government-to-government process for managing conservancies and considering boundary amendments. There is no question that the Crown had a duty to consult with respect to the land use designation and the boundaries of the Upper Klinaklini area. I view the Da'naxda'xw's request to amend the boundary as part of an ongoing process of consultation.

In this context, it is my opinion that the Crown had a duty to consult the Da'naxda'xw about the proposed boundary amendment. In fact, it set out to do so over a fairly extensive period of time. That duty did not cease when the Minister contemplated a refusal of the request. I disagree with the government that conduct which contemplates conserving the status quo necessarily means that aboriginal interests will not be adversely affected.<sup>109</sup>

Par ailleurs, dans un autre litige, la Couronne avait plaidé que la Première Nation Ehattesaht tentait de s'avantager dans les négociations en alléguant un droit d'être consulté ; le tribunal a jugé qu'il était difficile d'envisager que la reconnaissance de l'obligation de consulter et d'accommoder puisse interférer avec le processus de négociation<sup>110</sup>. Cependant, lors du

---

<sup>109</sup> *Da'naxda'xw/Awaetlala First Nation v British Columbia (Environment)*, 2011 BCSC 620 aux paras 129-130.

<sup>110</sup> *Ehattesaht First Nation v British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2014 BCSC 849 au para 58: « I do not agree with the respondents' position. The issue here is not about the adequacy of

processus de consultation et d'accommodement, la Couronne n'a pas d'obligation de négocier en rapport avec des sujets extérieurs à la décision envisagée<sup>111</sup>, notamment car cela pourrait être injuste pour les tiers<sup>112</sup>.

Selon le juge décision de première instance dans la très étoffée décision *Tsilhqot'in*, la réconciliation entre les peuples est présumée être dans l'intérêt de l'ensemble des citoyens du Canada; cela implique de reconnaître les titres ancestraux par le moyen de traités, tout en s'assurant de ne pas porter atteinte indûment aux intérêts allochtones ce faisant. Autrement dit, « on ne peut remédier à une injustice [envers les autochtones] en en commettant une autre [envers les allochtones] »<sup>113</sup>. On peut y voir un autre exemple du rôle médiateur de la Couronne.

---

accommodation or even about the sufficiency of the consultation. Here, there was no consultation whatsoever. The only issue before me is whether there was some duty to consult. I fail to see how the recognition of some duty to consult could be said to distort the negotiation process. »

<sup>111</sup> *Sapotaweyak Cree Nation et al v Manitoba et al*, 2015 MBQB 35 au para 214: « Further, Manitoba immediately recognized its duty to consult and took steps to embark on that process. The duty to consult is not a duty to negotiate. The duty to consult in this case relates only to the N4 corridor of Bipole III. Manitoba's record clearly establishes that it took reasonable steps to both consult with SCN and to accommodate their reasonable needs specific to Bipole III. In my view, the difficulty experienced by SCN during the consultation process has more to do with [Sapotaweyak Cree Nation]'s reluctance to focus on the issues relating to Bipole III than to any significant lack of effort on the part of Manitoba. »

<sup>112</sup> *Pimikimak et al v Her Majesty the Queen in Right of Manitoba et al*, 2016 MBQB 128 au para 45 et 115: « [45] [...] there is no duty to agree, nor is consultation intended to be negotiation. The accommodation that may result from consultation is from the act of "seeking compromise in an attempt to harmonize conflicting interests and move further down the path of reconciliation". As Manitoba has emphasized, this duty is in the context of "balancing competing societal interests with aboriginal and treaty rights" where the "Crown is not rendered impotent" to make decisions. [...] [115] In the end, when I examine the consultation conducted, I agree with the suggestion made by Manitoba that the applicants did to some extent take unreasonable and inflexible positions. To ignore that fact would be to ignore the applicants' reciprocal duty to participate in the consultation process in a way that requires them to clearly state their concerns, avoid unreasonable positions and not frustrate the process. When I review the consultation record as I have, I note that the applicants were to a significant degree trying to use the consultation process to negotiate something other than the proposed Settlement Agreement. [...] Needless to say, the consultation process is not intended to address longstanding or outstanding issues which may exist between a government and a First Nation. To validate or endorse such an approach would distort the objectives, the integrity and honour that are supposed to define the consultation process. In the particular circumstances of this case, that type of approach, if validated or endorsed, could result in an unfairness to both third parties and especially the Community of Cross Lake. » [mes soulèvements]

<sup>113</sup> Dans *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, 2007 BCSC 1700 aux paras 1367, 1372 et 1382, le juge de première instance cite de longs passages de l'article de Brian Slattery intitulé "The Metamorphosis of Aboriginal Title" (2006) 85 Can. Bar Rev. 255: « He [Slattery] continues by suggesting that the actions of courts have the potential to diminish the possibility of reconciliation ever occurring. He concludes at p. 282: '... the successful settlement of aboriginal claims must involve *the full and unstinting recognition of the historical reality of aboriginal title, the true scope and effects of Indigenous dispossession, and the continuing links between an Indigenous people and its*

Dans les décisions sur les droits ancestraux, les tribunaux évoquent souvent la nécessité de concilier les intérêts autochtones et ceux de la population allochtone, notamment économiques et territoriaux; le rôle médiateur de la Couronne est de mettre en balance les intérêts des tiers et de la nation autochtone<sup>114</sup>. Les tribunaux n'ont toutefois pas donné de responsabilité ou de rôle particulier à la population allochtone, dont font partie les promoteurs, dans cet exercice de mise en balance; elle est invoquée en tant que groupe relativement abstrait<sup>115</sup>. Une piste intéressante soulevée par la Cour fédérale passe par une forme de reconnaissance des injustices et par la promotion de relations de réciprocité :

La réconciliation nécessite que l'on regarde tant vers le futur que vers le passé. Elle vise à créer des relations saines et mutuellement profitables entre les Autochtones et les peuples non autochtones et à redresser les torts du passé, ce qui sera le fondement de ces nouvelles relations.<sup>116</sup>

Ainsi, dans *Nation Haïda*, la Cour en vient à la conclusion qu'avant même la signature d'un traité ou la preuve des droits devant les tribunaux, les droits non établis d'une nation autochtone sont protégés par le paragraphe 35(1) LC1982<sup>117</sup>. L'honneur exige que ces droits non prouvés soient « déterminés, reconnus et respectés » au sein du processus de négociation de traité. Pour

---

*traditional lands*. So, for example, to maintain that “nomadic” or “semi-nomadic” peoples had historical aboriginal title to only a fraction of the ancestral hunting territories, or to hold that aboriginal title could be extinguished simply by Crown grant, is to rub salt into open wounds. However, by the same token, the recognition of historical title, while a necessary precondition for modern reconciliation, is not in itself a sufficient basis for reconciliation, which must take into account a range of other factors. So, for example, to suggest that historical aboriginal title gives rise to modern rights that automatically trump third party and public interests constitutes an attempt to remedy one grave injustice by committing another. » [mes soulèvements]. Voir aussi Kent McNeil, « Reconciliation and Third-Party Interests: Tsilhqot'in Nation v. British Columbia » (2010) 8:1 Indig Law J 7-26 aux pp 11-13.

<sup>114</sup> *Pimicikamak et al v Her Majesty the Queen in Right of Manitoba et al*, supra note 112 au para 51 : « In *Adams Lake Indian Band v. British Columbia (Lieutenant Governor in Council)*, 2011 BCSC 266 (CanLII) at para. 208, 20 B.C.L.R. (5th) 356, there was an attempt to quash an order-in-council which granted incorporated status to a municipality. At first instance and later, at the Court of Appeal, it was held that the province had to balance the interests of the third parties (with respect to the desire for incorporation) with the interests of the First Nation as it relates to their claim to aboriginal title. »

<sup>115</sup> *Bande indienne des Lax Kw'alaams c Canada (Procureur général)*, [2011] 3 RCS 535 (CSC) au para 12; *Première nation crie Mikisew c Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, supra note 59 au para 1. Tony Knox, *Reconciliation in Canadian law : the three faces of reconciliation?*, Vancouver, Ministry of Aboriginal Relations and Reconciliation, Instructions for Implementing the New Relationship, 2009 à la p 10, en ligne : <[http://www.gov.bc.ca/arr/attachments/implementing\\_the\\_new\\_relationship\\_0309.pdf](http://www.gov.bc.ca/arr/attachments/implementing_the_new_relationship_0309.pdf)>.

<sup>116</sup> *Première nation Tzeachten c Canada (Procureur général)*, 2008 CF 928 au para 25; jugement confirmé par la CAF. Les relations entre autochtones et non-autochtones devraient ainsi être guidées par le principe de réciprocité implicite à la réconciliation: Leclair et Morin, supra note 27 au para 148; E Ria Tzimas, « To What End the Dialogue? » [2011] 54 Supreme Court Law Rev Osgoode's Annu Const Cases Conf aux pp 493-495.

<sup>117</sup> *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, supra note 4 au para 25.

prévenir les atteintes durant la longue négociation du traité, la Couronne peut avoir à consulter et à accommoder la Première Nation<sup>118</sup> :

Le fait d'exploiter unilatéralement une ressource faisant l'objet d'une revendication au cours du processus visant à établir et à régler cette revendication peut revenir à dépouiller les demandeurs autochtones d'une partie ou de l'ensemble des avantages liés à cette ressource. Agir ainsi n'est pas une attitude honorable.

La Cour a donc consacré une obligation préventive favorisant l'écoute des nations autochtones touchées par les diverses décisions de la Couronne. La CSC vise ainsi à transformer la réconciliation en un outil procédural favorisant la négociation<sup>119</sup> et qui permet aux peuples autochtones de participer aux décisions qui les concernent. Effectivement, pour que la promesse de réconciliation ne constitue pas qu'un « objectif formaliste éloigné » et que se développent des relations harmonieuses et empreintes de respect, elle doit se concrétiser au moyen de l'obligation de consulter et d'accommoder<sup>120</sup>. La promesse que constitue l'adoption du paragraphe 35(1) LC1982 dicte donc la mise en place du processus de consultation et d'accommodement durant la négociation de traité et même au-delà<sup>121</sup>.

En intégrant la nation autochtone dans le processus décisionnel qui concerne son territoire<sup>122</sup>, on amoindrit l'impact de l'exercice *de facto* de l'imposition de l'autorité de la Couronne et on favorise la collaboration plutôt que le conflit. La conciliation des droits s'ancre aussi dans les mesures d'accommodement qui sont prises à la suite de la consultation, en ce qu'elles permettent de trouver un équilibre entre les intérêts autochtones et « sociétaux ». <sup>123</sup> Cette conciliation est rendue possible grâce au rôle médiateur de la Couronne.

Toutefois, ce ne sont pas toutes les consultations qui possèdent un aspect constitutionnel relié au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme nous le verrons au chapitre 2,

---

<sup>118</sup> *Ibid* aux paras 26-27.

<sup>119</sup> Constance McIntosh, « The reconciliation doctrine at the MacLachlin court: from a “final legal remedy” to a “just and lasting” process » dans Adam M Dodek et David A Wright, dir, *Public law at the McLachlin court - The First Decade*, Irwin Law, 2011, 201 à la p 202.

<sup>120</sup> *Nation Haida c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, *supra* note 4 au para 33 et 38; Leclair et Morin, *supra* note 27 au para 148.

<sup>121</sup> *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, *supra* note 17 aux paras 40-41.

<sup>122</sup> *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, *supra* note 33 au para 17.

<sup>123</sup> *Nation Haida c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, *supra* note 4 au para 50.

l'existence et l'intensité de l'obligation varient en fonction des circonstances (principalement la force probante du droit invoqué et la gravité de l'atteinte potentielle). Les situations où la preuve d'un droit potentiel n'est pas faite peuvent donc ne pas avoir de statut constitutionnel et ne pas déclencher la protection du paragraphe 35(1) LC1982<sup>124</sup>. Dans un tel cas, la protection pourrait plutôt être de nature administrative<sup>125</sup>.

En résumé, l'arrivée de l'obligation de consulter et d'accommoder a modifié la dynamique du droit autochtone canadien tout en préservant le rôle médiateur de la Couronne. Puisque les droits autochtones non prouvés ne sont pas suffisants pour enclencher la protection promise par l'obligation fiduciaire, l'honneur de la Couronne prend le relais pour fonder une obligation de consulter et d'accommoder qui permet de minimiser les atteintes aux droits autochtones en attendant que des traités soient signés pour donner vie à ces droits. Depuis *Nation Haida*, la réconciliation est donc davantage axée sur un processus négocié pour aménager le futur des relations et la prévention des différends. Avant la « consécration » de l'honneur de la Couronne dans cette décision, elle visait avant tout à permettre aux tribunaux d'établir le cadre juridique à l'intérieur duquel il était possible aux couronnes fédérale et provinciales de porter atteinte à des droits autochtones démontrés<sup>126</sup>.

Cela s'explique par la décision de la Cour d'imposer aux relations juridiques entre la Couronne et les nations autochtones une dynamique plus préventive et politique. Par le recours à l'obligation de consulter, la Cour a devancé le moment où l'on discute des droits ancestraux et issus de traités à un stade qui précède les atteintes à ces droits<sup>127</sup>. Elle a aussi déplacé le forum de discussion et de définition des tribunaux vers la salle de négociation. La Cour a elle-même commenté l'évolution de sa jurisprudence à quelques reprises, constatant que le droit autochtone est passé d'un droit de priorité dans l'allocation des ressources<sup>128</sup>, déclenché en réaction à une

---

<sup>124</sup> *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, supra note 17 aux paras 43-47.

<sup>125</sup> *Saugeen First Nation v Ontario (MNR)*, 2017 ONSC 3456 au para 24 : « Not every case involving the duty to consult is constitutional; the source of the duty is s.35 of the Constitution Act, but there is a link between constitutional doctrine and administrative law principles. The nature of the consultation and the procedural fairness requirements must be “appropriate to the circumstances”. Use of “a forum created for other purposes may nevertheless satisfy the duty to consult if in substance an appropriate level of consultation is provided.” »

<sup>126</sup> *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, supra note 17 au para 10.

<sup>127</sup> *Rio Tinto Alcan Inc c Conseil tribal Carrier Sekani*, supra note 108 au para 83.

<sup>128</sup> *Supra* note 84.

violation à des droits établis, dans *Sparrow*, à un droit de nature préventive des nations autochtones à participer aux décisions qui les concernent dans *Nation Haida*<sup>129</sup>.

Cela a eu pour effet de permettre aux parties de mettre davantage d'énergie dans la négociation des traités et de réduire les frictions qui peuvent faire échouer les négociations<sup>130</sup>. Dans *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*<sup>131</sup>, la Cour a très bien explicité le rôle médiateur de la Couronne ainsi que l'interdépendance et le déploiement temporel des divers engrenages du droit autochtone contemporain présentés dans ce chapitre :

L'obligation constitutionnelle de consulter les Autochtones vise donc trois objectifs : à court terme, assurer la protection « provisoire » ou « interlocutoire » des droits constitutionnels des peuples autochtones; à moyen terme, favoriser la négociation des modalités d'exercice de tels droits plutôt que leur définition par les tribunaux; enfin, à plus long terme, permettre la réconciliation des intérêts respectifs des Autochtones et des autres parties concernées. [mes soulignements]

En conclusion, la CSC a déterminé que la réconciliation était devenue l'objectif fondamental du principe de l'honneur de la Couronne<sup>132</sup>. L'obligation de consulter qui la concrétise est une réponse au vice fondateur de la souveraineté canadienne qui a engendré le déséquilibre historique des rapports de pouvoir entre la Couronne et les nations autochtones<sup>133</sup>. Considérant que l'honneur de la Couronne est un principe constitutionnel non écrit<sup>134</sup>, cela n'est pas anodin.

J'ai aussi fait ressortir deux visions de la réconciliation, soit celle de la conciliation où les intérêts autochtones et non autochtones divergents sont mis en balance<sup>135</sup> et celle de la réconciliation où les peuples autochtones et non autochtones aménagent un espace pour que les premiers puissent s'autodéterminer, notamment par la consultation et la négociation<sup>136</sup>. La

---

<sup>129</sup> *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, *supra* note 33 au para 16; *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, *supra* note 17 au para 53.

<sup>130</sup> Leclair et Morin, *supra* note 27 au para 148.

<sup>131</sup> *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, *supra* note 17 au para 103.

<sup>132</sup> *Manitoba Metis Federation Inc c Canada (Procureur général)*, *supra* note 92 au para 66; *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, *supra* note 17 au para 10.

<sup>133</sup> Newman, *supra* note 22 à la p 15.

<sup>134</sup> *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, *supra* note 17 au para 42.

<sup>135</sup> *Mitchell c MRN*, *supra* note 38 au para 164.

<sup>136</sup> Tony Knox, *A closer look at legal reconciliation*, Vancouver, Insight, Insight 8th Annual Western Canada Aboriginal Law Forum, 2011 aux pp 1, 2 et 12; Leclair et Morin, *supra* note 27 au para 148; *Manitoba Metis Federation Inc c Canada (Procureur général)*, *supra* note 92 au para 67.

deuxième vision met l'accent sur l'interdépendance des communautés autochtones et non autochtones<sup>137</sup>. Dans sa dissidence dans *Van der Peet*, la juge McLachlin critique la première vision en ce qu'elle a pour effet de protéger et de mettre sur un pied d'égalité les droits autochtones avec les droits allochtones qui ne bénéficient pourtant pas de la même protection constitutionnelle, une critique positiviste importante<sup>138</sup>. D'autres critiques sont soulevés à l'encontre de la réconciliation comme exercice de mise en balance des intérêts :

A focus on reconciliation is also seen as a refusal to question Crown sovereignty, an effort to ignore the contemporary presence of Indigenous nations, and a denial that treaties are nation-to-nation agreements.

This critique is particularly salient where reconciliation is discussed in the contexts of “balance” and “interests” instead of in protection of rights. Vermette argues that recent jurisprudence on reconciliation emphasizes ideas of “balance” and the needs of Canadian society, rather than upholding Aboriginal rights and supporting a nation-to-nation relationship. As a result of the emphasis on “balance,” over time the concept of reconciliation has acted as a burden on section 35, rather than providing guidance for how to recognize and affirm Aboriginal rights.<sup>139</sup>

Enfin, reconnu initialement dans la *Proclamation royale de 1763* cristallisant le droit impérial britannique, le rôle médiateur de la Couronne s'est perpétué dans l'obligation fiduciaire, l'obligation de consulter et d'accommoder, le processus de signature de traités et l'honneur de la Couronne. Ce dernier principe exige que la consultation soit adéquatement complétée avant que toute décision soit prise et qu'au regard du contenu des consultations, on accommode adéquatement les revendications autochtones.

Comme nous le verrons maintenant, lors de la délégation de l'obligation au promoteur, la Couronne doit maintenir une supervision minimale du processus consultatif pour respecter la nature préventive de l'obligation et éviter que les nations aient trop souvent à s'adresser aux tribunaux pour que la consultation nécessaire ait lieu. Puisque la réconciliation vise l'atteinte d'une relation de réciprocité entre la Couronne et les peuples autochtones, notamment sur la base d'une relation historique unique, il y a lieu de douter qu'un promoteur, seul, puisse parvenir à remplir cet objectif.

---

<sup>137</sup> *Mitchell c MRN*, *supra* note 38 au para 129; *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, *supra* note 44 au para 186.

<sup>138</sup> *R c Van der Peet*, *supra* note 24 aux paras 314-315.

<sup>139</sup> Ariss, Fraser et Diba, *supra* note 6 à la p 14.

## **Chapitre 2 – Les modalités de mise en œuvre de l’obligation de consulter et d’accommoder à la lumière de la jurisprudence récente**

Pour comprendre comment le promoteur s’insère dans le processus de consultation et d’accommodement découlant de l’obligation de la Couronne, question qui sera examinée au Chapitre 3, il est important de bien comprendre le déroulement technique de l’obligation. Le présent chapitre vise donc à exposer, au moyen de la jurisprudence de la CSC et des tribunaux inférieurs, le fonctionnement des diverses composantes de l’obligation ainsi que les divergences jurisprudentielles récentes quant à diverses questions d’importance. Avant d’aborder la section 2.1, quelques considérations préliminaires s’imposent.

Globalement, le droit des peuples autochtones d’être consulté et de voir leurs préoccupations intégrées à la décision par des accommodements doit être interprété libéralement<sup>140</sup>. Également, dans certaines situations urgentes, la Couronne n’est pas tenue de consulter les nations touchées<sup>141</sup>.

Comme nous le verrons, la mise en œuvre de l’obligation se déroule en deux étapes; premièrement le déclenchement de l’obligation par la Couronne ainsi que l’évaluation préliminaire du spectre de consultation et d’accommodement, deuxièmement la consultation et l’accommodement. On construit ainsi un droit d’être consulté qui est procédural, c’est-à-dire

---

<sup>140</sup> *Michipicoten First Nation v Minister of Natural Resources and Forests et al*, 2016 ONSC 6899 au para 87 : « We recognize that regardless of the level of consultation required, it is important that when engaged in consultation with First Nations, the Crown ensure that Aboriginal people are provided with necessary information in a timely way so that they have a real opportunity to express their interests and concerns. Where representations are received from Aboriginal people, the Crown must engage, seriously consider and, where possible, integrate those representations into the proposed plan of action. These are important rights that must be liberally construed. »

<sup>141</sup> *R v Lefthand*, 2007 ABCA 206 au para 45 : « There was no consultation before the ban in issue in the Eagle Child case was put in place. The uncontradicted evidence was however that this closure was in response to an urgent conservation need, and there was no time for consultation (see supra, para. 13). Nikal at para. 110 and *R. v. Marshall (#2)*, 1999 CanLII 666 (SCC), [1999] 3 S.C.R. 533 at para. 43 recognized that urgent circumstances might preclude consultation. The closure related only to a specific stretch of river, and overall was an insignificant act, especially in the absence of any evidence from Eagle Child as to the effect the closure had on his overall right to hunt and fish for food. [...] »

qui donne le droit à une consultation qui soit juste, et qui est substantielle en exigeant d'accommoder les droits autochtones dans les décisions qui les affectent<sup>142</sup>.

À chacune de ces étapes, autant la Couronne que les peuples autochtones doivent agir de bonne foi<sup>143</sup>. Plus particulièrement, la Couronne doit démontrer avoir une intention réelle de tenir compte des préoccupations soulevées par les nations autochtones et éviter toute manœuvre malhonnête. Pour leur part, les nations autochtones ne doivent pas freiner le processus avec des positions « déraisonnables », ce qui ne les empêche pas de négocier de façon « serrée »<sup>144</sup>.

Une fois l'obligation déclenchée, la nation est également débitrice d'une obligation de coopération envers la Couronne. Il subsiste certaines incohérences jurisprudentielles quant à l'obligation des nations autochtones de participer au processus de consultation. D'un côté, dans *Chartrand*<sup>145</sup>, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a considéré qu'on ne pouvait reprocher à une nation d'avoir refusé de participer à un processus dans lequel ses droits n'étaient pas adéquatement considérés. On a aussi considéré qu'il est raisonnable pour une nation de refuser une rencontre jusqu'à ce qu'elle obtienne une réponse à une lettre envoyée auparavant à la Couronne<sup>146</sup>.

D'un autre côté, dans *Standing Buffalo*<sup>147</sup>, la Cour d'appel fédérale écrivait qu'une nation ne devrait pas refuser une consultation pouvant permettre des accommodements concrets par le

---

<sup>142</sup> Jacobs, *supra* note 8 à la p 9.

<sup>143</sup> *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, *supra* note 4 au para 42.

<sup>144</sup> *Ibid.*

<sup>145</sup> *Chartrand v British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, *supra* note 108 au para 69 : « There was no consultation with a view toward accommodation of the Aboriginal title claim. The KFN ought not to be faulted for failing to participate in consultations premised on the assumption that they had no rights other than those protected by the KFN Treaties. It cannot be said that offering the KFN an opportunity to participate in fundamentally inadequate consultations preserves the honour of the Crown. (...) »

<sup>146</sup> *Gitksan v British Columbia (Minister of Forests)*, 2002 BCSC 1701 au para 89 : « There was no consultation of any sort with the Lax Kw'alaams. It was not unreasonable for the Lax Kw'alaams to decline to meet until they had received a response to their April 9 letter (although I am not suggesting that the Crown was required to accept the positions expressed by the Lax Kw'alaams in the letter). Their request for a consultation meeting by way of the letter dated April 23 from their legal counsel was essentially ignored. »

<sup>147</sup> *Première nation dakota de Standing Buffalo c Enbridge Pipelines Inc.*, [2009] 4 RCF 500 (CAF) au para 44 : « (...) As previously stated, the NEB process focuses on the duty of the applicant for a Section 52 Certificate. That process provides a practical and efficient framework within which the Aboriginal group can request assurances with respect to the impact of the particular project on the matters of concern to it. While the Aboriginal group is free to determine the course of action it wishes to pursue, it would be unfortunate if the opportunity afforded by the NEB process to have Aboriginal concerns dealt with in a direct and non-abstract matter was not exploited. »

promoteur. Également, une nation qui ne se présente pas aux réunions de consultation ne peut reprocher à la Couronne d’aller de l’avant avec son projet<sup>148</sup>. La nation ne peut paralyser le processus mis en place en refusant d’y participer ou en retardant l’envoi de ses commentaires; conséquemment, l’absence de réponse répétée de la part de la nation peut aussi mettre fin à l’obligation de consulter<sup>149</sup>. Finalement, dans *Prophet river*, la Cour a considéré que même si le désir du promoteur et de la Couronne de respecter l’échéancier de construction d’un projet d’exploitation ne peut justifier à lui seul le non-respect de l’obligation de consultation de la Couronne, cet échéancier peut tout de même être pris en considération pour déterminer si les parties avaient agi raisonnablement<sup>150</sup>.

L’obligation de consulter et d’accommoder vise à protéger les droits garantis par le paragraphe 35(1) LC1982, lesquels sont des droits collectifs par nature. Pour l’instant, on peut affirmer que l’obligation est de nature collective en ce qu’elle est due aux communautés autochtones et non à ses membres, à moins d’une délégation expresse de la part de la communauté à un ou des représentants. Certains droits comportent néanmoins une part individuelle plus ou moins importante, car ils peuvent être exercés par les membres de la communauté à titre individuel. Ces individus n’auraient donc peut-être pas besoin d’autorisation de leur communauté pour invoquer ces droits à l’appui d’une demande de consultation et d’accommodement<sup>151</sup>. Les interactions entre la part individuelle des droits autochtones et l’obligation de consulter et d’accommoder restent à clarifier.

Les parties à la consultation ont aussi la possibilité de personnaliser le processus de consultation et d’accommodement par le biais d’une entente qui devra évidemment être respectée; tout

---

<sup>148</sup> Newman, *supra* note 22 à la p 70.

<sup>149</sup> *R v Lefthand*, *supra* note 141 au para 43 : «The obligation to consult does not include an obligation to repeatedly request input from the aboriginal group, nor to inquire as to why no response has been received to the invitation to consult. Likewise, no aboriginal group can effectively stall the development of public policy by delaying the provision of input, or by refusing to participate. »

<sup>150</sup> *Prophet River First Nation v British Columbia (Minister of Forests)*, 2016 BCSC 2007 au para 170 : « I also do not accept the petitioners’ position that the construction schedule was irrelevant to the question of the timeliness of consultation. I do agree that meeting a construction schedule could not have justified a failure on the part of the Province to meet its consultation obligations. That is quite different, however, from saying that the construction schedule was irrelevant either to the question of whether the parties acted reasonably or to the interpretation of the Negotiation Agreement.»

<sup>151</sup> *Behn c Moulton Contracting Ltd.*, [2013] 2 RCS 227 (CSC) aux paras 30-33.

financement promis devra être fourni et les dates prévues devront être respectées, sauf changement de circonstances. Advenant que la Couronne souhaite modifier le processus défini dans l'entente, elle doit en informer la nation et justifier les raisons du changement. Le défaut d'agir de cette façon serait en contravention avec l'honneur de la Couronne.<sup>152</sup> Ce type d'entente sera étudié au chapitre 3.

Quoique ce soit le gouvernement fédéral qui détienne la compétence constitutionnelle sur les « [l]es Indiens et les terres réservées pour les Indiens »<sup>153</sup>, l'honneur de la Couronne s'applique aux deux paliers gouvernementaux et requiert une consultation par le palier compétent<sup>154</sup>; les gouvernements provinciaux peuvent donc être appelés à entamer un processus de consultation et d'accommodement lorsqu'ils délivrent un permis en vertu de leur compétence sur les ressources naturelles, par exemple<sup>155</sup>. Un projet qui touche les compétences des deux paliers de gouvernement requerra une consultation par chacun d'eux, à moins qu'un accord de délégation des aspects procéduraux ait lieu entre eux, auquel cas un seul organisme peut être responsable de collecter les informations sur les impacts du projet et les suggestions d'accommodement auprès des nations autochtones touchées<sup>156</sup>. Néanmoins, l'honneur de la Couronne oblige

---

<sup>152</sup> *Saugeen First Nation v Ontario (MNRF)*, *supra* note 125 au para 121: « Once MNRF advised that the process described in its letter of August 2013 would not be followed, MNRF needed to specify an alternate process to discharge the Crown's duty to consult SON [Saugeen Objibway Nation]. If that alternate process was to reduce SON's participation from the process described in the letter of August 2013, MNRF should have so advised SON and should have explained the reason(s) for this change. In view of the troubled history of consultations in this case, it would have been important for MNRF to take care to explain to SON how things would unfold going forward. That is not what happened here. MNRF acknowledged a duty to consult but never specified a new process for consultation. I conclude that MNRF's failure (a) to replace the process described in the letter of August 2013 with a comparable process; and (b) to explain why the process moving forward would be materially different for SON's participation, were breaches of the Crown's duty to consult with SON. »

<sup>153</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, c 3 au para 91(24).

<sup>154</sup> *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, *supra* note 33 aux paras 95 et 152; *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, [2014] 2 RCS 447 aux paras 50-52; *Coastal First Nations v British Columbia (Environment)*, 2016 BCSC 34 au para 196: « I agree that the Crown is indivisible when it comes to such concepts as the « honour of the Crown ». However, where action is required on the part of the Crown in right of the Province or federal government, or has been undertaken by either – the manifestation of the honour of the Crown, such as the duty to consult and accommodate First Nations, is clearly divisible by whichever Crown holds the constitutional authority to act. In this case, where environmental jurisdictions overlap, each jurisdiction must maintain and discharge its duty to consult and accommodate (...). »

<sup>155</sup> Pour une analyse de la jurisprudence récente de la CSC en matière d'immunité interjuridictionnelle, voir Bruce McIvor et Kate Gunn, « Stepping into Canada's Shoes: Tsilhqot'In, Grassy Narrows and the Division of Powers » (2016) 67 Rev Droit Univ N-B 146.

<sup>156</sup> *Coastal First Nations v British Columbia (Environment)*, 2016 BCSC 34 au para 198: « The spirit of cooperative federalism and divisible obligations is captured in several MOUs [memorandum of understanding] between Canada

chaque palier à conserver ses responsabilités et son pouvoir d'agir<sup>157</sup>. L'équité procédurale est également un bon guide dans l'évaluation de la conduite de la Couronne<sup>158</sup>.

Pour faciliter les consultations dans le cadre d'un projet de grande envergure, la Cour suggère de tenir une grande consultation plutôt que plusieurs petites; cela permet aux acteurs de mieux comprendre les impacts de l'ensemble du projet<sup>159</sup>. Pour déterminer si une « nouvelle » obligation de consulter a été déclenchée par une décision qui change la portée du projet initial, il faut déterminer si celle-ci dépasse l'étendue du processus consultatif initial<sup>160</sup>.

## 2.1 Le déclenchement de l'obligation et l'évaluation préliminaire

Dans cette section, je décortique les critères de déclenchement de l'obligation et le processus d'évaluation préliminaire du spectre de l'obligation qui s'ensuit. Je détaille aussi les diverses obligations se trouvant sur le spectre.

Lorsqu'un traité moderne est en jeu, la première source à considérer pour déterminer la teneur de l'obligation de consulter est le texte du traité; s'il y a place à interprétation quant à l'obligation qui y est inscrite, on peut alors se référer à l'obligation constitutionnelle et à la *common law*<sup>161</sup>. Il est impossible pour la Couronne de prévoir par traité qu'elle n'a pas à consulter et

---

and British Columbia; both the Province and the petitioners exhibited several MOUs that are in place allowing projects that engage both jurisdictions. The petitioners, at paragraph 160 of their July written submissions, quote from the VAFD Project and the 2013 Substitution MOU to make this point: 'The 2013 Substitution MOU is even more explicit. Again, this MOU provides for the EA process to be conducted by the EAO, with the report going to the relevant Ministers of both levels of government so that a decision is made at each level (...): (...) b) The written approval by the Federal Minister of a request for substitution of an environmental assessment process will also, where appropriate, include procedural delegation to British Columbia of the gathering of information from Aboriginal groups about the impact of the proposed project on their potential or established aboriginal or treaty rights and ways to prevent, mitigate or otherwise address those impacts as appropriate. c) The Parties acknowledge that, notwithstanding the delegation of the procedural aspects of consultation, Canada and British Columbia each retain the responsibility to ensure that the duty to consult has been satisfied, including determining the Aboriginal groups to be consulted and determining the scope, content and adequacy of consultation » [mes soulèvements].

<sup>157</sup> *Ibid* aux paras 210-213.

<sup>158</sup> *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, *supra* note 17 au para 46.

<sup>159</sup> *Rio Tinto Alcan Inc c Conseil tribal Carrier Sekani*, *supra* note 108 au para 44.

<sup>160</sup> *R. v. Douglas*, 2007 BCCA 265, au para 42: « That is so even if some particular decision arguably takes the program in a different direction or expands somewhat the parameters of the regime, so long as the new direction was fairly within the scope of the original consultation. »

<sup>161</sup> *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, *supra* note 17 aux paras 62, 67 et 69.

accommoder une nation<sup>162</sup>, mais elle peut toutefois utiliser des contrats ou des traités pour modifier les modalités de l'obligation<sup>163</sup>.

L'obligation est déclenchée : (1) lorsque la Couronne a connaissance, réelle ou présumée, qu'une mesure qu'elle a prise (2) pourrait avoir un impact (3) sur un droit autochtone prouvé<sup>164</sup> ou faisant l'objet de revendications crédibles<sup>165</sup>.

Premièrement, il faut déterminer quelle est la mesure prise par le gouvernement qui a déclenché l'obligation. Le spectre des mesures potentiellement visées est très large; il s'étend jusqu'à une décision stratégique laissant présager des impacts indirects sur des terres grevées de droits autochtones<sup>166</sup>. Ainsi, l'obligation doit être mise en œuvre par la Couronne dès la prise de « décisions stratégiques prises en haut lieu » qui *pourraient* avoir des impacts sur les droits autochtones, par exemple<sup>167</sup> :

- L'approbation d'un plan de gestion forestière [...];
- Un plan d'aménagement du territoire municipal [...];
- Un décret portant sur l'adoption d'un plan de gestion des eaux régionales [...];
- La décision de subordonner un projet à une évaluation environnementale [...];
- La conception du processus d'évaluation environnementale d'un gazoduc [...];
- Une entente de principe non contraignante entre la Couronne et une Première Nation dont les territoires revendiqués chevauchent ceux d'autres Premières Nations [...];
- Le refus du ministre de recommander la modification aux bornes d'une aire protégée avant l'édiction par le lieutenant-gouverneur en conseil de la loi l'établissant [...];

---

<sup>162</sup> *Behn c Moulton Contracting Ltd*, *supra* note 151 au para 27.

<sup>163</sup> Elysa Hogg et Alex Darling, « The Sixties Scoop & the Duty to Consult: A New Frontier in Aboriginal Litigation? » (23 février 2017), en ligne : Ablawg <<https://ablawg.ca/2017/02/23/the-sixties-scoop-the-duty-to-consult-a-new-frontier-in-aboriginal-litigation/>> (consulté le 24 juin 2018); *Brown v Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 251 au para 30 : « Canada's submission that the obligation to consult in section 2(2) of the 1965 Agreement did not apply to child welfare services does not succeed. The language in section 2(2) is clear and unambiguous and there is nothing in the discussion papers or other documents surrounding the formation of the 1965 Agreement that suggests in any way that the obligation to consult set out in section 2(2) was not intended to apply to the extension of provincial child welfare services. » Il faut donc comprendre, à contrario, qu'il aurait été possible de baliser l'obligation de consulter dans le texte du traité.

