

Université de Montréal

La théorie du choix rationnel et l'influence des droits constitutionnels reconnus aux peuples autochtones canadiens sur le comportement des acteurs impliqués dans la réalisation de projets d'exploitation des ressources naturelles

Présenté par :

Hubert Forget

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit, option recherche

12 août 2018

© Hubert Forget

RÉSUMÉ

Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui reconnaît et confirme les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones canadiens, est une disposition dont les effets sont méconnus au sein de la doctrine. La présente recherche, empruntant à la science économique la théorie de l'individu rationnel, vise à formuler des hypothèses quant à la manière dont cette disposition constitutionnelle influence le comportement des entreprises, de l'État et des communautés autochtones impliqués dans la réalisation de projets d'exploitation des ressources naturelles qui ont des impacts sur les droits qu'elle reconnaît.

Cette mobilisation de la théorie du choix rationnel permet d'émettre des hypothèses communes à chaque type de droits que protège le paragraphe 35(1). D'abord, les sanctions associées aux contraventions à cette disposition constitutionnelle qu'ont élaborées les tribunaux imposent des coûts suffisamment importants à l'État et à l'entreprise pour que ceux-ci tentent de s'y conformer. Ce faisant, ces acteurs assument les coûts qui découlent des droits que reconnaît le paragraphe 35(1) aux peuples autochtones. Cependant, l'incertitude qui caractérise l'interprétation de cette disposition constitutionnelle impose à ces deux acteurs un autre coût, associé au risque que, malgré leurs tentatives de se conformer aux exigences du paragraphe 35(1), leur conduite soit tout de même contestée devant un tribunal. Il pourrait donc être moins onéreux pour ces deux acteurs d'obtenir le consentement de la communauté autochtone affectée par le projet d'exploitation des ressources naturelles qu'ils désirent réaliser. Tant que le coût des accommodements qu'exige la communauté afin de donner son consentement au projet sont moindres que ceux qu'encourent ces deux acteurs en ne tenant que de se conformer aux exigences du paragraphe 35(1), ceux-ci devraient être disposés à conclure une entente avec la communauté autochtone.

La communauté autochtone, quant à elle, se voit reconnaître des droits et, lorsqu'une atteinte injustifiée y est portée, les bénéfices de la sanction qui leur est associée. La valeur qu'accorde la communauté autochtone à ces bénéfices, toutefois, est amoindrie par la portée incertaine des droits qu'elle détient en vertu du paragraphe 35(1). Si l'entreprise ou l'État désirent obtenir son consentement, elle soupèsera les bénéfices que lui procurent les accommodements qui lui sont ainsi offerts et ceux qu'elle espère tirer d'un recours aux tribunaux, compte tenu de leur caractère incertain. Lorsque les promoteurs ne tentent que de se conformer aux exigences du paragraphe 35(1) sans obtenir son consentement, la communauté devra soupeser les bénéfices

qu'elle tire du comportement de l'État ou de l'entreprise et ceux qu'elle estime pouvoir tirer d'un recours judiciaire, compte tenu des coûts que lui impose cette dernière option ainsi que de son caractère incertain.

Mots-clés

Droits des peuples autochtones – paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* – choix rationnel – incertitude – exploitation des ressources naturelles.

ABSTRACT

The effects of the constitutional entrenchment of Aboriginal and treaty rights in Canada, provided for by subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, are not well known among legal scholars. This essay, mobilizing the rational choice framework relied upon in economics, aims to draw up hypotheses concerning the way in which this constitutional provision influences the conduct of corporations, State governments and indigenous communities in the context of natural resource exploitation developments that have the potential to impact the rights protected by subsection 35(1).

The mobilization of the rational choice framework allows us to state some hypotheses that apply for each type of right recognized by subsection 35(1). Firstly, the remedies crafted by the courts in the case of violations of these rights impose sufficient costs on corporations and governments to force these two actors to attempt to abide by this constitutional provision. In so doing, State governments and corporations will incur costs which flow from the rights recognized by this provision. However, the uncertainty that characterizes the scope of the rights recognized by subsection 35(1) imposes another cost to corporations and State governments in the form of a risk that, despite their attempts to respect the requirements of this constitutional provision, its conduct may be contested by the indigenous community whose rights are infringed by a natural resource project. Therefore, it may sometimes be less costly to try to obtain the consent of this community affected by the planned natural resource exploitation project. As long as the various forms of accommodation required to obtain the consent of the indigenous community give rise to costs that inferior to those incurred by governments and corporations when they merely try

to respect the requirements set forth by subsection 35(1), they should try to conclude an agreement with the indigenous community affected by its conduct.

The indigenous community, for its part, benefits from the remedies that flow from the rights recognized by subsection 35(1). The indigenous community's valuation of these benefits, however, is also subject to the uncertainty that characterizes the scope of its constitutional rights. Therefore, when it considers the possibility of consenting to a natural resource development, the indigenous community will weigh the benefits deriving from any agreement that might be offered by a corporation or state government and those that it may gain by challenging its conduct before a court of law, considering the uncertainty surrounding this second category of benefits. On the other hand, when state governments and corporations only attempt to narrowly abide by the standards of subsection 35(1), the indigenous community will have to evaluate the benefits that it gains from the conduct of these two actors and those that could be gained through legal action, considering the costs and uncertainty that characterize this second option.

Key words

Indigenous rights – subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* – rational choice – uncertainty – natural resource exploitation.

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|---|-----|
| Résumé | ii |
| Abstract | iii |
| Chapitre I : Introduction | 1 |
| Chapitre II : Cadre théorique – la théorie du choix rationnel..... | 5 |
| 2.1. La théorie du choix rationnel et le paragraphe 35(1) dans la littérature | 5 |
| 2.2. Analyse économique du droit et choix rationnel | 12 |
| 2.3. Objection générale à l'utilité de la théorie du choix rationnel : la capacité des acteurs à prévoir de manière infallible les conséquences de leurs choix..... | 19 |
| 2.4. Objections spécifiques à l'utilisation de la théorie du choix rationnel : acteurs collectifs et individualisme méthodologique..... | 22 |
| 2.5. Méthodologie..... | 29 |
| 2.6. Résumé du chapitre II..... | 29 |
| Chapitre III : Le cadre juridique développé par la Cour suprême du Canada à l'occasion de son interprétation du paragraphe 35(1) | 32 |
| 3.1. Les droits ancestraux | 32 |
| 3.2. Le titre ancestral | 36 |
| 3.3. Les droits issus de traités | 38 |
| 3.4. Le test justificatif..... | 45 |
| 3.4.1. L'obligation de fiduciaire..... | 45 |
| 3.4.2. L'obligation de consulter | 49 |
| 3.5. Réparations en cas de contravention au paragraphe 35(1) | 54 |
| 3.6. Résumé du chapitre III..... | 60 |
| Chapitre IV : La dynamique relationnelle induite par le paragraphe 35(1) | 62 |
| 4.1. Les droits allégués | 64 |
| 4.1.1. L'État et l'entreprise en tant qu'individus rationnels..... | 64 |
| 4.1.1.1. Le choix de l'ignorance | 71 |

| | |
|---|-----|
| 4.1.1.2. La tentative de se conformer aux exigences du paragraphe 35(1) | 75 |
| 4.1.1.2.1. Les risques auxquels fait face l'État en déléguant l'exécution de son obligation..... | 75 |
| 4.1.1.2.2. Les risques qui affectent l'État et l'entreprise : l'incertitude entourant l'interprétation du paragraphe 35(1)..... | 83 |
| 4.1.1.3. La recherche du consentement | 91 |
| 4.1.3. La communauté autochtone en tant qu'individu rationnel..... | 98 |
| 4.1.4. Résumé de la section 4.1..... | 102 |
| 4.2. Les droits reconnus | 106 |
| 4.2.1. L'État et l'entreprise en tant qu'individus rationnels..... | 106 |
| 4.2.2. La communauté autochtone en tant qu'individu rationnel..... | 111 |
| 4.3. Le titre ancestral | 115 |
| 4.3.1. L'État et l'entreprise en tant qu'individus rationnels..... | 115 |
| 4.3.3. La communauté autochtone en tant qu'individu rationnel..... | 120 |
| 4.4. Les traités modernes | 120 |
| Chapitre V : Conclusion | 123 |
| Table de la législation..... | 128 |
| Textes constitutionnels | 128 |
| Lois et règlements..... | 128 |
| Table de la jurisprudence | 129 |
| Jurisprudence canadienne | 129 |
| Jurisprudence américaine..... | 132 |
| Bibliographie | 133 |
| Monographies et ouvrages collectifs | 133 |
| Articles de revues | 135 |
| Études d'ouvrages collectifs..... | 140 |
| Rapports de recherche..... | 142 |

| | |
|---------------------------------|-----|
| Documents gouvernementaux | 144 |
| Autres documents | 145 |

Remerciements

Je tiens en premier lieu à remercier le directeur de la présente recherche, le professeur Jean Leclair. Ses conseils judicieux ses nombreux encouragements m'ont guidé tout au long du processus de rédaction et ont contribué à façonner le présent mémoire. Devant un directeur qui manifestait tant d'intérêt et de curiosité, le travail lié à la rédaction n'a jamais été une corvée.

Je remercie également les professeurs Ejan Mackaay et Elizabeth Steyn, qui ont eu l'amabilité de lire mon mémoire et de le commenter à titre de membres du jury d'évaluation. Merci également à Alain Parent qui, lors d'un cours donné à l'automne 2015, a su éveiller mon intérêt pour l'analyse économique du droit et la théorie de l'individu rationnel.

Merci également à mes parents et à Béa, qui ont démontré de l'intérêt pour mes travaux et qui n'ont jamais cessé de m'encourager. Je suis chanceux d'avoir été si bien entouré.

À plusieurs égards, l'écriture d'un mémoire peut sembler être une tâche solitaire digne d'un ermite. Pour moi, toutefois, il n'en fût rien, parce que, Alex, tu étais toujours là, patiente intéressée, toujours prête à me relire et à me faire sourire. Merci pour tout.

Devant l'imminence du péril, deux voix d'égale force s'élèvent en l'homme : l'une lui dit fort raisonnablement qu'il doit examiner la nature du péril et les moyens de l'éviter; l'autre lui suggère, plus raisonnablement encore, qu'il est par trop pénible d'y réfléchir alors qu'il n'est pas au pouvoir de l'homme de tout prévoir et d'échapper à la marche générale des événements, et qu'en conséquence, mieux vaut se détourner des choses désagréables jusqu'à ce qu'elles surviennent et penser à ce qui est agréable. Dans la solitude, l'homme s'abandonne le plus souvent à la première voix, en société, à la seconde au contraire.¹

CHAPITRE I : INTRODUCTION

Le 23 juin 2017, la mine Sisson a reçu l'approbation de l'Agence canadienne d'évaluation environnementale². Visant à exploiter d'importants gisements de tungstène et de molybdène, le projet avait soulevé l'ire de cinq des six communautés malécites néo-brunswickoises affectées, qui estimaient que la mine aurait des impacts culturels et environnementaux négatifs³. L'entreprise qui désire exploiter la mine ainsi que les gouvernements provincial et fédéral ont toutefois réussi à conclure une entente avec les communautés affectées afin qu'elles n'intentent pas de recours visant à bloquer le projet. Malgré la signature de cette entente, qui prévoyait le paiement de trois millions de dollars aux communautés dès lors que le projet franchirait le stade de l'évaluation environnementale, les cinq mêmes communautés ont maintenu leur opposition au projet⁴, certains de leurs membres ayant installé un campement sur le site où devrait être exploitée la mine suite à l'obtention de l'autorisation environnementale⁵. Expliquant cet

¹ Léon TOLSTOÏ, *La Guerre et la Paix*, tome II, Paris, Gallimard, 2002, p. 238 (traduit par Boris de Schloezer).

² Robert JONES, « Sisson mine approval triggers \$3M bonus for 6 Maliseet First Nations », *CBC news*, 26 juin 2017, en ligne : <<http://www.cbc.ca/news/canada/new-brunswick/sisson-mine-stanley-1.4177724>> (page consultée le 1^{er} juin 2018).

³ Alan WHITE, « 5 Maliseet chiefs want Sisson mine rejected », *CBC news*, 21 avril 2017, en ligne, <<http://www.cbc.ca/news/canada/new-brunswick/maliseet-chiefs-sisson-mine-reaction-1.3546347>> (page consultée le 1^{er} juin 2018).

⁴ Robert JONES, « Maliseet chiefs stress opposition to Sisson mine, despite deal with government », *CBC news*, 30 juin 2017, en ligne, <<http://www.cbc.ca/news/canada/new-brunswick/maliseet-first-nations-new-brunswick-government-chiefs-support-tungsten-mine-fredericton-agreement-threats-1.4185929>> (page consultée le 1^{er} juin 2018).

⁵ Shane FOWLER, « Protest camp built on proposed site of Sisson mine project », *CBC news*, 18 juillet 2017, en ligne, <<http://www.cbc.ca/news/canada/new-brunswick/sisson-mine-protest-camp-1.4209673>> (page consultée le 1^{er} juin 2018).

apparent paradoxe, les chefs de ces communautés, dans une lettre transmise à la Canadian Broadcasting Company, s'expriment ainsi :

« To this day, most of the Maliseet communities and our members oppose the Sisson Mine. But under current Canadian law, the courts allow New Brunswick and Canada to decide what happens on our Territory. New Brunswick gave its main approval for the Mine in December 2015. Fighting the mine would have involved very expensive litigation, and as with most litigation, the outcome would have been uncertain. The elected leadership of the Maliseet communities therefore consulted with the membership and advisors, and a few months ago, after lengthy negotiations, we ultimately made the hard decision to accept accommodation to try to offset the Mine's adverse effects on our constitutional rights. »⁶

Ce projet, et la réaction des communautés confrontées à une exploitation de leur territoire qui semble souvent inéluctable, illustre bien la complexité des enjeux que soulèvent les projets d'exploitation de ressources naturelles affectant une ou plusieurs communautés autochtones. Grâce aux droits qu'elles se voient conférer, celles-ci peuvent dorénavant négocier avec les entreprises qui désirent mener de tels projets. Ces droits, et leur enchâssement constitutionnel⁷, posent en retour une contrainte aux personnes physiques et morales qui désirent développer le domaine public et font des peuples autochtones des partenaires obligés du développement du territoire canadien⁸ dont la participation est encadrée par le paragraphe 35(1), qui édicte que : « Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés ». Comme l'exemple plus haut le démontre, la constitutionnalisation des droits des peuples autochtones canadiens ne leur permet pourtant pas de décider de l'usage qui sera fait de leur territoire.