<sup>164</sup> *Première nation crie Mikisew c Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, *supra* note 59 au para 34.

<sup>165</sup> *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, *supra* note 4 au para 35; *Rio Tinto Alcan Inc c Conseil tribal Carrier Sekani*, *supra* note 108 au para 31.

<sup>166</sup> *Ross River Dena Council v Government of Yukon*, 2012 YKCA 14 au para 56.

<sup>167</sup> *Canada (Gouverneur général en conseil) c Première Nation Crie Mikisew*, 2016 CAF 311 au para 46; *Rio Tinto Alcan Inc c Conseil tribal Carrier Sekani*, *supra* note 108 au para 44.

Autrement dit, la Couronne ne peut se fonder sur de futures décisions discrétionnaires qui auront lieu au stade opérationnel, une fois que le permis aura été émis, pour remplir son obligation; elle doit saisir la première opportunité de consultation prévue dans la loi<sup>168</sup>. Comme l'illustre l'affaire *Wii'litswx*, concrètement, cela signifie, qu'une consultation doit être entamée dès le renouvellement des permis de coupe forestière, plutôt qu'ultérieurement lors de la soumission du plan d'intendance des forêts (*forest stewardship plan*) ou lors la demande des volumes et zones spécifiques de coupe<sup>169</sup>.

Deuxièmement, les mesures n'ont pas besoin de découler d'une décision prise conformément à une loi pour être couvertes par l'obligation<sup>170</sup>. Les tribunaux ont jugé que l'échantillonnage et l'exploration minière peuvent déclencher l'obligation<sup>171</sup>. Une décision d'un tribunal administratif approuvant un projet d'exploitation des ressources naturelles peut être considérée comme une mesure de la Couronne déclenchant l'obligation<sup>172</sup>; le rôle des tribunaux administratifs dans l'obligation sera étudié plus en détail plus loin.

L'obligation est aussi déclenchée lorsque la structure de gestion d'une ressource naturelle est modifiée ou lorsque la Couronne perd ou délègue le pouvoir de gérer une ressource, puisqu'elle ne peut alors plus s'assurer du respect des intérêts autochtones et jouer son rôle médiateur<sup>173</sup>. L'absence de décision discrétionnaire de la Couronne implicite à un régime juridique de gestion des ressources naturelles ne la dispense pas non plus de remplir l'obligation de consulter; il y a une obligation de la Couronne de s'assurer que son système n'ignore pas les droits autochtones

---

<sup>168</sup> *Wii'litswx v British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1139 aux paras 160-161.

<sup>169</sup> *Ibid* aux paras 35 et 161.

<sup>170</sup> *Rio Tinto Alcan Inc c Conseil tribal Carrier Sekani*, *supra* note 108 au para 43.

<sup>171</sup> *Ross River Dena Council v Government of Yukon*, *supra* note 166 au para 33 : « As well, the claimholder's right to engage in Class 1 exploration programs may adversely affect claimed Aboriginal rights. While Class 1 exploration programs are limited, they may still seriously impede or prevent the enjoyment of some Aboriginal rights in more than a transient or trivial manner. »

<sup>172</sup> *Chippewas of the Thames First Nation c Pipelines Enbridge inc*, 2017 CSC 41 aux paras 31-32.

<sup>173</sup> *Rio Tinto Alcan Inc c Conseil tribal Carrier Sekani*, *supra* note 108 à la p 47; *Ross River Dena Council v Government of Yukon*, *supra* note 169 au para 38.

allégués<sup>174</sup>. Les régimes juridiques qui ne permettent pas de mener à bien l'obligation de consulter et d'accommoder doivent donc être modifiés.

Troisièmement, il faut prouver que la mesure envisagée a la possibilité d'affecter négativement l'exercice du droit autochtone (et non la position de négociation vis-à-vis ce droit)<sup>175</sup>. Ce préjudice doit concerner l'exercice futur du droit et non pas son passé. En effet, l'obligation de consulter et d'accommoder ne sert pas à réparer les pots cassés, mais plutôt à maintenir le respect de la relation<sup>176</sup> : « L'atteinte antérieure et continue, y compris l'omission de consulter, ne fait naître l'obligation de consulter que si la décision actuelle risque d'avoir un nouvel effet défavorable sur une revendication actuelle ou un droit existant. »

Dans *Tsilhqot'in*, la CSC a énoncé que la Couronne n'avait pas respecté son obligation de consulter et d'accommoder lors de la délivrance de permis de coupe forestière en 1983<sup>177</sup>. Cette application de l'obligation de consulter et d'accommoder à une période antérieure à sa création initiale dans *Sparrow* en tant que critère de justification d'atteinte aux droits ancestraux, en 1990, s'explique par le fait que la Nation Tsilhqot'in a contesté la mesure dès 1983 et que le litige se poursuivait depuis. Puisqu'une des sources importantes de l'obligation est la LC1982,

---

<sup>174</sup> *Ross River Dena Council v Government of Yukon*, *supra* note 166 aux paras 36-39 : « I do not, in any event, accept the Crown's argument that the absence of statutory discretion in relation to the recording of claims under the Quartz Mining Act absolves the Crown of its duty to consult. The duty to consult exists to ensure that the Crown does not manage its resources in a manner that ignores Aboriginal claims. It is a mechanism by which the claims of First Nations can be reconciled with the Crown's right to manage resources. Statutory regimes that do not allow for consultation and fail to provide any other equally effective means to acknowledge and accommodate Aboriginal claims are defective and cannot be allowed to subsist. The honour of the Crown demands that it take into account Aboriginal claims before divesting itself of control over land. Far from being an answer to the plaintiff's claim in this case, the failure of the Crown to provide any discretion in the recording of mineral claims under the Quartz Mining Act regime can be said to be the source of the problem »; *Canada (Gouverneur général en conseil) c Première Nation Crie Mikisew*, *supra* note 160 au para 51 : « Je ne veux pas dire par là qu'un cadre législatif qui ne permettrait pas les consultations ni ne prévoirait d'autre moyen tout aussi efficace d'écouter les revendications autochtones et d'y trouver des accommodements serait à l'abri d'une contestation constitutionnelle. Comme le dit la Cour d'appel du Yukon dans l'arrêt *Ross River Dena Council c. Government of Yukon*, 2012 YKCA 14, au paragraphe 37, 358 D.L.R. (4th) 100, une telle loi serait probablement jugée lacunaire et vulnérable si elle était invoquée pour justifier une décision susceptible d'entraver ou d'empêcher la jouissance de certains droits ancestraux. »

<sup>175</sup> *Rio Tinto Alcan Inc c Conseil tribal Carrier Sekani*, *supra* note 108 au para 46; *Chippewas of the Thames First Nation c Pipelines Enbridge inc*, *supra* note 172 au para 41.

<sup>176</sup> *Rio Tinto Alcan Inc c Conseil tribal Carrier Sekani*, *supra* note 108 au para 45 et 49.

<sup>177</sup> *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, *supra* note 33 aux paras 95-96.

on peut présumer que l'obligation s'applique rétroactivement au moins jusqu'en 1982, lorsque l'atteinte est continue.

Les tribunaux inférieurs ne s'entendent pas toujours sur ce qu'est un nouveau préjudice; dans *Première nation Kwicksutineuk Ah-Kwa-Mish c. Canada (Procureur général)*<sup>178</sup>, il a été jugé que « le renouvellement d'un permis, même si le permis est semblable à celui qu'il remplace, suffit certainement à remplir [cette] condition », tandis que dans *Louis v. BC*, la Cour a jugé que l'expansion d'une mine ne constituait pas une nouvelle atteinte justifiant la consultation<sup>179</sup>.

Enfin, au niveau de la preuve du droit autochtone, l'obligation s'applique aux droits ancestraux non liés au territoire, aux territoires visés par des revendications de droits ancestraux, de titres autochtones, de droits issus de traités, mais aussi, potentiellement, aux territoires de réserve<sup>180</sup>. Les tribunaux ont également étendu cette protection aux intérêts économiques découlant des droits ancestraux des peuples autochtones, et ce, particulièrement dans le cas de revendication de titre ancestral<sup>181</sup> :

I do not interpret *Haida Nation* as establishing a duty to consult only for the purpose of preserving land from development. I agree with Mr. Elwood's submission that there was an economic component to the Haida's claim to the lands and forests of their traditional territory, and another aspect of the Crown's conduct in issue was the exclusion of the Haida from the benefits of the forest resource. Proposed conservation measures could have an adverse effect on claimed aboriginal rights and title, as they may limit future uses of land. The [Land and Resource Management Plan] process and the government-to-government consultations regarding the Upper Klinaklini area clearly demonstrate this. In my opinion, limiting the duty to consult in the manner suggested by the government is inconsistent with the "generous, purposive approach" to this element of the duty to consult as described in *Rio Tinto* and inconsistent with the goal of achieving reconciliation.

---

<sup>178</sup> *Première nation Kwicksutineuk Ah-Kwa-Mish c Canada (Procureur général)*, 2012 CF 517 au para 110.

<sup>179</sup> *Louis v British Columbia (Minister of Energy, Mines, and Petroleum Resources)*, 2013 BCCA 412 au para 70 : « The Stellat'en argued that decisions that allowed the mine expansion project to go ahead had novel adverse impacts because the mine was, prior to the proposal to construct a new mill, scheduled to shut down between 2011 and 2013. The new mill carried with it a significant extension of the life of the mine. The chambers judge rejected this argument. »

<sup>180</sup> *Bande indienne d'Osoyoos c Oliver (Ville)*, [2001] 3 RCS 746 aux paras 41-43.

<sup>181</sup> *Da'naxda'xw/Awaetlala First Nation v British Columbia (Environment)*, *supra* note 109 au para 139, cité dans ; *Ehattesaht First Nation v British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, *supra* note 110 au para 61; voir aussi *Squamish Nation v British Columbia (Community, Sport and Cultural Development)*, 2014 BCSC 991 au para 153.

Puisque l'objectif de l'obligation est la prévention des atteintes en attendant la signature de traités, il n'est pas nécessaire pour la nation de prouver que la revendication serait acceptée par les tribunaux, mais seulement qu'elle est crédible en prouvant *prima facie* la nature et la portée du droit revendiqué<sup>182</sup>. Une preuve faible va réduire l'étendue de la consultation nécessaire plutôt que de nier le droit à celle-ci. On pourra inférer une connaissance présumée « lorsque l'on sait ou que l'on soupçonne raisonnablement que les terres ont été traditionnellement occupées par une collectivité autochtone ou que l'on peut raisonnablement prévoir qu'il y aura une incidence sur des droits.<sup>183</sup> »

Une fois ces trois critères remplis et l'obligation déclenchée, la Couronne doit faire une évaluation préliminaire de la force probante des droits ou des intérêts autochtones touchés ainsi que de l'impact potentiel de la mesure qu'elle envisage pour déterminer quel est le niveau de consultation et d'accommodement qui est requis<sup>184</sup>. Après avoir collecté les informations nécessaires à l'évaluation préliminaire auprès de la nation autochtone touchée et, le cas échéant, du promoteur, la Couronne doit déterminer où se situera l'obligation de consulter en l'espèce sur le « spectre » de consultation pour pouvoir adapter le processus en fonction de l'importance de l'obligation. Le contenu de l'évaluation préliminaire doit servir à créer un processus de consultation et d'accommodement qui répond aux besoins soulevés<sup>185</sup>. L'évaluation préliminaire permet aussi de mieux comprendre les impacts cumulatifs du développement d'une région sur les droits d'une nation, dont il sera question plus loin. Finalement, l'évaluation préliminaire doit être révisée en fonction du critère de décision correcte<sup>186</sup>.

Certains tribunaux ont jugé que lorsque les impacts sur les droits ancestraux sont négligeables, une analyse préliminaire n'est pas nécessaire<sup>187</sup>.

---

<sup>182</sup> *Nation Haida c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, supra note 4 au para 36; *Rio Tinto Alcan Inc c Conseil tribal Carrier Sekani*, supra note 108 au para 40.

<sup>183</sup> *Rio Tinto Alcan Inc c Conseil tribal Carrier Sekani*, supra note 108 au para 40.

<sup>184</sup> *Nation Haida c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, supra note 4 au para 39.

<sup>185</sup> *Adams Lake Indian Band v Lieutenant Governor in Council*, 2012 BCCA au para. 132; *Wii'litswx*, supra 168 au para 245 : « Once the Crown has completed a preliminary assessment, the Crown must then design a process for consultation that meets the needs of the duty to consult. (...) »

<sup>186</sup> *Louis v British Columbia (Minister of Energy, Mines, and Petroleum Resources)*, supra note 179 au para 165.

<sup>187</sup> *Adams Lake Indian Band v Lieutenant Governor in Council*, supra note 185 au para 74 : « I agree with the Province, however, that it was not necessary in this case for the Ministry of Community or the court to do an

Il est plus sage pour la Couronne de documenter son processus de détermination du spectre de consultation pour que la Cour puisse mieux évaluer son adéquation, advenant une contestation par la nation touchée<sup>188</sup>.

En théorie, le spectre des obligations potentielles de la Couronne vis-à-vis les peuples autochtones va du simple avis concernant l'existence de la mesure (dans le cas où le droit revendiqué est faible et/ou l'impact de la mesure sur le droit négligeable) à l'obtention du consentement (dans le cas où le droit est prouvé et où l'impact est très important)<sup>189</sup> :

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. Dans ces cas, les seules obligations qui pourraient incomber à la Couronne seraient d'aviser les intéressés, de leur communiquer des renseignements et de discuter avec eux des questions soulevées par suite de l'avis. [...] 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. Dans de tels cas, il peut s'avérer nécessaire de tenir une consultation approfondie en vue de trouver une solution provisoire acceptable. Quoique les exigences précises puissent varier selon les circonstances, la consultation requise à cette étape pourrait comporter la possibilité de présenter des observations, la participation officielle à la prise de décisions et la présentation de motifs montrant que les préoccupations des Autochtones ont été prises en compte et précisant quelle a été l'incidence de ces préoccupations sur la décision.<sup>190</sup>

Une consultation située au bas du spectre de consultation et d'accommodement devrait contenir les éléments suivants pour tenter de réduire au minimum les effets préjudiciables<sup>191</sup> :

a) un avis suffisamment détaillé concernant la question à trancher doit être communiqué à la partie devant être consultée afin de lui permettre de préparer sa position sur la question;

---

analysis of the strength of the claim to Aboriginal rights and title. As will become clear, the impact of incorporation [d'une municipalité] on the Bands' claim to rights and title was and remains insubstantial. This is so regardless of the strength of the claim that would have been revealed by a strength-of-claim analysis. »

<sup>188</sup> *Wabauskang First Nation v Minister of Northern Development and Mines et al*, 2014 ONSC 4424 au para 201 : « In the responding material, counsel for Ontario provided the Director's evidence about the assessment of the claim. It would have been helpful to have more information about the Ministry's internal processes. However, based on what is provided, it is clear that Ontario has established a Consultation Screening Process and a Project Screening Guide [...]. »

<sup>189</sup> *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, *supra* note 4 au para 40 et 48.

<sup>190</sup> *Ibid* au para 43.

<sup>191</sup> *Première nation crie Mikisew c Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, *supra* note 59 au para 64.

b) la partie devant être consultée doit se voir accorder un délai suffisant pour lui permettre de préparer sa position sur la question, ainsi que l’occasion de présenter cette position à la partie obligée de tenir la consultation;

c) la partie obligée de tenir la consultation doit procéder à un examen complet et équitable de toutes les positions présentées<sup>192</sup>.

Lorsque le spectre de consultation et d’accommodement est qualifié de moyen, la Couronne doit donner un avis formel concernant le projet; elle doit communiquer les informations pertinentes; octroyer du financement<sup>193</sup>, par exemple pour une contre-expertise sur le projet et les études afférentes; ainsi que communiquer avec la nation pour connaître son opinion sur le projet et les mesures d’accommodements qu’elle propose<sup>194</sup>.

Une consultation approfondie, soit celle qui se situe dans le haut du spectre de consultation, est nécessaire lorsqu’il y a une preuve forte de l’existence du droit autochtone (par exemple un droit faisant l’objet d’une négociation ou un droit issu de traités), que la décision de la Couronne pourrait avoir un impact important sur ce droit et que ce risque ne pourrait pas être compensé financièrement<sup>195</sup>. La consultation comprendra alors plusieurs des éléments suivants : un avis, la communication d’informations, l’accessibilité (technologique, linguistique et technique) des informations sur le projet<sup>196</sup>, la tenue de discussions, une participation formelle aux audiences du tribunal administratif (le cas échéant) et au processus décisionnel, la production de raisons écrites expliquant comment les commentaires autochtones ont été inclus et considérés dans l’élaboration de la décision, le financement permettant la pleine participation autochtone au processus (notamment pour des contre-expertises scientifiques), la possibilité de présenter de la preuve orale et écrite, la possibilité de contester la preuve du promoteur, la considération des

---

<sup>192</sup> *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, supra note 17 au para 74.

<sup>193</sup> *Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc*, 2017 CSC 40 au para 48.

<sup>194</sup> *Saugeen First Nation v Ontario (MNR)*, supra note 125 au para 141. : « In view of the process that was agreed between the parties, I find that: (a) the “scope” is in “the middle”; (b) this scope requires the Crown: (i) to give notice to SON, by giving formal notice of the Project to the SON Environment office; (ii) to give information to SON about the Project; (iii) to provide SON with the \$10,914 in funding that MNR agreed to fund, for use by SON for the expert assistance, as described in SON’s budget in October 2012; (iv) to communicate with SON about SON’s concerns regarding the Project after SON has the benefit of its expert advice [...] »

<sup>195</sup> *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, supra note 4 au para 44; *Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc*, supra note 193 au para 43.

<sup>196</sup> *Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc*, supra note 193 au para 49.

entraves technologiques à la participation autochtone et la participation en tant que membre du panel d'évaluation environnementale, si applicable<sup>197</sup>.

La CSC a jugé qu'une revendication globale ayant été acceptée pour la négociation d'un traité « constitue une preuve *prima facie* du bien-fondé de leurs revendications », ce qui peut les placer au-dessus du seuil minimal de consultation et d'accommodement<sup>198</sup>.

L'évaluation préliminaire permet aux nations de clarifier le contenu de leurs droits et à la Couronne de créer un processus consultatif qui soit adapté à la force de ces droits<sup>199</sup>. Il a déjà été argumenté, sans succès, que l'évaluation préliminaire est protégée par le secret professionnel de l'avocat, mais cet argument a été critiqué par les tribunaux<sup>200</sup>.

Les circonstances dans lesquelles l'obligation de faire une évaluation préliminaire s'applique diffèrent. En règle générale, dans la jurisprudence, ce sont souvent les droits prouvés qui n'ont pas requis d'évaluation préliminaire, tandis que dans le cas de droits simplement revendiqués, on a exigé de la Couronne qu'elle procède à une telle évaluation et qu'elle permette à la communauté visée de la commenter<sup>201</sup>. Dans *Chippewas of the Thames First Nation*, la CSC a

---

<sup>197</sup> *Première nation Tlingit de Taku River c Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 RCS 550 (CSC) au para 32; Krista Nerland, Matt McPherson et Lorraine Land, « SCC clarifies role of National Energy Board in consultation process » (26 juillet 2017), en ligne : Olthuis Kleer Townshend LLP <<http://oktlaw.com/scc-clarifies-role-national-energy-board-consultation-process/>> (consulté le 15 août 2017).

<sup>198</sup> *Première nation Tlingit de Taku River c Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, *supra* note 194 aux paras 30-32; *Huu-Ay-Aht First Nation et al v The Minister of Forests et al*, *supra* note 108 au para 118 : Evidence of acceptance into the treaty negotiation process is sufficient to establish a *prima facie* case in support of Aboriginal rights and title.

<sup>199</sup> *Enge v Mandeville et al*, 2013 NWTSC 33 au para 147: « The preliminary assessment informs the content of the duty to consult. (...) Once the Crown has completed a preliminary assessment, the Crown must then design a process for consultation that meets the needs of the duty to consult. »

<sup>200</sup> Stevenson, *supra* note 10 aux pp 362-364; *Dene Tha' First Nation v British Columbia (Minister of Energy and Mines)*, 2013 BCSC 977 au para 29 : « As part of the ongoing exchange of information, counsel for DTFN requested that the Ministry provide a "strength of claim" analysis [...]. Counsel for MEM [Minister of Energy and Mines], Ms. Annie Thuan, declined to do so, in my view properly, on the ground that the DTFN [Dene Tha' First Nation] had no "claim" to be assessed, but rather was the beneficiary of established treaty rights of which the Province was well aware. Ms. Thuan also declined to advise DTFN of the Ministry's assessment of the depth of consultation required on the ground that such information was based upon legal advice and was privileged - a somewhat startling position that was subsequently modified. »

<sup>201</sup> *Ibid* au para 174 : « Situations where a preliminary assessment has not been required have often been ones where the rights have been proven, not asserted: Adams Lake, *supra* at para. 137. In situations where there are asserted rights, it is incumbent upon the Crown to conduct a preliminary assessment of the strength of the claim and provide the Aboriginal group an opportunity to comment on the preliminary assessment. »

jugé que le défaut d'effectuer l'évaluation préliminaire n'est pas nécessairement fatal pour le processus de consultation et d'accommodement<sup>202</sup> :

[N]i l'ONÉ ni la Cour d'appel fédérale n'ont évalué l'ampleur des consultations qui étaient requises en l'espèce. Toutefois, la procureure générale du Canada a fait valoir devant notre Cour que, du fait des pouvoirs que la loi confère à l'ONÉ, ce dernier était en mesure de satisfaire aux obligations constitutionnelles de la Couronne dans le présent cas, en tenant pour avérés les droits invoqués par les Chippewas de la Thames et les possibles effets préjudiciables d'un déversement. Nous sommes de cet avis.

Certains tribunaux considèrent qu'il est souhaitable, voire nécessaire dans certains cas, que la Couronne communique son rapport d'évaluation préliminaire situant les droits de la nation concernée sur le spectre de consultation<sup>203</sup>. Dans *Grassy Narrows*, la CSC semble favoriser cette interprétation<sup>204</sup> :

Lorsqu'une province compte prendre des terres aux fins d'une entreprise qui relève de sa compétence, il appartient à la Couronne de déterminer quelles conséquences aura cette entreprise sur l'exercice des droits de chasse, de pêche et de piégeage des Ojibways, et d'en informer ces derniers. Elle doit ensuite s'efforcer de traiter avec eux de bonne foi et dans l'intention de tenir réellement compte de leurs préoccupations.

Dans *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, la Couronne avait communiqué tardivement son évaluation préliminaire, ce qui a eu comme conséquence que les nations visées n'avaient pu établir de dialogue quant aux conclusions de l'évaluation, une situation qui a contribué à vicier le processus consultatif selon la Cour d'appel fédérale<sup>205</sup> :

Cela dit, il ne fait aucun doute que l'avis du Canada sur l'effet du projet a teinté son opinion quant au caractère raisonnable de ses efforts de consultation et quant à l'incidence des conditions recommandées par l'Office pour atténuer les effets négatifs potentiels du projet et tenir compte des droits et titres revendiqués par les demandeurs autochtones. C'est pourquoi la communication tardive de l'évaluation du projet – après la tenue de toutes les séances de consultation à l'exception d'une seule – a concouru à rendre le processus de consultation déraisonnable.

---

<sup>202</sup> *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc*, supra note 172 au para 47 et 61.

<sup>203</sup> *Enge v Mandeville et al*, supra note 199 au para 145 : « Where the duty to consult has been triggered, the Crown is required, at the outset of the process to make a preliminary assessment of the strength of the claim and the potential impact of the proposed decision on the asserted rights. The Crown's obligations also extend to providing the affected Aboriginal group with an opportunity to comment on these preliminary assessments. »

<sup>204</sup> *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, supra note 154 au para 52

<sup>205</sup> *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 153 aux paras 639-647.

Plusieurs facteurs militent en faveur de la communication de l'évaluation préliminaire. Un dialogue peut difficilement porter fruit s'il n'est pas basé dès le départ sur une même compréhension des droits donnant lieu à la consultation. Ce dialogue autour de la consultation devrait permettre d'exposer les différentes conceptions des droits qui sont en jeu. Cela est particulièrement important lorsque la Couronne délègue l'évaluation des droits à un tiers tel un tribunal administratif ou le promoteur, puisque leur conception des droits autochtones peut différer de celle du décideur gouvernemental qui s'appuiera sur leur travail pour prendre une décision. La décision *Prophet River First Nation (2015 BCSC)*<sup>206</sup> illustre bien cet enjeu; une fois un long processus de consultation complété, la commission environnementale chargée d'étudier le projet a remis un rapport au ministre responsable, qui a accepté le projet. La Cour a alors présumé que le ministre a adopté les motifs du rapport, sans toutefois expliciter ce qui lui permet de faire cette présomption.

En somme, il est plus sage pour la Couronne de toujours baser le processus sur une évaluation préliminaire<sup>207</sup> et de la communiquer à la nation visée, même si la Cour peut éventuellement se contenter de moins.

Selon la Cour divisionnaire de l'Ontario, pour qu'un processus de consultation et d'accommodement soit jugé « exemplaire », une fois l'évaluation préliminaire terminée, les parties à ce processus doivent signer un protocole de consultation afin de définir les

---

<sup>206</sup> *Prophet River First Nation v British Columbia (Environment)*, 2015 BCSC 1682 aux paras 147-148. : « There is no direct evidence of the extent to which the Ministers understood the government's obligation to First Nations with respect to the Project because the Ministers gave no reasons for their decision. For the purposes of this judicial review, I must therefore proceed on the assumption that the Ministers were satisfied, based primarily on the Consultation Report, that the government had adequately discharged its constitutional duty to consult and attempt to accommodate First Nations' interests. The Consultation Report must therefore be the starting point for assessing this issue. »

<sup>207</sup> Nigel Bankes, « Clyde River and Chippewas of the Thames: Some Clarifications Provided But Some Challenges Remain », en ligne : Ablawg <<https://ablawg.ca/2017/08/04/clyde-river-and-chippewas-of-the-thames-some-clarifications-provided-but-some-challenges-remain/>> (consulté le 28 août 2017): « I think that the best advice to a regulator is that its analysis should always be grounded in a strength of claim analysis. The Court may be satisfied with something less but when one looks at what the Court has said it is perhaps a strength of claim analysis without using that precise terminology. »

responsabilités de chacun et définir les sujets à discuter, dont ceux à caractère confidentiel<sup>208</sup>. Ces protocoles seront étudiés plus amplement à la section 3.3.

Concrètement, au Québec par exemple, la Couronne s'acquitte de la partie « déclenchement de l'obligation » en évaluant quelles pourraient être les nations autochtones touchées par la mesure qu'elle envisage à l'aide d'une carte géographique indiquant le territoire sur lequel chaque nation détient ou revendique des droits<sup>209</sup>. Elle envoie ensuite un avis aux nations potentiellement touchées leur exposant la décision envisagée avec les informations pertinentes<sup>210</sup>. Cet avis doit être spécifique au projet visé et non commun avec plusieurs autres avis envoyés dans une infolettre mensuelle ou encore au moyen d'un avis public<sup>211</sup>. L'ordre dans lequel ces actions sont complétées ne sera pas nécessairement linéaire, puisqu'une nouvelle information sur le projet peut, par exemple, pousser à redéfinir les impacts sur les droits ou à envisager d'autres mesures d'accommodement.

---

<sup>208</sup> *Wabauskang First Nation v Minister of Northern Development and Mines et al*, supra note 188 au para 231. : « In their submissions, counsel for Rubicon took the position that the consultation process was exemplary and counsel for Ontario asserted that this was a model for consultation. While Ontario did fulfill its duty to consult, I do not agree that the consultation process was exemplary or was a model for other projects. For example, areas of improvement at the outset, include the following: (a) establishing a protocol for consultation and accommodation; (b) agreeing on what subject matters will be discussed with whom; (c) agreeing on what matters are to be kept confidential as between which parties and what written communications are shared with non-recipients; (d) defining roles as between Ontario (...) and the Proponent (...) and the First Nation (...). »

<sup>209</sup> Québec (Province) et al, *Guide intérimaire en matière de consultation des communautés autochtones*, Québec, Secrétariat aux affaires autochtones, Direction des services à la clientèle, 2009 aux pp 8-9, en ligne : <<http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/1905549>>; Gouvernement du Québec, *Document d'information à l'intention des promoteurs et introduction générale aux relations avec les communautés autochtones dans le cadre de projets de mise en valeur des ressources naturelles*, Québec, 2015 aux pp 7-13.

<sup>210</sup> *Platinex Inc v Kitchenuhmaykoosib Inninuwug First Nation*, [2006] 4 CNLR 152 (ONSC) au para 90 : « The Crown must first provide the First Nation with notice of and full information on the proposed activity; it must fully inform itself of the practices and views of the First Nation; and it must undertake meaningful and reasonable consultation with the First Nation. »

<sup>211</sup> *Saugeen First Nation v Ontario (MNR)*, supra note 125 au para 49 : « First, where there is a duty to consult, the minimum Crown obligation is notice and the Crown must establish affirmatively that notice has been given. General public notice requirements under the Aggregates Resources Act do not include notice to an affected First Nation. Second, there is no evidence that the Project did come to SON's attention as a result of the public notices given by Hayes. Third, it would not be sufficient to show that the Project came to the attention of some member of SON. (...). »

Une fois que la Couronne a complété et communiqué son évaluation préliminaire, elle peut entamer la consultation à proprement parler, puis prendre des mesures d'accommodement en fonction des résultats des consultations<sup>212</sup>.

## **2.2 Le déroulement du processus de consultation et d'accommodement**

Sans grande surprise, le processus découlant de l'obligation comporte une première phase de consultation puis une phase d'accommodement. Comme nous le verrons, les accommodements doivent résulter du processus de consultation. Cette section traitera précisément du processus de consultation et d'accommodement par la Couronne ainsi que de la délégation de l'obligation à un organisme administratif tel l'ONÉ, par exemple. Leur mise en œuvre par les différents paliers gouvernementaux peut varier en fonction de l'importance et de la complexité du projet, par exemple, dans *Nation Gitxaala* le processus mis en place était plus complexe :

1. La phase I prévoyait l'engagement direct du Canada auprès des groupes autochtones avant le processus de la Commission d'examen conjoint, notamment au moyen de consultations sur l'ébauche de l'entente relative à la Commission d'examen conjoint et le mandat de la Commission d'examen conjoint.
2. La phase II exigeait que le Canada fournisse des renseignements aux groupes autochtones au sujet du processus de la Commission d'examen conjoint en cours.
3. La phase III prévoyait la participation du Canada et des groupes autochtones au processus de la Commission d'examen conjoint.
4. La phase IV prévoyait la tenue de consultations directes supplémentaires entre le Canada et les groupes autochtones après le processus de la Commission d'examen conjoint, mais avant l'examen du projet par le gouverneur en conseil.
5. La phase V prévoit la tenue de consultations supplémentaires sur les permis ou les autorisations que le Canada pourrait être appelé à accorder suivant la décision du gouverneur en conseil relativement au projet.<sup>213</sup>

Il est important de garder en tête que les étapes constituant l'obligation ne sont pas nécessairement linéaires et que la frontière entre consultation et accommodement peut être assez

---

<sup>212</sup> *Platinex Inc v Kitchenuhmaykoosib Inninuwug First Nation*, supra note 210 au para 90 : « (...) The Crown must first provide the First Nation with notice of and full information on the proposed activity; it must fully inform itself of the practices and views of the First Nation; and it must undertake meaningful and reasonable consultation with the First Nation. »

<sup>213</sup> *Nation Gitxaala c Canada*, 2016 CAF 187 au para 190.

poreuse; une consultation qui ferait ressortir des enjeux différents de ce que qui avait été envisagé dans l'évaluation préliminaire obligerait la Couronne à modifier ou à élever le processus de consultation sur le spectre avant de terminer la phase des accommodements, par exemple<sup>214</sup>.

Le but de l'obligation est d'arriver à une compréhension mutuelle de ce que la décision envisagée par la Couronne pourrait avoir comme « effets potentiels sur les droits [ancestraux et] issus de traités et les possibles accommodements » à ceux-ci<sup>215</sup>. La mise en œuvre de la consultation et des accommodements doit permettre aux nations autochtones de participer à la prise de décision concernant leurs territoires ancestraux et de concilier les intérêts de la nation avec ceux de la Couronne<sup>216</sup>. Au cœur de l'obligation, on retrouve une opposition entre une approche téléologique<sup>217</sup> visant la proportionnalité des atteintes et une approche plus procédurale, qui permet de porter atteinte aux droits autochtones tant que le processus a été respecté et qui permet ainsi d'éliminer les incertitudes pour la Couronne et les tiers<sup>218</sup>. Cette dernière approche semble être majoritaire au sein de la jurisprudence<sup>219</sup>.

## **La consultation**

L'objectif de la consultation est de permettre la conciliation des intérêts des parties pour que chacun soit emmené à faire des concessions<sup>220</sup> et que les nations autochtones touchées puissent participer aux décisions relatives à leurs terres<sup>221</sup>. La Couronne ne doit donc pas simplement

---

<sup>214</sup> *Première nation Tlingit de Taku River c Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, supra note 197 au para 29.

<sup>215</sup> *Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc*, supra note 193 au para 49.

<sup>216</sup> *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, supra note 33 au para 17 et 87; *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, supra note 4 aux paras 76-77.

<sup>217</sup> Newman, supra note 22 à la p 208.

<sup>218</sup> Lorne Sossin, « The Duty to Consult and Accommodate: Procedural Justice as Aboriginal Rights » (2009) 23 *Can J Adm Law Pract* 94 aux pp 107-109.

<sup>219</sup> *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, supra note 33 au para 78; *Nation Gitxaala c Canada*, supra note 213 au para 232.

<sup>220</sup> *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, supra note 4 au para 48.

<sup>221</sup> *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, supra note 33 aux paras 16-17.

mettre en place un processus de discussion et d'échange d'informations; elle doit s'assurer qu'il y ait un dialogue significatif ou véritable<sup>222</sup>.

Les lignes directrices que je dégage d'une analyse de la jurisprudence pour déterminer ce qu'est une consultation adéquate recourent les critères permettant de fonder un recours alléguant une procédure inadéquate, ce dont il sera question plus loin. Chaque consultation étant évaluée en fonction des faits qui lui sont propres, il serait trompeur d'inférer une règle générale quant à ce qui constitue une consultation significative.

En plus des facteurs généraux de l'honneur de la Couronne et de la bonne foi mentionnés précédemment, j'ai identifié les facteurs « spécifiques » suivants qui ont été pris en compte par la jurisprudence pour déterminer si l'obligation a été remplie<sup>223</sup> : est-ce que la mesure proposée était ouverte au changement ou totalement déterminée au moment de la consultation? Est-ce que la position de la Couronne a changé à la lumière de la consultation? Combien de temps a été pris pour consulter et accommoder la nation? Peut-on détecter des indices de bonne foi de la part de la Couronne, notamment quant au contenu de l'accommodement et au montant d'argent qui a été investi pour le mettre en œuvre? Est-ce que les droits autochtones revendiqués ont été reconnus à leur juste valeur? Est-ce que toute l'information importante et pertinente a été révélée à la nation? Est-ce qu'elle a pu participer à la discussion concernant les mesures d'accommodement?

Dans *West Moberly First Nations*, la Cour a aussi considéré les facteurs suivants : est-ce que la Couronne a tenu compte de l'état actuel du territoire visé par la mesure envisagée, notamment le contexte historique, les infractions passées, les impacts cumulatifs et les conséquences

---

<sup>222</sup> *Wii'litswx v British Columbia (Minister of Forests)*, *supra* note 168 au para 178 : « The Crown's obligation to reasonably consult is not fulfilled simply by providing a process within which to exchange and discuss information. The consultation must be meaningful. Meaningful consultation is characterized by good faith and an attempt by both parties to understand each other's concerns, and move to address them in the context of the ultimate goal of reconciliation of the Crown's sovereignty with the aboriginal rights enshrined in s. 35 of the Constitution Act. (...) Ultimately, the adequacy of the Crown's approach will be judged by whether its actions, viewed as a whole, provided reasonable interim accommodation for the asserted aboriginal interests, given the context of balance and compromise that is required. »

<sup>223</sup> Lorne Sossin, *supra* note 218 à la p 102.

potentielles directes et indirectes de la mesure envisagée<sup>224</sup>? L'importance de considérer les impacts cumulatifs en tant que contexte des nouvelles atteintes potentielles a été confirmée par la CSC récemment<sup>225</sup>.

Pour qu'une consultation soit significative, elle doit avoir lieu dès la définition du projet jusqu'à sa fin; la mise en branle d'opportunités de consultation dès la première décision de la Couronne dans le projet est déterminante<sup>226</sup>. La possibilité qu'une décision discrétionnaire future permette de préserver les droits autochtones ne suffit pas à remplir l'obligation<sup>227</sup>. Ainsi, l'obligation peut se déclencher lorsque des acteurs gouvernementaux se concertent dans le but de modifier un processus d'évaluation environnemental d'un gazoduc pouvant intéresser une nation<sup>228</sup>.

Lorsqu'un projet nécessite plusieurs permis, par exemple un permis pour aménager le site où seront entrepris des travaux, la Couronne n'a pas nécessairement besoin d'attendre que la consultation de l'ensemble du projet soit terminée avant de délivrer le premier permis

---

<sup>224</sup> *West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247 aux paras 117 et 119: « [117] I do not understand *Rio Tinto* to be authority for saying that when the “current decision under consideration” will have an adverse impact on a First Nations right, as in this case, that what has gone before is irrelevant. Here, the exploration and sampling projects will have an adverse impact on the petitioners’ treaty right, and the historical context is essential to a proper understanding of the seriousness of the potential impacts on the petitioners’ treaty right to hunt. (...) [119] To take those matters into consideration as within the scope of the duty to consult, is not to attempt the redress of past wrongs. Rather, it is simply to recognize an existing state of affairs, and to address the consequences of what may result from pursuit of the exploration programs. (...) »

<sup>225</sup> *Chippewas of the Thames First Nation c Pipelines Enbridge inc*, *supra* note 172 aux paras 41-42.

<sup>226</sup> *Louis v British Columbia (Minister of Energy, Mines, and Petroleum Resources)*, *supra* note 179 au para 104 : « Indeed, high-level decisions that will affect the regulatory process itself may require consultation. In *Kwikwetlem First Nation v. British Columbia (Utilities Commission)*, 2009 BCCA 68, this court required the commission to engage in consultations with the First Nation at a preliminary stage of its process – the stage at which it was determining the scope of its inquiries. The Court stated, at paragraph 70 that “If consultation is to be meaningful, it must take place when the project is being defined and continue until the project is completed.” »

<sup>227</sup> *Wii'litswx v British Columbia (Minister of Forests)*, *supra* note 168 au para 186 : « (...) While consultation at the operational level is desirable, I am not satisfied that reliance on future discretionary decisions, over which Mr. Warner has no control, can be viewed as reasonable accommodation for the decision to replace the FLs. That decision was the first step, and the only strategic step, in the process that would ultimately permit logging on Gitanyow traditional territory. (...) »

<sup>228</sup> *Canada (Gouverneur général en conseil) c. Première Nation Crie Mikisew*, *supra* note 167 au para 46; *Première Nation Dene Tha' c Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2006 CF 1354 aux paras 100, 107-110 : « L'obligation de consulter est née, au plus tôt, quand le Plan de coopération fut envisagé – c'est-à-dire avant sa mise au point en 2002. Elle est née au plus tard avant la signature de l'accord CEC. S'agissant de la présente affaire, il n'est nullement nécessaire de déterminer une date plus précise puisqu'aucune consultation n'a eu lieu durant la mise sur pied du Plan de coopération, ni même celle des autres processus d'examen réglementaire, et cela jusqu'au 15 juillet 2004. »

d'aménagement si l'atteinte potentielle est mineure<sup>229</sup>. Cependant, elle devra suspendre l'émission du permis lorsque la nation allègue une atteinte importante à un droit en particulier, afin de permettre d'évaluer l'ensemble des impacts du projet sur ce droit; il serait absurde d'aménager un terrain pour que soit ensuite refusé le permis de construction.

Selon l'intensité de l'obligation en l'espèce sur le spectre de consultation et d'accommodement, l'impératif de réconciliation implique parfois de donner des moyens techniques, administratifs<sup>230</sup> et financiers<sup>231</sup> aux nations autochtones, notamment pour prendre connaissance de l'imposante quantité d'informations transmises<sup>232</sup>.

Lorsque la demande de financement d'une nation relativement à un processus de consultation et d'accommodement en particulier est raisonnable, la Couronne doit motiver le refus d'octroyer un tel financement, surtout lorsque la nation doit utiliser ses propres ressources financières pour un projet dont elle ne tirera aucun profit<sup>233</sup>. Dans *Saugeen*, la Cour a considéré qu'il était

---

<sup>229</sup> *Louis v British Columbia (Minister of Energy, Mines, and Petroleum Resources)*, supra note 179 aux paras 111-113 : « The Stelat'en assert that the early permits should not have been issued until a decision had been made on the appropriateness of the project as a whole. (...) This argument might well have considerable force if the Stelat'en had asserted that the relatively minor disturbances envisioned by the early permits had significant adverse impacts on their asserted Aboriginal rights. Indeed, even relatively minor impacts might have militated in favour of delaying consideration of the applications so that they could be considered along with the other applications critical to the expansion project. The Stelat'en did not, however, make any assertion that specific Aboriginal rights would be adversely affected by the early authorizations. The Crown officials who issued the permits concluded, in the absence of any substantive response from the Stelat'en, that the relatively small and already highly-disturbed areas involved would not seriously affect asserted rights. »

<sup>230</sup> *Wabauskang First Nation v Minister of Northern Development and Mines et al*, supra note 188 au para 232 : « In addition, it would be reasonable for a First Nation to ask for funding for administrative assistance. It is clear from the comprehensive record assembled by each of Rubicon and Ontario as opposed to the less detailed record assembled by WFN that the former had professionals assigned to the tasks arising from consultation and accommodation and the latter did not. »

<sup>231</sup> *Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc*, supra note 193 aux paras 47-48.

<sup>232</sup> *Halalt First Nation v British Columbia (Environment)*, 2011 BCSC 945 au para 162 : « From 2005 to 2007 EAO provided funding support to Halalt to retain technical expertise, including a hydrogeologist, and to review the Application and additional documents prepared and submitted by the Proponent. » ; *Dene Tha' First Nation v British Columbia (Minister of Energy and Mines)*, supra note 200 au para 20 : « The agreement obliged the Province to provide the DTFN [Dene Tha' First Nation] with capacity funding in the approximate amount of \$450,000 annually, for its assistance in reviewing and responding to oil and gas referrals at both the pre-tenure and activity applications stages. » Newman, supra note 22 à la p 71; Calla et Jules, « Jurisdiction vital for First Nations in nation-to-nation relationship » (9 juillet 2017), en ligne : Vancouver Sun <<http://vancouversun.com/opinion/oped/opinion-jurisdiction-critical-for-first-nations-in-a-nation-to-nation-relationship>> (consulté le 15 août 2017) Cet article propose une réflexion sur l'autonomie financière en tant que condition à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones.

<sup>233</sup> Newman, supra note 22 à la p 71.

raisonnable que la nation touchée refuse de dépenser ses propres ressources financières pour évaluer le projet d'un tiers :

SON has limited resources. It does not participate in consultations as a party to the Project. The expense of consultation arises as a result of a proponent's desire to pursue a project, usually for gain, and the Crown's desire to see the project move ahead. The Crown should not reasonably expect SON to absorb consultation costs from SON's general resources in these circumstances.<sup>234</sup>

Dans *Chartrand*<sup>235</sup>, le refus de la Couronne de reconnaître des droits revendiqués non prouvés empêchait la nation de recevoir un certain financement pour la consultation en vertu de contraintes réglementaires; la Cour a jugé qu'en niant à la nation l'accès au financement et en ne reconnaissant pas les droits non prouvés pour les fins de la consultation, la Couronne n'a pas respecté son obligation de consulter et d'accommoder.

Il existe des divergences jurisprudentielles quant au degré de formalisme devant empreindre les communications du processus de consultation et d'accommodement. Ainsi, certains tribunaux ont tenu compte d'une rencontre informelle avec un ministre avant l'autorisation d'un projet pour remplir l'obligation<sup>236</sup>. Le courant majoritaire considère que le processus suivi doit être clair et plus formel, par exemple que la nation doit être informée du fait que la Couronne entend passer par un tribunal administratif pour remplir l'obligation ou que la nation touchée n'est pas obligée d'entamer des communications avec la Couronne lorsqu'elle sait que des discussions de coulisse ont lieu entre un promoteur et la Couronne quant à un projet<sup>237</sup>.

---

<sup>234</sup> *Saugeen First Nation v Ontario (MNR)*, supra note 125 au para 159.

<sup>235</sup> *Chartrand v British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, supra note 108 au para 85 : « Further, there was some evidence that recognition of the potential Aboriginal claim might have significantly improved the KFN's ability to engage in meaningful consultation, in relation to both treaty and Aboriginal rights. The Crown's view that the KFN could not assert Aboriginal rights resulted in the KFN being considered to be ineligible for accommodation through the Forests and Range Opportunities Agreement. There was evidence of financial hardship that precluded the KFN from seeking independent advice. The misconception of their rights and claims, in my view, resulted in the KFN being offered inadequate consultation. »

<sup>236</sup> *Kruger inc c Première Nation des Betsiamites*, 2006 QCCA 569 au para 85 : « Il faut dire aussi qu'avant que le CAAF ne soit consenti à Kruger, les intimés ont rencontré le ministre des Ressources naturelles du Québec pour discuter du projet de Kruger. Il ne s'agissait peut-être pas d'une consultation formelle, mais on ne peut pas dire que le projet fut commencé sans que les intimés aient eu l'occasion de faire valoir des exigences. »

<sup>237</sup> *Chippewas of the Thames First Nation c Pipelines Enbridge inc*, supra note 172 au para 44; *Hupacasath First Nation v British Columbia (Minister of Forests) et al*, 2005 BCSC 1712 au para 269 : « While there is no doubt the HFN knew that Weyerhaeuser was trying to persuade the Crown to remove the land, there is no evidence that HFN

Pour éviter toute infraction aux droits potentiels grevant un territoire, la Couronne ou le promoteur peuvent obtenir de la nation concernée son consentement à l'exercice ses activités<sup>238</sup>, notamment grâce à une entente de répartition des avantages, qui sont généralement des contrats confidentiels bilatéraux négociés par les nations autochtones et les promoteurs de projet en réponse à certains problèmes, notamment écologiques et socioéconomiques, découlant d'un projet d'exploitation des ressources naturelles<sup>239</sup>.

La consultation est un processus qui doit se terminer éventuellement; le contexte et les informations en possession du décideur doivent être considérés pour déterminer si la décision de terminer la consultation était bien fondée. Le fait qu'il n'y ait pas eu de nouvelles réclamations présentées par la communauté autochtone visée appuie la décision de terminer la consultation<sup>240</sup>. Par contre, la Couronne ne peut pas clore le processus de consultation en réponse à des pressions externes, par exemple la volonté d'approuver un projet avant des élections<sup>241</sup>.

Les facteurs à étudier pour déterminer si un processus de consultation et d'accommodement est adéquat seront davantage étudiés dans la section sur la requête Haïda.

En résumé, pour remplir son obligation de consulter, la Couronne devra systématiquement aviser la nation touchée et lui fournir les informations relatives à la mesure envisagée, lui accorder un délai raisonnable pour répondre et répondre aux préoccupations autochtones avec bonne foi<sup>242</sup>. Finalement, lorsque nécessaire, la Couronne devra accommoder la nation visée.

---

leaders knew that a formal application had been made, or that the Crown was considering it. I do not find that the failure of the HFN to make representations to the Crown in the February – July 2004 period disentitles them from now seeking review of the Crown's failure to meet its duty to consult and accommodate. »

<sup>238</sup> *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, *supra* note 33 au para 97.

<sup>239</sup> Hitch et Fidler, *supra* note 5.

<sup>240</sup> *Pimicikamak et al v Her Majesty the Queen in Right of Manitoba et al*, *supra* note 112 au para 46 : « (...) contextual information need be considered to determine whether the ending of a consultation process was premature given the information before the decision maker. (...) A court's decision as to whether the termination of a consultation process was or was not reasonable may be assisted where the record supports the Crown contention that there were no new concerns raised. (...) »

<sup>241</sup> *Squamish Nation v British Columbia (Community, Sport and Cultural Development)*, *supra* note 181 aux paras 213-214 : « The evidence before me establishes, and I find as a matter of fact, that the timing of the election played an instrumental role in the Province's decision to bring the consultation process to a close. (...) The Crown may not conclude a consultation process in consideration of external timing pressures when there are outstanding issues to be discussed (...). »

<sup>242</sup> Newman, *supra* note 22 à la p 87.

## Les accommodements

Dans la poursuite de l'objectif de réconciliation, il est possible que des accommodements soient nécessaires après la consultation pour réduire au minimum les atteintes potentielles au droit revendiqué ou pour éviter un préjudice irréparable<sup>243</sup>. Cela n'est donc pas systématiquement exigé<sup>244</sup>, mais la pertinence des accommodements doit toujours être considérée :

La consultation qui exclurait dès le départ toute forme d'accommodement serait vide de sens. Le processus envisagé ne consiste pas simplement à donner aux Mikisew l'occasion de se défouler avant que la ministre fasse ce qu'elle avait l'intention de faire depuis le début.<sup>245</sup>

Les mesures d'accommodement doivent être adaptées aux préoccupations spécifiques mises de l'avant par les nations touchées lors de la phase de consultation<sup>246</sup>. Dans *Nation Haïda*, la CSC écrit que les accommodements doivent être perçus comme « la recherche d'un compromis dans le but d'harmoniser des intérêts opposés et de continuer dans la voie de la réconciliation<sup>247</sup> ».

Les accommodements servent aussi à balancer les préoccupations et les droits autochtones avec les autres intérêts sociétaux<sup>248</sup>, sans assurance que les intérêts autochtones auront le dessus. L'équilibre entre les intérêts sociaux et les droits autochtones doit être trouvé en tenant compte que l'obligation de consulter et d'accommoder est une obligation constitutionnelle qui fait naître un intérêt public spécial en faveur du respect de l'obligation et qui l'emporte sur les préoccupations économiques<sup>249</sup>.

---

<sup>243</sup> *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, supra note 4 au para 47.

<sup>244</sup> *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, supra note 17 au para 81; *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, supra note 4 aux paras 49-50.

<sup>245</sup> *Première nation crie Mikisew c Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, supra note 59 au para 54.

<sup>246</sup> *Nation Gitxaala c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1336 au para 308 : « (...) il n'était pas compatible avec l'obligation de consultation et l'obligation de négociation honorable que le Canada se contente d'affirmer que les répercussions du projet seraient atténuées sans d'abord discuter de la nature et de la portée des droits qui seraient touchés. Pour que les demandeurs/appelants Premières nations puissent consulter et évaluer les répercussions du projet sur leurs droits, un dialogue respectueux sur les droits revendiqués doit d'abord avoir eu lieu. Une fois que l'obligation de consulter est reconnue, une omission de consulter ne peut être justifiée en passant directement à l'étape des accommodements. (...) »

<sup>247</sup> *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, supra note 4 au para 49.

<sup>248</sup> *Ibid* au para 50.

<sup>249</sup> *Chippewas of the Thames First Nation c Pipelines Enbridge inc*, supra note 172 au para 59; *Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc*, supra note 193 au para 40.

La compensation financière et la redistribution des avantages découlant du projet peuvent faire partie de mesures d'accommodement adéquates<sup>250</sup>. Les critères proposés dans *Sparrow* et *Gladstone* peuvent aussi servir à évaluer le respect de la portion accommodement de l'obligation, notamment pour s'assurer qu'une compensation a été versée à la nation touchée avant l'atteinte aux droits et que l'atteinte aux droits a été réduite au minimum<sup>251</sup>.

Pour donner plus de mordant à l'obligation et favoriser le dialogue, les tribunaux ont ajouté qu'il était nécessaire pour la Couronne de justifier pourquoi les accommodements réclamés par la nation autochtone touchée n'étaient pas mis en œuvre<sup>252</sup>. La Couronne doit non seulement fournir des explications prouvant que la position de la nation autochtone a été considérée, mais justifier pourquoi les accommodements proposés par la nation n'étaient pas nécessaires, pragmatiques ou raisonnables.

Enfin, il est important de savoir que la personne ou l'organisme qui négocie avec la nation autochtone doit posséder la discrétion et les pouvoirs nécessaires pour accorder des mesures d'accommodement basées sur les conclusions ressortant de la consultation<sup>253</sup>.

## **La délégation de l'obligation à un organisme administratif**

Dans l'esprit de réconciliation et de déjudiciarisation des relations autochtones-Couronne, la CSC a énoncé que la Couronne pouvait clarifier les conditions procédurales de l'obligation par

---

<sup>250</sup> *Prophet River First Nation v British Columbia (Environment)*, supra note 206 au para 85 et 87 : « For both West Moberly and Prophet River, BC Hydro proposed to work with the Province to designate certain BC Hydro-owned lands as winter ungulate range, and to create a compensation fund of \$10 million for initiatives to address impacts to lands and resources used for traditional purposes for the benefit of all Aboriginal groups affected by the Project. (...) In addition to these offers, BC Hydro has also stated that it will provide economic benefits and capacity-building opportunities to Aboriginal people prior to and during the construction of the Project. This includes promoting partnerships between BC Hydro and Aboriginal businesses, and supporting programs and providing bursaries for trades and skills training for Aboriginal students. »

<sup>251</sup> Maria Morellato, *The Crown's Constitutional Duty to Consult and Accommodate Aboriginal and Treaty Rights*, 2008, part I; *R c Sparrow*, supra note 66 au para 78; *R c Gladstone*, supra note 52 aux paras 62-63.

<sup>252</sup> *West Moberly First Nations v British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, supra note 224 au para 144: « To be considered reasonable, I think the consultation process, and hence the "Rationale", would have to provide an explanation to the petitioners that, not only had their position been fully considered, but that there were persuasive reasons why the course of action the petitioners proposed was either not necessary, was impractical, or was otherwise unreasonable. Without a reasoned basis for rejecting the petitioners' position, there cannot be said to have been a meaningful consultation »; cité avec approbation dans *Prophet River First Nation v British Columbia (Environment)*, supra note 206 au para 164.

<sup>253</sup> Lorne Sossin, supra note 218 à la p 108.

le biais de réglementation ou de lignes directrices, notamment pour éviter qu'un décideur se retrouve avec un pouvoir discrétionnaire non balisé<sup>254</sup>.

La délégation à un organisme administratif est motivée par un souci d'efficacité; un ministre ne peut exercer personnellement l'ensemble des pouvoirs dont il est investi, sous peine de ralentir considérablement les activités gouvernementales<sup>255</sup>. Il est donc nécessaire de pouvoir déléguer certains pouvoirs à des fonctionnaires, à des organismes ou à des tribunaux administratifs qui pourront prendre diverses décisions et les appliquer avec une certaine flexibilité.

En conséquence, la Couronne peut déléguer l'évaluation du respect de l'obligation à un organisme administratif par l'entremise de sa loi habilitante. Cette loi a un caractère déterminant quant au rôle que le tribunal administratif peut jouer puisqu'il ne peut jamais outrepasser les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi<sup>256</sup>. L'organisme administratif, qui est souvent un tribunal administratif, peut donc être appelé soit à évaluer le respect de l'obligation, soit à exécuter l'obligation en elle-même, ou les deux.

Un tribunal ayant le pouvoir de décider des questions de droit aura la compétence de décider si l'obligation a été respectée par la Couronne, à moins que sa loi habilitante ne prévoie le contraire<sup>257</sup>. Un tribunal a le pouvoir d'entreprendre le processus de consultation et d'accommodement par lui-même lorsqu'il a les pouvoirs nécessaires pour mettre en œuvre la consultation, par exemple, le pouvoir d'ordonner des audiences, le pouvoir de demander plus d'informations sur le projet, de même que le pouvoir d'exiger des accommodements<sup>258</sup>. Par

---

<sup>254</sup> *Nation Haida c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, supra note 4 au para 51.

<sup>255</sup> Pierre Issalys et Denis Lemieux, *L'action gouvernementale - Précis de droit des institutions administratives*, 3e édition, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2009, sect 4.14.

<sup>256</sup> *Rio Tinto Alcan Inc c Conseil tribal Carrier Sekani*, supra note 108 aux paras 55-58; *Nation Gitxaala c Canada*, supra note 213 au para 175. Quant à savoir si cette délégation est la délégation des « aspects procéduraux » dont il est question dans *Nation Haida*, l'avis des tribunaux divergent. Dans *Nation Gitxaala*, la Cour d'appel fédérale considère que c'est le cas. Dans *Wabauskang First Nation v Minister of Northern Development and Mines et al*, supra note 188 au para 230, la Cour supérieure de l'Ontario semble aussi considérer que la délégation des « aspects procéduraux » doit se faire aux tribunaux administratifs et non au promoteur. Par contre, dans *Martin v Province of New Brunswick and Chaleur Terminals Inc*, 2016 NBQB 138, la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick considère que les « aspects procéduraux » peuvent être délégués au promoteur.

<sup>257</sup> *Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc*, supra note 193 au para 36.

<sup>258</sup> *Rio Tinto Alcan Inc c Conseil tribal Carrier Sekani*, supra note 108 au para 55 et 60; *Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc*, supra note 193 aux paras 30-34.

exemple, les municipalités ne sont pas débitrices de l'obligation de consulter et d'accommoder, puisque leurs lois constitutives ne leur octroient pas les pouvoirs nécessaires à la réalisation du processus consultatif<sup>259</sup>. La Cour a déjà tenu compte de « l'expérience » d'un tribunal administratif pour déterminer s'il était raisonnable pour la Couronne de lui déléguer une partie de l'obligation.<sup>260</sup>

La Couronne n'a pas besoin d'être partie aux procédures entreprises devant le tribunal administratif<sup>261</sup>, quoiqu'elle conserve toujours la responsabilité ultime de s'assurer que l'obligation a été remplie avant l'approbation du projet<sup>262</sup>.

Advenant que la Couronne souhaite que le tribunal administratif assume l'entièreté de l'obligation, elle devrait en informer d'avance la nation touchée<sup>263</sup>. Une communauté ayant droit à une consultation approfondie qui considère le processus dirigé par un tribunal administratif comme insuffisant peut faire des représentations devant ledit tribunal ou exiger la présence de la Couronne, à condition de le faire en temps opportun<sup>264</sup>.

Pour que le processus de consultation soit jugé adéquat, le tribunal administratif doit généralement motiver par écrit les différentes étapes du processus suivi, particulièrement lorsqu'on se trouve dans le haut du spectre ou lorsqu'une nation touchée soumet au tribunal administratif « des préoccupations relatives à la part d'obligations de la Couronne en

---

<sup>259</sup> *Neskonlith Indian Band v Salmon Arm (City)*, 2012 BCCA 379 au para 70 : « By virtue of Haida and Rio Tinto alone, then, it seems to me this appeal must fail as a matter of law. It is not for this court to create an exception to or modification of the very clear statements the Supreme Court has made. And while it is true that First Nations may experience difficulty in seeking appropriate remedies in the courts in cases like this one, it is also true that as creatures of statute, municipalities do not in general have the authority to consult with and if indicated, accommodate First Nations as a specific group in making the day-to-day operational decisions that are the diet of local governments. »

<sup>260</sup> *Nation Gitxaala c Canada*, *supra* note 213 aux paras 215 et 217 : « En l'espèce, nous sommes convaincus que le Canada n'a pas indûment délégué son obligation de consulter à la Commission d'examen conjoint (...). [N]ous retenons l'argument du procureur général selon lequel la loi donnait à la Commission d'examen conjoint le mandat d'examiner les questions d'atténuation, les questions d'évitement et les questions environnementales relatives au projet et la Commission d'examen conjoint avait l'expérience nécessaire pour le faire. »

<sup>261</sup> *Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc*, *supra* note 193 au para 39.

<sup>262</sup> *Chippewas of the Thames First Nation c Pipelines Enbridge inc*, *supra* note 172 aux paras 36-37.

<sup>263</sup> *Ibid* au para 44.

<sup>264</sup> *Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc*, *supra* note 193 au para 22.

particulier », critère plutôt vague, il faut bien l'admettre<sup>265</sup>. Cela ne va toutefois pas jusqu'à exiger une analyse conforme à celle proposée dans *Nation Haida*.

Une consultation approfondie par le tribunal administratif, soit dans le haut du spectre de consultation, exigerait en plus qu'il indique comment les préoccupations autochtones ont été prises en compte<sup>266</sup>. Autrement dit, il devra montrer qu'il a pris en considération les droits ancestraux ou issus de traités impliqués et expliciter les accommodements découlant des préoccupations.

Lorsque la nation autochtone fait part de ses préoccupations quant au processus consultatif mené par le tribunal et qu'elle ne se situe pas au bas du spectre de consultation, le tribunal administratif devra alors aussi rendre des motifs écrits séparément de l'évaluation environnementale du projet expliquant comment les préoccupations autochtones ont été considérées et intégrées au projet<sup>267</sup>. Cette motivation de la décision permet de faire avancer le processus de réconciliation en explicitant comment les droits autochtones ont été considérés et intégrés dans la conception du projet ainsi qu'en permettant de prendre des décisions mieux structurées.

Une fois le rapport de l'organisme administratif remis à la Couronne, celle-ci ne peut se contenter d'en résumer les conclusions; elle doit elle-même consulter les nations touchées sur ces conclusions et les résumer pour s'assurer que le processus a été adéquat et que l'ensemble des droits allégués ou prouvés ont été pris en compte<sup>268</sup>.

Finalement, advenant que le processus suivi par le tribunal administratif ne permette pas de satisfaire l'obligation, la Couronne devra soit corriger les problèmes individuellement (par exemple en exigeant de pouvoir présenter des observations au tribunal administratif, en

---

<sup>265</sup> *Ibid* aux paras 41-42; *Chippewas of the Thames First Nation c Pipelines Enbridge inc*, *supra* note 172 au para 63.

<sup>266</sup> *Chippewas of the Thames First Nation c Pipelines Enbridge inc*, *supra* note 172 au para 63.

<sup>267</sup> *Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc*, *supra* note 193 au para 42.

<sup>268</sup> *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, *supra* note 205 au para 727 : « Brillent aussi par leur absence de l'analyse des consultations le droit de pêche constitutionnel des Stó:lō et l'examen par le Canada de ce droit, ainsi qu'une explication sur la manière dont le processus de consultation a joué dans l'évaluation ultime par le Canada des effets du projet sur les Stó:lō. De véritables consultations ne se résument pas à réitérer les conclusions de l'Office et ses conditions, sans examiner les préoccupations particulières soulevées par les Stó:lō sur ces conclusions. »

demandant le réexamen ou le report de la décision) ou modifier le cadre législatif ou réglementaire créant un système problématique<sup>269</sup>. Ainsi, le gouverneur en conseil détient le pouvoir « [d']assortir de conditions le certificat d'utilité publique qu'il ordonne à [l'organisme administratif] de délivrer. »<sup>270</sup>

En matière d'évaluation environnementale, la relation particulière que la Couronne entretient avec les peuples autochtones exige que celle-ci noue un dialogue particulier avec les peuples autochtones et ne fasse pas simplement prendre le pouls de leurs préoccupations comme elle le fait de celui de la population en général<sup>271</sup>. Dans *Chippewas*, la CSC a insisté sur le fait qu'en l'espèce, la consultation du tribunal administratif n'avait pas été intégrée à une évaluation environnementale et avait été jugée adéquate. À l'opposé, dans *Clyde river* la consultation du tribunal administratif était intégrée à l'évaluation environnementale et elle a été jugée insuffisante<sup>272</sup>. Évidemment, ce facteur doit être pris en considération avec l'ensemble des faits de *Chippewas*, soit que les éléments de preuves présentés ont été examinés, que les droits en jeu ont été identifiés, que le tribunal administratif a communiqué les risques posés par le projet à l'encontre des droits et intérêts autochtones et qu'il a imposé des accommodements pour remédier aux effets du projet sur les droits et intérêts. Le fait que les conclusions du tribunal administratif relatives aux droits, aux atteintes et aux accommodements nécessaires aient été faites par écrit semble avoir eu un poids non négligeable dans la décision de la Cour.

Advenant que la nation autochtone touchée par la mesure ne soit pas satisfaite du processus de consultation et d'accommodement, plusieurs recours s'offrent à elle dépendamment de sa situation.

---

<sup>269</sup> *Ibid* au para 22; Banks, *supra* note 207. Suite aux décisions de la CSC dans *Clyde river* et *Chippewas*, Nigel Banks considère que la prise en charge totale de l'obligation par un tribunal administratif pourrait être beaucoup plus complexe que ce que laisse entrevoir la Cour, notamment parce qu'un projet peut exiger certaines actions pour lesquelles le tribunal administratif ne sera pas adéquatement outillé, comme la considération des impacts cumulatifs du projet et l'évaluation de ses impacts hydriques.

<sup>270</sup> *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, *supra* note 205 au para 634.

<sup>271</sup> *Première nation crie Mikisew c Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, *supra* note 59 au para 64.

<sup>272</sup> *Chippewas of the Thames First Nation c Pipelines Enbridge inc*, *supra* note 172 au para 64.

## 2.3 Les recours des nations autochtones à l'encontre de la Couronne

Plusieurs recours sont disponibles pour assurer le respect des droits autochtones par la Couronne, les plus importants étant l'injonction et la révision judiciaire, aussi nommée requête Haïda dans le contexte de l'obligation de consulter et d'accommoder<sup>273</sup>. Une fois que la nation considère que l'obligation n'a pas été respectée, le remède disponible varie en fonction du stade de consultation auquel les parties sont rendues<sup>274</sup>; il est possible que plusieurs recours soient entamés de manière concurrente<sup>275</sup>. On constate parfois une confusion dans les jugements quant à la réparation qui doit être accordée<sup>276</sup>. Je survolerai dans cette section les divers recours pertinents pour ensuite approfondir leur application.

Considérant l'objectif préventif de l'obligation<sup>277</sup>, la requête Haïda peut être déposée lorsqu'il est encore possible d'ordonner la consultation de façon effective. Certains tribunaux préfèrent que la consultation soit terminée avant qu'un recours soit entrepris<sup>278</sup> tandis que d'autres laissent

---

<sup>273</sup> *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, supra note 4 aux paras 13-14; dans *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, supra note 33, para 89, la Cour mentionne la possibilité d'entamer un recours en dommages-intérêts; nous reviendrons sur ce point plus loin. Dans *Athabasca Chipewyan First Nation v Alberta (Minister of Energy)*, 2011 ABCA 29 au para 22, on mentionne également la possibilité de recourir à un jugement déclaratoire.

<sup>274</sup> Newman, supra note 22 à la p 78.

<sup>275</sup> *Kruger inc c Première Nation des Betsiamites*, supra note 236 au para 49 : « Il résulte que, dans ces circonstances, si un gouvernement ne consulte pas le peuple autochtone, celui-ci jouit d'un recours supplémentaire (appelons-le « La requête Haïda ») à ceux que sont l'injonction finale, l'injonction interlocutoire, l'injonction provisoire ou l'ordonnance de sauvegarde. En d'autres mots, sous réserve de ses procédures en injonction et indépendamment de celles-ci, le peuple autochtone qui prétend ne pas avoir été consulté ou ne pas jouir de mesures d'accommodement appropriées peut, par une requête Haïda, faire constater l'absence de consultation ou l'insuffisance des mesures d'accommodement et obtenir une réparation quelconque. »

<sup>276</sup> Stevenson, supra note 10 aux pp 368-369.

<sup>277</sup> *R v Lefthand*, supra note 141 au para 164 : « The importance of considering procedural rights in advance of substantive rights in cases where meaningful consultation can be effectively ordered was also demonstrated in Haida Nation. (...) »

<sup>278</sup> *Nation Gitxaala c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, supra note 213 au para 54 : « Je conviens aussi avec les défendeurs qu'il est prématuré que la Cour intervienne dans le processus [avant] que celui-ci ne soit arrivé à son terme. Comme je l'ai déjà indiqué, l'argument de la Nation Gitxaala repose sur la présomption que la [Commission conjointe d'évaluation environnementale] ignorera ses préoccupations et les éléments de preuve susceptibles de contredire les conclusions du Comité d'examen TERMPOL [Technical Review Process of Marine Terminal Systems and Transshipment], aussi convaincants puissent-ils être. Il me semble toutefois que la Cour ne doit pas agir sur la foi de présomptions. Rien ne donne à penser que la CC ne recueillera pas équitablement les préoccupations de la Nation Gitxaala, qu'elle ne pondérera pas toute la preuve disponible et qu'elle ne parviendra pas à ses propres conclusions. Si elle n'agit pas équitablement ou si la Couronne manque en définitive à son

entendre qu'une nation souhaitant contester le spectre de consultation doit le faire dès qu'on lui annonce le niveau de consultation entrepris<sup>279</sup>. La CSC considère que la révision judiciaire est le véhicule adéquat pour contester l'étendue du spectre de consultation<sup>280</sup>.

Avant une décision de la Couronne pouvant porter préjudice aux droits autochtones, la nation peut prendre un recours en injonction pour faire respecter ses droits. Or, la CSC a indiqué que parmi les recours, certaines considérations militent en défaveur de l'utilisation de l'injonction<sup>281</sup> :

Premièrement, [...] elle peut ne pas faire apparaître toute l'obligation du gouvernement, qui [...] incombe au gouvernement. Deuxièmement, elle représente généralement la solution du tout ou rien. Ou le projet se poursuit, ou il s'arrête. Par contre, l'obligation de consulter et d'accommoder invoquée en l'espèce nécessite, de par sa nature même, une mise en balance des intérêts autochtones et des intérêts non autochtones et se rapproche donc de l'objectif de conciliation qui est au cœur des rapports entre la Couronne et les Autochtones [...]. Troisièmement, le critère de la balance des inconvénients fait pencher la balance du côté de la protection des emplois et des recettes de l'État, de sorte que les intérêts autochtones tendent à « être écartés » totalement jusqu'à ce que la question en litige ait été tranchée de façon définitive, au lieu d'être convenablement mis en balance avec les préoccupations opposées [...]. Quatrièmement, l'injonction interlocutoire est considérée comme une mesure corrective provisoire jusqu'à ce que le tribunal ait statué sur la question litigieuse fondamentale. Les affaires portant sur des revendications autochtones peuvent être extrêmement complexes et prendre des années [...] avant d'être tranchées par les tribunaux. L'application d'une injonction interlocutoire pendant une si longue période pourrait causer des préjudices inutiles et pourrait inciter la partie en bénéficiant à faire moins de compromis. Même si les revendications autochtones sont et peuvent être réglées dans le cadre de litiges, il est préférable de recourir à la négociation pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones.

Les tribunaux sont déchirés sur la question des recours visant à obtenir des dommages-intérêts pour une atteinte au droit d'être consulté. La CSC considère que lorsque l'obligation de consulter n'a pas été menée à temps, le préjudice aux droits de la nation touchée peut être réparé par

---

obligation générale de consulter les Premières nations touchées, y compris la Nation Gitxaala, la Cour pourra intervenir. »

<sup>279</sup> *Martin v Province of New Brunswick and Chaleur Terminals Inc*, supra note 256 au para 127 : « As previously mentioned, the Province concluded that the Project triggered the duty to consult at the low range of the consultation spectrum. Since the DTC Determination wasn't challenged, I accept that it was accurately assessed at the time. »

<sup>280</sup> *Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc*, supra note 193 au para 24.

<sup>281</sup> *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, supra note 4 aux paras 12-15.

dommages-intérêts<sup>282</sup>, quoique cela soit peu visible dans la jurisprudence. D'autres tribunaux considèrent plutôt qu'il serait difficile d'accorder des réparations pécuniaires pour une infraction au droit d'être consulté, car cette obligation vise à prévenir l'atteinte à des droits constitutionnels culturels dont la perte est extrêmement difficile à quantifier<sup>283</sup>.

Enfin, peu importe le véhicule procédural choisi, l'objectif de conciliation exige que les actes de procédure soient étudiés par les tribunaux avec flexibilité et non avec formalisme, pour permettre que justice soit rendue aux peuples autochtones et non que les litiges avortent pour des raisons procédurales<sup>284</sup>.

## L'injonction

Le recours en injonction est utilisé dans des circonstances d'urgence où une nation souhaite restreindre une activité ou une décision ayant le potentiel d'affecter négativement ses droits, généralement lorsqu'aucune consultation n'a été entamée<sup>285</sup>. L'injonction peut donc être entendue avant la requête Haïda en cas d'urgence<sup>286</sup>.