⁶ Chief Candice PAUL, Chief Shelley SABATTUIS, Chief Gabby ATWIN, Chief Ross PERLEY et Chief Patricia BERNARD, « Maliseet Chiefs respond to CBC story on Sisson », *Conservation Council*, 29 juin 2017, en ligne, <<http://www.conservationcouncil.ca/en/maliseet-chiefs-respond-to-cbc-story-on-sisson/>> (page consultée le 1^{er} juin 2018). À l'heure actuelle, le statut du projet est incertain, la construction de la mine n'ayant pas encore été amorcée. Un seul homme réside encore au campement qui avait été installé sur le site de construction de la mine : Shane FOWLER, « One year later: First Nations life at the proposed Sisson mine site », *CBC News*, 28 juin 2018, en ligne : <<https://www.cbc.ca/news/canada/new-brunswick/sisson-mine-first-nations-camp-1.4725477>> (page consultée le 1^{er} juillet 2018).

⁷ *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, c. 11 (R-U), par. 35(1) (ci-après : « le paragraphe 35(1) »).

⁸ Dwight G. NEWMAN, « Is the sky the limit: Following the trajectory of Aboriginal legal rights in the resource developments », *Aboriginal Canada and the Natural Resource Economy Series*, Macdonald-Laurier Institute, juin 2015, en ligne : <<http://www.macdonaldlaurier.ca/files/pdf/MLIAboriginalResourcesNo7-06-15-WebReady-V3.pdf>>, p. 6.

Vu l'absence d'indications quant à la nature et la portée du paragraphe 35(1), ce sont les tribunaux qui ont dû en définir le contenu et les limites⁹. De leurs efforts a résulté un cadre juridique complexe dont les effets sur la réalisation de projet d'exploitation des ressources naturelles sont difficiles à cerner. La présente recherche visera à répondre à la question suivante : de quelle manière, d'après le modèle de l'individu rationnel, le paragraphe 35(1) influence-t-il les comportements des acteurs impliqués dans un projet d'exploitation des ressources naturelles ?

Au chapitre II, nous présenterons d'abord le cadre théorique de l'individu rationnel et son utilité pour la science juridique (section 2.1). Nous décrirons les aspects qui, malgré les critiques dont il fait l'objet, en font néanmoins un outil nous permettant d'émettre des hypothèses utiles quant aux effets du paragraphe 35(1) (sections 2.2., 2.3. et 2.4). Le chapitre suivant brossera un portrait du cadre juridique concernant le paragraphe 35(1) qu'ont élaboré les tribunaux. Dans un premier temps, nous présenterons la portée des droits ancestraux (section 3.1) reconnus par le paragraphe 35(1). Nous aborderons également le titre ancestral, forme la plus complète de droit ancestral (section 3.2.). Nous exposerons ensuite la portée des droits issus de traités (section 3.3). Nous verrons par la suite que ces droits ne sont pas absolus (section 3.4.) et que la jurisprudence a reconnu à l'État la possibilité d'y porter atteinte dans la mesure où il satisfait à certains critères. Si les droits sont établis, l'État sera assujéti à une obligation de fiduciaire (sous-section 3.4.1.), alors qu'il ne sera contraint que par une obligation de consultation et d'accommodement fondée sur l'honneur de la Couronne¹⁰ lorsque les droits ne sont qu'au stade de la revendication (sous-section 3.4.2.). Nous présenterons ensuite les réparations dont pourront bénéficier les communautés autochtones victimes d'une atteinte à des droits protégés par le paragraphe 35(1) (section 3.5). Cet exposé du droit posé nous sera nécessaire afin d'être en mesure de l'analyser, par la suite, à l'aide du modèle de l'individu rationnel.

Au chapitre IV, nous appliquerons ce modèle aux entreprises et aux communautés impliquées dans des projets d'exploitation des ressources naturelles qui ont un impact sur des droits

⁹ C'est suite aux échecs des conférences de Charlottetown qu'est revenue aux tribunaux la tâche de déterminer la portée de ces droits. : John BORROWS, « Frozen Rights: Constitutional Interpretation and the Trickster », (1997) 22 :1 *Am. Indian L. Rev.* 37, 37-38.

¹⁰ Nous présenterons plus loin la définition qui sera donné au terme « État » dans le cadre du présent mémoire. À certaines occasions, nous lui substituerons le terme « Couronne », qui aura la même signification. Signalons cependant d'ores et déjà que seul le terme « Couronne », sera employé dans les cas où nous traiterons de l'honneur de la Couronne, principe constitutionnel élaboré par la jurisprudence dont la teneur sera également présentée plus loin.

reconnus par le paragraphe 35(1). Nous traiterons des effets de cette disposition constitutionnelle lorsque la communauté ne bénéficie que d'un droit allégué (section 4.1.), lorsqu'un tel droit lui est déjà reconnu (section 4.2.), lorsqu'elle détient un titre ancestral (section 4.3.) ainsi que lorsqu'elle est signataire d'un traité moderne (section 4.4.). Nous formulerons des hypothèses quant à la manière dont le paragraphe 35(1) influencera tant le comportement de l'État, de l'entreprise et de la communauté affectée.

Nous verrons au chapitre II que le cadre théorique que nous mobilisons ne permet pas d'émettre des conclusions définitives, mais des hypothèses¹¹. À ce titre, le présent mémoire permet, d'abord, de formuler l'hypothèse selon laquelle les sanctions que prévoit le paragraphe 35(1) imposent suffisamment de coûts à l'État et à l'entreprise pour les dissuader de réaliser des projets d'exploitation des ressources naturelles en faisant fi des exigences de cette disposition. En ce sens, le paragraphe 35(1), tel qu'interprété par les tribunaux, édicte un seuil minimal de respect des droits des peuples autochtones auquel tant l'État que l'entreprise n'auront pas intérêt à contrevenir de manière intentionnelle. Nous verrons également que l'incertitude entourant la portée des droits que reconnaît cette disposition constitutionnelle ainsi que la mesure dans laquelle il est permis d'y porter atteinte pourrait mener ces acteurs, dans certains cas, à offrir à la communauté autochtone des accommodements qui outrepassent les exigences du paragraphe 35(1) dans le but de se mettre à l'abri des coûts onéreux que peut leur imposer un litige. De plus, nous montrerons que cette incertitude pourrait influencer la manière dont la communauté autochtone évalue la portée du droit dont elle bénéficie, ce qui aura un impact quant à sa décision de contester la réalisation d'un projet qui porte atteinte à ses droits.

¹¹ Les hypothèses que permet de formuler le présent mémoire sont présentées de manière plus détaillée en conclusion du mémoire.

CHAPITRE II : CADRE THÉORIQUE – LA THÉORIE DU CHOIX RATIONNEL

Le présent chapitre a pour objet de présenter la théorie du choix rationnel¹² ainsi que sa pertinence aux fins de notre recherche. La section 2.1 fera état des recherches concernant les peuples autochtones canadiens qui embrassent une perspective semblable à la nôtre et expliquera en quoi la présente recherche peut compléter cette littérature. Par la suite, nous expliquerons, de manière générale, l'intérêt que présente la théorie du choix rationnel pour les juristes. L'utilisation de ce modèle, cependant, est sujette à caution et controverse, tel que le démontreront les deux sections suivantes. La section 2.3. montrera que la rationalité infaillible que prête le modèle aux individus a été décriée par plusieurs, mais que la théorie du choix rationnel n'en permet pas moins de formuler des hypothèses utiles quant aux comportements des individus. La section 2.4., quant à elle, fera valoir que l'application de ce modèle à des entités collectives telles que l'État, une entreprise ou une communauté autochtone peut, malgré la doctrine de l'individualisme méthodologique, présenter un intérêt épistémologique.

2.1. La théorie du choix rationnel et le paragraphe 35(1) dans la littérature

Notre question de recherche témoigne d'un choix méthodologique, soit celui de recourir à la théorie du choix rationnel, souvent associée à l'analyse économique du droit, afin d'étudier le paragraphe 35(1). Cette théorie, nous le verrons, permet de prédire les comportements des individus en leur attribuant des préférences, en postulant qu'ils désirent maximiser la satisfaction de ces préférences et en leur attribuant une capacité infaillible à effectuer des choix de manière à maximiser leurs préférences. En utilisant ce cadre théorique, nous serons en mesure de formuler des hypothèses quant à la manière dont réagissent les acteurs que nous avons identifiés aux contraintes que pose le paragraphe 35(1) dans le cadre de projets d'exploitation des ressources naturelles.

Les projets d'exploitation des ressources naturelles représentent un enjeu d'importance capitale pour les peuples autochtones du Canada. Il n'est donc guère surprenant que plusieurs études concernant le paragraphe 35(1) abordent ses possibles effets sur leur réalisation. Malgré cette abondante littérature, la présente recherche, grâce à sa mobilisation de la théorie du choix rationnel, permet d'émettre de nouveaux constats au sujet de la dynamique relationnelle induite

¹² Dans le cadre du présent mémoire, nous utiliserons les expressions « modèle du choix rationnel », « théorie du choix rationnel » et « modèle de l'individu rationnel » de manière interchangeable.

par l'interprétation judiciaire du paragraphe 35(1). En effet, la voie que nous empruntons permettra d'identifier clairement les incitatifs que crée le paragraphe 35(1) pour les différents acteurs impliqués dans la réalisation de projets d'exploitation des ressources naturelles et la manière dont ces incitatifs influencent leurs comportements respectifs.

Ainsi, la présente étude n'a pas le même objet que celles, nombreuses, qui identifient certaines conséquences du paragraphe 35(1) sur le comportement des acteurs. Celles-ci mettent principalement l'accent sur les contraintes « objectives », pourrait-on dire, qu'impose aux acteurs l'interprétation de la Cour suprême du paragraphe 35(1) : définition essentialiste de l'identité autochtone, recours au concept obscur de limite intrinsèque associé au titre ancestral, difficulté de la mise en preuve des droits ancestraux et issus de traités et incertitudes liées à leur portée. C'est en adoptant une telle approche que d'aucuns déplorent que les droits conférés par le paragraphe 35(1) ne permettent pas aux peuples autochtones canadiens de décider de l'usage qui sera fait de leur territoire¹³, et que d'autres notent que les entreprises et l'État ne peuvent pas non plus faire la sourde oreille à leurs demandes et qu'ils auront parfois intérêt à obtenir le consentement des communautés affectées avant de réaliser des projets d'exploitation des ressources naturelles¹⁴. Ainsi, le professeur Newman, traitant de l'obligation de consulter et

¹³ Voir, entre autres : John BORROWS, « Sovereignty's Alchemy: An Analysis of *Delgamuukw v. British Columbia* », (1998) 37:3 *Osgoode Hall L. J.* 537; Ghislain OTIS, « Le titre aborigène : émergence d'un figure nouvelle et durable du foncier autochtone? », (2005) 46 *C. de. D.* 795 ; Gordon CHRISTIE, « A Colonial Reading of Recent Jurisprudence: *Sparrow, Delgamuukw and Haida Nation* », (2005) 23:1 *Windsor Yearbook of Access to Justice* 17; Gordon CHRISTIE, « Developing Case Law : The Future of Consultation and Accommodation », (2006) 39 *U. B. C. L. R.* 139 ; 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 *U. B. C. L. R.* 397; John BORROWS, « The Durability of Terra Nullius : *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* », (2015) 48 :3 *U. B. C. L. R.* 701 ; Gordon CHRISTIE, « Who Makes Decisions over Aboriginal Title Lands? », (2015) 48 *U. B. C. L. R.* 743; Michael COYLE, « From Consultation to Consent : Squaring the Circle », (2016) 67 *U. N. B. L. J.* 235.