---

<sup>282</sup> *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, supra note 33, para 89; *Rio Tinto Alcan Inc c Conseil tribal Carrier Sekani*, supra note 108 au para 49.

<sup>283</sup> *Tłı̨chǰ Government v Canada (Attorney General)*, 2015 NWTSC 9 aux paras 70-71 : « Justice Kilpatrick found that although there were certain damages that might be sustained to Inuit beneficiaries which could be calculated, such as fees arising from compliance with the licensing regulations, others, including loss of enjoyment of culture or the traditional Inuit lifestyle, were not quantifiable in practical terms. (...) A breach of the duty to consult may result in irreparable harm. Consultation in a manner that conforms to the legal obligations of the consulting party must occur before the impugned activity takes place. As it is aimed at fostering agreement, consultation which occurs after the fact will likely be largely meaningless and the harm that ensues cannot be compensated through damages. (...) »; *Wahgoshig First Nation v Her Majesty the Queen in Right of Ontario et al*, 2012 ONSC 7708 au para 53 : « Canadian jurisprudence has recognized that the lost opportunity to be meaningfully consulted and obtain accommodation for impacts on treaty and Aboriginal rights constitutes irreparable harm. In *Platinex*, it was held, at paras. 79 and 89, that for consultation to have any meaning, it must take place « before any activity begins and not afterwards or at a stage where it is rendered meaningless », and that harm from such a result cannot be compensated for by way of damages. (...) »

<sup>284</sup> *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, supra note 33 au para 23.

<sup>285</sup> Newman, supra note 22 à la p 78.

<sup>286</sup> *Kruger inc c Première Nation des Betsiamites*, supra note 236 au para 50 : « Comme la requête Haïda est en réalité une procédure interlocutoire, en théorie rien ne s'oppose à ce que la partie requérante recherche une ordonnance de sauvegarde en attendant que le tribunal puisse entendre la requête. Mais, dans ce cas, encore faut-il que la situation soit d'une extrême urgence. »

Le recours en injonction interlocutoire pour non-respect de l'obligation de consulter doit satisfaire aux critères de *common law* édictés dans *RJR Macdonald*<sup>287</sup>.

1. Il existe une question sérieuse à juger;
2. Le refus de l'injonction causera un préjudice irréparable;
3. La prépondérance des inconvénients favorise l'octroi de l'injonction.

La jurisprudence a éventuellement adapté ces critères au contexte du droit autochtone. Ainsi, le fardeau de preuve quant au dommage irréparable est différent de par l'aspect constitutionnel des droits ancestraux; on doit prouver une probabilité raisonnable et non une certitude<sup>288</sup>. Une simple allégation de non-respect de l'obligation de consulter ne relève pas la nation qui demande l'injonction du fardeau d'établir au moins une probabilité raisonnable de dommage irréparable, par exemple une atteinte à des ressources liées à un droit autochtone particulier ou une impossibilité d'être adéquatement consulté une fois les travaux entamés<sup>289</sup>.

Un dommage irréparable aux intérêts autochtones a été constaté lors d'activités de foresterie, d'excavation ou d'autres activités de développement ayant un impact sur des lieux culturels tels des lieux sacrés ou des cimetières<sup>290</sup>. Dans *Ahousaht First Nation*, il a été jugé que la nation Ahousaht subissait un préjudice irréparable lors de l'émission de permis de pêche à des tiers en ce qu'elle ne peut alors plus négocier avec la Couronne l'articulation de son droit ancestral de

---

<sup>287</sup> *RJR -- Macdonald Inc c Canada (Procureur général)*, [1994] 1 RCS 311; *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, *supra* note 4 au para 12.

<sup>288</sup> *Th̓ch̓q̓ Government v Canada (Attorney General)*, *supra* note 283 au para 68 : « Both Homalco and Wahgoshig were cases where the applicants alleged there was a breach of the duty to consult. In my view, however, the proposition that an applicant need show only a reasonably likelihood of irreparable harm is applicable to any case where a breach of a constitutional right is alleged. To hold otherwise would create an impossible standard in cases where applicants seek to prevent the often intangible and somewhat unpredictable types of harm which can flow from a breach of constitutional rights. »

<sup>289</sup> *Sipekne'katik v Nova Scotia (Environment)*, 2016 NSSC 178 au para 39 : « It is clear from these decisions that an allegation of a breach of the duty to consult and accommodate does not relieve the applicant for a stay from the burden of establishing at least a reasonable likelihood of irreparable harm. That harm could take the form of damage to resources which are subject to aboriginal rights such as the right to harvest. It could also be an impairment of the ability to consult in a meaningful fashion because of intervening events. For example, in Taseko Mines the exploration activities would have taken place prior to the final hearing and the damage to the land could not be undone. In that situation, a subsequent judicial review decision requiring consultation would be moot. »

<sup>290</sup> *Wahgoshig First Nation v Her Majesty the Queen in Right of Ontario et al*, *supra* note 283 au para 52 : « Irreparable harm to Aboriginal peoples has further been judicially recognized when activities such as logging (...), excavation (...) and other development activities would interfere with or damage culturally significant sites and artifacts such as burial sites and sacred sites. »

pêche (reconnu par les tribunaux) sans qu'il y ait de contraintes systémiques à la négociation<sup>291</sup>; sans l'injonction, un cadre d'exploitation des ressources serait créé en fonction des intérêts allochtones et la nation devra s'y insérer plutôt que de créer le sien propre.

J'écrivais plus haut que la jurisprudence relative aux atteintes cumulatives (nommée de façon fort imagée « death by a thousand cuts » en anglais) a le vent dans les voiles; un dommage irréparable peut être généré par les infractions répétées au territoire visé par un droit autochtone<sup>292</sup>. Donc, il pourrait être possible pour la nation de demander une injonction contre tout développement sur son territoire dans le cadre d'infractions cumulatives, mais cela doit être fait indépendamment d'une requête pour stopper un projet en particulier<sup>293</sup>.

Une atteinte à un droit constitutionnel, tel qu'un droit ancestral qui est protégé par le paragraphe 35(1) LC1982, est généralement considérée comme un dommage irréparable, puisqu'elle n'est pas susceptible d'être adéquatement compensée par des dommages pécuniaires<sup>294</sup>. Or,

---

<sup>291</sup> *Première nation Ahousaht c Canada (Pêches et Océans)*, 2014 CF 197 au para 27 : « Furthermore, irreparable harm arises in that the Applicants lose their position and opportunity to reasonably participate in negotiations for establishment of their constitutionally protected Aboriginal rights to a community-based commercial herring fishery. Once commercial fishing is allowed, the expectation of continued interests by the commercial fishery will mean the opportunity for a complete examination of “the manner in which the plaintiffs’ aboriginal rights to fish and to sell fish can be accommodated and exercised” (Ahousaht at para 909) will have passed. »

<sup>292</sup> *Yahey v British Columbia*, 2015 BCSC 1302 aux paras 37 et 41 : « The question raised by the main action is whether the cumulative effect of all industrial development in BRFN’s [Blueberry River First Nations] traditional territory has become so extensive that it amounts to a breach of treaty rights. The possibility of such a claim, notwithstanding the Crown’s right under Treaty 8 to “take up” land for development, was clearly contemplated by the Court in Mikisew. (...) Irreparable harm would clearly be the result if cumulative industrial development effectively eliminated any opportunity for BRFN to meaningfully exercise its traditional way of life and its rights to hunt, trap and fish. These proposed logging operations are not alleged to be the cause of the harm in and of themselves, but as this court said in *Taseko Mines Ltd. v. Phillips*, 2011 BCSC 1675 (CanLII) at para 65 : Each new incursion serves only to narrow further the habitat left to them in which to exercise their traditional rights. Consequently, each new incursion becomes more significant than the last. »

<sup>293</sup> *Ibid* au para 64 : « BRFN may be able to persuade the court that a more general and wide-ranging hold on industrial activity is needed to protect its treaty rights until trial. However, if the court is to consider such a far-reaching order, it should be on an application that frankly seeks that result and allows the court to fully appreciate the implications and effects of what it is being asked to do. The public interest will not be served by dealing with the matter on a piecemeal, project-by-project basis. »

<sup>294</sup> *Yahey v British Columbia*, *supra* note 292 aux paras 43-45 : In any event, the Court in *RJR-MacDonald* referred to the difficulty of assessing irreparable harm in the case of an application to restrain an alleged breach of a right under the Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982 (UK), 1982, c. 11 [the Charter]. The Court said at 342 that in many cases it will be appropriate to assume that the loss to be suffered by the applicant constitutes irreparable harm. [44] This case is comparable in that, while not a Charter case, it involves an alleged infringement of a constitutionally protected right. Existing aboriginal and treaty rights are recognized and confirmed by s. 35 of the Constitution Act, 1982. As with a Charter case, damages are not the primary remedy in such case and, in fact, BRFN’s Notice of Civil Claim does not include

l'obligation de consulter et d'accommoder peut être déclenchée par une atteinte à des droits qui ne sont pas nécessairement protégés par le paragraphe 35(1) LC1982, certains droits non prouvés par exemple. En conséquence, la majorité des tribunaux considèrent qu'une atteinte au droit d'être consulté ne constitue pas nécessairement un dommage irréparable en soi<sup>295</sup>, quoiqu'une minorité de jugements soit à l'effet contraire<sup>296</sup>. Autrement dit, une atteinte à un droit prouvé sera généralement un dommage irréparable, contrairement au dommage à un droit simplement allégué.

Pour ce qui est du critère de la balance des inconvénients, celle-ci penche parfois du côté autochtone, dans la mesure où on peut soutenir que l'intérêt public milite fortement en faveur de la réconciliation et du règlement des conflits par la négociation ainsi qu'en faveur du respect de l'honneur de la Couronne et de l'intégrité du processus de consultation<sup>297</sup>. À l'inverse,

---

a claim for damages. [45] I find this to be at the very least a case where harm must be assumed, for purposes of the application, to be irreparable.

<sup>295</sup> *Canada (Travaux publics et des Services gouvernementaux) c Première Nation Musqueam*, 2008 CAF 214 au para 52 : « (...) si une allégation de consultations insuffisantes constituait toujours un préjudice irréparable, on conférerait un droit de veto sur le transfert, par le gouvernement, de tout titre de propriété sur les immeubles situés dans le secteur revendiqué par un groupe autochtone en tant que territoire traditionnel, ce qui contredirait carrément les propos tenus par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Nation haïda*, au paragraphe 48. »; *Première nation Ahousah c Canada (Pêches et Océans)*, *supra* note 291 au para 28 : « The Federal Court of Appeal stated in *Musqueam Indian Band v Canada*, 2008 FCA 214 (CanLII) [*Musqueam*] that inadequate consultation does not always constitute irreparable harm (at para 52). It seems to me this case can be distinguished from *Musqueam* and other cases where the failure to consult was deemed insufficient to constitute irreparable harm. This is because the Applicants have established an Aboriginal right to fish and sell fish and are therefore operating within an established rights legal framework and because they are in the process of negotiating the manner in which the Applicants' Aboriginal rights can be accommodated and exercised. »

<sup>296</sup> *Wahgoshig First Nation v Her Majesty the Queen in Right of Ontario et al*, *supra* note 283 au para 53 : « Canadian jurisprudence has recognized that the lost opportunity to be meaningfully consulted and obtain accommodation for impacts on treaty and Aboriginal rights constitutes irreparable harm. In *Platinex*, it was held, at paras. 79 and 89, that for consultation to have any meaning, it must take place « before any activity begins and not afterwards or at a stage where it is rendered meaningless », and that harm from such a result cannot be compensated for by way of damages. »

<sup>297</sup> *Première nation Ahousah c Canada (Pêches et Océans)*, *supra* note 291 aux pp 30-31 : « Public interest in the reconciliation of s. 35 Aboriginal rights with the assertion of Crown sovereignty clearly favours the Applicants. Section 35 is a constitutional declaration that Canada is a country where existing Aboriginal rights and titles are recognized and affirmed (...) [31] The public interest also lies with giving recognition to Court declarations and directions, especially when the Supreme Court of Canada has repeatedly emphasized negotiation and accommodation agreements as the better way to address the exercise of Aboriginal rights. (...) In short, reconciliation benefits the public interest. »; *Platinex Inc v Kitchenuhmaykoosib Inninuwug First Nation*, *supra* note 206 au para 109 : « In the instant case, considerations in assessing the public interest include the failure of the Crown to consult with KI and the integrity of the consultation process itself. »

comme l'a illustré le passage cité plus tôt de *Nation Haida*,<sup>298</sup> cette balance penche souvent du côté de la protection des emplois et des recettes de l'État.

## La requête Haïda – révision judiciaire

La nature de la requête Haïda est *sui generis*; il s'agit d'une requête en révision judiciaire ne visant pas à contrôler la légalité d'un acte posé selon une loi (à moins que l'obligation de consulter ait été consacrée dans une loi pertinente), mais plutôt la légalité des agissements de la Couronne au regard d'impératifs constitutionnels<sup>299</sup>. Ainsi, quoique la CSC ait écrit que le recours en révision judiciaire permet d'avoir toute la souplesse requise pour étudier l'obligation et qu'il n'est pas nécessaire de créer un autre véhicule procédural<sup>300</sup>, plusieurs tribunaux soulignent que la requête Haïda va plus loin que la simple révision judiciaire, puisque la source des droits autochtones étudiés se trouve en amont des lois en vertu desquelles les pouvoirs décisionnels de la Couronne sont exercés, soit dans le droit constitutionnel canadien<sup>301</sup>.

Le jugement sur la requête Haïda vise à éviter les atteintes aux droits non prouvés, il est donc indépendant d'autres instances visant à prouver ces droits<sup>302</sup>. Toutefois, un jugement ultérieur qui viendrait infirmer l'existence des droits allégués à l'appui de la requête Haïda mettrait un terme, pour l'avenir, à toute obligation de consulter.

---

<sup>298</sup> *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, *supra* note 4 au para 14.

<sup>299</sup> Les auteurs exposent ici plusieurs problèmes relatifs au droit administratif infusant l'obligation. Robert Junger et Nika Robinson, *The Duty to Consult in the Administrative Law Context*, *Administrative law conference*, Vancouver, Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2011 aux pp 11-12.

<sup>300</sup> *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, *supra* note 17 au para 47.

<sup>301</sup> *Musqueam Indian Band v British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*, 2005 BCCA 128 au para 17 : « These cases arising from aboriginal land claims address themselves, in substance, not to whether powers conferred by an enactment are lawfully exercised, but to an overarching constitutional imperative. » ; *Chartrand v British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, *supra* note 108 au para 68 : « The reviewing judge ought to have approached the task of judicial review with the attitude described in the following passage from the decision in *Huu Ay Aht First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2005 BCSC 697 (CanLII) at para. 94 [Huu Ay Aht First Nation], approved by this Court in *Wii'litswx #1*: (...) In its review, the court should not give narrow or technical construction to the duty, but must give full effect to the Crown's honour to promote the reconciliation process (Taku at para. 24). It is not a question, therefore, of review of a decision but whether a constitutional duty has been fulfilled. »

<sup>302</sup> *Kruger inc c Première Nation des Betsiamites*, *supra* note 236 au para 49 : « En effet, si, par le jugement final, il allait être déclaré que le peuple autochtone ne jouissait pas d'un titre aborigène ou d'un droit ancestral, cela n'aurait aucun effet sur le jugement rendu sur la requête spéciale. Le jugement qui aurait accueilli la requête Haïda aurait été régulièrement prononcé sur l'apparence d'un titre aborigène ou d'un droit ancestral et en application du devoir du gouvernement d'agir honorablement à l'endroit du peuple autochtone. »

Les normes de contrôle de l'obligation de consulter et d'accommoder s'insèrent dans la conception mise de l'avant dans *Dunsmuir*<sup>303</sup>, en ce que les décisions de droit sont sujettes à la norme de la décision correcte et les décisions de faits ou mixtes de faits et de droit sont sujettes à la norme de la décision raisonnable<sup>304</sup>.

L'existence et le spectre de l'obligation sont des questions de droit devant être révisées selon la norme correcte, puisqu'il s'agit de déterminer l'importance d'une obligation. Toutefois, cela va généralement tendre vers la norme raisonnable et exiger une plus grande déférence de la Cour puisque des faits sont souvent intimement liés à la décision de la Couronne<sup>305</sup> : « Un juge qui siège en révision ne tranche pas les questions constitutionnelles soulevées de façon isolée selon la norme de la décision correcte, mais se demande plutôt si la décision du Ministre, prise dans son ensemble, était raisonnable. »

Pour ce qui est de la révision du processus de consultation et d'accommodement en lui-même, il s'agit d'une question de fait sujette à la norme de décision raisonnable<sup>306</sup>. Le processus de consultation devra être jugé « adéquat », ce qui implique que les aspects procéduraux du processus soient raisonnables et qu'on soit en présence d'une négociation substantielle et de bonne foi<sup>307</sup>.

---

<sup>303</sup> *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 RCS 190 (CSC).

<sup>304</sup> *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, *supra* note 4 au para 61; *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, *supra* note 17 au para 48.

<sup>305</sup> *Ktunaxa Nation c Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, au para 77; *Wii'litswx v British Columbia (Minister of Forests)*, *supra* note 168 au para 15 : « The existence or extent of the duty to consult or accommodate is a question of law, in the sense that it defines a legal duty. As set out above, it is based on the Crown's assessments of the strength of the claim, and the potential seriousness of the impact of the infringement. Those assessments are questions of law to be judged on the standard of correctness. However, in that they are typically premised on an assessment of the facts, a degree of deference to the findings of fact of the decision maker may be appropriate. Thus, to the extent that this issue is one of pure law and can be isolated from issues of fact, the standard of review is correctness. However, where the two are inextricably entwined, the standard of review will likely be reasonableness. » ; *Nunatsiavut v Canada (Attorney General)*, 2015 FC 492 au para 113 : « It is clear from the above jurisprudence that the existence and extent of the duty to consult or accommodate is to be assessed on the correctness standard. However, even there, where the extent of the duty is premised on an assessment of the facts, deference may be owed and the standard of review is likely to be reasonableness. »

<sup>306</sup> Newman, *supra* note 22 à la p 58.

<sup>307</sup> *Première nation Tlingit de Taku River c Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, *supra* note 197 aux paras 39-44; *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, *supra* note 4 au para 41; *Wii'litswx v British Columbia (Minister of Forests)*, *supra* note 168 au para 17 et 178 : « [In] Taku [...], the Court

La raisonnable des efforts de consultation de la Couronne s'évalue contextuellement, soit par l'atteinte des objectifs particuliers à la consultation de chaque espèce<sup>308</sup>, par l'examen du contenu des consultations administratives, par la nature des impacts sur les droits de la nation évidemment, par la durée des consultations et en déterminant si l'intérêt public milite en faveur de la réalisation efficace du projet<sup>309</sup>. Autrement dit, on recherche un dialogue non paternaliste, rapide et significatif permettant une compréhension mutuelle des impacts potentiels sur les droits et les accommodements possibles<sup>310</sup>. Cet accent sur la « compréhension mutuelle » renforce le point de vue selon lequel le processus doit permettre, notamment par le financement, aux nations autochtones de présenter au décideur leur point de vue et des preuves, ainsi que leur donner l'opportunité d'avoir accès à l'information pertinente en possession du promoteur<sup>311</sup>. Enfin, les décisions relatives à l'octroi de financement devront être révisées sur la base du critère

---

followed a two stage analysis, each stage being governed by a standard of reasonableness. First, it addressed the adequacy of the process of consultation. Second, having found it to be reasonable, it examined the end result by considering whether that consultation had identified a duty to accommodate aboriginal concerns, and the adequacy of any resulting accommodations. » [mes soulignements] ; *Prophet River First Nation v British Columbia (Environment)*, *supra* note 202 au para 155 : « However, even if the government correctly recognized the extent of its obligation to consult and accommodate the petitioners, it is still necessary to consider whether the consultation and offers of accommodation were adequate. (...) » [mes soulignements].

<sup>308</sup> *Saugeen First Nation v Ontario (MNR)*, *supra* note 125 au para 25 : « The evaluation of consultation and accommodation must be contextual. The “adequacy of what passed (or failed to pass) between the parties must be assessed in light of the role and function to be served by consultation on the facts of the case and whether the purpose was, on the facts, satisfied.” (...) »

<sup>309</sup> *Prophet River First Nation v British Columbia (Minister of Forests)*, *supra* note 150 au para 166 : « As Haida makes clear, the obligation on the part of government is to make reasonable efforts to inform and consult. The question of what is reasonable is contextual. The context in this case includes the consultation that occurred in the course of the environmental assessment process, the nature of any adverse impacts of the Permits on the petitioners, the length of time during which the petitioners could have consulted on the Permits had they chosen to, and the public interest in the efficient prosecution of work on the Project. »

<sup>310</sup> *Coastal First Nations v British Columbia (Environment)*, *supra* note 156 au para 209 : «

Consultation/accommodation, as already described above, entails early and meaningful dialogue with First Nations whenever government has in its power the ability to adversely affect the exercise of Aboriginal rights. Consultation does not mean explaining, however fulsome, however respectfully, what actions the government is going to take that may or may not ameliorate potential adverse effects. Such a means of dealing with an admittedly difficult issue looks very like "we know best and have your best interests at heart". First Nations, based on past experience, quite rightly are distrustful and even offended at such an approach. In any event, the Supreme Court of Canada has made abundantly clear, this is a paternalistic and now discredited means of attempting to give meaning to s. 35 rights. Consultation, to be meaningful, requires that affected First Nations be consulted as policy choices are developed on how to deal with potential adverse effects of government action or inaction. »

<sup>311</sup> *Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc*, *supra* note 193 au para 49.

de raisonnabilité; le financement doit favoriser un processus équitable où tous les acteurs sont sur un pied d'égalité<sup>312</sup>.

Dwight Newman souligne que lors de l'évaluation de l'obligation, la Cour cherche souvent une preuve qui parle d'elle-même de la consultation qui a été entreprise et qui soit compréhensible au lecteur externe, par exemple la transcription des minutes de rencontre entre la nation et la Couronne<sup>313</sup>.

Parmi les réparations que les tribunaux ont ordonnées, il y a la nomination d'un médiateur à plusieurs étapes du processus<sup>314</sup> et l'imposition d'une ordonnance de supervision de la consultation par la Cour<sup>315</sup>. La Cour d'appel du Québec a jugé qu'un tribunal peut dicter les accommodements devant avoir lieu<sup>316</sup>. Quoique la CSC l'ait appuyée<sup>317</sup>, cette position est minoritaire, car la plupart des tribunaux préfèrent renvoyer les parties en négociation et suspendre la décision ministérielle pour une durée définie<sup>318</sup>.

Tel que souligné plus haut, la nation a aussi des obligations réciproques envers la Couronne lors du déclenchement de l'obligation, entre autres de spécifier les droits potentiellement affectés

---

<sup>312</sup> *Saugeen First Nation v Ontario (MNR)*, *supra* note 125 au para 27 et 43 : « [T]he issue of appropriate funding is essential to a fair and balanced consultation process, to ensure a 'level playing field'. [...] Reasonable efforts should be made, on both sides, to avoid funding brinksmanship. Ultimately the decision on funding is the Crown's, as part of its design and implementation of a consultation process, and its decisions on funding issues will be reviewed on a standard of reasonableness. »

<sup>313</sup> Newman, *supra* note 22 à la p 59.

<sup>314</sup> *Ke-Kin-Is-Uqs v British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1505 : « A mediator will be appointed by agreement of the parties or, failing agreement, the parties may apply to the Court with respect to the naming of the mediator. The fees and expenses of the mediator will be borne by the Crown. The mediator will be empowered to set timelines, direct the exchange of information and report to the court if there are difficulties. »

<sup>315</sup> *Lameman v Alberta*, 2013 ABCA 148 au para 48 : « While a request for court supervision for a period of time is rare, it is not unheard of. Though controversial, the current fluidity of the law on this point means it cannot be rejected out of hand. Accordingly, it was within the discretion of the case management judge to conclude that a declaration for such relief would not obviously fail »; Junger et Robinson, *supra* note 299 à la p 15.

<sup>316</sup> *Kruger inc c Première Nation des Betsiamites*, *supra* note 236 au para 49 : « Ainsi, dans un cas donné, avant même que le tribunal n'entende les parties sur la requête pour injonction finale ou sur la requête pour injonction interlocutoire, il peut décider que le peuple autochtone aurait dû être consulté, déterminer les mesures d'accommodement qui auraient dû être prises et ordonner des mesures réparatrices. (...) »

<sup>317</sup> *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, *supra* note 33 au para 89.

<sup>318</sup> Junger et Robinson, *supra* note 299 aux pp 12-13; *West Moberly First Nations v British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, *supra* note 224 au para 165 : « I make no further comment on the ambit of a judge's discretion to give specific directions as provided for in ss. 5 and 6 of the Judicial Review Procedure Act. However, it is preferable in this case that the specific direction be set aside so that the parties may resume consultation as indicated, and unfettered. »

par la décision envisagée; il ne lui suffit pas de s'opposer au projet en général<sup>319</sup>. Pour déterminer si la nation visée a rempli sa part des obligations dans le cadre de la consultation, on doit prendre en compte les moyens financiers et humains mis à sa disposition<sup>320</sup>. Ainsi, on ne pourra reprocher à une nation ayant peu de personnel et de moyen financiers pour en embaucher d'autre de n'avoir pas vu passer un avis de projet parmi des centaines d'autres<sup>321</sup>. Les différentes phases de consultation sont liées et cumulatives, on peut donc étudier les phases antérieures pour évaluer l'adéquation de la consultation récente, mais pas pour les contester<sup>322</sup>.

Finalement, lorsque les intérêts de tiers sont touchés par une révision judiciaire, la Cour doit en tenir compte dans la balance des inconvénients, surtout lorsqu'il s'agit d'autres membres de nations autochtones<sup>323</sup>.

---

<sup>319</sup> *Michipicoten First Nation v Minister of Natural Resources and Forests et al*, supra note 140 au para 92 : « Given the large volume of information provided and the numerous efforts made to communicate with Michipicoten to elicit their concerns about the Project, Michipicoten had to do more than simply express a blanket concern that the Project was located within the traditional territory of Michipicoten without providing information with respect to potential adverse impacts on Aboriginal or treaty rights. »

<sup>320</sup> *Taseko Mines Limited v Phillips*, 2011 BCSC 1675 au para 48 : « I am unable to conclude on the evidence before me (which was not the entire consultation record) that the Xenigwet'in and Tsilhqot'in Nation failed in their own consultation obligations, particularly given their limited resources and all with which they were having to contend. (...) »

<sup>321</sup> *Saugeen First Nation v Ontario (MNR)*, supra note 125 aux paras 45-47 : « For the following reasons, I accept that SON did not know about the Project from the running list and did not learn about it until September 2011. (...) In 2008-2011, SON did not have resources to track all quarry applications. In May 2008, it had only one employee in the SON Environment Office and insufficient resources to assess and respond to the many issues that arose for that office. (...) »

<sup>322</sup> *Martin v Province of New Brunswick and Chaleur Terminals Inc*, supra note 256 au para 156 : « As to what can be considered in reviewing whether the Crown met its continuing duty to consult prior to the issuance of the Approvals, I adopt the comments of Strickland J. in *Nunatsiavut v. Canada (Department of Fisheries and Oceans)*, 2015 FC 492 (CanLII), 2015 F.C.J. No. 592. Justice Strickland J. held that “the phases of the consultation process, and the consultation undertaken in each phase, are connected and, to some extent, cumulative” (para.191) and that “[t]o the extent that the Applicant questions the content or adequacy of the consultation with respect to the issuance of the Authorization, it is entitled to look to the prior consultation record for that purpose, but not as an attempt to impugn the validity of those prior decisions” (...) »

<sup>323</sup> *Michipicoten First Nation v Minister of Natural Resources and Forests et al*, supra note 140 aux paras 96-97 : « Michipicoten seeks an extraordinary remedy that would decommission the Project. Michipicoten claims the remedy is justified because potential commercial interests of a proponent do not come into play in determining the balance of convenience between an Aboriginal community and the Crown in a consultation dispute. (*Platinex Inc. v. Kitchenuhmaykoosib Inninuwug First Nation*, 2006 CanLII 26171 [ON SC].) We do not agree that the principle is applicable in this case because one of the key proponents of this Project is another First Nation that will be irreparably harmed if the relief sought is granted. (...) » ; *Pimicikamak et al v Her Majesty the Queen in Right of Manitoba et al*, supra note 112 au para 53 : « Caution must also be exercised when considering the remedy of certiorari, in that it is generally not seen as appropriate to quash a decision where there are third party interests at stake. Such a point is significant in the context of a judicial review of the duty to consult where a court can and arguably must consider the interests of other parties. »

Le portrait qui a été dressé dans le chapitre 2 quant à l’opérationnalisation de l’obligation contient plusieurs règles et valeurs dont le rôle ou le fonctionnement est très particulier et dont l’application dépend énormément des faits propres à chaque situation. Cela peut potentiellement rendre difficile l’application uniforme des règles relatives à l’obligation. Au même effet, plusieurs controverses jurisprudentielles proposent des visions divergentes de l’obligation qui se rattachent plus ou moins facilement à l’objectif de réconciliation devant infuser le processus consultatif du début à la fin. Les exemples concernant le formalisme requis dans les communications entre la Couronne et les peuples autochtones et concernant la possibilité d’obtenir des dommages-intérêts lors du non-respect de l’obligation de consulter et d’accommoder illustrent une divergence entre la vision téléologique et la vision procédurale de l’obligation.

## Chapitre 3 – La délégation de l’obligation aux promoteurs : étendue et mise en œuvre

On retrouve des traces jurisprudentielles de consultation par le promoteur en 1998, avant *Nation Haida*, alors que la Couronne britanno-colombienne exigeait une consultation du promoteur en plus de la sienne. Cela visait à favoriser le dialogue entre communautés autochtones et promoteurs, ce dont la Cour tenait compte lors de l’évaluation du respect des obligations de la Couronne<sup>324</sup>.

Ce chapitre vise premièrement à expliquer le contexte dans lequel la délégation de l’obligation se pose depuis la décision de la Cour d’appel dans *Nation Haida*. Cela permettra d’exposer plus concrètement comment la délégation au promoteur de l’obligation de consulter devrait se faire dans le respect du rôle médiateur de la Couronne et donc de l’objectif de réconciliation du droit autochtone moderne<sup>325</sup>. Deuxièmement, j’exposerai les balises posées par les tribunaux d’appel par rapport à l’implication des promoteurs dans l’obligation, et je décrirai les différentes parties de l’obligation pouvant être déléguées. Troisièmement, je traiterai des divers moyens contractuels et administratifs que la Couronne peut prendre pour déléguer l’obligation aux promoteurs privés. Quatrièmement, quoiqu’ils ne soient pas à proprement parlé des promoteurs, comme le sont les entreprises minières par exemple, j’exposerai les difficultés que soulève l’attribution de l’obligation de consulter à un tribunal administratif et l’implication de promoteurs qui sont des personnes morales de droit public. Enfin, je traiterai brièvement de la responsabilité de la Couronne à l’égard du promoteur au vu de la jurisprudence récente.

---

<sup>324</sup> *Cameron v Ministry of Energy And Mines*, [1998] 6834 Canlii (BCSC) au para 82 : « Independent of the government consultation process with aboriginal peoples, it is the practice of the government to require direct consultations between the potentially affected First Nations and natural resource developers. Thus, exclusive of any consultation with government, Amoco developed a dialogue with the SFN and the other First Nations involved. »

<sup>325</sup> Imai et Stacey, *supra* note 20 à la p 2 et 4 à 6. Les auteurs proposent un argument similaire affirmant que la non-responsabilité des promoteurs à l’égard de l’obligation ne devrait pas permettre d’appliquer une décision sans qu’il y ait eu de consultation lorsque nécessaire, mais devrait plutôt pousser les tribunaux à suspendre ladite décision en attendant que la Couronne remplisse ses obligations. Selon eux, la question ne devrait pas être qui est débiteur de l’obligation de consulter et d’accommoder, mais plutôt de s’assurer que la consultation ait lieu avant que le projet ne débute.

### 3.1 Nation Haïda et le contexte de la délégation au promoteur

Dans cette section, je débiterai par l'étude d'une solution innovante et intéressante de par ses considérations pragmatiques mises de l'avant par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans la décision *Nation Haïda*<sup>326</sup>. J'exposerai ensuite comment, tout de suite après la décision de la Cour d'appel, la Cour suprême a réfuté le raisonnement de la Cour d'appel basé sur l'obligation fiduciaire, en faisant de l'honneur de la Couronne le « nouveau » principe fondamental du droit autochtone canadien. Je traiterai aussi du contexte qui favorise actuellement la délégation de l'obligation au promoteur.

Dans cette décision, pour l'essentiel, la Cour d'appel a jugé que la connaissance par la Couronne du titre ancestral non-prouvé mais néanmoins très crédible de la nation Haïda enclenche l'obligation fiduciaire de la Couronne<sup>327</sup>. À son tour, l'obligation fiduciaire, telle que configurée dans la jurisprudence à cette époque, déclenche entre autres l'obligation de consultation préalable en tant que partie du test de justification de l'atteinte aux droits ancestraux énoncé dans *Sparrow*. En conséquence, la Couronne avait l'obligation de consulter la nation Haïda avant de renouveler le permis de coupe forestière de Weyerhaeuser, sous peine de voir le permis annulé par les tribunaux.

L'intérêt de cette décision dans le présent chapitre tient à ce que la Cour d'appel a inclus le promoteur dans la responsabilité de l'obligation. Pour ce faire, elle s'est inspirée de la jurisprudence de la Cour suprême sur le droit des fiducies reconnaissant qu'il est possible de tenir responsable un tiers qui recevrait un droit par l'intermédiaire d'un fiduciaire, lorsque le tiers a connaissance que les règles applicables aux fiducies n'ont pas été respectées<sup>328</sup>. Les

---

<sup>326</sup> *Haida Nation v British Columbia (Minister of Forests)*, 2002 BCCA 462.

<sup>327</sup> *Ibid.*

<sup>328</sup> *Ibid* au para 65 : « But, what is even more important, the breach by the Crown of its fiduciary duty, which was known to MacMillan Bloedel and to Weyerhaeuser or which should have been known to MacMillan Bloedel and Weyerhaeuser, (or with respect to which Weyerhaeuser should have made an inquiry about whether the Crown had complied with the Crown's fiduciary duty, though no inquiry can have been made by Weyerhaeuser), places this case within the category of « knowing receipt » cases where the title, if any, that is passed to the third party, in breach of the fiduciary duty, is clogged by the fiduciary's breach of duty, so that the third party is itself a constructive trustee and, in that capacity, owes a trust or fiduciary duty to the original beneficiary of the original fiduciary obligation »; voir aussi paras 66-69.

tribunaux peuvent alors sanctionner une telle conduite en reconnaissant que le droit transféré au tiers a été vicié par le non-respect du droit des fiduciaires.

En transposant ce raisonnement aux droits de la nation Haïda, la Cour d'appel a écrit que puisque la compagnie avait connaissance de l'obligation de fiduciaire de la Couronne, ou qu'elle aurait dû se questionner à cet effet lorsqu'elle a reçu son permis de coupe, elle devenait fiduciaire putatif ou dit de « réception en connaissance de cause » qui était astreint, avec la Couronne, à l'obligation de consulter<sup>329</sup>. Les bénéfices personnels du promoteur découlant de l'octroi du permis militent pour un examen encore plus pointu de sa conduite potentiellement problématique<sup>330</sup>. En conclusion, l'obligation de la compagnie s'est formée lors du renouvellement de permis et, en l'absence de consultation et d'accommodement, elle a vicié immédiatement les droits de la compagnie.

Aux dires de la Cour, trois motifs militent en faveur de l'assujettissement du promoteur à l'obligation de consulter et d'accommoder<sup>331</sup> : premièrement, l'exigence réglementaire d'entreprendre des consultations qui est incluse dans le permis de coupe octroyé; deuxièmement, le statut de fiduciaire putatif exposé ci-haut; et enfin, la possibilité que le promoteur soit tenu responsable des dommages causés aux droits autochtones. Il en découle que le promoteur doit coopérer avec la nation et la Couronne pour éventuellement pouvoir « justifier » ses atteintes au sens du test énoncé dans *Sparrow*, tel qu'exposé ci-haut. Soulignons aussi que pour des raisons pragmatiques, l'implication du promoteur est cruciale pour permettre un réel processus de consultation et d'accommodement, puisque certaines décisions sont du ressort exclusif du promoteur (partage des bénéfices et des droits de coupe, choix des sous-traitants et embauche de personnel issu de la nation touchée).