¹⁴ Voici une sélection limitée de textes qui font état de cet intérêt que peuvent avoir les entreprises et gouvernements: Thomas ISAAC et Anthony KNOX, « The Crown's Duty to Consult Aboriginal Peoples », (2003) 41 :1 *Alta L. Rev.* 49, 72; Sandra GOGAL, Richard REIGERT et JoAnn JAMIESON, « Aboriginal Impact and Benefits Agreements: Practical Considerations », (2005) 43 *Alta. L. Rev.* 129; Michael J. BRYANT, « The State of the Crown-Aboriginal Fiduciary Duty: The Case for an Aboriginal Veto », dans Patrick MACKLEM et Douglas SANDERSON (dir.), *From Recognition to Reconciliation. Essays on the Constitutional Entrenchment of Aboriginal and Treaty Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 2016, p. 223; Jean LECLAIR, « L'effet structurant des droits reconnus aux peuples autochtones sur le débat entourant le Plan Nord », dans Carole LÉVESQUE, Daniel SALÉE et Ioana RADU, (dir.) *Les peuples autochtones et le Plan Nord: Éléments pour un débat*, Montréal, Cahier Dialog, 2012, p. 65 ; Ken COATES, « New Beginnings. How Canada's Resource Wealth Could Re-Shape its Relation with Indigenous Peoples », Aboriginal Peoples and the Natural Resource Economy Series, Macdonald-Laurier Institute, mai 2013, en ligne: <http://www.macdonaldlaurier.ca/files/pdf/2013.01.05-MLI-New_Beginnings_Coates_vWEB.pdf>; William M. LAURIN et JoAnn P. JAMIESON, « Aligning Energy Development with the Interests of Aboriginal Peoples in Canada », (2015) 53 *Alta L. Rev.*, 453, 458; Dwight G. NEWMAN et Malcolm LAVOIE, « Mining and Aboriginal Rights in Yukon: How Certainty Affects Investor Confidence », Fraser Institute, 2015, en ligne: <<https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/mining-and-aboriginal-rights-in-yukon-how-certainty-affects-investor-confidence.pdf>>, p. 29 ; Ken COATES et Dwight G. NEWMAN « The End is not Nigh: Reasons Over Alarmism in Analyzing the *Tsilhqot'in* Decision », Aboriginal

d'accommoder qui incombe à l'État, affirme que « one of the major practical effects of the uncertainty it [the duty to consult] generates for resource companies is to incentivize direct negotiations between industry and Aboriginal communities »¹⁵, alors que Kaitlin Ritchie, notant des conséquences probables de l'impossibilité pour les communautés autochtones de faire valoir un droit de veto en vertu du paragraphe 35(1), soutient que:

« What this means is that, more often than not, it will be First Nations who are obligated to make the most significant compromises: more consultations will lead to more development, more development will lead to a reduced land base, and a reduced land base will result in a reduced ability for First Nations to exercise their traditional rights and practices that are tied to their land. »¹⁶.

Ces études ne s'intéressent toutefois pas à identifier la manière dont les incitatifs créés par cette disposition agissent sur les comportements des parties¹⁷. Notre recherche se propose de compléter cette littérature foisonnante en étudiant la manière dont les incitatifs que crée le paragraphe 35(1) affectent les relations entre les parties impliquées dans la réalisation de projets d'exploitation des ressources naturelles. C'est ce que nous nommons la « dynamique relationnelle induite par le paragraphe 35(1) ». Nous tenterons de formuler des hypothèses quant à la manière dont le paragraphe 35(1) influence cette dynamique, ne nous contentant pas seulement de noter certains effets concrets qu'elle emporte. Pour ce faire, nous mobiliserons la théorie du choix rationnel.

Canada and the Natural Resource Economy Series, Macdonald-Laurier Institute, septembre 2014, en ligne <<http://www.macdonaldlaurier.ca/files/pdf/MLITheEndIsNotNigh.pdf>>, p. 17; Jean LECLAIR et Michel MORIN, « Peuples autochtones et droit constitutionnel », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit public », *Droit constitutionnel*, fasc. 15, Montréal, LexisNexis Canada, 2011, feuilles mobiles, par. 150 (à jour au 30 août 2017); Nigel BANKES, « The implications of the *Tsilhqot'in (William)* and *Grassy Narrows (Keewatin)* decisions of the Supreme Court of Canada for the natural resources industries », (2015) 33:3, *Journal of Energy & Natural Resources Law* 188, 205 ; D. G. NEWMAN, préc., note 8, p. 12 ; Dwight G. NEWMAN, « The Economic Characteristics of Indigenous Property Rights: A Canadian Case Study » (2016) 95:2 *Nebraska L. Rev.* 453 ; Martin PAPILLON et Thierry RODON, « Proponent-Indigenous agreements and the implementation of the right to free, prior, and informed consent in Canada », (2017) 62 *Environmental Impact Assessment Review* 216, 219.

¹⁵ Dwight G. NEWMAN, « The Section 35 Duty to Consult », dans Peter OLIVER, Patrick MACKLEM et Nathalie DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook on the Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017, p. 349, à la page 350.

¹⁶ K. RITCHIE, préc., note 13, 401.

¹⁷ Une exception notable est une étude récente de Kerry Wilkins, qui décrit les divers facteurs qui influencent le comportement de l'État lorsqu'il traite avec les peuples autochtones canadiens : Kerry WILKINS, « Reasoning with the Elephant. The Crown, Its Counsel and Aboriginal Law in Canada », (2016) 13 *Indigenous L. J.* 27. L'auteur étudie le fonctionnement interne de l'État et les incitatifs auxquels sont exposés ses avocats dans le cadre des relations avec les peuples autochtones. Toutefois, l'étude ne traite pas spécifiquement des projets d'exploitation des ressources naturelles et ses conclusions sont en grande partie fondées sur l'expérience personnelle de l'auteur en tant que conseiller juridique au niveau fédéral et provincial. Elle n'aborde pas non plus la question du comportement des entreprises.

L'analyse économique du droit, et le modèle de l'individu rationnel, ont parfois été utilisés afin de répondre à des questions relatives aux peuples autochtones ou aux projets d'exploitation de ressources naturelles. Au Canada, les premiers textes mobilisant ce modèle afin de répondre à des questions concernant les peuples autochtones proviennent des professeurs Alcantara et Flanagan et traitent de l'efficacité des divers types de droits fonciers applicables sur les réserves indiennes¹⁸. Leurs travaux consistent en des analyses des avantages et, surtout, des désavantages de ces droits par rapport à ceux du système juridique canadien, fondé sur la propriété privée. Selon eux, les multiples coûts de transaction associés à ces droits les rendent inefficaces¹⁹. Leurs travaux les ont menés à recommander que le législateur accorde aux individus assujettis à la *Loi sur les Indiens*²⁰ la possibilité d'implanter un système de droits de propriété analogue à celui qui prévaut en common law²¹. Des analyses semblables ont été effectuées par des auteurs américains en ce qui concerne les réserves au sud du 49^e parallèle²².

En ce qui concerne le paragraphe 35(1), le professeur Alcantara a également publié un livre qui a pour objectif de déterminer quels sont les facteurs qui favorisent la conclusion de traités modernes entre l'État et les communautés autochtones.²³ À l'aide d'une analyse des préférences et incitatifs des gouvernements fédéral et provinciaux ainsi que des communautés

¹⁸ Voir, notamment : Tom FLANAGAN et Christopher ALCANTARA, « Individual Property Rights on Canadian Indian Reserves », (2004) 29:2 *Queen's L. J.* 489; Tom FLANAGAN et Christopher ALCANTARA, « Individual Property Rights on Canadian Indian Reserves: A Review of the Jurisprudence », (2005) 42:4 *Alta. L. R.* 1019; Christopher ALCANTARA, « Reduce transaction costs? Yes. Strengthen property rights? Maybe: The First Nations Land Management Act and economic development on Canadian Indian reserves », (2007) 132 *Public Choice* 421 et Thomas FLANAGAN, Christopher ALCANTARA et André LE DRESSAY *Beyond the Indian Act: Restoring Aboriginal Property Rights*, Montréal/Ithaca, McGill/Queen's University Press, 2010.

¹⁹ C. ALCANTARA, préc., note 18.

²⁰ L.R.C. 1985, c. I-5.

²¹ T. FLANAGAN, C. ALCANTARA et A. LE DRESSAY, préc., note 18.

²² Voir les travaux de Terry L. Anderson et Dominic P. Parker: Terry L. ANDERSON et Dominic P. PARKER, « Economic Development Lessons from and for North American Indian Economies », (2009) 53 *Australian Journal of Agricultural and Resources Economics* 105; Terry L. ANDERSON, Bryan LEONARD, Dominic P. PARKER et Shawn REAGAN, « Natural Resources on Indian Reservations: Blessing or Curse », dans Terry L. ANDERSON (dir.) *Unlocking the Wealth of First Nations*, Lanham, Lexington Books, 2016, p. 18.

²³ Le professeur Alcantara identifie ainsi quatre facteurs qui favorisent la conclusion de traités, et quatre autres facteurs influençant la vitesse à laquelle se déroulent les négociations. Ainsi, afin de faciliter la conclusion d'un traité, une communauté doit avoir des objectifs compatibles avec ceux du gouvernement (notamment en ce qui concerne l'abandon de toute revendication supplémentaire par la communauté signataire), user de moyens qui favorisent la négociation plutôt que la confrontation entre les parties, faire avancer ses revendications sans que cela ait pour effet de créer des divisions au sein de la communauté et convaincre le gouvernement de ses aptitudes à conclure et mettre en œuvre le traité. Afin d'accélérer les négociations, le lien de confiance entre les négociateurs gouvernementaux et autochtones doit être bien établi. De même, la personnalité et la volonté à conclure un traité des négociateurs, qu'il s'agisse de bureaucrates ou de tiers engagés par le gouvernement, a un impact sur la vitesse à laquelle peut être conclu le traité. La présence de ressources convoitées par des tiers peut accélérer la conclusion du traité, tout comme le fait que le territoire ne soit pas grevé de droits au profit de tierces parties et qu'il ne soit pas convoité à des fins d'occupation: Christopher ALCANTARA, *Negotiating the Deal. Comprehensive Land Claims Agreements in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2013, p. 57-72.

autochtones impliquées dans les négociations menant à la conclusion de traités modernes, il démontre qu'il est nécessaire pour les communautés d'adapter leurs stratégies compte tenu de leur position désavantageuse²⁴. Cette analyse théorique est combinée à une analyse qualitative fondée sur des entrevues réalisées avec des individus impliqués dans de telles négociations²⁵. Le modèle sert ici des fins explicatives : après avoir observé un phénomène (la réussite ou l'échec de négociations), l'auteur l'explique en utilisant les outils de la théorie du choix rationnel. Notre démarche est plutôt prédictive, en ce que nous tenterons de formuler des hypothèses quant à la manière dont le paragraphe 35(1) influence le comportement d'acteurs, et non d'expliquer des comportements observés.

La professeure Cherie Metcalf est également une pionnière en ce qui concerne l'appréhension du paragraphe 35(1) au moyen de concepts issus de la science économique. Au moyen d'études empiriques, elle a, avec le professeur Ian Keay, démontré les effets de certaines décisions de la Cour suprême du Canada interprétant le paragraphe 35(1) quant aux perceptions qu'ont les investisseurs à l'égard des entreprises œuvrant dans le domaine de l'exploitation des ressources naturelles²⁶. En examinant les fluctuations des cours des actions d'entreprises œuvrant dans le domaine des ressources naturelles enregistrées à la Bourse de Toronto lors des jours précédant et suivant des décisions clés de la Cour suprême, ils ont conclu que les décisions de la Cour ont une influence sur les perceptions des investisseurs. En effet, les auteurs constatent que la variation de la valeur des actions de ces entreprises s'est avérée démesurée dans les jours suivant six décisions importantes de la Cour suprême²⁷. Les décisions de la Cour n'ont toutefois pas toujours un impact négatif²⁸. De même, mobilisant à nouveau le modèle de l'individu rationnel, ces deux auteurs ont remis en question le bienfondé de la supposition parfois faite par

²⁴ C. ALCANTARA, préc., note 23, p. 20-31. D'autres articles publiés par le même auteur témoignent d'une approche semblable: Christopher ALCANTARA, « Explaining Aboriginal Treaty Negotiation Outcomes in Canada: The Cases of the Inuit and the Innu in Labrador », (2007) 40 :1 *Can. J. Pol. Sc.* 185; Christopher ALCANTARA, « To Treaty or Not to Treaty? Aboriginal Peoples and Comprehensive Land Claims Negotiations in Canada », (2008) 38:2 *Publius: J. Federalism* 343; Christopher ALCANTARA et Adrienne DAVIDSON, « Negotiating Aboriginal Self-Government Agreements in Canada: An Analysis of the Inuvialuit Experience » (2016) 48:3 *Can. J. Pol. Sc.* 553.

²⁵ C. ALCANTARA, préc., note 23, p. 9-13.

²⁶ Ian KEAY et Cherie METCALF, « Property Rights, Resource Access, and Long-Run Growth » (2011) 8 :4 *Journal of Empirical Legal Studies* 792 ; Ian KEAY et Cherie METCALF, « The Supreme Court's Aboriginal Rights Cases & Canada's Resource Industries: Estimating the Economic Effects », 1^{er} janvier 2016 en ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2876942>.

²⁷ Ian KEAY et Cherie METCALF, « The Supreme Court's Aboriginal Rights Cases & Canada's Resource Industries: Estimating the Economic Effects », 1^{er} janvier 2016 en ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2876942>, p. 23-26.

²⁸ Ainsi, suite aux deux premières décisions imposant à l'État (et non aux entreprises) de consulter les communautés affectées par des projets d'exploitation des ressources naturelles, les auteurs observent que les valeurs des actions des entreprises ont augmenté : *Id.*, p. 24.

les tribunaux selon laquelle la reconnaissance de droits de nature commerciale aux peuples autochtones entraînerait une surexploitation des ressources²⁹. Toutefois, leurs recherches n'abordent pas les effets du cadre juridique développé aux termes du paragraphe 35(1) sur les communautés, les entreprises et l'État dans le cadre de projets d'exploitation des ressources naturelles.

La professeure Metcalf s'est de plus intéressée à l'impact qu'auraient diverses règles d'indemnisation quant au poids qu'accorderait l'État aux droits reconnus aux peuples autochtones dans le cadre des décisions qu'il prend lors de la gestion des ressources forestières, utilisant le modèle du choix rationnel afin d'avancer qu'une compensation monétaire ne serait pas un incitatif suffisant afin que l'État tienne compte de manière socialement optimale³⁰ des intérêts des communautés autochtones en raison de l'influence politique limitée qu'elles exercent³¹. En outre, le fait que les intérêts des communautés autochtones ne puissent (ou ne puissent qu'approximativement³²) être évalués en termes de valeurs monétaires ferait en sorte que l'État serait porté à sous-évaluer l'ampleur des répercussions négatives de l'exploitation des ressources forestières et à poser des actions qui porteraient atteinte aux droits de communautés autochtones d'une manière qui ne maximiserait pas le bien-être global de la société³³. Cette étude, cependant, ne traite pas de la manière dont les communautés et les entreprises réagiraient à de telles règles, et ne porte que sur l'effet de diverses formes d'indemnisations monétaires.