Au niveau du dispositif, la Cour d'appel considérait que l'annulation totale des droits de coupe du promoteur aurait été une mesure draconienne non propice à la réconciliation, car cela aurait

---

<sup>329</sup> *Ibid* aux paras 65-67.

<sup>330</sup> *Ibid* au para 68.

<sup>331</sup> *Ibid* aux paras 121-123.

engendré de grandes pertes financières. Elle a donc seulement fait une déclaration selon laquelle la Couronne et le promoteur n'avaient pas respecté leur obligation<sup>332</sup>.

Globalement, la CSC s'est écartée de la position de la Cour d'appel de Colombie-Britannique basée sur l'obligation fiduciaire et selon laquelle les promoteurs étaient également responsables de l'obligation. Pour ce faire, elle s'est appuyée sur sa nouvelle position quant à la source de l'obligation de consulter qui résiderait plutôt dans l'honneur de la Couronne<sup>333</sup>. Il était donc impossible pour la Cour d'appel de tenir compte de cette nouvelle donne puisqu'elle a été créée après son propre jugement.

En réponse à l'argument selon lequel la responsabilité potentielle du tiers à l'égard de la nation touchée requérait qu'il soit également tenu à la consultation, la Cour suprême a énoncé que la Couronne est seule responsable de l'obligation basée sur l'honneur de la Couronne, puisqu'elle découle de la proclamation de la souveraineté de la Couronne sur les terres appartenant aux nations autochtones<sup>334</sup>. Ainsi, c'est la Couronne qui est l'ultime responsable des actes des tiers sur les intérêts autochtones, car elle ne peut déléguer son honneur. La CSC semble malgré cela reconnaître la possibilité que le promoteur soit tenu responsable des dommages causés aux nations touchées en raison d'une obligation qu'il aurait décidé d'assumer, par exemple dans un contexte contractuel ou d'obligation de diligence<sup>335</sup>.

En réponse à l'argument du fiduciaire putatif, la CSC a encore une fois rappelé que le fondement de l'obligation de consulter et d'accommoder est l'honneur de la Couronne et non l'obligation fiduciaire<sup>336</sup>. Une des justifications à ce changement tient au fait que la relation fiduciaire n'entre pas en jeu dans toutes les relations entre la Couronne et les nations autochtones, contrairement au principe de l'honneur de la Couronne. La Cour suprême ne semblait pas convaincue que ce principe issu du droit des fiducies soit idéal dans le contexte des droits autochtones.

---

<sup>332</sup> *Ibid* au para 104.

<sup>333</sup> *Nation Haida c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, *supra* note 4 aux paras 52-56.

<sup>334</sup> *Ibid* au para 53.

<sup>335</sup> *Ibid* aux paras 10 et 56.

<sup>336</sup> *Ibid* au para 54.

Enfin, en réponse à l'argument voulant qu'il soit nécessaire que le promoteur soit impliqué dans le processus de consultation et d'accommodement pour que le plus grand nombre d'accommodements soient juridiquement disponibles, la CSC s'est éloignée de cette position pragmatique de la Cour d'appel en énonçant qu'il « ne faut pas mettre la charrue (la réparation) devant les bœufs (la responsabilité)<sup>337</sup> ». Elle soulignait également que la Couronne détient souvent une panoplie d'outils juridiques, comme l'imposition de conditions lors de l'octroi de permis et la modification des lois encadrant l'exploitation des ressources naturelles, permettant de modifier les droits octroyés au promoteur.

Le seul argument de la Cour d'appel que la CSC n'a pas rejeté est celui de l'exigence réglementaire de consultation incluse dans le permis de coupe octroyé au promoteur. Il est ainsi possible pour la Couronne de déléguer les « aspects procéduraux » à des tiers, comme les promoteurs de projet, lors de l'évaluation environnementale ou par des conditions incluses dans un permis requis préalablement aux activités du promoteur<sup>338</sup>. La Couronne détient également le pouvoir d'encadrer la consultation afin de « prévenir l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire non structuré<sup>339</sup> » ayant le potentiel de porter atteinte aux droits autochtones. Pour ce faire, elle peut déterminer « les exigences procédurales applicables aux différents problèmes survenant à différentes étapes »<sup>340</sup>. En somme, la CSC semble avoir voulu laisser une grande latitude à la Couronne en ne définissant pas ce qu'englobent les « aspects procéduraux » de la consultation.

Les Couronnes fédérale, provinciales et territoriales ont utilisé la latitude que la CSC leur a octroyée en employant divers moyens (évaluation environnementale<sup>341</sup>, délégation à des organismes et à des tribunaux administratifs<sup>342</sup>, ententes intergouvernementales<sup>343</sup> et délégation

---

<sup>337</sup> *Ibid* au para 55.

<sup>338</sup> *Ibid* au para 53.

<sup>339</sup> *Ibid* au para 51.

<sup>340</sup> *Ibid*.

<sup>341</sup> Kirk N Lambrecht, *Aboriginal Consultation, Environmental Assessment, and Regulatory Review in Canada*, University of Regina Press, 2013; Neil Craik, « Process and Reconciliation: Integrating the Duty to Consult with Environmental Assessment » (2016) 53:2 Osgoode Hall Law J 632-680.

<sup>342</sup> Sari Graben et Abbey Sinclair, « Tribunal administration and the duty to consult: A study of the National Energy Board » (2015) 65:4 Univ Tor Law J 382-433.

<sup>343</sup> *Conseil des Innus de Ekuanitshit c Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 189 au para 16 : « Le 8 janvier 2009, le ministre provincial et l'Agence canadienne d'évaluation environnementale concluent, conformément à

aux promoteurs<sup>344</sup>) leur permettant de décentraliser la responsabilité de remplir l'obligation de consulter et d'accommoder. Pour éviter de m'écarter de l'étude de la délégation qui nous intéresse ici, je me pencherai uniquement sur les motifs favorisant la délégation aux promoteurs.

La CSC considère donc que la Couronne est la seule responsable de l'application de l'obligation et qu'elle ne « ne peut se décharger des obligations de consultation et d'accommodement en les déléguant à Weyerhaeuser »<sup>345</sup>. Même si les promoteurs ne sont pas responsables de l'obligation, il reste que la Couronne les pousse à compléter une part significative du processus consultatif, voire la quasi-entièreté de celui-ci dans certaines juridictions, ce qui a été critiqué<sup>346</sup>. La délégation d'une part plus ou moins importante de l'obligation aux promoteurs permet à la Couronne de réduire les coûts reliés à cette obligation pouvant toucher un grand volume de décisions de la Couronne<sup>347</sup>. Également, en confiant la négociation à un tiers, la Couronne évite d'avoir à traiter de sujets litigieux pouvant l'obliger à faire des concessions sur certains aspects ou pouvant ternir son image, et elle évite également de se mettre à dos une partie de la population.

Plusieurs facteurs extrajuridiques incitent fortement les promoteurs à s'impliquer dans le processus de consultation et d'accommodement pour s'assurer que l'obligation soit menée à bien, notamment la volonté de se conformer aux meilleures pratiques de l'industrie, le doute quant à l'adéquation de la consultation effectuée par la Couronne et la perspective de se voir refuser un permis ou de voir son projet retardé<sup>348</sup>. Qui plus est, un promoteur qui refuse de

---

l'article 40 de la LCÉE [Loi Canadienne sur l'Évaluation Environnementale], une entente pour la constitution d'une Commission d'examen conjoint (...) »

<sup>344</sup> Reddekopp, *supra* note 21.

<sup>345</sup> *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, *supra* note 4 au para 10.

<sup>346</sup> Gouvernement de l'Alberta, *The government of Alberta's proponent guide to First Nations and Metis settlement consultation procedure*, 2016; Promislow, *supra* note 17; Reddekopp, *supra* note 21; Lorne Sossin, *supra* note 218 à la p 109; *Première nation dakota de Standing Buffalo c Enbridge Pipelines Inc.*, [2009] 4 RCF 500 (CAF) au para 40; *Plans et permis d'exploration, Règl de l'Ont 308/12; Loi sur les hydrocarbures, RLRQ c H-4.2.*

<sup>347</sup> Lambrecht, *supra* note 341 aux pp 10 à 13, 77; Jennifer Griffith, « Meaningful consultation: reconciliation through an honourable process » [2006] *Aborig Pract Points* à la p 32; A W (Sandy) Carpenter et Peter D Feldberg, « An Introduction to the Use of Publicly Available Information in Assessing and Managing Aboriginal Risks » (2015) 44:1 *Alta Law Rev* 65 à la p 17; Kinch, *supra* note 19 à la p 31; Kaitlin Ritchie, *supra* note 5.

<sup>348</sup> Kinch, *supra* note 19 aux pp 27-28.

s'impliquer dans le processus consultatif ne peut se plaindre des délais engendrés par une consultation inadéquate<sup>349</sup>.

En rétrospective, le recul de la CSC face aux propositions de la Cour d'appel pour structurer les obligations entre la Couronne, les promoteurs et les nations a laissé plusieurs failles non comblées. L'argument principal de la CSC est que l'obligation de consulter repose sur la volonté de réconcilier l'imposition de la souveraineté de la Couronne avec la préexistence des peuples autochtones, ce qui exclurait le promoteur. Or, rien n'empêchait la CSC de constater que les promoteurs ne pourraient pas exploiter aujourd'hui les ressources naturelles sur les territoires autochtones ancestraux si la Couronne n'avait pas imposé sa souveraineté par le passé. Il est donc logique qu'ils participent au dialogue menant à la réconciliation. La proposition de la Cour d'appel avait le mérite de s'inscrire dans la réalité des relations entre peuples autochtones et promoteur en reconnaissant que ces derniers s'impliquent de plus en plus auprès des communautés et en reconnaissant leur apport unique, voire indispensable, au processus consultatif.

Considérant que l'obligation de consulter et d'accommoder promeut la prévention des atteintes aux droits ancestraux, il peut être avantageux de reconnaître une obligation de consultation et d'accommodement au promoteur, plutôt que d'obliger la Couronne à le contraindre à effectuer la même obligation. Le processus consultatif sera alors plus efficace et moins lourd. Le rôle médiateur de la Couronne serait grandement facilité si les obligations du promoteur étaient reconnues formellement, puisque celui-ci serait alors tenu d'agir pour prévenir les atteintes et non simplement pour les réparer. Il est beaucoup plus simple d'appliquer une norme minimale à tous les promoteurs, qui pourra être ajustée au besoin, que d'obliger la Couronne à contraindre chaque promoteur à poser certaines actions pour accommoder les droits ancestraux. Il y aurait alors moins d'incertitudes quant au rôle de chaque partie lors du processus consultatif; comme

---

<sup>349</sup> *Saugeen First Nation v Ontario (MNR)*, *supra* note 125 au para 8 : « Hayes argues that the substantive results of consultation are reasonable. One can sympathize with Hayes' sense that it is caught between MNR and SON. That said, Hayes' frustration and its interests in moving forward with the Project are not valid reasons to defeat SON's constitutional rights. When there are disagreements about consultations, providing a remedy for a First Nation will often cause delay. Thus though the duty to consult is the Crown's, proponents have an interest in facilitating the consultation process. In this case, Hayes refused that role. It was entitled to do this, but one consequence of its decision is further delay to complete adequate consultations. »

nous le verrons à la section 3.6, le régime actuel ne permet pas de savoir dans quelles circonstances on pourrait reconnaître la responsabilité de la Couronne vis-à-vis du promoteur lorsque le non-respect de l'obligation par la Couronne a des impacts sur celui-ci.

En résumé, la Couronne a plusieurs intérêts l'incitant à déléguer son obligation de consulter et d'accommoder aux promoteurs, qui, pour leur part, ont intérêt à ce que l'obligation soit adéquatement remplie; ils ont beaucoup à perdre si leur projet est ralenti ou carrément arrêté en raison du non-respect des obligations constitutionnelles de la Couronne envers les peuples autochtones. Les conséquences d'un processus de consultation et d'accommodement inadéquat pèsent plus lourdement sur les promoteurs que sur la Couronne en ce qui a trait aux changements au projet qui ont également des conséquences sur les délais de réalisation du projet ainsi qu'en termes de recherche de financement. Cela crée une situation problématique où le promoteur est intégré plus ou moins formellement dans le processus consultatif en raison de ses connaissances techniques relatives au projet envisagé et en raison de son intérêt à voir son projet aller de l'avant et où la Couronne peut se reposer fortement sur le travail du promoteur<sup>350</sup>. D'ailleurs, les tribunaux inférieurs ont explicitement reconnu cette situation problématique ainsi que l'incertitude industrielle découlant du potentiel non-respect des obligations de la Couronne envers les peuples autochtones<sup>351</sup>. Actuellement, dans plusieurs juridictions, plusieurs incertitudes subsistent quant aux responsabilités respectives du promoteur et de la Couronne.<sup>352</sup>

---

<sup>350</sup> *Conseil des innus de Ekuanitshit c Canada (Procureur général)*, supra note 343 au para 135 : « La Cour conclut que les mesures d'atténuation que Nalcor et la CEC ont proposées en vue d'amoindrir les effets négatifs sur les droits des Ekuanitshits satisfont dans une large mesure l'obligation du gouvernement fédéral de mener des consultations et de prendre des mesures d'accommodement dans les limites de sa compétence. La réponse du gouvernement fédéral confirme que ces mesures feront partie intégrante du Projet » [Soulignement de la Cour].

<sup>351</sup> *Saugeen First Nation v Ontario (MNR)*, supra note 125 au para 8; Rachel Ariss et John Cutfeet, « Kitchenuhmaykoosib Inninuwug First Nation: Mining, Consultation, Reconciliation and Law » 10:1 Indig Law J.

<sup>352</sup> Brian Burton, « Reconciliation time », *Lexpert magazine* (juin 2016) à la p 65; Mary Locke Macaulay, *Aboriginal and treaty rights practice*, Scarborough, Ontario, Carswell, 2000 à la p 408; Stephanie Axmann, Bryn Gray et Selina Lee-Andersen, « United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) in Canada – Implementation Status Update » (8 août 2017), en ligne : Canadian ERA Perspectives <<http://www.canadianeraperspectives.com/2017/08/united-nations-declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples-undrip-in-canada-implementation-status-update/>> (consulté le 10 août 2017).

## 3.2 Les limites des obligations respectives des promoteurs et de la Couronne en cas de délégation

Cette section décortique les diverses composantes de l'obligation de consulter et d'accommoder de la Couronne pour déterminer celles qui peuvent faire l'objet d'une délégation au promoteur ainsi que celles qui ne le peuvent pas. Quoique le fil de réflexion lancé par la CSC sur les « aspects procéduraux » propices à la délégation soit mince, il est possible de dresser un portrait du rôle de la Couronne et du promoteur, entre autres grâce à la jurisprudence subséquente des tribunaux inférieurs qui ont été appelés à appliquer les aspects pratiques de cette délégation.

Comme le reste de l'obligation, la détermination de ce qui peut être sujet à la délégation est souple; il convient d'étudier l'ensemble du processus plutôt qu'un facteur en particulier pour déterminer si l'obligation a été remplie dans les circonstances. En règle générale, la Couronne peut se baser sur la consultation effectuée par le promoteur, même si les aspects procéduraux de l'obligation ne lui ont pas été délégués<sup>353</sup>, tant que cela ne l'empêche pas de s'assurer du respect de l'obligation, ainsi que le requiert l'honneur de la Couronne<sup>354</sup>. Conséquemment, la Couronne doit consulter la nation touchée avant de déléguer ou d'autrement perdre un pouvoir lui permettant de modifier le projet dans une perspective d'accommodement<sup>355</sup>.

---

<sup>353</sup> *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, *supra* 205 aux paras 153-159.

<sup>354</sup> *Première nation des Dénés Yellowknives c Canada (Procureur général)*, 2010 CF 1139 au para 99 : « Bien qu'une consultation suffisante effectuée suivant le processus réglementaire puisse satisfaire à l'obligation de consultation, cela ne relève pas la Couronne de la responsabilité de vérifier si cette obligation a été respectée »; *Michipicoten First Nation v Minister of Natural Resources and Forests et al*, *supra* note 140 au para 80 : « The Crown can delegate procedural aspects of the consultation process to third parties provided the Crown maintains a supervisory role and ensures that consultation is adequate ».

<sup>355</sup> *Rio Tinto Alcan Inc c Conseil tribal Carrier Sekani*, *supra* note 108 au para 47; *Squamish Nation v British Columbia (Community, Sport and Cultural Development)*, *supra* note 181 au para 143 et 150 : « The approval process of the OCP by the Minister may be the only opportunity the First Nations have for consultation with the Crown on potential infringements on their s. 35 rights. (...) In addition, once the OCP is approved, the Province has virtually no control over future OCP amendments or zoning decisions. This reduced Crown control makes the duty to consult even more significant. I find the situation in the present case is similar to the example discussed in Rio Tinto at para. 47 (...) For example, a contract that transfers power over a resource from the Crown to a private party may remove or reduce the Crown's power to ensure that the resource is developed in a way that respects Aboriginal interests in accordance with the honour of the Crown. The Aboriginal people would thus effectively lose or find diminished their constitutional right to have their interests considered in development decisions. This is an adverse impact. »

Advenant qu'il n'y ait aucun contact entre le promoteur et la nation touchée, la Couronne n'a pas à informer le promoteur quant à la position de la nation sur le projet, même s'il existe une menace au projet du promoteur<sup>356</sup>. Dans *Mikisew*, la Cour ne semble pas avoir accordé d'importance au fait que la Couronne avait assuré le promoteur que la nation ne s'opposait pas au projet alors que cela n'était pas le cas<sup>357</sup>.

Comme nous l'avons vu, la CSC a donné plusieurs exemples potentiels de décisions administratives de haut niveau pouvant nécessiter une consultation préalablement à ce qu'un projet spécifique puisse être envisagé :

[L]a cession de concessions de ferme forestière qui auraient permis l'abattage d'arbres dans de vieilles forêts (...), l'approbation d'un plan pluriannuel de gestion forestière visant un vaste secteur géographique (...), la création d'un processus d'examen relativement à un gazoduc important (...) et l'examen approfondi des besoins d'infrastructure et de capacité de transport d'électricité d'une province.<sup>358</sup>

Advenant que la Couronne ne soit pas appelée à prendre de décision de haut niveau dès le début du projet, elle n'a pas à modifier le régime légal applicable pour que la consultation soit entamée le plus tôt possible<sup>359</sup>. Ainsi, lorsque c'est le promoteur privé qui prend les décisions de haut niveau, l'obligation de consulter et d'accommoder n'est généralement pas déclenchée<sup>360</sup>.

---

<sup>356</sup> John Borrows et Leonard Ian Rotman, *Aboriginal Legal Issues: Cases, Materials & Commentary*, LexisNexis Canada, 2012 à la p 532; *Moulton Contracting Ltd. v. British Columbia*, 2015 BCCA 89 au para 93, appel à la CSC refusé : « Thus, the statements made in Spencer Bower do not provide legal support for imposing a positive duty on the Province to inform Moulton of information relevant to its ability to avail itself of its rights under the licences, or, in particular, to any dissatisfaction expressed by any First Nations with the consultation process. There is no basis to impose on the Province a duty to disclose to Moulton the details of the consultation process at any point, and particularly at the relevant point in this case. George Behn's statement in July 2006 that he intended to stop the logging was made after Moulton and the Province entered the TSLs. Further, the Behns had no legal claim to "express dissatisfaction with the consultation"; the Supreme Court of Canada found the duty to consult was owed only to the FNFN (at para. 31). »

<sup>357</sup> *Première nation crie Mikisew c Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, *supra* note 59 au para 10.

<sup>358</sup> *Rio Tinto Alcan Inc c Conseil tribal Carrier Sekani*, *supra* note 108 au para 44.

<sup>359</sup> *Louis v British Columbia (Minister of Energy, Mines, and Petroleum Resources)*, *supra* note 179 au para 106 : « As I read these cases, they require the Crown to engage in consultations from the earliest phases of a project. The Crown cannot defer consultation such that a project becomes a fait accompli without ever having been subject to comprehensive consultation and consideration. On the other hand these cases do not suggest that where the government plays no role in strategic planning or decision-making, it is nonetheless required to restructure its own statutory duties in such a way as to transform it into high-level decision-making. »

<sup>360</sup> *Ibid* au para 107 : « The difficulty for the appellant's argument in this case is that there were no high-level or strategic decisions made by the Crown without consultation. Thompson Creek Metals certainly made high-level strategic decisions. The mine expansion project, however, was not a Crown initiative, nor did it guide the process. »

Autrement dit, l'absence de décision de la Couronne au début d'un projet peut retarder le déclenchement de l'obligation (sans toutefois permettre qu'une atteinte aux droits autochtones ait lieu sans consultation, auquel cas le régime légal devra être changé<sup>361</sup>). Par exemple, dans *Louis*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a considéré que l'expansion d'un projet minier préexistant ne relevait pas de la décision de la Couronne, mais était plutôt une décision stratégique du promoteur<sup>362</sup>. La Couronne avait entamé la consultation dès qu'elle a été appelée à prendre la première décision concernant le projet<sup>363</sup>.

L'évaluation préliminaire du spectre de l'obligation doit impérativement être faite par la Couronne<sup>364</sup>, puisqu'elle détient des connaissances uniques quant aux revendications particulières et globales des nations concernées. Cela lui permet de dresser un portrait plus complet des atteintes potentielles du projet et de l'importance de la consultation.

Après l'évaluation préliminaire, la Couronne doit élaborer la structure du processus à venir<sup>365</sup>. Ainsi, lors de l'implication du promoteur, elle sera plus à même de suivre le déroulement du

---

<sup>361</sup> *Ross River Dena Council v Government of Yukon*, *supra* note 166 aux paras 37-38 : « The duty to consult exists to ensure that the Crown does not manage its resources in a manner that ignores Aboriginal claims. It is a mechanism by which the claims of First Nations can be reconciled with the Crown's right to manage resources. Statutory regimes that do not allow for consultation and fail to provide any other equally effective means to acknowledge and accommodate Aboriginal claims are defective and cannot be allowed to subsist. The honour of the Crown demands that it take into account Aboriginal claims before divesting itself of control over land. Far from being an answer to the plaintiff's claim in this case, the failure of the Crown to provide any discretion in the recording of mineral claims under the Quartz Mining Act regime can be said to be the source of the problem. »

<sup>362</sup> *Louis v British Columbia (Minister of Energy, Mines, and Petroleum Resources)*, *supra* note 177 au para 107.

<sup>363</sup> *Ibid* au para 110 : More importantly, consultation opportunities were provided by the Crown when it made the earliest of its decisions on the mine expansion project.

<sup>364</sup> *Adams Lake Indian Band v British Columbia*, 2011 BCSC 266 au para 136 : « In *Husby Forest Products Ltd. v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 BCSC 142, Garson J. (...) described the stages of consultation. The identification of the aboriginal rights and the strength of the claim is to be carried out by the government at the outset of the consultation process (...). »; *Wii'litswx v British Columbia (Minister of Forests)*, *supra* note 168 au para 245 : « Apart from the concessions made with respect to Gitanyow's rights under Sappier, there was essentially no change in the Crown's position between Mr. Warner's proposal of August 28, 2006 and his decision of March 8, 2007. (...) The Crown failed to make a proper preliminary assessment of the scope and extent of its duty to consult and accommodate. There is nothing to indicate that it attempted to make that assessment at the outset of the consultation, so that it could inform the process (...) ».

<sup>365</sup> *Ibid*; Christopher Devlin, « Crown Delegation and the Duty to Consult: Delegatus Potest Delegare (Sort of) » (11 juin 2010) aux pp 6-7, en ligne : DGW Barristers & Solicitors <<http://dgdwlaw.ca/crown-delegation-and-the-duty-to-consult-delegatus-potest-delegare-sort-of/>>.

processus de consultation et d'accommodement et de respecter son obligation de s'assurer que l'obligation a été remplie.

Il est important de prendre en compte les événements hors du contrôle des parties dans l'établissement du calendrier, comme les élections du conseil de bande qui ralentiront nécessairement le processus de consultation et d'accommodement<sup>366</sup>. Somme toute, le calendrier de consultation doit permettre de répondre adéquatement aux préoccupations des nations visées; une contrainte temporelle créée par une loi ne justifie pas de bâcler le processus lorsqu'il est possible de le rallonger par un décret, par exemple<sup>367</sup>. Il serait donc avantageux que ce soit la Couronne qui détermine ce calendrier puisqu'elle a une meilleure vue d'ensemble du processus que le promoteur.

Lors du processus de consultation, la Couronne doit être impliquée au minimum par une supervision substantielle des consultations<sup>368</sup>, tout particulièrement si une partie lui en fait la demande<sup>369</sup> ou lorsque les relations sont tendues entre les parties<sup>370</sup> :

Quant à la suggestion de la Couronne encourageant le Collectif Stó:lō à poursuivre les discussions avec le promoteur, rien n'explique en quoi cette suggestion constitue une réponse adéquate aux préoccupations exprimées par les Stó:lō, ces derniers ayant déjà indiqué la réticence du promoteur à les rencontrer en temps utile ou du tout. (...)

Le Canada n'explique pas non plus pourquoi il se montre confiant à l'égard de l'engagement du promoteur, malgré les préoccupations exprimées par les Stó:lō selon qui Trans Mountain

---

<sup>366</sup> *Cold Lake First Nation v Alberta (Tourism, Parks and Recreation)*, 2012 ABQB 579 au para 22 : « The timing of the First Nation election was beyond the control of the First Nation and of Parks. There were certainly delays in organizing the community meeting anticipated in February 2010, but that delay was unavoidable due to scheduling difficulties and the Band election. Consultation could have continued during the delay resulting from the Director's lack of authority. »

<sup>367</sup> *Nation Gitxaala c Canada*, *supra* note 213 au para 251 : « Tandis que le gouverneur en conseil était assujéti à un délai pour prendre sa décision, conformément au paragraphe 54(3) de la Loi sur l'Office national de l'énergie, ce paragraphe lui permet, par décret, de proroger ce délai. L'importance et la portée constitutionnelle de l'obligation de consulter donnent largement raison au gouverneur en conseil, dans les circonstances appropriées, de proroger le délai. Rien n'indique que le Canada a pensé à demander au gouverneur en conseil de proroger le délai. »

<sup>368</sup> *Michipicoten First Nation v Minister of Natural Resources and Forests et al*, *supra* note 140 au para 80 : « The Crown can delegate procedural aspects of the consultation process to third parties provided the Crown maintains a supervisory role and ensures that consultation is adequate. (Haida Nation, at para. 53). »

<sup>369</sup> *Platinex Inc v Kitchenuhmaykoosib Inninuwug First Nation*, *supra* note 210 au para 93 : « In the several years that discussions between Platinex and KI have been ongoing, the Crown has been involved in perhaps three meetings. There is no evidence that the Crown has maintained a strong supervisory presence in the negotiations, despite Platinex having expressed its concerns to Ontario it on a number of occasions. »

<sup>370</sup> *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, *supra* note 205 aux paras 708 et 715.

n'a pas respecté ses engagements actuels et risque, en l'absence d'autres conditions, de manquer à ses engagements envers l'Office.

Il est important que la Couronne prévoie dans le processus consultatif une façon de recevoir les requêtes qui ne peuvent être traitées par le promoteur et que les nations visées pourraient vouloir lui adresser, par exemple en ce qui a trait aux impacts cumulatifs ou passés que le promoteur peut difficilement évaluer et dont la Couronne doit tenir compte dans son évaluation de l'obligation<sup>371</sup>. La nation doit avoir l'occasion d'exprimer son point de vue à la Couronne quant au projet et aux mesures d'accommodement proposées dans la perspective de les intégrer au projet<sup>372</sup>.

Comme nous le verrons dans la section 3.5, il est difficile pour un promoteur d'obtenir réparation pour les dommages subis en cas de non-respect de l'obligation de la Couronne vis-à-vis les peuples autochtones. Dans la définition du rôle du promoteur, je tiendrai donc pour acquis qu'il a intérêt à s'impliquer dans le processus de consultation et d'accommodement pour que l'obligation soit adéquatement remplie et ainsi augmenter ses chances de réaliser ses intérêts

---

<sup>371</sup> *Première nation Tzeachten c Canada (Procureur général)*, supra note 116 au para 48 : « Il est vrai que, puisque les demanderessees n'ont pas utilisé les terres depuis un siècle, leur vente à SIC n'entraîne pas la perte d'un droit dont les demanderessees bénéficiaient déjà. Cependant, atténuer l'importance de l'atteinte en laissant entendre qu'elle fait partie d'une atteinte qui a eu lieu il y a longtemps n'est pas conforme au principe de l'honneur de la Couronne qui demande la réconciliation. »

<sup>372</sup> *Hupacasath First Nation v British Columbia (Minister of Forests) et al*, supra note 237 au para 262 : « Most significantly, there is no evidence of any occasion when the Ministry either sought out or had the opportunity to hear the HFN's [Hupacasath First Nation] views about the Weyerhaeuser proposal to remove the lands, or the HFN's views about appropriate measures to accommodate aboriginal interests. (...) Nor could it be said that the HFN had an opportunity to express their interests and concerns to the Crown, or to ensure that their representations were seriously considered and, where possible, integrated into the proposed plan of action »; *Première nation des Dénés Yellowknives c Canada (Procureur général)*, supra note 354 aux paras 98-99 : « En l'espèce, aucun ministère ni office ou commission n'a discuté du projet avec les demandeurs, n'a abordé la question des mesures d'atténuation ni n'a vérifié l'exactitude des déclarations de North Arrow auprès des demandeurs. Le défendeur invoque le processus réglementaire pour remédier à l'absence de communication avec les demandeurs, mais cet argument ne repose pas sur des assises solides. Bien qu'une consultation suffisante effectuée suivant le processus réglementaire puisse satisfaire à l'obligation de consultation, cela ne relève pas la Couronne de la responsabilité de vérifier si cette obligation a été respectée »; *Squamish Nation v British Columbia (Community, Sport and Cultural Development)*, supra note 181 au para 210 : « Once the Ministry received Whistler's engagement record, I am of the view that the consultation process engaged in by the Province relied almost exclusively on Whistler's engagement record. The Province made little attempt to engage in its own consultation: it held no face to face meetings with representatives of the Nations; it made no attempt to involve any other Ministry with whom the Nations dealt in other ongoing negotiations; and it denied requests for further consultation because of time constraints imposed by the upcoming election. »

économiques. Évidemment, il n'est pas non plus impossible qu'un promoteur refuse la délégation, le cas échéant<sup>373</sup>.

Rappelons qu'en général, la Couronne n'a pas d'obligation de tenir le promoteur adéquatement informé des développements quant au processus de consultation et d'accommodement<sup>374</sup>. Qui plus est, la CSC a énoncé que les nations autochtones pouvaient obtenir des dommages-intérêts à l'encontre de promoteurs dont l'exploitation s'est faite en contravention avec les droits autochtones<sup>375</sup>. Cela incite les promoteurs à s'impliquer dans la consultation et les accommodements pour s'assurer d'avoir l'heure juste quant à la possibilité que leurs activités soient bloquées.

L'essence du rôle du promoteur dans le processus de consultation et d'accommodement, relativement aux aspects procéduraux, peut être déduite en partant de ce qui ne peut être fait par la Couronne<sup>376</sup>. Ce rôle englobe donc la fourniture des plans du projet proposé ainsi que des explications quant aux aspects techniques, l'embauche de membres de la nation touchée pour travailler sur le projet de même que le partage des bénéfices économiques découlant du projet<sup>377</sup>. La connaissance technique du projet permet au promoteur de savoir comment il peut être modifié pour intégrer les demandes autochtones. Il est pertinent pour la Couronne de vérifier si le promoteur est réellement l'acteur le mieux placé en l'espèce pour consulter et accommoder

---

<sup>373</sup> *Saugeen First Nation v Ontario (MNR)*, *supra* note 125 au para 121 : « In its letter of August 28, 2013, MNR [Minister of Natural Resources and Forestry] delegated to Hayes the process of consulting SON, including funding SON to participate in consultations. Hayes objected to this unilateral delegation. Hayes refused to deal directly with SON and instead took the position that the Crown was responsible for consultations, not Hayes (...). »

<sup>374</sup> *Supra* note 356 au para 93 : « Thus, the statements made in *Spencer Bower* do not provide legal support for imposing a positive duty on the Province to inform Moulton of information relevant to its ability to avail itself of its rights under the licences, or, in particular, to any dissatisfaction expressed by any First Nations with the consultation process. There is no basis to impose on the Province a duty to disclose to Moulton the details of the consultation process at any point, and particularly at the relevant point in this case. (...) »

<sup>375</sup> *Nation Haida c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, *supra* note 4 au para 56; *Kruger inc c Première Nation des Betsiamites*, *supra* note 236 au para 90 : « Il ne nous paraît pas faire de doute qu'au stade de la requête pour ordonnance de sauvegarde, la théorie du poids relatif des inconvénients n'appuie pas du tout la position des intimés. Si l'on suppose que par le jugement final sur la requête pour injonction finale il sera déclaré que les intimés avaient le droit d'être consultés et qu'ils ne l'ont pas été, leur préjudice sera compensable par des dommages-intérêts (...). »

<sup>376</sup> Le danger inhérent à cette proposition provient de ce que les aspects procéduraux peuvent devenir plus substantiels : Devlin, *supra* note 365 à la p 4.

<sup>377</sup> *Haida Nation v British Columbia (Minister of Forests)*, *supra* note 326 au para 101.

la nation en fonction de ce qu'il peut effectuer comme mesures d'accommodement avant de lui déléguer une part du processus<sup>378</sup>.

Les promoteurs souhaitant s'impliquer dans le processus de consultation et d'accommodement doivent être conscients que le point focal du processus est la nation. Ainsi, une modification au projet par le promoteur ne constitue un accommodement que s'il est pris à la suite d'une consultation avec la nation<sup>379</sup>.

Tout en gardant en tête que chaque cas en est un d'espèce, sera généralement considérée comme raisonnable une consultation dans laquelle est impliqué le promoteur et lors de laquelle :

- La Couronne a demandé au promoteur de modifier son projet à plus d'une reprise pour satisfaire les exigences de la nation<sup>380</sup>;
- La Couronne a confirmé auprès de la nation les affirmations du promoteur quant au déroulement du processus<sup>381</sup>;
- La Couronne a vérifié la diligence raisonnable du promoteur lors du processus<sup>382</sup>;

---

<sup>378</sup> *Fort McKay First Nation v Alberta (Minister of Environment and Sustainable Resource Development)*, 2014 ABQB 393 au para 107 : « I find that ESRD [Alberta Environment and Sustainable Resource Development] did not err in delegating certain aspects of consultation to Prosper. As the Project proponent upon transfer from Koch, Prosper was best placed to consider mitigation measures in response to concerns raised by FMFN [Forst McKay First Nation]. »

<sup>379</sup> *Halalt First Nation v North Cowichan (District)*, 2011 BCCA 544 au para 14 : « Madam Justice Wedge found that HFN's title and rights claims were arguable and the Project, even as revised, did have the potential to affect HFN's interests. Therefore the Province had a duty to engage in deep consultations with HFN. She held that the Province failed to discharge that duty. She also held that the measures taken by the District as reflected in the revisions to the Project failed to reasonably accommodate HFN's interests, given that the revisions were not made as a result of consultations with HFN (...). »

<sup>380</sup> *Fort McKay First Nation v Alberta (Minister of Environment and Sustainable Resource Development)*, *supra* note 378 aux paras 104 et 107 : « It is important to consider the actions of ESRD throughout the period from August 2012 to February 2013. Chronologically, it cannot be said that the Crown ever disengaged from the process. (...) I find that ESRD did not err in delegating certain aspects of consultation to Prosper. As the Project proponent upon transfer from Koch, Prosper was best placed to consider mitigation measures in response to concerns raised by FMFN. ESRD monitored the process through the ROC adequacy reviews, it insisted on confirmed updates and sent Prosper back to the drawing table on more than one occasion to address further issues. »

<sup>381</sup> *Première nation des Dénés Yellowknives c Canada (Procureur général)*, *supra* note 354 au para 98 : « En l'espèce, aucun ministère ni office ou commission n'a discuté du projet avec les demandeurs, n'a abordé la question des mesures d'atténuation ni n'a vérifié l'exactitude des déclarations de North Arrow auprès des demandeurs. »

<sup>382</sup> *Nation Gitxaala c Canada*, *supra* note 213 aux paras 221, 223 et 228 : « [221] Rubicon originally understood that it was to negotiate with LSFN on its own behalf and on behalf of WFN. It was only in March 2011 that WFN took the position that the negotiations would be separate. Rubicon immediately complied. [223] As the evidence indicates, while Ontario was not at the WFN-Rubicon negotiating table, Ministry staff were regularly keeping in touch with representatives of both WFN and Rubicon; were prodding Rubicon to provide finances to assist WFN

- Le promoteur a respecté les demandes du responsable gouvernemental et des nations touchées, notamment quant aux accommodements<sup>383</sup>.