Une autre auteure, la professeure Sari Graben, a critiqué la tendance qu'ont les organes administratifs chargés d'évaluer les impacts environnementaux de projets d'exploitation des ressources naturelles à recourir à une méthode d'analyse fondée sur les coûts et bénéfices que

²⁹ Ian KEAY et Cherie METCALF, « Aboriginal Rights, Customary Law and the Economics of Renewable Resource Exploitation », (2004) 24 *Can. Pub. Pol.* 1.

³⁰ Metcalf affirme que l'État, lorsqu'il gère ses ressources forestières, devrait tenter de maximiser la somme de (1) la valeur monétaire de cette ressource (en vue de sa revente à des tiers) et (2) la valeur qu'a la forêt pour les peuples autochtones qui y exercent leurs droits ancestraux : Cherie METCALF, « Compensation as Discipline in the Justified Limitation of Aboriginal Rights: The Case of Forest Exploitation », (2008) 33 *Queen's L. J.* 385, 423.

³¹ *Id.*, 435.

³² *Id.*, 433.

³³ *Id.*, 435-436. Aux pages 437 à 445, la professeure Metcalf avance que des règles plus flexibles qu'une compensation monétaire, telles que les exigences de l'obligation de consulter, pourraient permettre à l'État de tenir compte des droits des communautés affectées par l'exploitation forestière puisqu'il serait mieux à même d'évaluer l'impact de cette exploitation pour la communauté suite à la consultation, et la justiciabilité de cette obligation permettrait de garantir que l'État prenne en compte de manière raisonnable l'atteinte qu'il porte aux droits de la communauté affectée.

procurent ces projets³⁴. Selon elle, de telles analyses ne sont pas à même d'évaluer le préjudice que causent ces projets aux communautés autochtones en désacralisant des sites ayant une importance morale pour ces communautés, puisque la valeur qu'accordent les communautés autochtones à ces sites est morale et, par conséquent, ne peut être chiffrée³⁵. Ces travaux, toutefois, n'examinent pas la manière dont le paragraphe 35(1) influence le comportement des acteurs impliqués dans la réalisation de projets d'exploitation des ressources naturelles. Plutôt, ils ont pour objet de démontrer le caractère inadéquat des pratiques des organes administratifs dans le cadre de l'évaluation des impacts de projets d'exploitation des ressources naturelles.

Bref, en ce qui concerne les projets d'exploitation des ressources naturelles, les travaux publiés ont surtout trait à ce que nous avons nommé les effets « objectifs » du paragraphe 35(1). Ce faisant, certains auteurs abordent le comportement des parties impliquées, mais aucune étude n'a pour question de recherche celle que nous avons soulevée. De même, certains auteurs ont utilisé le modèle de l'individu rationnel afin de répondre à des questions concernant les peuples autochtones canadiens, mais sans l'appliquer au cas des projets d'exploitation des ressources naturelles affectant leurs droits garantis par le paragraphe 35(1). C'est ce que nous tenterons de faire dans le cadre de cette recherche.

Deux facteurs expliquent notre recours au modèle du choix rationnel afin d'étudier le comportement des acteurs. D'abord, en supposant que nous ayons les connaissances et les compétences nous permettant de tenter de mener une étude empirique concernant les effets incitatifs du paragraphe 35(1)³⁶, nous n'en avons pas le temps dans le cadre étroit de ce mémoire. Dans notre cas, le modèle sert donc d'outil permettant de formuler des hypothèses³⁷

³⁴ Sari GRABEN, « Rationalizing Risks to Cultural Loss in Resources Development », (2013) 26:1 *Can J. L. & Juris.* 83; « Resourceful Impacts: Harm and Valuation of the Sacred », (2014) 64:1 *U. T. L.J.* 64.

³⁵ Sari GRABEN, « Resourceful Impacts: Harm and Valuation of the Sacred », (2014) 64:1 *U. T. L. J.* 64, 85: « The problem is that the assignment of [market] value is nonsensical for those who see sale [of a sacred site] as morally prohibited. » [référence omise]. Dans un autre article, la professeure Graben illustre cette incohérence de manière frappante au moyen d'un exemple emprunté au professeur David Godden : « It makes as little sense to ask an indigenous person their WTA [i.e., willingness to accept compensation] for the loss of access to traditional living areas from which they derive ceremonial/religious values as it would be to ask a devout Christian how much they would need to be compensated in monetary terms to forswear any practice of their religion » (Sari GRABEN, « Rationalizing Risks to Cultural Loss in Resources Development », (2013) 26:1 *Can J. L. & Juris.* 83, 101, citant: David GODDEN, « Attenuating Indigenous Property Rights: Land Policy After the Wik Decision » (1999) 43:1 *Australian Journal of Agricultural Economics* 1, 18).

³⁶ Les travaux d'Ian Keay et Cherie Metcalf cités à la note 26 sont des exemples d'études empiriques qui mesurent les effets du paragraphe 35(1) sous forme d'équations qui dépassent largement nos modestes connaissances mathématiques.

³⁷ Richard B. MCKENZIE, *Predictably Rational? In Search of Defenses for Rational Behavior in Economics*, Heidelberg, Springer, 2010, p. 22.

quant à la manière dont le paragraphe 35(1) joue un rôle incitatif guidant les comportements des acteurs, et non de décrire avec exactitude les effets de cette disposition.

Dans les pages qui suivent, nous décrivons brièvement les caractéristiques du modèle du choix rationnel. En raison des nombreuses critiques dont il continue d'être l'objet, nous réfuterons ensuite une objection générale quant à son utilité ainsi que deux objections quant au recours au modèle en vue d'étudier les comportements de groupes d'individus. Enfin, nous exposerons brièvement la méthodologie employée afin d'opérationnaliser ce cadre théorique controversé.

2.2. Analyse économique du droit et choix rationnel

La science juridique a commencé à être étudiée au moyen du modèle de l'individu rationnel suite à la popularisation de l'analyse économique du droit, résultat des travaux de juristes et économistes américains de Chicago dans les années 1960 et 1970³⁸. Afin d'être en mesure de comprendre les utilités que peut avoir la science économique pour la science juridique, nous décrivons brièvement les postulats qui fondent l'analyse économique du droit et qui constituent le socle sur lequel repose le modèle de l'individu rationnel.

La science économique est avant tout fondée sur la notion de rareté. Celle-ci ne concerne pas seulement la quantité de biens et ressources à la disposition des individus, mais également les usages qu'ils peuvent en faire³⁹. Comme la rareté dépend des usages qui peuvent être faits d'un bien, elle n'est pas fixe. Dans une société, un bien peut devenir rare dès lors que de nouveaux usages l'impliquant émergent. Ainsi, avant la révolution industrielle, le pétrole était moins rare que de nos jours. Suite à l'émergence de nouveaux usages de ce bien, il s'est raréfié. Ces conflits d'usages entraînent la nécessité de déterminer quels usages doivent être faits d'un bien. La rareté implique donc des choix quant aux usages possibles : si un individu possède un petit boisé, il pourra en couper les arbres afin de construire une habitation. Toutefois, cela l'empêchera de les utiliser afin de construire une embarcation lui permettant de profiter du lac qui se trouve à l'arrière dudit boisé, et il ne pourra vendre ces arbres à des fins commerciales. Chacun de ces choix implique des coûts, car les biens ne sont pas disponibles en quantité infinie.

³⁸ Samuel FERREY, *Une histoire de l'analyse économique du droit. Calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 5.

³⁹ Ejan MACKAAY et Alain PARENT, *Précis d'analyse économique du droit*, Sainte-Julie, La grande école de la francophonie, 2015, p. 31.

Si l'individu choisissait de ne pas couper d'arbres, ce choix entraînerait le coût de ne pas avoir d'embarcation, d'habitation ou de vendre le bois à des fins commerciales. La nécessité de faire des choix est donc un fait qui découle de la rareté⁴⁰.

Ces choix effectués par les individus sont faits en fonction d'incitatifs. De manière large, la notion d'incitatif englobe l'ensemble des facteurs qui influent sur les choix des individus, s'agisse-t-il de récompenses ou de punitions qui découlent des actions qu'ils posent⁴¹. Ainsi, lors d'un souper, un individu pourrait être incité à modérer sa gourmandise et ne pas reprendre de dessert en raison des regards désapprobateurs qui lui lanceraient ses convives. De la même manière, un employé auquel on promet une récompense monétaire en fonction du nombre de pneus qu'il produit pourrait être incité à travailler de manière plus efficace que son collègue qui a un salaire horaire.

Ces incitatifs n'ont cependant pas le même effet sur tous les individus. En effet, la manière dont un individu réagit aux incitatifs dépend des valeurs, objectifs et désirs qui lui sont propres. Si, pour reprendre l'exemple donné plus haut, l'employé valorise grandement les conversations qu'il entretient dans la salle commune avec ses collègues, peut-être demeurera-t-il peu productif. En revanche, il peut également prendre plaisir à voyager outre-mer lors de ses vacances, ce qui pourrait augmenter l'influence de l'incitatif monétaire. Ces objectifs que cherchent à atteindre les individus sont nommés « préférences »⁴².

Les règles de droit occupent une place de choix parmi les nombreux incitatifs qui influent sur les comportements des individus. Ces règles, en associant des conséquences juridiques à certaines situations, peuvent influencer le comportement d'individus qui désirent bénéficier de la récompense (ou éviter la punition) associée à une règle. Le projet de l'analyse économique du droit est, dans un premier temps, de prendre acte de cette influence qu'exercent les règles de droit⁴³. Ainsi, les règles en matière pénale doivent être suffisamment sévères pour dissuader les

⁴⁰ E. MACKAAY et A. PARENT, préc., note 39, p. 31. Dans le cas de projets d'exploitation des ressources naturelles, la rareté auxquelles sont confrontées les entreprises est mise en évidence en raison du caractère souvent non renouvelable des biens qu'elles exploitent.

⁴¹ Mackaay et Parent parlent de « carotte » et de « bâton » : *Id.*, p. 35.

⁴² *Id.*, p. 39.

⁴³ C'est ce que les tenants de l'analyse économique du droit nomment le raisonnement *ex ante*, qui s'oppose au raisonnement *ex post*. Farnsworth explique ainsi la différence entre ces deux approches : « So now we have seen two distinct ways of looking at a problem. The first can be called the *ex post* perspective. It involves looking back at a disaster or other event after it has occurred and deciding what to do about it or how to clean it up. The second perspective is called the *ex ante* point of view. It involves looking forward and asking what effects the decision about this case will have in the future – on parties who are entering similar situations and who haven't yet decided

individus d'adopter des comportements jugés nuisibles malgré le bénéfice personnel qu'ils peuvent en tirer. Les règles régissant la responsabilité civile ne doivent pas être si sévères que les individus craignent de s'adonner à toute activité. Du point de vue d'un économiste, la règle n'est qu'un incitatif parmi tant d'autres qui sert à pousser les individus à poser (ou à s'abstenir de commettre) certaines actions⁴⁴.

Les apports de la science économique à la science juridique ne se limitent pas à cette nouvelle conception du rôle des règles de droit. En effet, les juristes ont également récupéré le modèle développé par les économistes afin de prédire le comportement des individus de manière approximative, compte tenu des incitatifs auxquels ils font face. Empruntant à l'utilitarisme, la science économique a attribué à l'individu une pensée conséquentialiste. Forcé à choisir entre plusieurs actions, l'individu évaluerait les avantages et inconvénients de chacune d'entre elles et opterait pour celle dont les conséquences auraient pour effet de maximiser la satisfaction de ses préférences⁴⁵. En connaissant les préférences des individus, les tenants de l'analyse économique du droit sont donc en mesure de prédire le comportement des individus lorsqu'ils sont confrontés à des incitatifs⁴⁶.

Toutefois, afin d'être en mesure de prédire les comportements de plusieurs individus, et de ne pas avoir à sonder les préférences de chacun, la science économique a également dû supposer le contenu de ces préférences. Celui qui est généralement considéré comme le père de l'économie moderne, Adam Smith, attribuait aux individus des motivations guidées non pas par leur seul gain personnel, mais également par la morale⁴⁷. Ce n'est qu'à des fins heuristiques (et non descriptives) que les préférences des individus ont été définies de manière plus étroite et que leurs aptitudes ont été « idéalisées »⁴⁸. Ainsi, les économistes dits « néo-classiques » ont

what to do, and whose choices may be influenced by the consequences the law says will follow from them » (Ward FARNSWORTH, *The Legal Analyst. A Toolkit for Thinking About the Law*, Chicago/London, University of Chicago Press, 2007, p. 5).

⁴⁴ *Id.*, p. 21.

⁴⁵ E. MACKAAY et A. PARENT, préc., note 39, p. 39-40.

⁴⁶ Ayant prédit la manière dont les individus réagissent aux règles juridiques, il devient aisé de poser un jugement normatif quant à ces règles. Ainsi, plusieurs tenants de l'analyse économique du droit affirment que les règles de droit doivent servir maximiser l'utilité globale des membres de la population. Usant de l'aspect prédictif de l'analyse économique du droit, ils sont en mesure de formuler des recommandations quant à la teneur de diverses règles. Toutefois, cette primauté qu'accorde l'analyse économique du droit à l'utilité globale de la population n'est pas sans lui attirer de critiques : *Id.*, p. 79-82.

⁴⁷ Pour une synthèse de la pensée d'Adam Smith à ce sujet, voir : R. B. MCKENZIE, préc., note 37, chap. 3.

⁴⁸ Le résumé de la pensée de Max Weber à cet égard que présente Lars Udehn illustre bien la distinction entre les utilités heuristique et descriptive que peut avoir une théorie: Lars UDEHN, *Methodological Individualism. Background, history and meaning*, Londres/New York, Routledge, 2001, p. 95-97.

adopté une version du modèle prêtant aux individus une préférence pour leur seul gain matériel personnel et une capacité infaillible à choisir l'action qui aurait pour effet de le maximiser de manière, notamment, à conceptualiser des points d'équilibre dans le marché et de prédire l'effet que pourrait avoir un changement dans le marché quant à la position de ce point d'équilibre sur des courbes d'offre et de demande⁴⁹. En assumant cette préférence et en connaissant les coûts liés aux divers comportements qu'un individu pouvait adopter, il devenait possible de prédire son comportement, ou de lier une préférence à un comportement observé⁵⁰. C'est ce modèle qu'ont récupéré les juristes dans le cadre des premiers balbutiements de l'analyse économique du droit, non sans s'exposer à plusieurs critiques⁵¹.

Cela dit, cette prémisse de rationalité comporte plusieurs variantes⁵². Ainsi, pour Rafael Wittek, Tom A. B. Snijders et Victor Nee, le modèle du choix rationnel implique deux postulats en ce qui concerne les préférences des individus : un postulat d'égoïsme, puisque les individus se soucient de *leurs* préférences; et un postulat de matérialisme, puisqu'ils tentent également d'en maximiser la satisfaction⁵³. Ces trois auteurs notent cependant que le contenu de ces postulats peut varier.

Le postulat égoïste a quatre variantes⁵⁴. Dans la première, celle assumée par les économistes néo-classiques, les individus sont dits « opportunistes ». Cela signifie qu'ils ne reculent devant aucune occasion de privilégier leurs intérêts aux dépens de ceux des autres. Dans une autre variante, dite égoïste, les individus privilégient leurs propres intérêts, mais respectent les règles qui ont préalablement été fixées, entre autres au moyen de contrats. La troisième variante du postulat, celle de l'utilité liée, accepte que les individus se préoccupent des préférences des tiers. Enfin, la variante de la solidarité postule que, dans certaines

⁴⁹ R. B. MCKENZIE, préc., note 37, p. 4-8.

⁵⁰ Ces deux fonctions du modèle sont notamment relevées par la professeure Metcalf: Cherie METCALF, « Introduction: Emerging Paradigms of Rationality - Theory and Application », (2009) 35 *Queen's L. J.* 1, 5.

⁵¹ Nous faisons brièvement état de ces critiques à la section 2.3. Pour une présentation plus étoffée, consulter : R. B. MCKENZIE, préc., note 37, chap. 6. Plusieurs juristes ont été sensibles à ces critiques et ont adopté une version nettement différente du modèle. Le lecteur intéressé peut trouver des exemples d'application de tels modèles dans le 35^e volume du *Queen's Law Journal*, dédié à cette question.

⁵² Voir, également l'application des six postulats décrits par Raymond Boudon : Raymond BOUDON, « Théorie du choix rationnel ou individualisme méthodologique? », (2002) 34 :1 *Sociologie et Sociétés* 9, 10-13. Pour Boudon, la conception néo-classique du modèle du choix rationnel repose sur six postulats. Il note toutefois que certaines conceptions particulières de la théorie du choix rationnel peuvent comporter davantage de postulats.

⁵³ Rafael WITTEK, Tom A.B. SNIJDERS et Victor NEE, « Introduction: Rational Choice Social Research », dans Rafael WITTEK, Tom A.B. SNIJDERS et Victor NEE (dir.), *The Handbook of Rational Choice Social Research*, Stanford, Stanford University Press, 2013, p. 1, à la page 7.

⁵⁴ *Id.*, à la page 8. Nous traduisons les termes par lesquels sont désignées les diverses variantes.

circonstances, les individus peuvent accomplir des actions qui ne leur procurent aucun bénéfice et qui démontrent un souci pour le bien-être de tiers.

Le postulat matérialiste, quant à lui, peut recevoir deux acceptions selon le type de ressources qui servent à la satisfaction des préférences des individus⁵⁵. Dans certains cas, les comportements des individus seront modélisés comme si ceux-ci ne désiraient qu'accumuler des ressources tangibles. Il s'agit de biens matériels, quels qu'ils soient. Le second type de postulat matérialiste présume que les individus désireront également maximiser des ressources non-tangibles, tels leur bien-être physique ou leurs capacités intellectuelles, ou encore leurs compétences.

Il est manifeste que certaines des variantes mises de l'avant par les auteurs sont équivoques et peuvent en recouper d'autres. Où donc pourrait-on classer cet individu qui rompt un contrat avec un cocontractant, mais de manière à en faire bénéficier un tiers, sans que lui-même en retire quelque avantage? Et que dire des individus qui accumulent des richesses matérielles dans le but d'atteindre leurs objectifs sociaux? Ces catégories ont une portée moins descriptive que méthodologique. Elles se veulent, précisent les auteurs, des moyens d'aider les chercheurs à clarifier leurs prémisses de manière à ce qu'un dialogue utile puisse être créé autour de leurs conclusions. Avec ce *caveat* à l'esprit, nous pouvons maintenant préciser le type de rationalité que nous attribuerons à nos acteurs.

Dans le cadre du présent mémoire, nous assumerons que chacun de nos acteurs ne se soucie que de ses propres intérêts et leur prêterons la première version du postulat égocentriste. Ainsi, l'entreprise, la communauté autochtone et l'État ne prennent en compte que les bénéfices que chacun d'entre eux tire des projets d'exploitation des ressources naturelles et non des effets que peuvent produire leurs activités sur des tiers, quitte à contrevenir à des règles juridiques. D'emblée, nous y reviendrons, précisons que l'État est un acteur qui chevauche les catégories que nous avons présentées, puisque la maximisation de ses préférences passe par celle des préférences individuelles des électeurs qu'il a pour tâche de représenter. Notons également que, à certains égards, il est possible que la communauté autochtone se trouve dans une situation qui soit similaire à celle de l'État, puisque ses intérêts incluent parfois ceux de tiers, tels les

⁵⁵ R. WITTEK, T. A.B. SNIJDERS et V. NEE, préc., note 53, aux pages 8-9.

générations futures ou les éléments de l'environnement de la communauté⁵⁶. Néanmoins, compte tenu de la capacité que nous prêtons à ces deux acteurs de contrevenir aux règles préétablies dans la poursuite de leur intérêt, ils seront considérés, au même titre que l'entreprise, dans la catégorie d'acteurs que Wittek, Snijders et Nee qualifient d'opportunistes.

En ce qui concerne le postulat matérialiste, nous assumerons que les préférences des entreprises ne concernent que des biens matériels et ce, quoique la maximisation de ressources matérielles passe également parfois par la prise en compte de ressources immatérielles, telle la réputation de l'entreprise. En revanche, nous attribuerons aux communautés autochtones et à l'État des préférences tangibles et non tangibles.

Il pourrait être tentant de prêter à l'État la même préférence qu'à l'entreprise, soit la maximisation de ses ressources matérielles. Cependant, cette analogie omet certaines particularités qui caractérisent l'acteur étatique. En effet, l'État ne réagit pas seulement à des incitatifs économiques (comme le font les entreprises), mais plutôt à des incitatifs politiques⁵⁷. Dans un article traitant du pouvoir dissuasif qu'ont les sanctions monétaires à l'endroit de l'État lorsqu'il songe à violer les droits constitutionnels de ses citoyens, Daryl J. Levinson explique que la préférence attribuée aux entreprises pour la maximisation de leurs profits est fondée sur l'environnement compétitif dans lequel elles évoluent, qui exclut les entreprises qui n'adoptent pas cette préférence⁵⁸. De plus, la structure interne des entreprises incite les décideurs à adopter des comportements qui favorisent la maximisation des profits de l'entreprise, et non les leurs⁵⁹. Cet environnement incite également les parties prenantes de l'entreprise à se surveiller mutuellement de manière à ce que celle-ci maximise ses profits.

⁵⁶ Voir, à titre d'exemple, les principes directeurs du protocole de consultation adopté par la première nation des Chippewas de la Thames : CHIPPEWAS OF THE THAMES FIRST NATION, *Deshkan Ziibiing/Chippewas of the Thames First Nation Wiindmaagewin Consultation Protocol*, 2016, en ligne : <<https://www.cottfn.com/wp-content/uploads/2016/02/Wiindmaagewin-CONSULTATION-PROTOCOL-Final-Nov-2016-2.pdf>>, p. 7-11.

⁵⁷ Cette « découverte » de la particularité des incitatifs auxquels répond l'État est généralement attribuée, dans le champ de l'analyse économique du droit, à Daryl Levinson. Rosenthal écrit ainsi que : « Initially, the assumption that governmental tort liability works in the same manner as the common-law liability of private tortfeasors went unquestioned. [...] The first to attack this citadel was Daryl Levinson, who observed that, [...] “government responds to political, not market, incentives [and] cares not about dollars, only about votes.” » (Lawrence ROSENTHAL, « A Theory of Governmental Damages Liability: Torts, Constitutional Torts, and Takings », (2007) 9 *U. Pa. J. Const. L.* 797, 824). Plus loin, à la page 830 de son article, il affirme que : « It is perhaps only a slight exaggeration to say that Levinson has revolutionized academic thinking about governmental damages liability. »

⁵⁸ Daryl J. LEVINSON, « Making Government Pay: Markets, Politics, and the Allocation of Constitutional Costs », (2000) 67 *U. Chi. L. Rev.* 345, 354-355. Voir, également: Edward RUBIN, « Rational States? », (1997) 83 *U. Va. L. Rev.* 1433, 1437-1439.

⁵⁹ D. J. LEVINSON, préc., note 58, 354-355; E. RUBIN, préc., note 58, 1437-1439.

Le gouvernement n'évolue pas dans un environnement semblable et a une structure qui se distingue de celle des entreprises. Dans un premier temps, il n'agit pas pour le compte d'actionnaires, mais au service de membres d'une communauté politique. Les intérêts des membres de cette communauté ne tiennent pas à la seule maximisation de la richesse collective : ils peuvent être altruistes, idéologiques ou de toute autre nature⁶⁰. Ainsi, si l'on présume que le gouvernement cherche à se maintenir au pouvoir en maximisant le nombre d'électeurs dont les préférences individuelles sont satisfaites⁶¹, son seul objectif ne sera pas de maximiser ses recettes monétaires. Plutôt, il convertira les effets, monétaires ou autres, de ses actions en coûts et bénéfiques politiques. Il choisira, parmi les actions qu'il peut entreprendre, celle qui lui procure le plus de bénéfices politiques. Cela ne signifie pas qu'il n'accordera aucune importance aux conséquences monétaires de ses actions, mais plutôt qu'il convertira, par quelque procédé, ces répercussions financières en répercussions politiques⁶².

Les préférences d'un acteur important n'ont pas été évoquées, soit celles de la communauté autochtone affectée par le projet. Nous présumerons, dans le présent mémoire, que ses représentants sont en mesure, par un processus d'agrégation des préférences des individus (qui peuvent être, nous venons de le voir, de tout acabit) qui la composent, de déterminer une préférence qu'ils doivent poursuivre et qu'ils effectuent des choix permettant systématiquement de maximiser cette préférence. Cette préférence, rappelons-le, peut impliquer des considérations pour des tiers ou des éléments de l'environnement de la communauté. Toutefois, il n'en demeure pas moins que nous considérerons que la communauté n'aura pour seul objectif que de maximiser la satisfaction de sa préférence, et qu'elle sera disposée à contrevenir à des règles de droit pour ce faire.

Ces suppositions que nous faisons peuvent sembler caricaturales. Ainsi, s'il peut être tentant de décrire les entreprises comme des créatures avares et sans merci, certains notent un souci croissant des entreprises pour leur responsabilité sociale⁶³. Tous les membres d'un

⁶⁰ L. ROSENTHAL, préc., note 57, 825: « While we can assume that private-sector tortfeasors are primarily motivated to maximize revenues and accordingly are likely to experience a form of deterrence or punishment from tort liability, voters' demands on government are much broader and more amorphous. »

⁶¹ Cette supposition est fréquemment faite par les auteurs qui désirent modéliser le comportement du gouvernement : K. WILKINS, préc., note 17, 32 ; D. J. LEVINSON, préc., note 58, 363-364.

⁶² C'est ainsi que Lawrence Rosenthal affirme que la responsabilité financière de l'État à l'égard de violations constitutionnelles peut avoir un effet important sur son comportement : L. ROSENTHAL, préc., note 57, 832. Kerry Wilkins affirme également que l'État, lorsqu'il fait face aux exigences du paragraphe 35(1), tente d'utiliser ses ressources aussi efficacement que possible : K. WILKINS, préc., note 17, 66.

⁶³ Dans un article concis, Claire Hill note une opposition théorique entre les entreprises dont le seul objectif est la maximisation des profits et celles qui tiennent également compte de leur responsabilité sociale : CLARE HILL, « The

gouvernement étatique n'agissent pas non plus par pur intérêt politique égoïste. De plus, il est sans doute utopique d'affirmer que les représentants de la communauté autochtone affectée par un projet d'exploitation des ressources naturelles agissent de manière à satisfaire une préférence qui correspond à celle de l'ensemble des membres de la communauté. Malgré tout, comme nous l'expliquerons dans les deux sections qui suivent, ces postulats conservent leur utilité méthodologique aux fins que nous poursuivons dans le cadre de la présente recherche.