La décision unilatérale et arbitraire de terminer la consultation sans prendre considération les réalités de la nation touchée est un indice de consultation inadéquate<sup>384</sup>. Pour chacune des parties, il est avantageux de conserver des preuves des mesures de consultation entamées advenant que survienne une contestation de l'adéquation du processus.

Pour déterminer si l'obligation a été déléguée au promoteur, il faut examiner les relations entre le promoteur, la nation touchée et la Couronne.<sup>385</sup> La question de savoir si la délégation au promoteur par la Couronne était valide doit être évaluée en fonction de la norme de décision raisonnable<sup>386</sup>. Pour ce faire, la Cour doit considérer l'entièreté du processus de consultation et d'accommodement, dont les discussions entre la nation touchée et le promoteur ainsi que le financement fourni par celui-ci<sup>387</sup>. L'implication du promoteur ne doit pas être un paravent pour

---

in engaging consultants; and were ensuring that the process was meaningful and continuous; and were routinely keeping the Director informed. [228] (...) Rubicon was acting under the guidance of the Director. It is clear that Ontario was actively involved in ensuring that consultations occurred between Rubicon and WFN and in affording every reasonable opportunity for consultations between Ontario and WFN. »

<sup>383</sup> *Ibid*; *Fort McKay First Nation v Alberta (Minister of Environment and Sustainable Resource Development)*, *supra* note 378 au para 104 et 107.

<sup>384</sup> *Cold Lake First Nation v Alberta (Tourism, Parks and Recreation)*, *supra* note 366 au para 24 : « (...) I conclude that Parks erred in unilaterally terminating the ongoing consultation and negotiation, and in concluding that the level of consultation that had taken place was adequate. The decision in July 2010 to conclude consultation was driven by arbitrary and unrealistic construction deadlines. Parks had acknowledged the importance of further consultation by attempting to arrange meetings and inviting written comment. However, Parks failed to consider the impact of the election on the First Nation's ability to meet and respond to Parks. (...) »

<sup>385</sup> *Wabauskang First Nation v Minister of Northern Development and Mines et al*, *supra* note 188 au para 219 : « WFN asserts that Ontario delegated its duty to consult and accommodate. That requires an examination of the relationships between WFN and Rubicon, between WFN and Ontario, and amongst WFN, Rubicon, and Ontario. »

<sup>386</sup> *Ibid* au para 191 : « I conclude that the issues of whether Ontario assessed the nature of the WFN claims, whether it failed to share that assessment with WFN, and whether it improperly delegated its duty to consult are questions of mixed fact and law. As a result, deference is owed to the decision of the Director. The conduct of Ontario is to be reviewed on a standard of reasonableness »; Cité avec approbation dans *Michipicoten First Nation v Minister of Natural Resources and Forests et al*, *supra* note 140 au para 13.

<sup>387</sup> *Wabauskang First Nation v Minister of Northern Development and Mines et al*, *supra* note 188 aux paras 219-220 : « WFN asserts that Ontario delegated its duty to consult and accommodate. That requires an examination of the relationships between WFN and Rubicon, between WFN and Ontario, and amongst WFN, Rubicon, and Ontario. »; *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, *supra* note 205 aux paras 161-162 : « [161] Comme le Canada a tenu compte des discussions engagées par Trans Mountain, la preuve relative à ces discussions est aussi pertinente. [162] Finalement, selon certains demandeurs autochtones, les efforts déployés par Trans Mountain pour engager les discussions étaient insatisfaisants. La preuve à cet égard, notamment le

la Couronne, elle doit permettre de répondre aux « préoccupations réelles et légitimes » des nations touchées tout au long du processus, donc de les faire ressortir et de les comprendre adéquatement pour ensuite y répondre<sup>388</sup>.

Lorsque la Couronne délègue les aspects procéduraux de la consultation au promoteur et que l'obligation n'est pas respectée en raison de la faute de ce dernier, le remède doit être ordonné contre la Couronne et non contre le promoteur<sup>389</sup>. Il est difficile de savoir si, dans un tel cas, la Couronne peut se retourner contre le promoteur fautif, puisque la CSC a mis énormément d'accent sur l'honneur de la Couronne comme fondement de l'obligation et sur le fait que l'honneur ne peut être délégué. La délégation contractuelle, que nous verrons dans la prochaine section, pourrait toutefois potentiellement permettre d'asseoir un tel recours.

Dans *Wabauskang*, où le processus se situait au milieu du spectre, exigeant donc une consultation « standard »<sup>390</sup>, la Couronne a proposé d'être présente lors des négociations avec le promoteur, mais la nation a demandé à agir seule, en conformité avec son protocole de consultation. Le ministère des mines et du développement nordique était régulièrement informé des développements, il a demandé au promoteur de fournir des fonds à la nation pour les éclairer quant aux aspects techniques du projet. La Cour a conclu que la Couronne a alors gardé un rôle suffisant et a adéquatement délégué des aspects procéduraux en incitant le promoteur à

---

financement par Trans Mountain, est pertinente lorsqu'il s'agit d'évaluer cette prétention et la question du financement offert. »

<sup>388</sup> *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, supra note 205 aux paras 719, 720 et 727 : «[719] L'annexe résume ainsi la conclusion du Canada à l'égard de ces préoccupations des Stó:lō : [traduction] En ce qui concerne les préoccupations précises en matière de risque soulevées par le Collectif Stó:lō, le promoteur mettra en œuvre plusieurs mesures d'atténuation sur les ressources du patrimoine physique et culturel qui revêtent de l'importance pour les pratiques traditionnelles et culturelles du Collectif Stó:lō. Le promoteur s'est aussi engagé à réduire les perturbations possibles sur les biens et les activités communautaires en adoptant plusieurs mesures, dont éviter les éléments et biens communautaires qui revêtent de l'importance pendant les travaux [d'emprise], réduire la largeur [de l'emprise] dans certaines zones, éviter les travaux aux dates d'activités importantes dans la mesure du possible, communiquer le calendrier des travaux et les plans aux représentants de la communauté et entretenir les consultations et l'engagement avec les gouvernements locaux et autochtones. [720] Il ne s'agit pas d'un véritable dialogue répondant aux préoccupations réelles et légitimes des Stó:lō sur des questions qui revêtent une importance vitale pour ces derniers. »

<sup>389</sup> *Wabauskang First Nation v Minister of Northern Development and Mines et al*, supra note 188 au para 243 : « (...) if there had been an improper delegation or indeed a failure to fulfill the duty to consult and accommodate, then the remedy would have been against Ontario, not against Rubicon. »

<sup>390</sup> *Ibid* au para 203.

collaborer au plan de travail et au budget, en encourageant une communication sincère et en encourageant le promoteur à fournir des moyens financiers pour l'embauche de consultants<sup>391</sup>.

Dans *Martin*<sup>392</sup>, les communautés Mi'kmaq de Gesgapegiag, Gespeg, et Listuguj contestaient l'octroi d'autorisations environnementales délivrées au promoteur voulant construire des infrastructures de transport de pétrole, alléguant que la consultation avait été insuffisante lors de l'évaluation environnementale. L'obligation de la Couronne se situait en l'espèce au bas du spectre de l'obligation. Dans ce contexte, celle-ci a rempli une partie de son obligation en déléguant les aspects procéduraux au promoteur<sup>393</sup>. Pour l'évaluation de la délégation, la Cour a tenu compte du fait que la Couronne a imposé plusieurs conditions au projet visant à accommoder les nations touchées et à réduire les impacts sur leurs droits et que le promoteur a modifié ses plans à de multiples reprises en réponse à des demandes faites durant le processus d'évaluation environnementale. Il est curieux que la Cour ait considéré comme une mesure d'accommodement le fait que la Couronne ait exigé l'obtention par le promoteur des autorisations exigibles selon la réglementation et la législation applicables<sup>394</sup>, puisque, tel qu'énoncé précédemment, les accommodements devraient être pris en réponse aux observations de la nation touchée. La Cour a conclu que le processus de consultation et d'accommodement

---

<sup>391</sup> *Ibid* au para 229 : « Ontario did delegate to Rubicon, but only on procedural issues related to asserted and acknowledged treaty rights, including by encouraging Rubicon to participate in the development of the workplan and budget; by promoting meaningful communications; and by ensuring that WFN received sufficient finances to obtain advice from professional consultants (...). »

<sup>392</sup> *Martin v Province of New Brunswick and Chaleur Terminals Inc*, *supra* note 256.

<sup>393</sup> *Ibid* au para 37 et 174 : « The essence of the decision on the Duty to Consult Determination is set out in the "Conclusion" section of the document which states: The Crown is also aware that CTI [Chaleur Terminals Inc] has provided opportunities for information sharing and discussion of First Nation concerns. The Department of Environment and Local Government will include a condition in the EIA [Environmental Impact Assessment] Certificate of Determination indicating that Chaleur Terminals Incorporated will provide construction and operational updates to Pabineau First Nation, Eel River Bar First Nation, their authorized representative, the Assembly of First Nation Chiefs in New Brunswick, and Listuguj First Nation. (...) The Crown imposed upon the Project numerous conditions aimed at accommodating the rights and interests of Aboriginal groups affected by the Project, including the MM [Mi'gma'wei Mawiyomi] Communities. CTI made some modifications to their plans in response to various requests during the environmental impact assessment process. The COD [Certificate of Determination to Proceed] included several conditions and terms with which CTI must comply, including a number of measures intended to avoid, reduce or mitigate potentially adverse impacts of the Project on Aboriginal rights and interests. The Crown further accommodated the Applicants' concerns by requiring CTI to obtain approval under all other applicable acts and by enjoining them to adhere to all obligations, commitments, monitoring and mitigation measures presented in the EAR [Environmental Assessment Registration]. I do not believe that the duty to accommodate required more than what was done in the circumstances of the present case. »

<sup>394</sup> *Ibid* au para 174.

avait été raisonnable. En sus de ces considérations explicitées par la Cour, soulignons que dans ce dossier, la Couronne semble avoir été en contact avec la nation seulement lors de la révision technique du projet et que le promoteur avait demandé l'avis de la nation touchée lors de l'élaboration du projet<sup>395</sup>.

En somme, les tâches suivantes pourraient être déléguées au promoteur<sup>396</sup> :

- Fournir de l'information technique et générale à propos du projet proposé lors de la définition de ce dernier;
- Proposer des modifications aux plans pour éviter ou mitiger les impacts sur les intérêts autochtones;
- Documenter le processus de consultation et d'accommodement, notamment quant aux intérêts autochtones en jeu, ainsi que toute modification effectuée en réaction à la consultation;
- Financer le processus de consultation et d'accommodement des nations autochtones impliquées.

Les responsabilités suivantes sont plutôt du ressort exclusif de la Couronne :

- Déterminer que l'obligation est déclenchée;
- Identifier les communautés potentiellement affectées par la décision;
- Inclure les nations autochtones dans les décisions de haut niveau et de planification territoriale;
- Compléter l'évaluation préliminaire de l'obligation, soit évaluer préliminairement la force d'un droit ou d'un titre autochtone et déterminer à quel endroit la situation d'espèce se situe sur le spectre de consultation et d'accommodement;
- Déterminer/clarifier le processus de consultation et d'accommodement;

---

<sup>395</sup> *Ibid* aux paras 157, 159 et 169.

<sup>396</sup> Craik, *supra* note 341 à la p 34; British Columbia Ministry of Aboriginal Relations and Reconciliation, *Guide to Involving Proponents When Consulting First Nations*, 2014; Devlin, *supra* note 365 aux pp 17-18; Peter Landmann, *Crown Delegation of Consultation Responsibilities*, Ontario bar association - aboriginal law section, décembre 2012; *Guide to Involving Proponents When Consulting First Nations*, *supra* à la p 3; Government of Alberta, « Proponent-led Consultation » (6 juin 2016), en ligne : <<http://indigenous.alberta.ca/Proponent-led-Consultation.cfm>> (consulté le 23 août 2017).

- Évaluer l'adéquation du processus de consultation et d'accommodement.

En résumé, lorsque la Couronne délègue certains aspects du processus consultatif au promoteur, elle doit mettre en place des mesures, notamment de vérification, pour s'assurer que le processus de consultation et d'accommodement qui aura lieu sera significatif<sup>397</sup>. Elle ne peut se contenter d'une déclaration du promoteur lui assurant que l'obligation a été remplie ou que la nation a refusé de négocier<sup>398</sup>. Même si les négociations entre la nation et le promoteur tournent au vinaigre, que les demandes de la nation sont rejetées ou que le promoteur quitte la table de négociation, la Couronne demeure tenue de consulter avant toute décision<sup>399</sup>. Pour ce qui est du promoteur, il est libre de quitter la table de négociation sans respecter les lignes directrices de consultation; il n'a pas d'obligation constitutionnelle envers la nation, mais la Couronne sera responsable de ses agissements<sup>400</sup>. Ainsi, l'implication du promoteur ne justifie pas le retrait complet de la Couronne du processus consultatif. Une décision prise sur la base d'une consultation adéquate du promoteur, à qui la Couronne a délégué une part de l'obligation, mais où la Couronne elle-même n'a pas complété sa part d'obligations risque d'être rejetée par les tribunaux<sup>401</sup>.

---

<sup>397</sup> Anne-Marie Dupont et Simon Ruel, « Aboriginal Law – The Crown's Duty To Consult And The Involvement Of Natural Resources Proponents In The Consultation Process » (20 mai 2013).

<sup>398</sup> *Première nation des Dénés Yellowknives c Canada (Procureur général)*, *supra* note 354 aux paras 94, 95 et 98 : « Le problème ne réside pas dans le fait que la Couronne et l'Office ont compté sur la « consultation » effectuée par North Arrow, mais bien en ce qu'ils ont considéré à tort que cette consultation était suffisante. La Couronne (AINC) et l'Office se sont effectivement fondés sur la parole de l'une des parties à la « consultation » : ils ont accepté l'affirmation de North Arrow selon laquelle la consultation était terminée et les Premières nations avaient fait échouer le processus. Or, la preuve révèle essentiellement le contraire. (...) En l'espèce, aucun ministère ni office ou commission n'a discuté du projet avec les demandeurs, n'a abordé la question des mesures d'atténuation ni n'a vérifié l'exactitude des déclarations de North Arrow auprès des demandeurs. »

<sup>399</sup> *Ibid* au para 97 : « Dans le cadre de négociations, des pourparlers serrés peuvent s'engager entre les parties. Les Premières nations risquent de voir leurs demandes rejetées et les tierces parties quitter la table. Toutefois, dans la mesure où une tierce partie souhaite encore mener des activités sur des terres de Premières nations ou d'une façon qui se répercute sur leurs droits, la Couronne demeure tenue à tout le moins de consulter et d'accommoder. »

<sup>400</sup> *Ibid* au para 96 : « North Arrow, en revanche, a mis fin aux négociations à la première offre et n'a pas suivi les lignes directrices de l'Office en matière de consultation. North Arrow était libre d'agir ainsi impunément, parce qu'elle n'a pas d'obligation constitutionnelle envers les Premières nations. Cependant, la Couronne ne peut se réfugier derrière North Arrow ou se décharger de ses obligations en confiant les négociations à une tierce partie. »

<sup>401</sup> *Nation Gitxaala c Canada*, *supra* note 213 aux paras 57, 325-326 : « À ce stade-ci, il conviendrait peut-être de noter qu'il ne s'agit pas d'une affaire où le promoteur du projet, Northern Gateway, aurait refusé de travailler avec les groupes autochtones. (...) Nous concluons que le Canada n'a offert qu'une occasion brève, précipitée et inadéquate dans le cadre de la phase IV—une partie essentielle du processus de consultation du Canada—pour échanger des renseignements et en discuter. Les faiblesses – plus qu'une simple poignée et plus que de simples

Les obligations de chacune des parties dépendent entre autres du moyen qui est utilisé pour déléguer divers aspects du processus de consultation et d'accommodement. Or, la qualification juridique des diverses méthodes que la Couronne peut utiliser pour impliquer le promoteur dans la mise en œuvre de l'obligation n'est pas chose aisée, car l'obligation a été initialement créée autour de la relation entre la Couronne et les peuples autochtones. En ce sens, on constate dans la jurisprudence que les tribunaux inférieurs qui doivent composer avec l'implication des promoteurs dans l'obligation ont de la difficulté à qualifier juridiquement cette relation tripartite relativement informelle et basée sur les intérêts de chacun à coopérer<sup>402</sup>.

### 3.3 Les modalités de délégation aux promoteurs privés

Cette section vise à expliquer les divers moyens que peut prendre la Couronne pour déléguer l'obligation au promoteur, soit les autorisations administratives avec imposition de conditions et les contrats administratifs<sup>403</sup>. Pour mieux comprendre ces moyens d'opérer la délégation de l'obligation, je traiterai des conditions de formation et des obligations réciproques qui en découlent. Voici donc un bref exposé du cadre général dans lequel ces moyens s'inscrivent.

Il faut garder en tête que le processus de consultation ne doit pas être étudié de façon abstraite; on doit tenir compte du processus global de consultation et d'accommodement, y compris toute discussion incluant le promoteur<sup>404</sup>. Ainsi, lors de la révision judiciaire de l'obligation, les

---

imperfections – ont laissé des sujets entiers liés à des questions centrales aux Premières Nations concernés, des sujets affectant leurs moyens de subsistance et de bien-être parfois totalement ignorés. (...) Ici, louablement, plusieurs des conséquences potentiellement préjudiciables ont été éliminées ou mitigées à la suite de la conception du projet par Northern Gateway, les engagements volontaires qu'elle a faits et les 209 conditions imposées pour le projet. Mais, au moment de la phase IV des consultations, des préoccupations légitimes et sérieuses sur les conséquences du projet sur les intérêts des Premières Nations concernées demeuraient. »

<sup>402</sup> Par exemple, dans *Saugeen First Nation v Ontario (MNR)*, *supra* note 125, au para 110, la Cour affirme : « It is not clear what MNR meant by “procedural aspects” of consultations. The letter delegates substantive consultations to Hayes, while reserving to the Crown a monitoring and evaluative role. Why this is described as “procedural”, or why that description is significant, is not stated. »

<sup>403</sup> Je rappelle qu'en raison des contraintes de longueur d'un mémoire de maîtrise, j'ai dû limiter mon étude à la question de la délégation à un promoteur privé ou un tribunal administratif ou une personne morale de droit public, par la Couronne, de son obligation de consultation. Je n'ai donc pas étudié les contrats privés aux termes desquels une nation autochtone peut fixer, en accord avec le promoteur privé, les modalités de consultation qui lui conviennent.

<sup>404</sup> *Martin v Province of New Brunswick and Chaleur Terminals Inc*, *supra* note 256 au para 155 et 163 : « The issue to be decided in every case is whether an appropriate level of consultation is provided through the totality of measures the Crown brings to bear on its duty of consultation. This will take into consideration the regulatory scheme and government action viewed as a whole. (...) CTI began its engagement with the Chiefs of Listuguj and

tribunaux doivent tenir compte de toute consultation ayant eu lieu entre le promoteur et la nation en plus de ce qui a été entrepris par la Couronne, peu importe le moyen utilisé pour impliquer le promoteur<sup>405</sup>.

Considérant le peu d'encadrement fourni par la CSC pour comprendre les modalités d'implication du promoteur, j'irai puiser dans des notions de droit administratif pour dresser les bases théoriques des divers moyens existants. Effectivement, la CSC a souligné explicitement que les solutions aux problèmes soulevés par l'application de l'obligation peuvent être trouvées en puisant dans les principes de droit administratif<sup>406</sup>.

En droit administratif, la délégation est la passation d'une l'autorité décisionnelle à l'intérieur de l'appareil étatique; les inférences tirées des règles applicables à la délégation administrative par rapport à la délégation à un promoteur privé distinct de l'État sont donc limitées mais néanmoins intéressantes<sup>407</sup>. En règle générale, la personne à qui le législateur confère un pouvoir discrétionnaire dans une loi ne peut décider de déléguer l'exercice de ce pouvoir à un tiers, puisqu'elle doit respecter l'intention du législateur<sup>408</sup>. Autrement dit, il est impossible pour un décideur désigné par la législation de déléguer une décision discrétionnaire. Toutefois, cette

---

of Gespegiag, two of the three MM Communities before its engagement with the MMS. The members of the MMS are the elected Chief and Council of the three communities. (...) Even though MMS represented the MM Communities, I am of the view that all communications with the MM Communities or with their Chiefs, who were the officers of the MMS, also form part of the overall consultation. The process of consultation is not an exact science; it can be a fluid, flexible and informal process »; *Cameron v Ministry of Energy And Mines*, *supra* note 324 au para 154 : « It is my view that a consideration of the question of consultation must [take] into account not only the aspects of direct consultation between First Nations people and the provincial government whose officials were charged with responsibility to decide upon these applications, but also the consultations between First Nations people and Amoco that were known to the government to have occurred. The process of consultation cannot be viewed in a vacuum and must take into account the general process by which government deals with First Nations people, including any discussions between resource developers such as Amoco and First Nations people » [para cité avec approbation dans *Heiltsuk Tribal Council v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*, 2003 BCSC 1422, para 102].

<sup>405</sup> *Ibid.*

<sup>406</sup> *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, *supra* note 4 au para 41; *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, *supra* note 17 aux paras 44-47.

<sup>407</sup> Issalys et Lemieux, *supra* note 255 aux pp 232-233.

<sup>408</sup> Patrice Garant, *Droit administratif*, 7e éd, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2017, sect 3.4.2.

règle comporte des exceptions; il est possible de déléguer implicitement un pouvoir discrétionnaire lorsque celui-ci est encadré par des normes<sup>409</sup>.

Cette théorie issue du droit administratif doit être adaptée au contexte particulier, dit « *sui generis* », du droit autochtone canadien. Rappelons que l'obligation engage l'honneur de la Couronne, qui ne peut être délégué<sup>410</sup>. La Couronne ne peut donc pas déléguer entièrement l'obligation à une tierce partie, à moins qu'une loi ne le permette expressément<sup>411</sup>. Certains tribunaux ayant suivi un raisonnement guidé par le droit administratif ont conclu que la mise en œuvre de l'obligation par le promoteur serait, en théorie, de la collecte d'information<sup>412</sup>.

---

<sup>409</sup> *Vic Restaurant Inc v City of Montreal*, [1958] RCS 58 à la p 59; Gaston Pelletier, « La délégation d'une fonction ou d'un pouvoir administratif » (2011) 19e Conférence des juristes de l'état 411 aux pp 422-426. Cependant, à la p.429, Pelletier rappelle que « les tribunaux ont refusé d'accepter que la délégation de l'exercice d'une fonction ou d'un pouvoir puisse être implicitement autorisée si le législateur en a par ailleurs expressément autorisé la délégation ou si la structure de la loi ou une énumération des fonctions et des pouvoirs d'une autorité empêche qu'elle puisse l'être. »

<sup>410</sup> Thomas Isaac et Tony Knox, « The Crown's Duty to Consult Aboriginal People » (2003) 41 *Alta Law Rev* 41; *Nation Haida c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, *supra* note 4 au para 16 et 53.

<sup>411</sup> *Wahgoshig First Nation v Ontario*, 2012 ONSC 2323 au para 33 : « While McLachlin C.J.C. stated in *Haida Nation* that third parties may be liable to First Nations, I think it is clear that the statement refers to actions asserted by First Nations against third parties for breach of a duty owed directly by a third party to a First Nation, rather than by the Crown to the First Nation. As such, *Haida Nation* does not support the imposition of a duty to consult on a third party in the absence of an express delegation. »

<sup>412</sup> *Northern Superior Resources Inc v Ontario*, 2016 ONSC 3161 au para 88 : « The confirmation, in this case, that there is no issue of an improper delegation springs from the findings in *Haida v. British Columbia* and the decision of the judge on the motion for leave to appeal in the proceedings involving the *Wahgoshig First Nation*. There was no delegation. As the notification letters each say, Ontario accepted that the duty to consult was its responsibility. (...) *Northern Superior* is the party that understood its own exploration plans, the limits of what it needed and what it could do in response to concerns of First Nations. There was no suggestion that *Northern Superior* was legally obligated to consult, with the result that it would have been liable to the First Nation for any failure to carry out the process. As the judge on the leave to appeal noted in reference to *Haida v. British Columbia*, while there was no legal obligation placed on third parties to consult, the Crown can rely on such consultation as satisfying its duty and the constitutional obligation owed to First Nations. I point out that, as a general rule, delegation refers to the passing down of any authority to decide. A decision-maker (a tribunal) cannot, unless specifically authorized, delegate a decision-making authority to another. The "duty to consult" does not perceive a decision being made. It is more closely aligned with fact-finding or investigation. These functions, typically, are open to delegation »; Cela entraîne certaines déclarations de la Cour qui peuvent porter à confusion quant à la délégation des aspects procéduraux tel qu'envisagé par la CSC dans *Nation Haida* au para 53, par exemple dans *Wabauskang First Nation v Minister of Northern Development and Mines et al*, *supra* note 185 aux paras 229-230 : « Ontario did delegate to Rubicon, but only on procedural issues related to asserted and acknowledged treaty rights, including by encouraging Rubicon to participate in the development of the workplan and budget; by promoting meaningful communications; and by ensuring that WFN received sufficient finances to obtain advice from professional consultants. On that basis, Ontario met its duty to consult within the meaning of *Haida Nation*. Furthermore, Ontario did not delegate its duty to consult within the context of delegation in *Haida Nation*. » [mes soulignements]

En incluant le promoteur dans le processus de consultation et d'accommodement, la Couronne crée une nouvelle obligation indépendante parallèlement à la sienne, car leurs sources sont juridiquement différentes<sup>413</sup>. Afin d'illustrer le tout, dans *Wabauskang*<sup>414</sup>, la Cour a écrit que la Couronne a une obligation constitutionnelle de consulter et d'accommoder qui émane du paragraphe 35(1) LC1982 ainsi qu'une obligation statutaire qui provient de l'article 2 de la *Loi sur les mines* de l'Ontario. Le promoteur peut aussi avoir une obligation de respecter les conditions énoncées par l'autorité responsable de l'émission du permis requis en vertu des règlements d'application de la *Loi sur les mines* de l'Ontario. Par exemple on pourrait demander qu'il finance l'étude des droits ancestraux de la nation touchée ou toute autre obligation jugée pertinente par l'autorité responsable.

Ces sources juridiques différentes permettront néanmoins de créer un processus conjoint visant à atteindre des objectifs semblables<sup>415</sup>. Néanmoins, la délégation des aspects procéduraux doit permettre de différencier le processus de consultation du promoteur de celui de la Couronne<sup>416</sup> et de faire en sorte que ce soit elle et non lui qui exerce le pouvoir décisionnel discrétionnaire.

---

<sup>413</sup> *Haida Nation v British Columbia (Minister of Forests)*, *supra* note 326 au para 100.

<sup>414</sup> *Wabauskang First Nation v Minister of Northern Development and Mines et al*, *supra* note 188 au para 231 : « While Ontario did fulfill its duty to consult, I do not agree that the consultation process was exemplary or was a model for other projects. For example, areas of improvement at the outset, include the following: (...) (d) defining roles as between Ontario (which has a constitutional duty to respect the existing Aboriginal and treaty rights of Aboriginal peoples of Canada pursuant to s. 35 of the Constitution Act, 1982 and a statutory duty pursuant to s. 2 of the Mining Act to consult and minimize impact, and a common law duty to consult consistent with Haida Nation) and the Proponent (which has a duty to comply with any written direction regarding Aboriginal consultation provided by the Director pursuant to the current s. 12[2][e] of the Regulation), and the First Nation (which has a common law duty to negotiate in good faith as indicated in para. 42 of Haida Nation). »

<sup>415</sup> *Ibid* au para 228 : « (...) The certification required by s. 12(2)(e) of the Regulation (as it then existed) makes it appear that Rubicon did have a duty to carry out reasonable and good faith consultation which was independent of the duty on the Crown. However, as the acknowledged PCP indicated, Rubicon was acting under the guidance of the Director. It is clear that Ontario was actively involved in ensuring that consultations occurred between Rubicon and WFN and in affording every reasonable opportunity for consultations between Ontario and WFN. »

<sup>416</sup> *Squamish Nation v British Columbia (Community, Sport and Cultural Development)*, *supra* note 181 au para 209 : « In my view the Province failed to ensure that the parties to the consultation understood the differences between the two types of consultation processes required. This confusion led to frustration, particularly on the part of the Nations, as the parties with the responsibility and authority were not at the table until the matter reached the Minister's office in December 2012. The Province was obliged to make the s. 35 consultation process "as transparent as possible" and clearly articulate what roles the municipality and the Province were playing in carrying out the consultation. »

Peu importe la forme que prend la délégation, une condition de validité importante du processus de consultation et d'accommodement repose dans la communication du processus envisagé par la Couronne à la nation touchée :

Les peuples autochtones doivent être avisés de la forme que prendra le processus de consultation, afin de savoir comment les consultations se dérouleront, de pouvoir y participer activement et, au besoin, d'être en mesure de soulever en temps opportun leurs préoccupations au sujet de la forme des consultations proposées.<sup>417</sup>

Conséquemment, les discussions entre le promoteur et la nation ne devraient pas se dérouler dans un contexte d'asymétrie informationnelle. Advenant que la Couronne décide de déléguer certains aspects au promoteur, cela devrait donc être clarifié<sup>418</sup>. Il n'est néanmoins pas nécessaire d'envoyer un tel avis lorsque le décideur est un tribunal administratif, que la nation touchée a été entendue par celui-ci et qu'il est évident que cet organisme est responsable de la mise en œuvre du processus de consultation pour la Couronne<sup>419</sup>.

Une nation qui serait consultée alors qu'elle ne sait pas qu'un processus formel de demande de permis a été enclenché concernant ses droits, qui ne saurait pas quelle demande a été déposée ou quelle est la teneur des discussions entre le promoteur et la Couronne, ne saurait être adéquatement consultée. Cela serait le cas même si la nation savait que le promoteur tentait de persuader informellement la Couronne de mettre en branle son projet<sup>420</sup>.

---

<sup>417</sup> *Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc*, supra note 193 au para 23.

<sup>418</sup> *Ke-Kin-Is-Uqs v British Columbia (Minister of Forests)*, supra note 314 au para 147 : « I note that there is no record of the Province clarifying, when the corporate table venture began, that the corporate table process was not meant to replace the court-ordered consultation and accommodation. Since it is the Province that (by necessity) divides its mandate among Ministries and agencies, it is incumbent on the Province to do its best to ensure that the mandate of the specific Ministry or agency with which a First Nation is interacting is made clear, and to ensure that responsibility for consultation and accommodation is not lost in the complexity of (sometimes shifting) governmental structures. The Crown's duty is to carry on a process that is as transparent as possible. » Voir également le para 175 pour la discussion de la Cour sur le statut du promoteur; *Martin v Province of New Brunswick and Chaleur Terminals Inc*, supra note 256 au para 165, décision rendue avant celle de la CSC dans *Clyde river*, qui considérait que, même s'il était préférable que la délégation soit faite explicitement, cela n'était pas un manquement à l'obligation de déléguer implicitement l'obligation à condition que cela soit clair; cela semble inconciliable avec la citation ci-haut de la Cour suprême dans *Clyde river*.

<sup>419</sup> *Chippewas of the Thames First Nation c Pipelines Enbridge inc*, supra note 172 au para 46.

<sup>420</sup> *Hupacasath First Nation v British Columbia (Minister of Forests) et al*, supra note 237 au para 262 : « Most significantly, there is no evidence of any occasion when the Ministry either sought out or had the opportunity to hear the HFN's views about the Weyerhaeuser proposal to remove the lands, or the HFN's views about appropriate measures to accommodate aboriginal interests. Weyerhaeuser's discussions with the petitioners were in a context

Enfin, l'absence de commentaires ou de questions de la part de la nation à la Couronne quant aux démarches entreprises par le promoteur ne l'empêche pas de demander la révision judiciaire à la suite du non-respect de l'obligation de consulter et d'accommoder<sup>421</sup>.

## **L'autorisation administrative et l'imposition de conditions**

Le premier moyen, qui est mentionné le plus souvent dans la jurisprudence, est l'imposition de la délégation découlant du processus d'autorisation, au moyen d'une condition réglementaire, d'un permis, d'un certificat<sup>422</sup> ou d'un plan à soumettre<sup>423</sup>.

Cette délégation découle d'un pouvoir prévu par la loi d'imposer des conditions au promoteur<sup>424</sup>. La délégation doit reposer sur un pouvoir expressément prévu par un régime

---

of asymmetrical information. The HFN did not know that Weyerhaeuser had made formal application to remove the lands, what representations it had made, or what terms and conditions were under discussion. Nor could it be said that the HFN had an opportunity to express their interests and concerns to the Crown, or to ensure that their representations were seriously considered and, where possible, integrated into the proposed plan of action. »

<sup>421</sup> *Ibid* au para 269 : « While there is no doubt the HFN knew that Weyerhaeuser was trying to persuade the Crown to remove the land, there is no evidence that HFN leaders knew that a formal application had been made, or that the Crown was considering it. I do not find that the failure of the HFN to make representations to the Crown in the February – July 2004 period disentitles them from now seeking review of the Crown's failure to meet its duty to consult and accommodate. »

<sup>422</sup> *Martin v Province of New Brunswick and Chaleur Terminals Inc*, *supra* note 256 aux paras 40-42 : « On July 17, 2014, pursuant to the completion of its review of the Project, the Province issued a Certificate of Determination to Proceed ("COD") to CTI authorizing the Project to proceed subject to certain terms and conditions outlined therein. (...) Condition no. 12 of the COD provides that CTI "shall provide construction and operational updates to Pabineau First Nation, Eel River Bar First Nation, and their authorized representative the Assembly of First Nations Chiefs in New Brunswick, and Listuguj First Nation." »

<sup>423</sup> *Wabauskang First Nation v Minister of Northern Development and Mines et al*, *supra* note 188 au para 15 : « (...) Rubicon officials were aware that Ontario had a duty to consult and accommodate WFN, LSFN, and MNO and those same officials were aware that they would be expected to participate in procedural aspects of the consultation and accommodation. Based on s. 12(2) of the Mine Development and Closure under Part VII of the Act Regulation to which reference will be made below, Rubicon officials were aware that it also had to certify in its closure plan that it had carried out reasonable and good faith consultations with appropriate representatives of all Aboriginal peoples affected by the Project. »

<sup>424</sup> *Wahgoshig First Nation v Ontario*, *supra* note 411 aux paras 30-33 : « However, there is a significant difference between the concept of delegation of procedural aspects of consultation in the manner contemplated by Haida Nation and imposition of a duty to consult on a third party. It is clear from Haida Nation that what is contemplated by McLachlin C.J.C. is that the Crown's duty to consult may be satisfied by the actions of third parties. Typically, consultation by third parties is a requirement of obtaining a licence or permit as in Haida Nation. There is no suggestion in Haida Nation, however, that, in the absence of legislated authority, the Crown can delegate a duty to consult to a third party in the sense of imposing an obligation on the third party by means of a purely administrative action unrelated to the exercise of a statutory power or the satisfaction of a condition of a permit or licence granted by the Crown (...). If the Crown wishes to delegate operational aspects of its duty, it would appear that it must establish a legislative or regulatory scheme that recognizes, and incorporates within it, the duty to consult in such manner as effectively requires a third party either to discharge the duty to consult as a condition of receipt or

législatif ou réglementaire. Elle peut aussi être implicite lorsqu'elle se situe dans le champ de l'habilitation nécessaire à la réalisation du pouvoir discrétionnaire conféré par la loi<sup>425</sup>. Un exemple de délégation résultant d'un pouvoir discrétionnaire implicite par déduction nécessaire serait l'approbation du projet du promoteur conditionnellement à ce qu'il tienne la nation touchée au courant des développements du projet et au moyen de réunions régulières<sup>426</sup>.

Les autorisations administratives ont ceci de particulier qu'elles peuvent impliquer un dialogue entre plusieurs acteurs en plus du demandeur de l'autorisation et de la Couronne; le droit autochtone ainsi que le droit de l'environnement en sont d'excellents exemples<sup>427</sup>.