2.3. Objection générale à l'utilité de la théorie du choix rationnel : la capacité des acteurs à prévoir de manière infaillible les conséquences de leurs choix

Le modèle du choix rationnel a essuyé de nombreuses critiques. Si certains se sont opposés à la simplification qu'il opère quant à la nature des fins que poursuivent les individus, plusieurs ont également soulevé des doutes quant à l'aptitude qu'auraient les individus à atteindre ces fins, quelles qu'elles soient. Si le bref exposé de la section précédente quant aux fondements du modèle du choix rationnel a pu sembler convaincant, un examen plus attentif révèle que ses présupposés ne sont, manifestement, pas conformes à la réalité. L'infailibilité de l'individu rationnel, qui est en mesure d'analyser toute l'information qui lui est soumise et qui prend des décisions dont il évalue les conséquences avec une clairvoyance parfaite, est irréaliste⁶⁴. Selon plusieurs, le modèle omet de tenir compte de certains biais cognitifs⁶⁵ qui inhibent la rationalité qui le fonde. Ainsi, les individus valoriseront davantage les biens qu'ils possèdent aux dépens de ceux qu'ils peuvent acquérir, seront portés à accorder une valeur plus importante aux gains immédiats qu'aux gains éloignés dans le temps et seront influencés dans leurs calculs par des événements récents et marquants⁶⁶. Ces biais, qui se manifestent de manière non pas aléatoire,

Rhetoric of Negative Externalities », (2016) 39 *Seattle U. L. Rev.* 517. Elle avance toutefois qu'une telle distinction est peut-être davantage théorique que pratique, puisqu'il est ardu de déterminer si les entreprises qui tiennent compte de leur responsabilité sociale le font par altruisme ou dans le but que leurs actions leur permettent ultimement de maximiser leurs profits. En revanche, un auteur soutient au moyen d'arguments théoriques et empiriques que les actions qui promeuvent la responsabilité sociale d'une entreprise n'ont pas toujours pour effet de maximiser ses profits : Ivar KOLSTAD, « Why Firms Should Not Always Maximize Profits », (2007) 37 *Journal of Business Ethics* 137, 143-144.

⁶⁴ Comme le soulignent avec humour Richard H. Thaler et Cass R. Sunstein: « If you look at economics textbooks, you will learn that *homo economicus* can think like Albert Einstein, store as much memory as IBM's Big Blue, and exercise the willpower of Mahatma Gandhi. »: Richard H. THALER et Cass R. SUNSTEIN, *Nudge*, New Haven/London, Yale University Press, 2008, p. 6.

⁶⁵ Ces biais se manifesteraient lorsque les individus prennent des décisions en se fiant davantage au système 1 de leur cerveau, qui désigne le système de pensée qui agit automatiquement, presque par réflexe, qu'au système 2, qui agit de manière davantage réfléchie : *Id.*, p. 19.

⁶⁶ Pour une description plus détaillée de ces nombreux biais, voir: Avishalom TOR, « The Methodology of the Behavioral Analysis of Law », (2008) 4 *Haifa L. R.*, 237, 244-272; Christine JOLLS, Cass R. SUNSTEIN et Richard THALER, « A Behavioral Approach to Law and Economics », (1998) 41 *Stan. L. Rev.* 1471, 1476-1481.

mais systématique⁶⁷, ont pour effet d'empêcher un individu de faire des choix rationnels. Des questions légitimes peuvent donc être soulevées quant à la pertinence du modèle⁶⁸.

Toutefois, cela ne signifie pas que le modèle perd toute son utilité. Dans une défense puissante du modèle, Richard B. McKenzie affirme que ces attaques ne tiennent pas compte du rôle que joue le modèle pour la science économique. Il invoque, au soutien de cette thèse, deux arguments qu'il est utile d'examiner à nos fins.

D'abord, il affirme que ceux qu'il nomme les « behavioristes » comprennent mal l'utilité du modèle. Le projet scientifique de l'économie n'est pas d'offrir un portrait exact des comportements qu'auront les individus au moyen de la théorie du choix rationnel, mais bien de formuler les prédictions qui, par la suite, peuvent être testées empiriquement⁶⁹. McKenzie insiste sur le fait que le modèle a une valeur qui n'est pas descriptive ou normative, mais prédictive⁷⁰, en ce qu'il permet de faire, le plus souvent, des prédictions suffisamment claires et vraisemblables⁷¹ pour qu'elles méritent d'être testées. L'objectif du modèle est de formuler des hypothèses permettant de prédire la direction d'un changement global au sein d'une population par rapport à un point d'équilibre⁷². Partant, il n'est pas nécessaire qu'il permette de prédire avec précision les comportements de chacun des individus étudiés. De plus, un modèle trop complexe (par exemple, un modèle hypothétique qui serait en mesure de décrire avec exactitude les comportements humains en tenant compte de tous leurs biais cognitifs) ne pourrait être utilisé afin de faire des prédictions empiriquement vérifiables par les chercheurs, compte tenu de leurs propres capacités cognitives limitées⁷³.

⁶⁷ Richard H. THALER, « The Psychology and Economics Conference Handbook: Comments on Simon, Einhorn and Hogarth, and on Tversky and Kahneman », dans R. M. HOGARTH et M. W. REDER (dir.), *Rational Choice. The Contrast Between Economy and Psychology*, Chicago/Londres, University of Chicago Press, 1986, p. 95, aux pages 96-97; Anne-Lise SIBONY, Geneviève HELLERINGER et Alberto ALEMANNI, « L'analyse comportementale du droit. Manifeste pour un nouveau champ de recherche en Europe », (2016) 3 *Revue Internationale de droit Économique* 315, 327.

⁶⁸ Robin M. HOGARTH et Melvin W. REDER, « Introduction », dans R. M. HOGARTH et M. W. REDER (dir.), *Rational Choice. The Contrast Between Economy and Psychology*, Chicago/Londres, University of Chicago Press, 1986, p. 1, à la page 5.

⁶⁹ Le professeur McKenzie partage ici sa compréhension de la pensée de Milton Friedman : R. B. MCKENZIE, préc., note 37, p. 213. Toutefois, ce recours à l'empirisme n'est pas unanime au sein même de la science économique. En effet, certains avancent que les données (les comportements) qu'observe la science économique sont subjectifs. La seule observation de ces comportements ne permettrait donc pas de déduire quoi que ce soit quant au processus y ayant mené : R. B. MCKENZIE, préc., note 37, p. 94-111.

⁷⁰ *Id.*, p. 266.

⁷¹ *Id.*, p. 213.

⁷² *Id.*, p. 10.

⁷³ *Id.*, p. 176.

Cela est peut-être vrai en ce qui concerne les fins poursuivies par les économistes. Toutefois, notre objectif est plus modeste : nous ne tentons que d'utiliser la vraisemblance dont a fait preuve le modèle de l'individu rationnel afin d'émettre une hypothèse quant aux effets du paragraphe 35(1), sans que celle-ci ne fasse nécessairement l'objet d'une vérification empirique par la suite. Notre recherche ne nécessite aucun recours aux mathématiques ou à l'économétrie, principales justifications évoquées au soutien de la nécessaire simplification du modèle⁷⁴. En ce sens, nous croyons que rien ne nous empêche de signaler les biais qui pourraient s'appliquer aux individus dans le contexte que nous décrirons dans notre analyse⁷⁵. À des fins de concision, nous n'examinerons cependant que l'effet de deux biais, soit celui de l'aversion pour les risques et de l'effet de cadrage⁷⁶.

Le second argument du professeur McKenzie tient au fait que les comportements humains sont des phénomènes trop complexes pour être synthétisés dans leur totalité au moyen d'un modèle⁷⁷. Nous partageons ce point de vue et croyons qu'aucune théorie, si puissante soit-elle, n'est en mesure de décrire avec exhaustivité et précision le comportement humain⁷⁸. Le professeur Leclair illustre avec élégance cette impuissance de toute tentative de théorisation :

« Tout chercheur doit se garder de tomber dans le panneau du réalisme conceptuel. En d'autres mots, comme la personne qui a trop longtemps regardé le soleil et qui voit ensuite sur toute chose des taches blondes, il arrive qu'un auteur, à force de se lire, finisse un jour par se convaincre qu'il a aperçu ses concepts déambulant dans le monde réel. »⁷⁹

La pensée de tout chercheur qui tente de décrire avec exactitude les motivations des individus sera nécessairement imparfaite. Ainsi, le professeur McKenzie note que plusieurs études

⁷⁴ R. B. MCKENZIE, préc., note 37, p. 25. Il serait, selon McKenzie, trop complexe de tenter de quantifier les effets des divers biais en leur attribuant une valeur, de manière à ce que leurs effets soient pris en compte par des formules mathématiques. C'est ce qui explique, selon McKenzie, que les économistes qui font appel aux mathématiques et à l'économétrie utilisent une version épurée du modèle.

⁷⁵ Cette approche fait écho aux commentaires de Richard H. Thaler, qui milite avec on ne peut plus de clarté pour une souhaitable interaction entre ces deux courants : « I will end my remarks with the two following false statements. 1. Rational models are useless. 2. All behavior is rational » : R. H. THALER, préc., note 67, à la page 99.

⁷⁶ Les effets que peuvent avoir ces biais seront décrits à la sous-section 4.1.1.3.

⁷⁷ Le professeur McKenzie résume ce point de manière concise, affirmant que : « After all, the way economists (and any other group of scholars) must think about how people live necessarily stands apart from how people must live, because all that is involved in living cannot be captured by thinking about living ». (R. B. MCKENZIE, préc., note 37, p. 205).

⁷⁸ Pour des discussions plus nuancées et étoffées à ce sujet, consulter : Bent FLYVBJERG, *Making Social Science Matter. Why Social Inquiry Fails and How It Can Succeed Again*, New York, Cambridge University Press, 2001.

⁷⁹ Jean LECLAIR, « Vive le Québec Libre ! Liberté(s) et fédéralisme », (2010) 3 *Revue québécoise de droit constitutionnel* 23, 28. Voir, également, du même auteur : « Les périls du totalisme conceptuel en droit et en sciences humaines », (2009) 14 :1 *Lex Electronica* ; « Military Historiography, Warriors and Soldiers : The Normative Impact of Epistemological Choices », dans P. MACKLEM et D. SANDERSON (dir.), *From Recognition to Reconciliation. Essays on the Constitutional Entrenchment of Aboriginal and Treaty Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 2016, p. 179.

tendent à démontrer que les effets des biais cognitifs ne sont pas généralisés et que leur influence dépend du contexte dans lequel évoluent les individus⁸⁰. Ces nuances qu'ont apportées par certains opposants du modèle du choix rationnel ne sont donc pas dirimantes, tout comme le modèle du choix rationnel, qui ne permet pas de prédire avec exactitude le comportement des individus dans toutes les situations.

Nous espérons que notre utilisation du modèle du choix rationnel, nuancé par les effets de certains biais, permettra de formuler des hypothèses quant à la manière dont le paragraphe 35(1) influence les comportements des acteurs impliqués dans la réalisation de projets d'exploitation des ressources naturelles. Cependant, nous ne prétendons nullement, en utilisant ces outils d'analyse, brosser un portrait exact de l'influence qu'exerce le paragraphe 35(1)⁸¹. La présente étude n'a pour objectif que de formuler des hypothèses.

2.4. Objections spécifiques à l'utilisation de la théorie du choix rationnel : acteurs collectifs et individualisme méthodologique

Il convient également de soulever deux particularités qui caractérisent notre recherche, découlant toutes deux des caractéristiques des acteurs que nous étudions. En effet, il peut, à première vue, sembler pour le moins incongru d'utiliser le modèle de l'individu rationnel afin d'étudier le comportement de plusieurs individus, rassemblés en entreprise, en État ou en communauté. Deux objections peuvent être soulevées à l'encontre d'une telle utilisation du modèle. La première, qui comporte deux parties, avance dans un premier temps que, si nous avons établi que le modèle a une puissance prédictive lorsqu'il est mobilisé afin d'analyser les comportements d'*individus*, rien ne permet de penser qu'il la conserve lorsqu'il est appliqué à des groupes, considérés en tant qu'entités. Dans sa seconde partie, elle soutient que rien ne garantit que les biais cognitifs aient quelque effet sur les décisions de ces entités.

La seconde objection se fonde sur l'individualisme méthodologique. En effet, il est souvent affirmé que la science économique – et, de fait, le modèle du choix rationnel – est associée à

⁸⁰ R. B. MCKENZIE, préc., note 37, p. 232-245.

⁸¹ En nuancant ainsi le modèle, nous nous approchons peut-être davantage de ce que de ce que Sibony, Alemanno et Helleringer appellent l'analyse comportementale du droit, en ce que nous mobilisons le modèle de l'individu rationnel et des biais applicables aux seules fins de prédire l'effet du cadre juridique du paragraphe 35(1). Affirmer que notre recherche use de l'analyse économique du droit pourrait être trompeur, puisque cette méthode est souvent associée à un objectif de maximisation des richesses globale. Voir, en ce qui concerne l'analyse comportementale du droit : A.-L. SIBONY, G. HELLERINGER et A. ALEMANNI, préc., note 67.

l'individualisme méthodologique. Si l'on adopte cette posture méthodologique, les phénomènes sociaux ne doivent être expliqués qu'en examinant les préférences, choix et actions des individus⁸². Une explication s'arrêtant aux motifs de groupes d'individus serait incomplète.

Avant d'entreprendre de réfuter ces objections, une précision quant à leur portée s'impose. En effet, bien qu'il soit incontestable que le modèle ait d'abord été pensé en examinant les individus, son application n'a pas tardé à être étendue à des groupes. Il est monnaie courante que les économistes parlent de l'entreprise en tant qu'« agent économique rationnel »⁸³. De même, l'application du modèle dans le champ des relations internationales mène fréquemment à considérer les États comme des « acteurs unitaires »⁸⁴. Ces utilisations du modèle ne font pas l'unanimité⁸⁵, mais elles demeurent répandues.

La première objection soutient que le modèle du choix rationnel, développé afin de modéliser les décisions d'individus, ne peut être mécaniquement transposé à des groupes. Il en va de même pour les biais cognitifs, que nous avons brièvement évoqués. En raison des différences quant à leurs processus décisionnels, les individus et les acteurs unitaires ne pourraient être analysés au moyen du même modèle. Il est, en effet, manifeste qu'un individu ne décide pas de la même manière que ne le fait une entreprise. Cependant, ces différences n'imposent pas de jeter le modèle aux oubliettes dès lors qu'il est utilisé afin d'analyser un autre type d'acteur. En effet, il demeure utile lorsque nous concevons les choix de ces entités comme guidés non pas par leurs états psychologiques internes, mais par les contraintes de leur environnement.

Cette réfutation de l'objection quant à l'application du modèle à des groupes est inspirée des travaux de Satz et Ferejohn⁸⁶. Ces deux auteurs distinguent deux facettes du modèle du choix

⁸² Debra SATZ et John FERREJOHN, « Rational Choice and Social Theory », (1994) 91:2 *J. Philosophy* 71, 82.

⁸³ Cette tendance des économistes à considérer l'entreprise comme un acteur unitaire malgré les exigences de l'individualisme méthodologique a été relevée par plusieurs auteurs. Voir, notamment : Kenneth J. ARROW, « Methodological Individualism and Social Knowledge », (1994) 84:2 *Am. Econ. Rev.* 1, 4; Harold KINCAID, « Methodological Individualism and Economics », dans John B. DAVIS, Alain MARCIANO et Jochen RUNDE (dir.), *The Elgar Companion on Economics and Philosophy*, Cheltenham, Edwin Elgar Publishing, 2010, p. 299, la page 303.

⁸⁴ Tomer BROUDE, « Behavioral International Law », (2015) 163:4 *U. Pa. L. Rev.* 1099, 1122. Nous aurons nous-mêmes recours à l'expression « acteur unitaire » dans les pages qui suivent. Afin de tenter d'éviter les répétitions, nous référerons également à des « acteurs collectifs ».

⁸⁵ Une étude célèbre de Gary Becker visait à outrepasser la conception unitaire des ménages, souvent sujets d'analyse en sciences économiques, afin d'examiner les préférences des individus qui les composent : L. UDEHN, préc., note 48, p. 263. Le courant de pensée du *public choice*, quant à lui, a pour objet d'expliquer le comportement des élus et des électeurs en examinant leurs préférences individuelles et ne considère pas l'État comme un tout unitaire. Pour une brève description, voir : E. MACKAAY et A. PARENT, préc., note 39, p. 108-120.

⁸⁶ D. SATZ et J. FERREJOHN, préc., note 82.

rationnel. D'abord, en tant que théorie psychologique, le modèle du choix rationnel postule que les individus prennent leurs décisions en évaluant avec exactitude l'utilité que leur procurent les diverses options disponibles. Ils désignent cette facette de la théorie comme « internaliste ». Diverses critiques ont, selon eux, démontré que cet aspect du modèle a une utilité moindre⁸⁷. Toutefois, ils affirment que le modèle peut être utilisé sans qu'il soit nécessaire de faire cette supposition :

« Many of the most important uses of the [rational choice] theory need not rely directly on any theory of human psychology. The theory's use in economics and sociology, for example, is largely aimed at illuminating structures of social interaction in markets, governments, and other institutions. In many social-scientific explanations, we are not interested in explaining a particular agent's behavior, but in the general regularities that govern the behavior of all agents. In such cases, it is not the agents' psychologies that primarily explain their behavior, but the environmental constraints they face. »⁸⁸

Pour eux, la validité du modèle ne repose donc pas sur l'exactitude de ses postulats psychologiques. En effet, le modèle permet également, dans une approche « externaliste », de voir comment les acteurs maximisent leurs préférences telles qu'elles sont déterminées par les contraintes des environnements dans lesquels ils évoluent. Affirmant qu'il s'agit là d'un « exemple paradigmatique »⁸⁹, ils soutiennent que la préférence souvent prêtée aux entreprises pour la maximisation de leurs profits découle non pas d'une analyse de leurs désirs, mais plutôt d'un examen des impératifs du marché dans lequel elles évoluent.

Quoique les auteurs de l'article ne le mentionnent pas explicitement, la dichotomie internaliste/externaliste du modèle du choix rationnel permet selon nous de l'appliquer à des entités composées de plusieurs individus en les considérant comme des acteurs unitaires. Elle permet également de résoudre la difficulté conceptuelle que présente la notion de préférence d'une entité collective en la définissant non pas selon quelque agrégation des préférences individuelles de ses membres⁹⁰, mais en fonction de l'environnement dans lequel évolue et

⁸⁷ D. SATZ et J. FERREJOHN, préc., note 82, 73-74.

⁸⁸ *Id.*, 74.

⁸⁹ *Id.*, 78.

⁹⁰ Plusieurs ont étudié les préférences de groupes avec cette approche. Le théorème fondateur en la matière est celui élaboré par Kenneth Arrow, alors qu'il était encore étudiant à l'Université de Columbia, selon lequel aucune procédure ne permet d'agréger l'ensemble des préférences des individus d'un groupe de manière à obtenir une préférence sociale qui est juste et équitable. Pour une présentation de ce théorème qui tente de minimiser le recours à des modèles mathématiques complexes, voir : Michael MORREAU, « Arrow's Theorem », dans Edward N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016, en ligne : <<https://plato.stanford.edu/entries/arrows-theorem/>>.

interagit ce groupe. Cette manière de concevoir les préférences nous permet d'en faire des déterminants des actions des groupes en tant qu'acteurs unitaires.

Toutefois, cette réponse de Satz et Ferejohn ne règle pas le problème de l'application du modèle à une communauté autochtone donnée, puisque nous affirmons que celle-ci a une préférence qui correspond à une forme d'agrégation des désirs de ses membres. L'épineuse question de la manière dont cette préférence est déterminée, et de ce qui nous permet d'y avoir recours, demeure. De plus, s'il est souvent admis que le marché est un mécanisme qui force les entreprises à prendre des décisions rationnelles en excluant celles qui ne le font pas, le marché politique, dans lequel évolue l'État, ne contraint peut-être pas les acteurs qui répondent aux incitatifs politiques de manière aussi efficace⁹¹. Nous ne répondrons pas à ces questions complexes et controversées. Plutôt, nous verrons qu'il est possible de considérer les acteurs collectifs comme des entités animées d'intention et d'objectifs et ce, sans nécessairement se fonder sur l'agrégation des choix des individus qui composent ces entités.

La seconde partie de l'objection, concernant l'effet que peuvent avoir divers biais cognitifs sur des décisions prises par des groupes, a une pertinence certaine. Alors que leurs effets ont été démontrés à l'égard d'individus, il est, intuitivement, tentant de penser que plusieurs individus, raisonnant conjointement sur un même problème, seraient en mesure d'éliminer ou, à tout le moins, de limiter les effets de ces biais. Comme ces effets ont été démontrés au moyen d'expériences empiriques menées auprès d'individus, il serait nécessaire de s'appuyer sur d'autres résultats concernant des acteurs collectifs afin d'affirmer que ces biais ont les mêmes effets sur des groupes⁹². C'est ce qu'Avishalom Tor nomme le « problème de validité externe »⁹³, qui affecte la plupart des études juridiques qui ont recours à des constats faits en laboratoire par des psychologues comportementaux : comme les découvertes de ces chercheurs concernant l'influence qu'ont certains biais cognitifs ont lieu dans un contexte expérimental contrôlé, la similarité de leurs effets dans d'autres contextes reste à démontrer.

⁹¹ Ainsi, même un gouvernement qui prend des décisions sans maximiser les préférences individuelles de ses électeurs peut demeurer au pouvoir, alors qu'une entreprise qui ne maximise pas les profits qu'elle engrange devrait être exclue du marché : D. J. LEVINSON, préc., note 58, 354-355.

⁹² Une objection semblable, à l'égard de l'application des biais cognitifs aux États agissant sur la scène internationale, est notée par Tomer Broude : T. BROUDE, préc., note 84, 1122-1130.

⁹³ A. TOR, préc., note 66, 280.

Il nous est possible de répondre à cette objection en précisant la portée des conclusions de notre recherche. On ne peut tenter de nier la véracité du contenu de l'objection. Une recherche qui transpose mécaniquement à des groupes des biais dont les effets ont été démontrés sur des individus n'aura pas, en effet, une grande valeur si elle aspire à décrire le comportement de ces groupes. Encore que nous nous inspirions d'études concernant le comportement de groupes, cela ne réglerait pas le problème de validité externe. Toutefois, les conclusions que nous tirerons peuvent tout de même avoir une valeur en tant qu'hypothèses⁹⁴.

La seconde objection repose sur une prémisse dont les conséquences pourraient être dévastatrices pour notre recherche. En effet, pour les tenants de l'individualisme méthodologique, dont la théorie du choix rationnel est une variante⁹⁵, les explications de phénomènes sociaux ne peuvent être trouvées qu'en étudiant les décisions d'individus. Comme l'expliquent Mackaay et Parent, l'individualisme méthodologique suppose que « “[l]’État”, “le gouvernement”, “le peuple” ou “le syndicat” ne pensent pas, ne décident pas par eux-mêmes, mais par les individus agissant en leur nom, en respectant, il faut l’espérer, les critères de décision applicables et autres contraintes. »⁹⁶

Pour les tenants de l'individualisme méthodologique, les groupes ne peuvent être considérés comme des sujets d'analyse⁹⁷. En effet, seuls les individus étant animés d'intention et de volonté, il faudrait s'intéresser aux incitatifs qui agissent sur les individus – ministres, négociateurs, dirigeants d'entreprises – qui prennent les décisions dans le cadre de projets d'exploitation de ressources naturelles. Une explication qui ne s'arrêterait qu'au niveau d'un groupe, sans aborder l'état d'esprit des individus qui le composent, serait incomplète⁹⁸.

Quelques précisions s'imposent cependant à ce sujet. En effet, l'individualisme méthodologique est une approche dont il existe plusieurs variantes. S'il est vrai d'affirmer que, dans ses variantes strictes, la doctrine impose d'expliquer les phénomènes sociaux en n'examinant que les comportements d'individus, certains tenants de l'individualisme

⁹⁴ A. TOR, préc., note 66, 280. Tor nomme ce type d'analyse « théorique » en raison de ses bases empiriques chancelantes. De plus, il note que la confirmation des hypothèses que génère une telle recherche est parfois difficile à obtenir en pratique.

⁹⁵ R. BOUDON, préc., note 52, 9. Voir, toutefois: K. J. ARROW, préc., note 83, qui affirme que tous les modèles économiques – fondés sur la théorie du choix rationnel – tiennent compte de faits sociaux. Notamment, l'information constitue selon lui un fait social qui ne peut être saisi grâce à l'individualisme méthodologique.

⁹⁶ E. MACKAAY et A. PARENT, préc., note 39, p. 29.

⁹⁷ Robert ADIEH, « Beyond Individualism in Law and Economics », (2011) 91 *B. U. L. Rev.* 43, 53.

⁹⁸ *Id.*

méthodologique admettent que les institutions sociales ont un impact sur les comportements des individus et qu'elles peuvent également participer à l'explication de phénomènes sociaux⁹⁹. Également, nous l'avons mentionné plus haut, plusieurs études impliquant des acteurs collectifs se réclament de l'individualisme méthodologique. Le célèbre sociologue américain James S. Coleman explique ainsi cette apparente contradiction:

« One can, I think, take corporate actors as given for the purpose of some kinds of analyses or for certain kinds of theoretical purposes. At the same time, for other purposes, one has to take them as problematic. In other words, I say that methodological individualism can work at more than one level. True methodological individualism takes natural persons – the actions of natural persons – as the only starting point and looks at the system of action that occurs among these. But at the same time, one can use the same theoretical framework if one were to start with corporate actors and make a micro-to-macro transition to systems of these corporate actors. For example, for some purposes, one could carry out an analysis of a system of action among firms as actors, without going down to the individuals within the firm. Now, that is not to say that one should not at certain points investigate the functioning of these corporate actors and treat their functioning as problematic. But for some investigations, one would be, I think, justified in taking corporate actors as having all the properties of an actor. By having properties of an actor, I mean acting in a way to which we can attribute purpose to them; that is, acting in a consistent way, and therefore not acting in a way that is somehow aberrant or peculiar, but in a way, which could be conceived of as purposive. »¹⁰⁰ (Nous soulignons)

Coleman, dans cette entrevue, ne donne pas davantage de précisions quant aux types de questions qui peuvent tolérer ce relâchement de l'exigence centrale de l'individualisme méthodologique, mais l'on peut penser que, dans un contexte où l'environnement dans lequel évoluent ces acteurs collectifs leur pose des contraintes, il sera d'autant plus approprié de les considérer comme étant animés d'une intention. Dans un ouvrage publié quatre ans plus tard, Coleman précise sa pensée en ce qui concerne l'étude d'acteurs collectifs :

« [A]n internal analysis based on actions and orientations of units at a lower level [within a system] can be regarded as more fundamental, constituting more nearly a theory of system behavior, than an explanation which remains at system level. [...] Still this raises the question of what constitutes a sufficiently fundamental explanation. [...] I will not answer this question in general, except to say that [...] an explanation is sufficiently fundamental for the purposes at hand if it provides a basis for knowledgeable intervention which can change system behavior. »¹⁰¹ (Nous soulignons)

⁹⁹ Dans une étude fouillée sur la question, Lars Udehn tente de classer les différentes manifestations de l'individualisme méthodologique en cinq variantes, elles-mêmes séparées en versions strictes et relâchées de cette approche méthodologique. Cette distinction entre les variantes strictes et relâchées se fonde sur le fait que les versions strictes de la doctrine n'admettent pas que les institutions sociales aient une influence sur les préférences et comportements des individus. Voir : L. UDEHN, préc., note 48. Pour un résumé, voir, du même auteur : « The Changing Face of Methodological Individualism », (2002) *Annual Socio. Rev.* 479. En effet, il semble indéniable que les institutions exercent un impact sur nos volontés individuelles.