Plusieurs types de conditions peuvent être imposés. On retrouve les conditions techniques (par exemple démontrer sa capacité à fournir un service adéquat sur un territoire donné), les conditions financières (par exemple une preuve de solvabilité ou d'assurance en cas de défaillance), et, finalement, les conditions de conformité aux normes réglementaires spécifiques à chaque domaine<sup>428</sup>, par exemple de satisfaire, en partie, à l'obligation de consulter et d'accommoder ou toute autre obligation découlant du droit autochtone canadien.

Les ressemblances entre la définition de ce type de délégation en droit administratif et les fondements de l'obligation de consulter et d'accommoder sont frappantes. Ainsi, tout comme l'obligation de consulter, la condition prévue par l'autorisation gouvernementale prohibe l'acte que souhaite poser le demandeur d'autorisation, le promoteur dans notre cas, à moins qu'il n'ait préalablement satisfait à ladite condition<sup>429</sup>; cet esprit préventif se marie très bien avec celui de l'obligation de consulter et d'accommoder. Issalys et Lemieux soulignent aussi que plusieurs

---

maintenance of a right or interest or to acknowledge that the Crown's discharge of such duty is a pre-condition of a valid interest. (...) As such, Haida Nation does not support the imposition of a duty to consult on a third party in the absence of an express delegation »; Cité avec approbation dans *Northern Superior Resources Inc v Ontario*, *supra* note 412 au para 84.

<sup>425</sup> *ATCO Gas & Pipelines Ltd c Alberta (Energy & Utilities Board)*, [2006] 1 RCS 140 au para 51; « Loi d'interprétation, RLRQ c I-16 » art 57.

<sup>426</sup> *Martin v Province of New Brunswick and Chaleur Terminals Inc*, *supra* note 256 au para 37 et 42; *Règlement sur les études d'impact sur l'environnement*, Règl du N-B 87-83 au para 16(2).

<sup>427</sup> Issalys et Lemieux, *supra* note 255 à la p 914.

<sup>428</sup> *Ibid* aux pp 936-939. Voir par exemple le devoir introduit au paragraphe 78.2(1) de la *Loi sur les mines* de l'Ontario.

<sup>429</sup> *Ibid* à la p 916.

directives viennent baliser « les aspects procéduraux des rapports entre administration et administrés à propos des autorisations administratives »<sup>430</sup> afin de rendre le processus d'imposition de condition plus prévisible. Enfin, ces auteurs écrivent que c'est la souveraineté de l'État qui lui permet d'imposer des conditions à titre de « technique d'aménagement de l'espace » dans un contexte d'exploitation des ressources naturelles, et que ces autorisations n'ont de sens qu'en fonction des « objectifs d'intérêt public de leur loi habilitante »<sup>431</sup>. Cette conception de l'intérêt public doit tenir compte de l'intérêt public spécial, reconnu par la CSC, que fait naître l'obligation de consulter et d'accommoder les peuples autochtones et dont il sera question dans la section sur les tribunaux administratifs<sup>432</sup>.

Une fois la demande d'autorisation déposée par le promoteur, la Couronne devra respecter son devoir d'agir équitablement à l'endroit du promoteur<sup>433</sup>. Le promoteur qui dépose une demande d'autorisation a trois autres droits procéduraux dans le cadre de l'évaluation de celle-ci<sup>434</sup> :

Le droit à la communication préalable des éléments défavorables à l'administré, l'autorité administrative étant tenue de lui faire connaître la teneur d'oppositions à sa demande, ou de plaintes à son endroit, formulée par des tiers ;

Le droit à la notification préalable de l'intention de prendre une décision défavorable et des motifs qui la fondent ;

Le droit de faire valoir ses arguments, l'autorité administrative devant lui fournir l'occasion de présenter ses observations et de verser au dossier des documents complémentaires.

Lorsque l'autorité administrative constate que les conditions préalables à l'autorisation sont remplies, elle peut alors délivrer celle-ci au promoteur; le respect des conditions devra toutefois être maintenu tout au long de la durée de l'autorisation<sup>435</sup>.

---

<sup>430</sup> *Ibid* à la p 922 [mes soulignements].

<sup>431</sup> *Ibid* à la p 923.

<sup>432</sup> *Chippewas of the Thames First Nation c Pipelines Enbridge inc, supra* note 172 au para 59.

<sup>433</sup> Issalys et Lemieux, *supra* note 255 à la p 944.

<sup>434</sup> *Ibid* à la p 950.

<sup>435</sup> *Ibid* à la p 966.

## Le contrat administratif

Le deuxième moyen est un contrat, communément appelé protocole d'entente, entre la Couronne, le promoteur et les nations touchées. Ce contrat définit le processus de consultation et d'accommodement par lequel la Couronne peut déléguer les aspects qu'elle juge pertinents, comme le financement du processus consultatif, au promoteur.

Le contrat qui intervient entre un particulier et un organisme public tel la Couronne se nomme contrat administratif<sup>436</sup>. Du fait de la présence de la Couronne en tant que partie au contrat, des exigences législatives ou jurisprudentielles (comme celles relatives à l'obligation) s'y appliquent en plus des règles de droit privé sur les contrats<sup>437</sup>. La délégation des obligations gouvernementales à un tiers, le promoteur dans notre cas, n'empêche pas l'application des règles de droit public; la Couronne ne peut donc pas invoquer un contrat pour éluder ses obligations<sup>438</sup>. Le contrat administratif diffère d'un contrat passé simplement entre deux personnes privées en ce qu'il comprend des contraintes issues de diverses normes juridiques inapplicables habituellement, par exemple par les règles d'adjudication des contrats<sup>439</sup>.

En plus des règles usuelles du contrat prévues au *Code civil* ou dans la *common law*, la formation de ce type de contrat impose des contraintes liées à la capacité de la Couronne :

1. Capacité personnelle<sup>440</sup> : le contrat doit être conclu par une personne qui en a la capacité; contrairement à un ministre, un fonctionnaire doit être habilité expressément à signer un contrat au nom de la Couronne, sous réserve de la doctrine du mandat apparent;

---

<sup>436</sup> *Ibid* aux pp 1121-1126.

<sup>437</sup> *Ibid*. Cela fait aussi en sorte qu'ils sont soumis aux règles d'interprétation des contrats, mais également aux règles d'interprétation des lois.

<sup>438</sup> *Cyr c Société de l'assurance automobile du Québec*, 2006 QCCA 932 au para 53 : « La jurisprudence offre des exemples de situations dans lesquelles l'existence d'un cadre contractuel n'empêche pas l'application de règles de droit public et, notamment, de celles de l'équité procédurale. [O]n retrouve de telles situations en matière d'adjudication de contrats gouvernementaux, en ce qui concerne des régimes d'emploi de certains agents publics et même dans le cas d'abrogation ou de résiliation de contrat public pour violation des conditions de l'appel d'offres et de l'adjudication. »

<sup>439</sup> Issalys et Lemieux, *supra* note 255 à la p 1122.

<sup>440</sup> *Ibid*, sect 13.6.

2. Capacité matérielle<sup>441</sup> : respect des fins mentionnées dans la loi autorisant le contrat, ou attribution de crédits budgétaires par l'Assemblée nationale ou compétence implicite au mandat d'un ministre.
3. Capacité temporelle<sup>442</sup> : les fonds dédiés au contrat devront être dépensés durant la période prévue à cet effet dans la loi qui les prévoient;
4. Capacité formelle<sup>443</sup> : respect d'exigences concrètes telles que le contrat soit écrit ou que les autorisations nécessaires aient été obtenues.

Un contrat administratif ne peut pas lier l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de la Couronne en raison de l'autonomie du titulaire d'un pouvoir administratif<sup>444</sup>.

La jurisprudence au sujet des exigences de formation des contrats administratifs dans le contexte particulier de la délégation au promoteur n'est pas très claire. Par exemple, il a été jugé que ce contrat peut être formé par le biais d'une lettre de la Couronne résumant le processus à venir et les responsabilités de chacun, même si la Couronne reconnaît qu'elle est l'ultime responsable de l'obligation de consulter<sup>445</sup>. Cependant, des lettres de la Couronne indiquant que le promoteur est le mieux placé pour expliquer son projet et choisir des mesures d'accommodements et pour développer une relation positive avec la nation touchée, mais que l'obligation de consulter reste

---

<sup>441</sup> *Ibid*, sect 13.7.

<sup>442</sup> *Ibid*, sect 13.8.

<sup>443</sup> *Ibid*, sect 13.9.

<sup>444</sup> *Ibid* à la p 1135.

<sup>445</sup> *Saugeen First Nation v Ontario (MNRF)*, *supra* note 125 au para 96 : « By letter of August 28, 2013, from MNRF to Hayes, with a copy to SON, MNRF set out the process to be followed going forward for consultation about the Project with SON. This letter appears to conclude nearly two years of discussions establishing a consultation process. (...) (2) In the second paragraph, MNRF described the nature of the Crown's duty to consult and noted that "although the duty to consult... is a duty of the Crown, the Crown may delegate procedural aspects of this duty to project proponents while retaining oversight of the consultation process." (...) (4) In the fourth paragraph, MNRF summarized the purpose of this letter: "to confirm that [MNRF] is now delegating certain procedural aspects of the duty to consult to [Hayes]... [and] to clarify the respective roles of the Crown and [Hayes] in fulfilling any duty to consult on the Application that may be required." (...) This letter from MNRF is a watershed in the consultation process. From this letter, SON understood that finally, after nearly two years of discussions, its request for a formal consultation process had been accepted, and that it would be dealing directly with Hayes for this process, including in respect to funding (...). »

la seule obligation de la Couronne, ont été jugées ne pas entraîner la formation d'un contrat administratif de délégation de l'obligation<sup>446</sup>.

Évidemment, les deux parties doivent consentir à cette délégation contractuelle pour qu'elle soit valide<sup>447</sup>. Le promoteur ne peut accepter une délégation que la Couronne ne lui aurait pas proposée. Par exemple, le fait que le promoteur consulte la nation touchée dans le cadre d'une table de concertation forestière permettant au promoteur d'obtenir une certification n'a pas été jugé comme une délégation remplissant l'obligation, puisque la Couronne n'avait aucune intention de ce faire. La Couronne était absente de cette table de concertation, par ailleurs.<sup>448</sup> Advenant que la Couronne décide de changer le processus préalablement défini au contrat auquel la nation est partie, elle doit impérativement l'en aviser pour ne pas entacher son honneur<sup>449</sup>.

---

<sup>446</sup> *Northern Superior Resources Inc v Ontario*, *supra* note 412 au para 81 : « The confirmation, in this case, that there is no issue of an improper delegation springs from the findings in *Haida v. British Columbia* and the decision of the judge on the motion for leave to appeal in the proceedings involving the *Wahgoshig First Nation*. [84] There was no delegation. As the notification letters each say, Ontario accepted that the duty to consult was its responsibility. The letters go on to point out that the courts have recognized that third parties have an important role to play and so they did. Northern Superior is the party that understood its own exploration plans, the limits of what it needed and what it could do in response to concerns of First Nations. There was no suggestion that Northern Superior was legally obligated to consult, with the result that it would have been liable to the First Nation for any failure to carry out the process. »

<sup>447</sup> *Saugeen First Nation v Ontario (MNR)*, *supra* note 125 au para 121 : « Based on these events I find: (1) In its letter of August 28, 2013, MNR delegated to Hayes the process of consulting SON, including funding SON to participate in consultations. (2) Hayes objected to this unilateral delegation. Hayes refused to deal directly with SON and instead took the position that the Crown was responsible for consultations, not Hayes. (...) (5) Hayes was not required to undertake the delegated consultation (though one consequence of refusing to undertake this role could have been an adverse decision on its license application). (...); *Wahgoshig First Nation v Ontario*, *supra* note 411 au para 31 : There is no suggestion in *Haida Nation*, however, that, in the absence of legislated authority, the Crown can delegate a duty to consult to a third party in the sense of imposing an obligation on the third party by means of a purely administrative action unrelated to the exercise of a statutory power or the satisfaction of a condition of a permit or licence granted by the Crown (...). »

<sup>448</sup> *Hupacasath First Nation v British Columbia (Minister of Forests) et al*, *supra* note 237 aux paras 260-261 : « Brascan pointed to the statement by the Chief Justice in *Haida Nation* at para. 53 that “[t]he Crown may delegate procedural aspects of consultation to industry proponents seeking a particular development; this is not infrequently done in environmental assessments”, and argued that in effect Weyerhaeuser was carrying out the Crown’s obligations. [261] However, there is no evidence that the Crown delegated the procedural (or any) aspects of consultation to Weyerhaeuser. The WIWAG [West Island Woodlands Community Advisory Group] process was not the Crown’s, whether directly or indirectly, and the WIWAG process did not involve consultation by the Crown about the pending removal decision. »

<sup>449</sup> *Saugeen First Nation v Ontario (MNR)*, *supra* note 125 au para 125 : « (...) It is for the Crown to devise the consultation process. The Crown must assess the scope of consultations correctly, but the adequacy of the consultation process is reviewed on a reasonableness standard. Once the Crown establishes a process, if it decides

Les ententes conclues en vertu de l'article 8 de la *Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier*<sup>450</sup> sont un bon exemple de contrat administratif pouvant impliquer les communautés autochtones<sup>451</sup>.

Une fois le contrat conclu, les parties devront évidemment l'exécuter dans le délai convenu<sup>452</sup>. Le contrat pourra être modifié par les parties d'un commun accord ou unilatéralement par la Couronne par le biais d'une loi, sous réserve des droits constitutionnels des parties<sup>453</sup>. Comme pour l'autorisation administrative, les parties au contrat administratif ont le droit d'exiger le respect des principes d'équité tel que le droit d'être entendu et le droit à une décision impartiale<sup>454</sup>.

En cas de non-respect du contrat, les parties pourront s'adresser aux tribunaux pour obtenir dédommagement ou faire appel à un arbitre si tel est leur choix ou que cela a été prévu au contrat<sup>455</sup>.

### **3.4 L'attribution du devoir de consulter et d'accommoder à un tribunal administratif**

Dépendamment de leur loi habilitante, les tribunaux administratifs peuvent être appelés à évaluer le respect de l'obligation de consulter et/ou à mener eux-mêmes ladite obligation. C'est fréquent dans le cadre d'une évaluation environnementale.

Il va sans dire que ce n'est pas parce que le processus de consultation et d'accommodement est prévu dans une loi qu'il remplit les exigences de l'honneur de la Couronne et des autres obligations afférentes à l'obligation de consulter et d'accommoder<sup>456</sup>. La Cour d'appel fédérale

---

to change that process in a material way, generally it is not reasonable to effect the change without explaining the change, and the reasons for the change, to the First Nation. Here that was not done. That failure was a breach in the Crown's duty to consult. »

<sup>450</sup> *Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier*, RLRQ c A-18.1.

<sup>451</sup> Issalys et Lemieux, *supra* note 255 à la p 1198.

<sup>452</sup> *Ibid.*, sect 13.25.

<sup>453</sup> *Ibid.*, sect 13.27.

<sup>454</sup> *Ibid.* à la p 1127.

<sup>455</sup> *Ibid.*, sect 13.34.

<sup>456</sup> *Première Nation Ka'a'Gee Tu c Canada (Procureur général)*, 2007 CF 763 au para 121 : « It is not enough to rely on the process provided for in the Act. From the outset, representatives of the Crown defended the process

a considéré que lorsque la Couronne s'appuie sur le processus d'un tribunal administratif pour remplir son obligation, cela ne constitue pas de la « délégation » au sens du droit administratif<sup>457</sup>. Elle n'a toutefois pas explicité les raisons menant à cette conclusion et la CSC ne s'est pas penchée sur la question en appel.

Quoiqu'un tribunal administratif ne soit pas un représentant de la Couronne, il agit tout de même pour la Couronne lors du processus d'approbation réglementaire; ses décisions peuvent donc déclencher l'obligation<sup>458</sup>. Ainsi, les tribunaux administratifs comme la Couronne ont l'obligation d'approuver un projet seulement lorsqu'ils considèrent que le processus de consultation et d'accommodement est adéquat : « la question fondamentale consiste à décider s'il a été satisfait à l'obligation avant l'approbation du projet <sup>459</sup> ».

Lorsqu'un tribunal administratif est responsable de la mise en œuvre de l'obligation, il arrive qu'il délègue une part plus ou moins substantielle de ses responsabilités au promoteur, souvent par le biais de conditions à l'obtention d'un permis<sup>460</sup>. La CSC a clarifié qu'à elle seule la délégation au promoteur d'une obligation de discuter avec les nations touchées ne suffit pas à remplir les obligations découlant du paragraphe 35(1)<sup>461</sup>.

La CSC a aussi indiqué que, lors d'une évaluation environnementale par un tribunal administratif, l'obligation de consulter crée un intérêt public « spécial » qui doit avoir préséance

---

under the Act as sufficient to discharge its duty to consult, essentially because it was provided for in the Act. I agree with the Applicants that the Crown's duty to consult cannot be boxed in by legislation. That is not to say that engaging in a statutory process may never discharge the duty to consult. In *Taku*, at paragraph 22, the Supreme Court found that the process engaged in by the Province of British Columbia under the Environmental Protection Act of that jurisdiction fulfilled the requirements of the Crown's duty to consult. The circumstances here are different. The powers granted to the Ministers under the Act must be exercised in a manner that fulfills the honour of the Crown (...). »

<sup>457</sup> *Hamlet of Clyde River c TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS)*, 2015 CAF 179 au para 46; Matthew Hodgson, « Pursuing a Reconciliatory Administrative Law: Aboriginal Consultation and the National Energy Board » (2016) 54:1 Osgoode Hall Law J 125-173 à la p 151.

<sup>458</sup> *Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc*, *supra* note 193 au para 29; *Chippewas of the Thames First Nation c Pipelines Enbridge inc*, *supra* note 172 au para 31.

<sup>459</sup> *Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc*, *supra* note 193 au para 39.

<sup>460</sup> Bram Noble, *Learning to Listen: Snapshots of Aboriginal participation in Environmental Assessment*, coll Aboriginal People and Environmental Stewardship, Macdonald-Laurier institute, 2016 à la p 9, en ligne : <[http://www.macdonaldlaurier.ca/files/pdf/Noble\\_StewardshipCaseStudies\\_F\\_web.pdf](http://www.macdonaldlaurier.ca/files/pdf/Noble_StewardshipCaseStudies_F_web.pdf)> (consulté le 22 août 2017); *Chippewas of the Thames First Nation c Pipelines Enbridge inc*, *supra* note 172 aux paras 24 et 57.

<sup>461</sup> *Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc*, *supra* note 193 au para 39.

sur tout autre objectif social ou économique<sup>462</sup>; un projet autorisé en contravention avec les droits constitutionnels autochtones ne saurait donc être dans l'intérêt public<sup>463</sup>. Cet intérêt public spécial se heurte potentiellement à une présomption en droit administratif selon laquelle les autorisations prises en vertu d'une loi valide sont dans l'intérêt général<sup>464</sup>.

Le tribunal administratif le plus souvent étudié dans la jurisprudence relative à l'obligation de consulter est l'Office National de l'Énergie (ci-après «l'ONÉ »); il sera donc principalement question de celui-ci dans les paragraphes qui suivent. Il pourrait éventuellement être intéressant d'en étudier d'autres, comme la Commission de protection du territoire agricole du Québec, la Régie de l'énergie ou la Commission canadienne de sûreté nucléaire<sup>465</sup>.

L'ONÉ peut déléguer l'identification des intérêts autochtones en jeu et leur accommodement aux promoteurs<sup>466</sup>, tout particulièrement dans le cadre d'un processus de consultation approfondi<sup>467</sup>. Dans l'éventualité où l'ONÉ juge les accommodements insuffisants, elle peut

---

<sup>462</sup> *Rio Tinto Alcan Inc c Conseil tribal Carrier Sekani*, *supra* note 108 au para 70.

<sup>463</sup> *Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc*, *supra* note 193 au para 40.

<sup>464</sup> Issalys et Lemieux, *supra* note 255 aux pp 85-89.

<sup>465</sup> John Micheal McGrath, « "That's how reconciliation works": Why Ottawa pressed pause on Ontario's nuclear waste dump » (6 septembre 2017), en ligne : TVO <<http://tvo.org/article/current-affairs/the-next-ontario/thats-how-reconciliation-works-why-ottawa-pressed-pause-on-ontarios-nuclear-waste-dump>> (consulté le 11 septembre 2017).

<sup>466</sup> *Première nation dakota de Standing Buffalo c Enbridge Pipelines Inc*, *supra* note 346 au para 40 : « First, as noted above, the decision in Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board) establishes that in exercising its decision-making function, the NEB must act within the dictates of the Constitution, including subsection 35(1) thereof. In the circumstances of these appeals, the NEB dealt with three applications for Section 52 Certificates. Each of those applications is a discrete process in which a specific applicant seeks approval in respect of an identifiable Project. The process focuses on the applicant, on whom the NEB imposes broad consultation obligations. The applicant must consult with Aboriginal groups, determine their concerns and attempt to address them, failing which the NEB can impose accommodative requirements. In my view, this process ensures that the applicant for the Project approval has due regard for existing Aboriginal rights that are recognized and affirmed in subsection 35(1) of the Constitution. And, in ensuring that the applicant respects such Aboriginal rights, in my view, the NEB demonstrates that it is exercising its decision-making function in accordance with the dictates of subsection 35(1) of the Constitution. »

<sup>467</sup> *Tsleil-Waututh Nation v Canada (National Energy Board)*, 2016 FCA 219 au para 40 et 47 : « (...) As for the Crown's duty to consult, the Minister stated that the Crown would rely, to the extent possible, on the NEB's review of the TWN's application in fulfilling any Crown duty to consult Aboriginal groups. [...] It is worth mentioning that, according to the NEB Filing Manual, all proponents of projects that involve an assessment by the NEB under the NEBA are required to start an in-depth consultation process much earlier than the filing of their application. In their consultation, proponents are required to consult with all federal, provincial, municipal and Aboriginal authorities as well as any other stakeholders and members of the public that may have concerns about the project (...). »

toujours en imposer plus au promoteur<sup>468</sup>. L'ONÉ, qui a adopté des lignes directrices sur le processus de consultation et d'accommodement, n'intervient pas lorsqu'elle juge que des efforts « raisonnables » de consultation ont été entrepris<sup>469</sup>.

La nation Tsleil-Waututh avait contesté cette pratique de délégation au promoteur par l'ONÉ, invoquant le principe *delegatus non potest delegare*, mais la Cour d'appel fédérale a rejeté le recours en invoquant qu'il était prématuré de contester un processus de consultation et d'accommodement qui n'était pas encore terminé<sup>470</sup>. Rappelons qu'une part de la jurisprudence mentionnée dans la section 3.2 établit que ce devrait être la Couronne, et non le promoteur, qui identifie les intérêts autochtones afin de pouvoir délimiter le spectre de consultation.

Il est dommage que cette allégation de sous-délégation illégale n'ait pas été examinée sur le fond. La règle voulant que la sous-délégation soit illégale part du fait que le législateur, détenant en théorie le pouvoir souverain, peut décider qu'une autre personne ou un autre organisme exerce ce pouvoir discrétionnaire. Néanmoins, ce délégué ne peut pas déléguer à son tour ce pouvoir, il doit donc l'exercer seul<sup>471</sup>.

De même, la délégation d'un pouvoir discrétionnaire par législation déléguée (règlement, directive ou pratique administrative) est illégale. Considérant que l'ONÉ délègue une part importante de ses obligations au promoteur par le biais de directives, on aurait pu s'attendre à ce que la Cour examine au moins ces allégations.

Tout comme pour le promoteur, l'incertitude quant au rôle précis de l'ONÉ, et des tribunaux administratifs en général, entraîne de l'incertitude pour les parties quant au processus à suivre, particulièrement lorsque plusieurs d'entre eux ont compétence sur un même projet et administrent des processus de consultation en parallèle<sup>472</sup>.

---

<sup>468</sup> *Chippewas of the Thames First Nation c Pipelines Enbridge inc*, *supra* note 172 au para 51.

<sup>469</sup> Newman, *supra* note 22 à la p 75.

<sup>470</sup> *Tsleil-Waututh Nation v Canada (National Energy Board)*, *supra* note 467 aux paras 37 et 113.

<sup>471</sup> Issalys et Lemieux, *supra* note 255 aux pp 228-229.

<sup>472</sup> Hodgson, *supra* note 457 aux pp 151-153. Cet article propose une analyse critique intéressante du rôle de l'ONÉ dans le cadre de l'obligation.

### 3.5 L'implication des promoteurs qui sont des personnes morales de droit public

Dans cette section, je traiterai des conditions dans lesquelles un promoteur qui est une personne morale de droit public peut être tenu de remplir les obligations de la Couronne.

Le fondement de l'obligation de consulter et d'accommoder des promoteurs qui sont des personnes morales de droit public n'est pas toujours explicité dans les décisions, ce qui est problématique. Une décision de la Cour du banc de la Reine de l'Alberta considérait implicitement la direction d'un parc provincial comme le représentant légitime de la Couronne, sans en expliquer la raison ni en expliciter les conséquences<sup>473</sup>. La Cour du banc de la Reine de l'Alberta a déjà considéré une compagnie minière comme un mandataire de la Couronne « à des fins limitées, mais non comme un délégué de la Couronne »<sup>474</sup> ou comme son représentant<sup>475</sup>.

On retrouve deux types d'implication pour les promoteurs qui sont des personnes morales de droit public. Premièrement, on retrouve les organismes agissant au nom de la Couronne et à qui la loi habilitante attribue le « pouvoir délégué de rendre une décision susceptible de porter atteinte à des droits ancestraux et issus de traités »<sup>476</sup>. Il a été jugé qu'une municipalité jouant le rôle de promoteur de projet n'était pas liée par l'obligation, notamment car leur loi constitutive ne leur donne pas le pouvoir d'ordonner une réparation adéquate dans le contexte de l'obligation de consulter et d'accommoder<sup>477</sup>. Ce type d'implication inclut aussi les mandataires de la

---

<sup>473</sup> *Cold Lake First Nation v Alberta (Tourism, Parks and Recreation)*, supra note 366 au para 3 et 24 : « Cold Lake First Nations (“First Nation”) has brought an application for Judicial Review from a November 2010 decision of the North-East Regional Director of Parks, Government of Alberta (“Parks”). The decision terminated ongoing consultations between the First Nation and Parks and authorized a major expansion of the English Bay Recreation Area (“English Bay”) in the traditional territory of the First Nation (...) Having reviewed the record and considered all of the circumstances, I conclude that Parks erred in unilaterally terminating the ongoing consultation and negotiation, and in concluding that the level of consultation that had taken place was adequate (...). »

<sup>474</sup> *Première nation des Dénés Yellowknives c Canada (Procureur général)*, supra note 354 au para 93.

<sup>475</sup> *Cold Lake First Nation v Alberta (Tourism, Parks and Recreation)*, supra note 366 au para 3.

<sup>476</sup> *Chippewas of the Thames First Nation c Pipelines Enbridge inc.*, supra note 172 au para 31.

<sup>477</sup> *Neskonlith Indian Band v Salmon Arm (City)*, supra note 259 au para 68 : « (...) The Court in Rio Tinto was mindful of the fact that any “tribunal” charged with the obligation to consult and if indicated, accommodate, would require “remedial powers”. Such powers have not been granted to municipalities (...) »; *Halalt First Nation v North Cowichan (District)*, supra note 379 au para 13 : « The parties agreed that the District was not bound by the Duties. Rather, the Province is bound by the Duties and could fulfill them through the actions of the District. »

Couronne, qui ont les mêmes immunités, privilèges et prérogatives que l'État en vertu de la Constitution et qui peuvent lier l'État par leurs activités<sup>478</sup>. Dans *Chippewas*, la CSC a jugé qu'un organisme qui a la compétence de trancher une question susceptible de porter atteinte à des droits ancestraux a également le pouvoir de décider si l'obligation de consulter et d'accommoder a été adéquatement remplie<sup>479</sup>. En résumé, l'élément principal pour déterminer les obligations d'un promoteur qui est également une personne morale de droit public est sa loi constitutive.

Deuxièmement, on retrouve les personnes morales de droit public qui ne sont pas mandataires de la Couronne et à qui celle-ci peut déléguer la responsabilité de consulter au même titre qu'un promoteur privé, Héma-Québec par exemple<sup>480</sup>. Une compagnie étatique d'hydro-électricité à qui les aspects procéduraux de la consultation sont délégués est considérée comme tout autre promoteur qui n'a pas à prendre en charge l'entièreté du processus<sup>481</sup>. Je n'approfondirai pas ce deuxième type d'implication puisqu'il est identique à celui des promoteurs qui sont des personnes de droit privé dont il a déjà été question.

Sans entrer dans les détails, le statut de mandataire ou d'agent de la Couronne peut être octroyé à une personne morale de droit public de deux façons. Premièrement, elle peut l'être explicitement par le législateur par l'entremise de sa loi constitutive. Deuxièmement, lorsque le statut de mandataire n'est pas indiqué dans la loi constitutive, les tribunaux peuvent tout de même reconnaître que la personne morale de droit public est un mandataire si elle occupe des

---

<sup>478</sup> Garant, *supra* note 408. Cela n'inclut pas à proprement parler ceux à qui la qualité de mandataire a été attribuée par les tribunaux puisque ce n'est pas une loi qui leur attribue leurs pouvoirs; tous les promoteurs seront inclus dans le même groupe puisque leurs obligations sont les mêmes.

<sup>479</sup> *Chippewas of the Thames First Nation c Pipelines Enbridge inc*, *supra* note 172 au para 31.

<sup>480</sup> « Loi sur Héma-Québec et sur le comité de biovigilance, RLRQ c H-1.1 » art 2; *Athabasca Regional Government c Canada (Procureur général)*, 2010 CF 948 aux paras 83-86 : « Un organisme public ou une personne morale de droit public peut être contraint de respecter la *Charte* même s'il n'est pas considéré comme un mandataire puisque le critère d'assujettissement à la *Charte* est plus englobant que celui de mandataire. Il serait éventuellement intéressant d'étudier s'il est possible que les organismes non-mandataires tenus au respect de la *Charte* soient également tenus au respect des autres obligations constitutionnelles de la Couronne, telles l'honneur de la Couronne et ses manifestations. »

<sup>481</sup> *Prophet River First Nation v British Columbia (Environment)*, *supra* note 206 au para 24 : « BC Hydro, as the Crown actor responsible for the development, construction and operation of the Project, was delegated certain procedural aspects of consultation with affected Aboriginal groups, including the petitioners. »

fonctions étatiques ou si elle est sous le contrôle de la Couronne<sup>482</sup>. Plus précisément, un organisme dont les activités sont exclusivement gouvernementales sera qualifié de mandataire si le gouvernement exerce un contrôle « effectif, complet et quotidien » sur ses activités, alors qu'un organisme qui détient une grande autonomie pourra être qualifié de mandataire si sa mission, ses fonctions et ses pouvoirs sont rattachés au gouvernement<sup>483</sup>.

La question de la responsabilité des mandataires de la Couronne par rapport à l'obligation de consulter et d'accommoder a été soulevée incidemment dans plusieurs instances, mais longtemps les tribunaux n'ont pas tranché la question, principalement pour des raisons procédurales<sup>484</sup>. Par la suite, la CSC a énoncé qu'un contrat conclu par un mandataire de la Couronne en contravention avec l'obligation de consulter et d'accommoder ne saurait être dans l'intérêt public<sup>485</sup>. Dans une décision rendue sur une requête en injonction déposée par le promoteur public d'un projet hydroélectrique, la majorité de la Cour d'appel du Nunavut a présumé que la compagnie provinciale d'énergie était mandataire de la Couronne<sup>486</sup>. Elle a donc été considérée responsable de l'obligation de consulter au même titre que la Couronne par la Cour, qui n'a pas approfondi les fondements de son raisonnement. La Cour a néanmoins

---

<sup>482</sup> Garant, *supra* note 408, ch II, section VII, sous-section I.

<sup>483</sup> Issalys et Lemieux, *supra* note 255 aux pp 1352-1356.

<sup>484</sup> *Bande indienne de Musqueam c Canada (Gouverneur en conseil)*, 2004 CF 1564 au para 32 et 34 : « Bien que les défenderesses en question possèdent bon nombre des caractéristiques d'une société privée, leur organisation et leur mandat comportent certains aspects publics non négligeables. Ainsi, la société mère est un mandataire de la Couronne et la filiale agit comme mandataire ou représentante de la société mère. Les deux défenderesses ont les mêmes politiques, qui sont conformes aux politiques du gouvernement. SICL [Société Immobilière du Canada Limitée], la société mère, rend compte de ses activités au Parlement par l'entremise du ministre et elle respecte les objectifs de la Couronne fédérale. C'est la Couronne fédérale qui définit le mandat des deux défenderesses SIC. Qu'il suffise de dire que l'argument de la Bande suivant lequel chacune des défenderesses SIC constitue un « office fédéral » est défendable »; voir aussi *Première nation Tzeachten c Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 337.

<sup>485</sup> *Rio Tinto Alcan Inc c Conseil tribal Carrier Sekani*, *supra* note 108 au para 70.

<sup>486</sup> *NunatuKavut Community Council Inc v Nalcor Energy*, 2014 NLCA 46 au para 32 : « (...) In this case, Nalcor is a provincial Crown corporation and could be said to be acting as a Crown agent. Certainly, the decision in Newfoundland and Labrador Hydro-electric Corp. relied on Hydro's (now Nalcor's) mandated involvement in the consultation framework established by the province in concluding that the province and Nalcor owed a duty to consult and accommodate. Nalcor did not challenge NCC's assertion in this appeal that Nalcor was a Crown agent and subject to the duty to consult and accommodate. It is not necessary for the purposes of this appeal to decide whether Nalcor in fact or law is an agent of the Crown for the purposes of the duty to consult and accommodate or a commercially independent third party, where the duty would not apply. For the purpose of the following analysis I will assume that the duty does apply to Nalcor. »

considéré le respect de l'obligation par un mandataire comme critère d'octroi d'une injonction<sup>487</sup>. Il est donc raisonnable de croire que les mandataires sont tenus à cette obligation.

Le raisonnement confirmant l'assujettissement du mandataire reste à éclaircir; il est probable que ce soit en raison du parallèle pouvant être fait avec leur obligation de respecter les autres obligations constitutionnelles de la Couronne<sup>488</sup>.

### **3.6 La responsabilité de la Couronne à l'égard du promoteur**

Dans cette section, je traiterai brièvement du peu d'information disponible actuellement pour guider un éventuel recours d'un promoteur contre la Couronne pour tout manquement allégué à l'obligation de cette dernière de consulter et d'accommoder ayant des répercussions négatives sur le promoteur.

La position de la CSC énoncée dans *Nation Haida* permet de croire que la Couronne pourrait potentiellement être tenue responsable à l'égard des tiers : « La Couronne demeure seule légalement responsable des conséquences de ses actes et de ses rapports avec des tiers qui ont une incidence sur des intérêts autochtones.<sup>489</sup> »

La CSC a aussi mentionné dans *Beckman* que ce n'est pas aux tiers de porter le poids des actes problématiques de la Couronne face aux premiers peuples<sup>490</sup>. Qui plus est, les tiers affectés par un processus de consultation et d'accommodement ont droit au respect des exigences d'équité procédurale lors de celui-ci, notamment à ce que leurs requêtes affectant des droits autochtones soient traitées dans un délai raisonnable<sup>491</sup>.

Considérant le temps et l'argent investi par les promoteurs dans leurs projets, certains observateurs avaient parié qu'un promoteur serait capable d'obtenir un dédommagement de la

---

<sup>487</sup> *Ibid* au para 42 : « That is not to say, however, that claims concerning the duty to consult and accommodate are completely irrelevant to any claim for an injunction. If, indeed, the claimant asserting the cause of action on which the claim to an injunction is based, is the Crown or an agent of the Crown, the question of whether the Crown and the agent have made efforts to comply with their duty to consult and accommodate may be relevant to the exercise of the Court's decision to deny an injunction on discretionary grounds. »

<sup>488</sup> *R c Harrer*, [1995] 3 RCS 562 au para 11.

<sup>489</sup> *Nation Haida c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, *supra* note 4 au para 53 et 56.

<sup>490</sup> *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, *supra* note 17 au para 80.

<sup>491</sup> *Ibid* au para 79; *Saugeen First Nation v Ontario (MNR)*, *supra* note 125 au para 22.

Couronne, advenant que celle-ci ne remplisse pas sa part de l'obligation envers une nation autochtone qui serait alors en mesure de faire arrêter le projet et de causer indirectement des pertes financières au promoteur<sup>492</sup>.

À ce jour, aucune décision n'a retenu la responsabilité de la Couronne vis-à-vis d'un promoteur pour un manquement à l'obligation de consulter et d'accommoder. Certes, en 2016, la Cour supérieure de l'Ontario a rejeté la requête de *Northern Superior Resources inc* contre la Couronne ontarienne en alléguant une obligation extracontractuelle de « soins » (duty of care)<sup>493</sup>. Ce jugement ne jette toutefois pas des bases suffisamment solides pour permettre de déterminer les conditions qui permettraient à un promoteur de réussir à retenir la responsabilité de la Couronne<sup>494</sup>.

---

<sup>492</sup> Ayliffe, *supra* note 18.

<sup>493</sup> *Northern Superior Resources Inc v Ontario*, *supra* note 412 au para 96 : « To put it simply, Northern Superior cannot reasonably expect to be compensated by the Crown which was never directly involved in its relationship with Sachigo Lake First Nation and who it contacted only for the purpose of seeking compensation. When, in response to the Crown's offer to facilitate meetings with Sachigo Lake First Nation or to employ the as-yet unproclaimed amendments to the Mining Act, Northern Superior walked away, it gave up any possibility of succeeding in an action before the court regardless of the cause of action. It determined that any effort would be "pointless" and to proceed directly to the issuance of a Statement of Claim. There is nothing in this situation that could call for compensation to be paid by the Crown when it had not been involved until after the decision to sue had been taken and, then, had its offers to at least try to resolve the dispute rejected. Both parties must take a reasonable and fair approach in their dealings. »

<sup>494</sup> Soulignons notamment que la Cour ne tient pas compte du fait que l'octroi d'un claim minier peut déclencher l'obligation de consulter et d'accommoder : *Ibid* au para 97 : « To come full circle, I return to the question of a duty to consult and join it to the concerns surrounding the actions of Northern Superior. In *Behn v. Moulton Contracting Ltd.*, the Court observed that the "duty to consult is triggered 'when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it.'" [93] In this case, the Crown was unaware of any difficulties between Northern Superior and Sachigo Lake First Nation until July 5, 2012 and did not understand the relationship to be in peril until the letter of September 6, 2012. Until then, it had no idea that there was any concern that the activities of Northern Superior were seen as adversely affecting any Aboriginal title or rights. By then, Northern Superior was unprepared to do anything other than sue. The Crown had no knowledge of the problem until its efforts at redress were refused. Its efforts to consult and look for a resolution were summarily turned down by Northern Superior. » ; *Ross River Dena Council v. Government of Yukon*, *supra* note 166 aux paras 33 et 36; voir également *Wahgoshig First Nation v. Her Majesty the Queen in Right of Ontario et al.*, *supra* note 413.

## Conclusion

En somme, une « consultation adéquate » doit permettre à la Couronne de comprendre les préoccupations des nations autochtones touchées par la décision et, le cas échéant, de modifier la décision pour en tenir compte pour réduire les atteintes potentielles aux droits. Cette approche vise à réaliser l'aspect substantiel de l'obligation décrite au début du chapitre 2, et ce, par la mise en balance des intérêts autochtones et allochtones, démarche, on l'a vu, critiquée par la doctrine<sup>495</sup>.

La consultation par le promoteur n'est qu'un facteur à soupeser parmi plusieurs autres dans la détermination du caractère approprié d'une consultation, et il n'est pas facile, à la lumière du droit actuel, de déterminer quel est le degré adéquat d'implication du promoteur et de la Couronne dans le processus consultatif ni de prévoir quel est le degré de responsabilité de la Couronne vis-à-vis du promoteur. La jurisprudence nous a permis d'identifier les limites suivantes à la délégation au promoteur : la Couronne doit maintenir une supervision du processus et vérifier si l'obligation a été remplie, elle doit s'assurer que la nation touchée puisse lui faire parvenir ses requêtes ou inquiétudes en cas de besoin, et elle doit conserver un pouvoir de modifier le projet proposé advenant qu'un accommodement soit nécessaire.

La réflexion jurisprudentielle relative à la délégation de l'obligation et de ses aspects procéduraux se concentre beaucoup sur la loi habilitante permettant au délégateur de transférer son obligation au délégué. On retrouve peu de questionnements dans la jurisprudence quant aux questions complexes qu'entraîne l'implication du promoteur, par exemple quant au conflit d'intérêts potentiel du promoteur à qui la Couronne délègue la majorité du processus consultatif visant à minimiser les atteintes aux droits constitutionnels autochtones. Il m'apparaît important de se demander si l'intérêt économique du promoteur à voir son projet aller de l'avant lui permet de compléter adéquatement l'exercice de mise en balance des intérêts conflictuels autochtones et allochtones, exercice qui est au cœur de l'obligation de consulter et d'accommoder.

Malgré les développements jurisprudentiels relatifs à l'obligation, il appert que les tribunaux inférieurs baignent dans une certaine confusion, notamment terminologique, quant à la

---

<sup>495</sup> Ariss, Fraser et Diba, *supra* note 6 à la p 14.

délégation des aspects procéduraux, notamment quant aux différences entre la délégation à un tribunal administratif et celle à un promoteur. De plus, ils peinent à fournir aux acteurs impliqués une définition uniforme des « aspects procéduraux » de l’obligation pouvant être délégués à un tiers<sup>496</sup> :

It is not clear what MNRF meant by “procedural aspects” of consultations. The letter delegates substantive consultations to Hayes, while reserving to the Crown a monitoring and evaluative role. Why this is described as “procedural”, or why that description is significant, is not stated.

Il serait donc avantageux pour toutes les parties que les « aspects procéduraux » du processus consultatif soient plus clairement définis, que ce soit par la jurisprudence ou par l’entremise d’une loi. Ce faisant, il serait judicieux de tenir compte des avantages que les promoteurs retirent dans l’affirmation de la souveraineté de la Couronne sur le territoire canadien, du rôle que les promoteurs peuvent jouer dans l’objectif de réconciliation sous-jacent à l’obligation et du type de relations qu’il est souhaitable qu’ils établissent avec les premiers peuples. Tel que mentionné précédemment, les promoteurs ne pourraient pas exploiter aujourd’hui les ressources naturelles sur les territoires autochtones ancestraux si la Couronne n’avait pas imposé sa souveraineté par le passé, ils ont donc un rôle à jouer dans le processus de dialogue de réconciliation.

Le développement de l’obligation de consulter en 2004 répondait au constat d’un déséquilibre dans les relations de pouvoir entre la Couronne et les nations autochtones<sup>497</sup>. La notion de rôle médiateur de la Couronne s’inscrit dans cette vision d’équilibre en plus de respecter l’état actuel du droit et d’avoir une portée normative permettant de régler certaines problématiques relatives à l’implication des tiers dans le processus consultatif.

Les nations autochtones du Canada ne forment pas un bloc monolithique et leur avis est partagé quant au rôle que le promoteur devrait jouer dans la mise en œuvre de l’obligation de consulter et d’accommoder. Alors que certaines nations autochtones tiennent fermement à maintenir la relation de « nation à nation » avec la Couronne et s’opposent à l’implication du promoteur,

---

<sup>496</sup> *Saugeen First Nation v Ontario (MNRF)*, *supra* note 125, n 110; voir aussi *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, *supra* note 205 aux paras 153-159.

<sup>497</sup> Newman, *supra* note 22 à la p 15.

d'autres favorisent la signature d'ententes de répartition des avantages avec les promoteurs qui leur fournit notamment du financement et des emplois, dans un contexte où le besoin s'en fait cruellement sentir<sup>498</sup>. Certaines communautés reçoivent un nombre important de demandes de consultation et peinent à y répondre avec le financement ponctuel fourni par les promoteurs<sup>499</sup>. Pour avancer sur le chemin de la réconciliation, toute modification au rôle du promoteur dans l'obligation devrait être faite conjointement avec elles et en tenant compte de leurs revendications.

---

<sup>498</sup> *Projets d'hydrocarbures au Québec : quel rôle pour les communautés autochtones?*, Montréal, COPTICOM et la Maison du développement durable, 2016, en ligne : <<https://soundcloud.com/maison-dd/panel-projets-dhydrocarbures-au-quebec-quel-role-pour-les-communautes-autochtones>> (consulté le 21 juin 2017); Carol Cathleen Knötsch, Peter Siebenmorgen et Ben Bradshaw, « Les “Ententes sur les répercussions et les avantages” et le bien-être des communautés: des occasions ratées?.. » (2010) 40:3 *Rech Amérindiennes Au Qué* 59-68 aux pp 59-60.

<sup>499</sup> Alex Power, « ‘Duty to Consult’ a Cruel Joke If First Nations Can’t Handle the Load », *The Tyee* (16 janvier 2017), en ligne : *The Tyee* <<https://thetyee.ca/Opinion/2017/01/16/Duty-Consult-Cruel-Joke/>> (consulté le 30 juillet 2018); Ariss, Fraser et Diba, *supra* note 6 à la p 19.

## Bibliographie

### Législation

*Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11.*

*Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Victoria, c 3.*

*Loi d'interprétation, RLRQ c I-16.*

*Loi sur Héma-Québec et sur le comité de biovigilance, RLRQ c H-1.1.*

*Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier, RLRQ c A-18.1.*

*Loi sur les hydrocarbures, RLRQ c H-4.2.*

*Loi sur les Indiens, LRC 1985, c I-5.*

*Plans et permis d'exploration, Règl de l'Ont 308/12.*

*Règlement sur les études d'impact sur l'environnement, Règl du N-B 87-83.*

### Documents gouvernementaux

British Columbia Ministry of Aboriginal Relations and Reconciliation, *Guide to Involving Proponents When Consulting First Nations*, 2014.

Gouvernement de l'Alberta. *The government of Alberta's proponent guide to First Nations and Metis settlement consultation procedure*, 2016.

———. « Proponent-led Consultation » (6 juin 2016), en ligne : <http://indigenous.alberta.ca/Proponent-led-Consultation.cfm> (consulté le 23 août 2017).

Gouvernement du Québec. *Document d'information à l'intention des promoteurs et introduction générale aux relations avec les communautés autochtones dans le cadre de projets de mise en valeur des ressources naturelles*, Québec, 2015.

Québec (Province), Groupe de travail interministériel sur la consultation des autochtones, Québec (Province), Secrétariat aux affaires autochtones et Direction des services à la clientèle. *Guide intérimaire en matière de consultation des communautés autochtones*, Québec, Secrétariat aux affaires autochtones, Direction des services à la clientèle, 2009, en ligne : <http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/1905549>.

## Jurisprudence

*Vic Restaurant Inc v City of Montreal*, [1958] RCS 58.

*Calder et al c Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] RCS 313.

*Guerin c La Reine*, [1984] 2 RCS 335.

*R c Sioui*, [1990] 1 RCS 1025.

*R c Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075.

*RJR -- Macdonald Inc c Canada (Procureur général)*, [1994] 1 RCS 311.

*R c Harrer*, [1995] 3 RCS 562.

*R c Gladstone*, [1996] 2 RCS 723.

*R c Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507.

*Delgamuukw c Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010.

*Cameron v Ministry of Energy And Mines*, [1998] 6834 Canlii (BCSC).

*Mitchell c MRN*, [2001] 1 RCS 911.

*Bande indienne d'Osoyoos c Oliver (Ville)*, [2001] 3 RCS 746.

*Haida Nation v British Columbia (Minister of Forests)*, 2002 BCCA 462.

*Bande indienne Wewaykum c Canada*, [2002] 4 RCS 245.

*Gitxsan v British Columbia (Minister of Forests)*, 2002 BCSC 1701.

*Heiltsuk Tribal Council v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*,  
2003 BCSC 1422

*Bande indienne de Musqueam c Canada (Gouverneur en conseil)*, 2004 CF 1564.

*Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 RCS 511.

*Première nation Tlingit de Taku River c Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de  
projet)*, [2004] 3 RCS 550.

*Hupacasath First Nation v British Columbia (Minister of Forests) et al*, 2005 BCSC 1712.

*Musqueam Indian Band v British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*,  
2005 BCCA 128.

*Huu-Ay-Aht First Nation et al v The Minister of Forests et al*, 2005 BCSC 697.

*R c Marshall; R c Bernard*, [2005] 2 RCS 220.

*Première nation crie Mikisew c Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 RCS 388.

*R c Sappier; R c Gray*, [2006] 2 RCS 686.

*ATCO Gas & Pipelines Ltd c Alberta (Energy & Utilities Board)*, [2006] 1 RCS 140.  
*Kruger inc c Première Nation des Betsiamites*, 2006 QCCA 569.  
*Cyr c Société de l'assurance automobile du Québec*, 2006 QCCA 932.  
*Première Nation Dene Tha' c Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2006 CF 1354.  
*Platinex Inc v Kitchenuhmaykoosib Inninuwug First Nation*, [2006] 4 CNLR 152 (ONSC).  
*McDiarmid Lumber Ltd c Première Nation de God's Lake*, [2006] 2 RCS 846 (CSC).  
*Première Nation Ka'a'Gee Tu c Canada (Procureur général)*, 2007 CF 763.  
*R v Lefthand*, 2007 ABCA 206.  
*Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, 2007 BCSC 1700.  
*Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 RCS 190.  
*Canada (Travaux publics et des Services gouvernementaux) c Première Nation Musqueam*,  
2008 CAF 214.  
*Première nation Tzeachten c Canada (Procureur général)*, 2008 CF 928.  
*Wii'litswx v British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1139.  
*Ke-Kin-Is-Uqs v British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1505.  
*Première nation dakota de Standing Buffalo c Enbridge Pipelines Inc*, [2009] 4 RCF 500 (CAF).  
*Première nation Tzeachten c Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 337.  
*Athabasca Regional Government c Canada (Procureur général)*, 2010 CF 948.  
*Rio Tinto Alcan Inc c Conseil tribal Carrier Sekani*, [2010] 2 RCS 650.  
*Première nation des Dénés Yellowknives c Canada (Procureur général)*, 2010 CF 1139.  
*Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 RCS 103.  
*Athabasca Chipewyan First Nation v Alberta (Minister of Energy)*, 2011 ABCA 29.  
*Adams Lake Indian Band v British Columbia*, 2011 BCSC 266.  
*Da'naxda'xw/Awaetlala First Nation v British Columbia (Environment)*, 2011 BCSC 620.  
*West Moberly First Nations v British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247.  
*Halalt First Nation v British Columbia (Environment)*, 2011 BCSC 945.  
*Halalt First Nation v North Cowichan (District)*, 2011 BCCA 544.  
*Bande indienne des Lax Kw'alaams c Canada (Procureur général)*, [2011] 3 RCS 535.  
*Taseko Mines Limited v Phillips*, 2011 BCSC 1675.  
*Neskonlith Indian Band v Salmon Arm (City)*, 2012 BCCA 379.  
*Wahgoshig First Nation v Her Majesty the Queen in Right of Ontario et al*, 2012 ONSC 7708.

*Première nation Kwicksutaineuk Ah-Kwa-Mish c Canada (Procureur général)*, 2012 CF 517.  
*Wahgoshig First Nation v Ontario*, 2012 ONSC 2323.  
*Cold Lake First Nation v Alberta (Tourism, Parks and Recreation)*, 2012 ABQB 579.  
*Nation Gitxaala c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1336.  
*Halalt First Nation v British Columbia*, 2012 BCCA 472.  
*Ross River Dena Council v Government of Yukon*, 2012 YKCA 14.  
*Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 CSC 26.  
*Manitoba Metis Federation Inc c Canada (Procureur général)*, [2013] 1 RCS 623.  
*Conseil des innus de Ekuanitshit c Canada (Procureur général)*, 2013 CF 418.  
*Lameman v Alberta*, 2013 ABCA 148.  
*Behn c Moulton Contracting Ltd*, [2013] 2 RCS 227.  
*Dene Tha' First Nation v British Columbia (Minister of Energy and Mines)*, 2013 BCSC 977.  
*Enge v Mandeville et al*, 2013 NWTSC 33.  
*Louis v British Columbia (Minister of Energy, Mines, and Petroleum Resources)*, 2013 BCCA 412.  
*Première nation Ahousaht c Canada (Pêches et Océans)*, 2014 CF 197.  
*Ehattesah First Nation v British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2014 BCSC 849.  
*Squamish Nation v British Columbia (Community, Sport and Cultural Development)*, 2014 BCSC 991.  
*Fort McKay First Nation v Alberta (Minister of Environment and Sustainable Resource Development)*, 2014 ABQB 393.  
*Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, [2014] 2 RCS 256.  
*Conseil des Innus de Ekuanitshit c Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 189.  
*Wabauskang First Nation v Minister of Northern Development and Mines et al*, 2014 ONSC 4424.  
*Sam v British Columbia*, 2014 BCSC 1783.  
*NunatuKavut Community Council Inc v Nalcor Energy*, 2014 NLCA 46.  
*Hamlet of Clyde River c TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS)*, 2015 CAF 179.  
*Moulton Contracting Ltd v British Columbia*, 2015 BCCA 89.  
*Tłı̨ch̓ Government v Canada (Attorney General)*, 2015 NWTSC 9.

*Sapotaweyak Cree Nation et al v Manitoba et al*, 2015 MBQB 35.  
*Nunatsiavut v Canada (Attorney General)*, 2015 FC 492.  
*Yahey v British Columbia*, 2015 BCSC 1302.  
*Chartrand v British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2015 BCCA 345.  
*Prophet River First Nation v British Columbia (Environment)*, 2015 BCSC 1682.  
*Coastal First Nations v British Columbia (Environment)*, 2016 BCSC 34.  
*Northern Superior Resources Inc v Ontario*, 2016 ONSC 3161.  
*Pimicikamak et al v Her Majesty the Queen in Right of Manitoba et al*, 2016 MBQB 128.  
*Nation Gitxaala c Canada*, 2016 CAF 187.  
*Sipekne'katik v Nova Scotia (Environment)*, 2016 NSSC 178.  
*Martin v Province of New Brunswick and Chaleur Terminals Inc*, 2016 NBQB 138.  
*Tsleil-Waututh Nation v Canada (National Energy Board)*, 2016 FCA 219.  
*Prophet River First Nation v British Columbia (Minister of Forests)*, 2016 BCSC 2007.  
*Michipicoten First Nation v Minister of Natural Resources and Forests et al*, 2016 ONSC 6899.  
*Canada (Gouverneur général en conseil) c Première Nation Crie Mikisew*, 2016 CAF 311.  
*Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc*, 2017 CSC 40.  
*Ktunaxa Nation c Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54.  
*Brown v Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 251.  
*Saugeen First Nation v Ontario (MNR)*, 2017 ONSC 3456.  
*Chippewas of the Thames First Nation c Pipelines Enbridge inc*, 2017 CSC 41.  
*Williams Lake Indian Band c Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, 2018 CSC 4.  
*Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 153.

### Mémoires et thèses

Anderson, Adam. *Western canadian approaches to consultation: a comparative analysis*, mémoire de maîtrise, University of Calgary, 2015.  
Caron, Christina. *Le principe constitutionnel de l'honneur de la couronne en droit autochtone canadien*, mémoire de maîtrise, Université Laval, faculté de droit, 2012.

- Kinch, Matthew. *Crown-Aboriginal Relations in Resource Development: An Analysis of Institutional Incentives and Constraints in the Reconciliation of Aboriginal Interests*, mémoire de maîtrise, Université Concordia, 2015.
- Manley-Casimir, Kirsten. *Reconceiving the duty to consult and accommodate aboriginal peoples: a relational approach*, thèse de doctorat, University of British Columbia, 2016.
- Stevenson, Ronald. *The political theory of aboriginal rights law in Canada: Prospects for reconciliation*, thèse de doctorat, Université d'Ottawa, 2015.

#### Monographies et ouvrages collectifs

- Borrows, John. *Canada's indigenous constitution*, Toronto, University of Toronto press, 2010.
- Borrows, John et Leonard Ian Rotman. *Aboriginal Legal Issues: Cases, Materials & Commentary*, LexisNexis Canada, 2012.
- Frideres, James S. *First Nations in the twenty-first century*, coll Themes in Canadian sociology, New York, Oxford University Press, 2011.
- Garant, Patrice. *Droit administratif*, 7e éd, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2017.
- Issalys, Pierre et Denis Lemieux. *L'action gouvernementale - Précis de droit des institutions administratives*, 3e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.
- Lambrech, Kirk N. *Aboriginal Consultation, Environmental Assessment, and Regulatory Review in Canada*, University of Regina Press, 2013.
- Macaulay, Mary Locke. *Aboriginal and treaty rights practice*, Scarborough, Ontario, Carswell, 2000.
- Newman, Dwight G. *Revisiting the duty to consult Aboriginal peoples*, Vancouver, Purich Publishing, 2014.
- St-Hilaire, Maxime. *La lutte pour la pleine reconnaissance des droits ancestraux. Problématique juridique et enquête philosophique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015.

#### Chapitres d'ouvrages collectifs

- Borrows, John. « Wampum at Niagara: The Royal Proclamation, Canadian Legal History, and Self-Government » dans Michael Asch, dir, *Aboriginal and Treaty Rights in Canada*, UBC Press, 1997, 300.

- Leclair, Jean et Michel Morin. « Peuples autochtones et droit constitutionnel » dans *Droit constitutionnel, fascicule 15*, LexisNexis Canada, coll JurisClasseur Québec, Montréal, 2011.
- McIntosh, Constance. « The reconciliation doctrine at the Maclachlin court: from a “final legal remedy” to a “just and lasting” process » dans Adam M Dodek et David A Wright, dir, *Public law at the McLachlin court - The First Decade*, Irwin Law, 2011, 201.
- McNeil, Kent. « Continuity of Aboriginal Rights » dans Kerry Wilkins, *Advancing Aboriginal Claims: Visions, Strategies, Directions*, Saskatoon, Purich Publishing, 2004, en ligne : *Advancing Aboriginal Claims: Visions, Strategies, Directions* <[http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/scholarly\\_works/185](http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/scholarly_works/185)>.
- Walters, Mark. « “Looking for a knot in the bulrush”: reflections on law, sovereignty and Aboriginal rights » dans Patrick Macklem et Douglas Sanderson, *From recognition to reconciliation: essays on the constitutional entrenchment of Aboriginal and treaty rights*, 2016.
- Webber, Jeremy. « We are still in the Age of Encounter: Section 35 and a Canada beyond Sovereignty » dans Patrick Macklem et Douglas Sanderson, *From recognition to reconciliation: essays on the constitutional entrenchment of Aboriginal and treaty rights*, 2016.

#### Articles de revues

- Ariss, Rachel et John Cutfeet. « Kitchenuhmaykoosib Inninuwug First Nation: Mining, Consultation, Reconciliation and Law » 10:1 *Indigenous Law Journal*.
- Ariss, Rachel, Clara Fraser et Nazneen Somani Diba. « Crown policies on the duty to consult and accommodate: towards reconciliation? » 13:1 *Revue de Droit de McGill* 5.
- Asch, Michael. « From Terra Nullius to Affirmation: Reconciling Aboriginal Rights with the Canadian Constitution » (2002) 17 *Canadian Journal of Law and Society* 23-39.
- Asch, Michael et Patrick Macklem. « Aboriginal rights and Canadian sovereignty: an essay on R v. Sparrow » (1991) 29:2 *Alberta Law Review* 498.
- Ayliffe, Ashley B. « Externalizing the Duty: A Cause of Action Where Crown Failure To Consult First Nations Results in Third Party Loss » (2007) 16 *Dalhousie Journal of Legal Studies* 47-67.

- Borrows, John. « With or Without You: First Nations Law (in Canada) » (1996) 41 *Revue de Droit de McGill* 629.
- Carpenter, A. W. (Sandy) et Peter D. Feldberg. « An Introduction to the Use of Publicly Available Information in Assessing and Managing Aboriginal Risks » (2015) 44:1 *Alberta Law Review* 65.
- Carver, Peter. « The Duty to Consult in Administrative and Constitutional Law » (2012) 49:4 *Alberta Law Review*.
- Craik, Neil. « Process and Reconciliation: Integrating the Duty to Consult with Environmental Assessment » (2016) 53:2 *Osgoode Hall Law Journal* 632-680.
- Fogarassy, Tony et KayLynn Litton. « Consultation with Aboriginal Peoples: Impacts on the Petroleum Industry » (2004) 42:1 *Alberta Law Review* 41.
- Graben, Sari et Abbey Sinclair. « Tribunal administration and the duty to consult: A study of the National Energy Board » (2015) 65:4 *University of Toronto Law Journal* 382-433.
- Hitch, Michael et Courtney Fidler. « Impact and Benefit Agreements: A Contentious Issue for Environmental and Aboriginal Justice » (2007) 35:2 *Environments Journal*.
- Hodgson, Matthew. « Pursuing a Reconciliatory Administrative Law: Aboriginal Consultation and the National Energy Board » (2016) 54:1 *Osgoode Hall Law Journal* 125-173.
- Imai, Shin et Ashley Stacey. « Moving Backwards: Does the Lack of Duty to Consult Create the Right to Infringe Aboriginal and Treaty Rights? » [2013] 13 *Comparative Research in Law & Political Economy*.
- Isaac, Thomas et Tony Knox. « The Crown's Duty to Consult Aboriginal People » (2003) 41 *Alberta Law Review* 41.
- Kaitlin Ritchie. « Issues Associated with the Implementation of the Duty to Consult and Accommodate Aboriginal Peoples: Threatening the Goals of Reconciliation and Meaningful Consultation » (2013) 46:2 *UBC law review* 397.
- Knötsch, Carol Cathleen, Peter Siebenmorgen et Ben Bradshaw. « Les “Ententes sur les répercussions et les avantages” et le bien-être des communautés: des occasions ratées? » (2010) 40:3 *Recherches Amérindiennes Au Québec* 59-68.
- Lorne Sossin. « The Duty to Consult and Accommodate: Procedural Justice as Aboriginal Rights » (2009) 23 *Canadian Journal of Administrative Law & Practice* 94.

- McIvor, Bruce et Kate Gunn. « Stepping into Canada's Shoes: Tsilhqot'in, Grassy Narrows and the Division of Powers » (2016) 67 *Revue de Droit de l'Université du Nouveau-Brunswick* 146.
- McNeil, Kent. « The Crown's Fiduciary Obligations in the Era of Aboriginal Self-Government » (2009) 88 *Canadian Bar Review* 1-19.
- . « Reconciliation and Third-Party Interests: *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* » (2010) 8:1 *Indigenous Law Journal* 7-26.
- Nedelsky, Jennifer. « Reconceiving Rights as Relationship » (1993) 1:1 *Revue d'Études Constitutionnelles* 1.
- Otis, Ghislain. « Identitarisme, droits ancestraux et néocolonialisme : Le système de la Cour suprême » (2011) 41:1 *Recherches Amérindiennes au Québec* 115-118.
- Promislow, Janna. « Irreconcilable? The Duty to Consult and Administrative Decision Makers » (2013) 22:1 *Constitutional Forum Forum Constitutionnel* 63-78.
- Reddekopp, Neil. « Theory and practice in the government of Alberta's consultation policy » (2013) 22:1 *Constitutional Forum Forum Constitutionnel* 47-62.
- Richez, Emmanuelle. « Rights-Based Judicial Review and Substantive Equality for Aboriginal Peoples: The Case of Canada » (2013) 17 *Australian Indigenous Law Review* 26.
- Rivard, Étienne et Caroline Desbiens. « Relations durables : autochtones, territoires et développement » (2008) 38:1 *Recherches Amérindiennes au Québec* 1153.
- Grammond, Sébastien. « La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow* » (1991) 36 *McGill Law Journal* 1382.
- Senwung Luk. « Not so many hats: the Crown's fiduciary obligations to aboriginal communities since *Guerin* » (2013) 76 *Saskatchewan Law Review*.
- Slattery, Brian. « Aboriginal Rights and the Honour of the Crown » (2005) 20 *Supreme Court Law Review* 434.
- Tzimas, E. Ria. « To What End the Dialogue? » [2011] 54 *Supreme Court Law Review Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*.
- Vesely, Arnošt. « Externalization of policy advice: Theory, methodology and evidence » (2013) 32:3 *Policy and Society* 199-209.
- Walters, Mark. « The 'Golden Thread' of Continuity: Aboriginal Customs at Common Law and Under the Constitution Act, 1982 » 44 *McGill Law Journal* 711.

## Billets de blogue

Axmann, Stephanie, Bryn Gray et Selina Lee-Andersen. « United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) in Canada – Implementation Status Update » (8 août 2017), en ligne : Canadian ERA Perspectives <<http://www.canadianeraperspectives.com/2017/08/united-nations-declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples-undrip-in-canada-implementation-status-update/>> (consulté le 10 août 2017).

Bankes, Nigel. « Clyde River and Chippewas of the Thames: Some Clarifications Provided But Some Challenges Remain », en ligne : Ablawg <<https://ablawg.ca/2017/08/04/clyde-river-and-chippewas-of-the-thames-some-clarifications-provided-but-some-challenges-remain/>> (consulté le 28 août 2017).

Bryn Gray et Adam Goldenberg. « Northern Superior Appeals Dismissal of Aboriginal Consultation Claim Against Ontario » (juillet 2016), en ligne : Canadian ERA Perspectives <<http://www.canadianeraperspectives.com/2016/07/northern-superior-appeals-dismissal-of-aboriginal-consultation-claim-against-ontario/>> (consulté le 14 septembre 2016).

Devlin, Christopher. « Crown Delegation and the Duty to Consult: Delegatus Potest Delegare (Sort of) » (11 juin 2010), en ligne : DGW Barristers & Solicitors <<http://dgwlaw.ca/crown-delegation-and-the-duty-to-consult-delegatus-potest-delegare-sort-of/>>.

Dupont, Anne-Marie et Simon Ruel. « Aboriginal Law – The Crown’s Duty To Consult And The Involvement Of Natural Resources Proponents In The Consultation Process » (20 mai 2013).

Hogg, Elysa et Alex Darling. « The Sixties Scoop & the Duty to Consult: A New Frontier in Aboriginal Litigation? » (23 février 2017), en ligne : Ablawg <<https://ablawg.ca/2017/02/23/the-sixties-scoop-the-duty-to-consult-a-new-frontier-in-aboriginal-litigation/>> (consulté le 24 juin 2018).

Nerland, Krista, Matt McPherson et Lorraine Land. « SCC clarifies role of National Energy Board in consultation process » (26 juillet 2017), en ligne : Olthuis Kleer Townshend LLP <<http://oktlaw.com/scc-clarifies-role-national-energy-board-consultation-process/>> (consulté le 15 août 2017).

Noble, Bram. *Learning to Listen: Snapshots of Aboriginal participation in Environmental Assessment (PDF Download Available)*, coll Aboriginal People and Environmental Stewardship, Macdonald-Laurier institute, 2016, en ligne : <[http://www.macdonaldlaurier.ca/files/pdf/Noble\\_StewardshipCaseStudies\\_F\\_web.pdf](http://www.macdonaldlaurier.ca/files/pdf/Noble_StewardshipCaseStudies_F_web.pdf)> (consulté le 22 août 2017).

McClurg, Micheal. « Who gets compensation for failed Aboriginal consultation? » (9 novembre 2015), en ligne : OKT | Olthuis Kleeer Townshend LLP <<http://oktlaw.com/gets-compensation-failed-aboriginal-consultation/>> (consulté le 28 août 2017).

Rae, Judith. « New Twist after Supreme Court Decision in Behn » (10 juin 2015), en ligne : CanLII Connects <<http://canliiconnects.org>> (consulté le 24 août 2017).

Séraphin, Stéphane. « Delegating the Duty, Minimising Responsibility? » (16 août 2017), en ligne : Nelligan O'Brien Payne LLP <<https://nelligan.ca/blog/indigenous-law/delegating-duty-minimising-responsibility/>> (consulté le 29 octobre 2017).

#### Rapports et articles de conférence

Griffith, Jennifer. « Meaningful consultation: reconciliation through an honourable process » [2006] Aboriginal Practice Points.

Jacobs, Dean. *Consulting and accommodating First Nations in Canada: a duty that reaps benefit*, Bkejawnong territory, 2015, 24, en ligne : <[http://www.uoguelph.ca/~ks2015ca/pdfs/2015\\_Jacobs.pdf](http://www.uoguelph.ca/~ks2015ca/pdfs/2015_Jacobs.pdf)> (consulté le 3 mars 2018).

Junger, Robert et Nika Robinson. « The Duty to Consult in the Administrative Law Context » dans *Administrative law conference*, Vancouver, Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2011, en ligne : <[https://mcmillan.ca/Files/137938\\_CLE%20paper.pdf](https://mcmillan.ca/Files/137938_CLE%20paper.pdf)>.

Knox, Tony. *Reconciliation in Canadian law : the three faces of reconciliation?*, Vancouver, Ministry of Aboriginal Relations and Reconciliation, 2009, en ligne : <[https://marcomm.mccarthy.ca/pubs/Reconciliation\\_Paper\\_July2009.pdf](https://marcomm.mccarthy.ca/pubs/Reconciliation_Paper_July2009.pdf)>.

———. *A closer look at legal reconciliation*, Vancouver, Insight, 2011.

Land, Lorraine. *Creating the Perfect Storm for Conflicts Over Aboriginal Rights: Critical New Developments in the Law of Aboriginal Consultation*, Ontario, 2014, 24.

Landmann, Peter. *Crown Delegation of Consultation Responsibilities*, Ontario bar association - aboriginal law section, décembre 2012.

Morellato, Maria. *The Crown's Constitutional Duty to Consult and Accommodate Aboriginal and Treaty Rights*, Research Paper for the National Centre for First Nations Governance 2008.

Pelletier, Gaston. « La délégation d'une fonction ou d'un pouvoir administratif » 19e Conférence des Juristes de l'État 411.

### Articles de journaux

Brockman. « “We have to be involved”: N.W.T. First Nation says Enbridge not properly consulting on pipeline repair », *CBC News* (30 octobre 2017), en ligne : CBC News <<http://www.cbc.ca/news/canada/north/liidlii-kue-first-nation-enbridge-pipeline-repair-1.4377171>> (consulté le 26 février 2018).

Calla, Harold et Jules C.T. « Jurisdiction vital for First Nations in nation-to-nation relationship » (9 juillet 2017), en ligne : Vancouver Sun <<http://vancouversun.com/opinion/op-ed/opinion-jurisdiction-critical-for-first-nations-in-a-nation-to-nation-relationship>> (consulté le 15 août 2017).

McGrath, John Micheal. « “That’s how reconciliation works”: Why Ottawa pressed pause on Ontario’s nuclear waste dump » (6 septembre 2017), en ligne : TVO <<http://tvo.org/article/current-affairs/the-next-ontario/thats-how-reconciliation-works-why-ottawa-pressed-pause-on-ontarios-nuclear-waste-dump>> (consulté le 11 septembre 2017).

Power, Alex. « ‘Duty to Consult’ a Cruel Joke If First Nations Can’t Handle the Load », *The Tyee* (16 janvier 2017), en ligne : The Tyee <<https://thetyee.ca/Opinion/2017/01/16/Duty-Consult-Cruel-Joke/>> (consulté le 30 juillet 2018).

Smith, Connell. « Mi’kmaq chiefs blast both sides in Miramichi salmon-stocking controversy », *CBC News* (31 octobre 2017), en ligne : CBC News <<http://www.cbc.ca/news/canada/new-brunswick/miramichi-salmon-stocking-cast-first-nations-1.4380633>> (consulté le 26 février 2018).

### Autres documents

Borrows, John et Commission du droit du Canada. *Les traditions juridiques autochtones au Canada*, Ottawa, 2006.

———. *La justice en soi : les traditions juridiques autochtones*, Ottawa, 2006.

« Understanding First Nation Sovereignty | Chiefs of Ontario », en ligne : <<http://www.chiefs-of-ontario.org/faq>> (consulté le 3 janvier 2018).

Burton, Brian. « Reconciliation time », *Lexpert magazine* (juin 2016).

*Projets d'hydrocarbures au Québec : quel rôle pour les communautés autochtones?*, Montréal, COPTICOM et la Maison du développement durable, 2016.

Reid, Hubert. *Jurisbistro eDictionnaire*, 5e éd, Cowansville, 2016, en ligne : Jurisbistro eDictionnaire

<<https://dictionnairereid.caij.qc.ca/recherche#q=fiduciaire&t=edictionnaire&sort=relevancy&m=search>> (consulté le 3 février 2018).