¹⁰⁰ James S. COLEMAN, « Interview with James S. Coleman », dans Richard SWEDBERG (dir.), *Economics and Sociology*, Princeton, Princeton University Press, 1990, p. 47, aux pages 50-51.

¹⁰¹ James S. COLEMAN, *Foundations of Social Theory*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University, 1994, p. 4.

Précisons que, pour Coleman, les systèmes sont définis par leur composition. Un système est constitué d'acteurs, de ressources (au sens large, et non au sens dans lequel nous l'entendons dans le cadre du présent mémoire) et d'une distribution du niveau de contrôle qu'exercent les acteurs sur ces ressources¹⁰². Si nous reprenons sa terminologie, le système dont traite le présent mémoire serait la réalisation de projets d'exploitation des ressources naturelles sur des territoires visés par le paragraphe 35(1). En faisant porter notre étude sur les entreprises, les communautés et l'État, nous répondons à l'exigence que pose Coleman dans le second extrait que nous citons. En effet, en identifiant des effets incitatifs probables du paragraphe 35(1) sur ces trois acteurs, nous serions également en mesure de voir comment une modification du cadre juridique de cette disposition influencerait le fonctionnement du système que constitue la réalisation de projets d'exploitation des ressources naturelles.

Il est vrai, comme le souligne Coleman dans le premier extrait cité, qu'une perspective strictement individualiste permettrait d'examiner des incitatifs agissant sur le comportement des individus que notre approche occultera. En effet, dans le cadre de projets d'exploitation des ressources naturelles, les individus décideurs agissent souvent au nom d'autres individus. Ainsi, un groupe de négociateurs prendra une décision au nom d'une communauté; un dirigeant d'entreprise décidera au nom des actionnaires, un représentant d'un ministère décidera au nom de l'État. Ces situations où les individus doivent faire confiance à un tiers afin que celui-ci maximise leurs préférences ont intéressé l'analyse économique du droit, puisqu'elles requièrent une calibration des incitatifs de manière à garantir qu'il ne soit pas porté préjudice aux intérêts des individus qui placent ainsi leur confiance en des tiers¹⁰³. Or, puisque nous assimilons les comportements des entités que représentent les divers décideurs impliqués dans des projets d'exploitation des ressources naturelles aux comportements de ces décideurs, nous ne serons pas en mesure d'examiner la manière dont pourraient se manifester ces situations dans le contexte que nous étudions. Une approche individualiste permettrait de tenir davantage compte d'incitatifs que la nôtre. Toutefois, prenant appui sur les commentaires de Coleman cités plus

¹⁰² J. S. COLEMAN, préc., note 101, p. 131. Selon Coleman, l'objectif des sciences sociales est d'expliquer ces systèmes sociaux. Aux dires de Lars Udehn, Coleman ne croyait pas que les seules explications valables quant au fonctionnement de ces systèmes impliquaient des acteurs (individuels ou collectifs) agissant conformément à leur volonté, mais admettaient également que les systèmes s'influencent entre eux, et également qu'ils influencent eux-mêmes les acteurs qui les composent : L. UDEHN, préc., note 48, p. 292-306.

¹⁰³ Voir, à titre d'exemple, la discussion sur les problèmes d'action collective que font Mackaay et Parent : E. MACKAAY et A. PARENT, préc., note 39, p. 58-61. En nommant un dirigeant pour remédier à ces problèmes, les individus courent le risque que ce dirigeant ne représente pas leurs intérêts et privilégie plutôt les siens.

haut, nous croyons tout de même que notre projet de recherche présente un intérêt épistémologique.

2.5. Méthodologie

La méthode employée afin de mener la présente recherche est une analyse documentaire. Le chapitre III consistant essentiellement en un exposé du droit posé, nous analyserons des sources formelles du droit. Comme c'est aux tribunaux qu'est revenue la tâche d'interpréter le paragraphe 35(1), nous nous intéresserons principalement à des décisions judiciaires, notamment celles de la Cour suprême du Canada. Le chapitre IV, quant à lui, constitue une application du cadre théorique que nous venons d'exposer au cadre juridique qui aura été décrit au chapitre III. Bien que ce projet soit novateur, il ne se situe pas dans un vide doctrinal, puisque plusieurs auteurs ont, nous l'avons souligné, relevé certains comportements qu'adoptent l'État, les entreprises et les communautés autochtones dans le cadre de projets d'exploitation des ressources naturelles. Cette littérature permettra d'appuyer et de nuancer et les constats que nous ferons.

2.6. Résumé du chapitre II

Rappelons la question de recherche à laquelle tente de répondre le présent mémoire : de quelle manière, d'après le modèle de l'individu rationnel, le paragraphe 35(1) influence-t-il les comportements des acteurs impliqués dans un projet d'exploitation des ressources naturelles? Ce modèle prévoit que les individus, confrontés à un choix, ont une capacité infallible à calculer les coûts et bénéfices que leur procurent les options dont ils disposent et qu'ils choisissent toujours en fonction de ce qui maximisera leurs bénéfices.

Nous avons, dans ce chapitre, brièvement expliqué la manière dont les juristes ont emprunté ce modèle à la science économique afin de, notamment, prédire les effets qu'ont les règles de droit sur le comportement des individus qui y sont soumis. Nous avons vu que ce modèle comporte plusieurs variantes, qui se différencient par la nature des préférences que cherche à maximiser chaque acteur et par le niveau d'égoïsme de chaque acteur. Dans la présente recherche, nous attribuerons aux trois acteurs que nous étudierons un égoïsme sans bornes, puisque nous leur prêterons la capacité de contrevenir aux règles de droit, et doterons l'entreprise de préférences exclusivement matérialistes, celle-ci ne cherchant qu'à maximiser ses gains

monétaires. En revanche, nous avons vu que l'État cherche à maximiser ses gains politiques, qui peuvent provenir de ressources autres que matérielles. De plus, nous avons affirmé que la communauté serait conçue comme un acteur unitaire qui, par quelque mécanisme d'agrégation, se meut en poursuivant rationnellement une préférence, celle-ci pouvant être de nature matérielle ou immatérielle.

Malgré ses variantes, le modèle n'est pas exempt de critiques, lesquelles soulignent que les capacités qu'il prête aux individus ne sont manifestement pas conformes à la réalité. Cependant, nous avons montré que le modèle ne prétend pas fournir une description exacte de la manière dont se comportent les individus. En réalité, il permet aux économistes de formuler des hypothèses quant à la direction d'un changement global au sein d'une population par rapport à un point d'équilibre sur des courbes d'offre et de demande. Il ne brosse pas un portrait exact du comportement des individus parce que le projet scientifique de la science économique ne repose pas sur une telle exactitude. Qui plus est, rappelons-le, aucun modèle comportemental usant de concepts ne saurait prétendre encapsuler le réel dans sa totalité, et une science qui a recours à la modélisation mathématique (comme le fait la science économique) serait mal servie par un modèle si complexe. Prenant acte tant de cette complexité que de l'absence de modélisation mathématique au sein de la présente recherche, nous avons précisé que le présent mémoire n'a pour objectif que de formuler des hypothèses quant aux comportements des acteurs dont le paragraphe 35(1) influence le comportement dans le cadre de la réalisation de projets d'exploitation des ressources naturelles. En revanche, nous avons précisé que nous signalerons les effets que pourraient avoir les biais cognitifs de l'aversion pour les risques et des effets de cadrage sur le comportement des acteurs que nous étudierons.

La présente recherche considérera les acteurs collectifs en tant que tous qui agissent conformément à une volonté. Cela peut sembler constituer une utilisation douteuse du modèle du choix rationnel et des biais cognitifs, ceux-ci ayant d'abord été élaborés afin de traiter d'individus. En ce qui concerne l'application des biais cognitifs à des entités composées de plusieurs individus, nous avons rappelé que les constats que nous ferions ne seraient que des hypothèses. En ce qui a trait au modèle du choix rationnel, nous avons d'abord mentionné que les préférences de l'État et de l'entreprise ainsi que les comportements qu'ils adoptent afin de les satisfaire sont déterminés non pas par une analyse psychologique de ces entités, mais plutôt par le contexte dans lequel ils évoluent, lequel exige qu'ils se comportent d'une manière rationnelle. De plus, nous avons vu que l'individualisme méthodologique peut s'accommoder

d'un certain relâchement de ses exigences et admettre que des acteurs collectifs soient dotés des mêmes capacités que les acteurs individuels, quoi que cela occulte peut-être certains aspects de l'explication de phénomènes.

CHAPITRE III : LE CADRE JURIDIQUE DÉVELOPPÉ PAR LA COUR SUPRÊME DU CANADA À L'OCCASION DE SON INTERPRÉTATION DU PARAGRAPHE 35(1)

Ce chapitre présentera les divers droits que reconnaît le paragraphe 35(1). Dans l'ordre, seront abordés les droits ancestraux, le titre ancestral ainsi que les droits issus de traités. Par la suite, nous ferons état de la mesure dans laquelle il est permis de porter atteinte à ces droits et traiterons des réparations qui peuvent être octroyées en cas de contravention à ces divers droits.

3.1. Les droits ancestraux

La première catégorie de droits mentionnés au paragraphe 35(1) que nous examinerons est désignée par le vocable de « droits ancestraux ». Nous décrirons, dans cette section, les conditions de leur reconnaissance.

Les droits ancestraux ont comme objectif principal de « reconnaître que les autochtones vivaient sur le territoire [canadien] en sociétés distinctives, possédant leurs propres cultures, pratiques et traditions, et de concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté »¹⁰⁴. Si l'objectif n'est pas toujours formulé en ces mots, il n'en demeure pas moins que le souci de concilier les modes de vie et traditions autochtones et occidentaux est récurrent à travers les jugements de la Cour suprême¹⁰⁵ s'intéressant aux droits ancestraux.

La reconnaissance des droits ancestraux permet à leurs bénéficiaires de pratiquer certaines activités, quoiqu'elles soient incompatibles avec des lois provinciales ou fédérales. Les pratiques qui peuvent constituer des droits ancestraux doivent être « partie[s] intégrante[s] de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit »¹⁰⁶. La Cour suprême du Canada a tenté de préciser cette définition en indiquant que l'activité dont l'exercice est protégé par le paragraphe 35(1) doit être « un élément fondamental et important de la culture distinctive de cette société [la société qui revendique le droit] »¹⁰⁷, ou encore être une pratique qui « faisait

¹⁰⁴ R. c. *Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 31 [ci-après : « *Van der Peet* »].

¹⁰⁵ Voir, notamment: *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 141 [ci-après : « *Delgamuukw* »]; R. c. *Sappier*; R. c. *Gray*, 2006 CSC 54, par. 22; *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, par. 12; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique* 2014 CSC 44, par. 1 [ci-après : « *Tsilhqot'in* »].

¹⁰⁶ *Van der Peet*, par. 46.

¹⁰⁷ *Id.*, par. 55.

de la société ce qu'elle était »¹⁰⁸. Sans être particulièrement éclairants, et bien que la Cour ait tenté de les préciser dans des décisions postérieures¹⁰⁹, ces passages démontrent le caractère fondamentalement culturel des activités qui peuvent être reconnues en tant que droits ancestraux. Peuvent donc être reconnues en tant que droits ancestraux des pratiques d'une importance centrale à la culture autochtone en question et qui démontrent sa spécificité culturelle.

La Cour, dans l'arrêt de principe en matière de définition des droits ancestraux, a précisé quels types d'activités démontraient cette spécificité. En effet, le juge en chef Lamer, dans ses motifs majoritaires de l'arrêt *Van der Peet*, élabore une série¹¹⁰ de facteurs qui doivent guider l'interprétation du critère de partie intégrante¹¹¹ et qui découlent de la définition des droits ancestraux comme gardiens de la spécificité culturelle autochtone.

D'abord, le fait que le paragraphe 35(1) soit fondé sur la présence de sociétés distinctes préexistantes lors de l'arrivée des Européens impose, aux yeux du juge en chef, que l'origine de la pratique qui est protégée par un droit ancestral puisse « être attribuée aux ancêtres de la collectivité autochtone en cause, qui vivaient avant le contact avec les Européens¹¹² ». La pratique peut s'être quelque peu modifiée depuis le contact avec les Européens, mais elle doit tout de même marquer « une continuité avec les coutumes, pratiques et traditions d'avant le

¹⁰⁸ *Van der Peet*, par. 55.

¹⁰⁹ Dans l'arrêt *R. c. Sappier; R. c. Gray*, (préc., note 105, par. 46) la Cour semblait avoir adopté une interprétation un peu plus souple de ce critère qu'elle ne l'avait fait dans l'arrêt *Van der Peet*, laissant entendre qu'il pouvait être interprété comme exigeant que la pratique en question soit liée au « mode de vie » du peuple autochtone en question avant le contact, sans nécessairement qu'elle soit « au cœur » de sa culture. Dans l'arrêt *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)* (préc., note 105, par. 53 et 54), la Cour suprême du Canada précise que les pratiques qui sont reconnues en tant que droits ancestraux peuvent avoir trait au mode de vie des peuples autochtones, mais qu'elles doivent tout de même refléter leur « culture distinctive » et avoir été pratiquées avant le contact.

¹¹⁰ *Van Der Peet*, par. 1-94. La présentation que fait le juge en chef de l'ensemble des considérations devant guider l'interprétation de la définition des droits ancestraux n'établit pas de démarche méthodique permettant de déterminer si une pratique est protégée par le paragraphe 35(1), ce qui explique sans doute que des magistrats ayant eu à se pencher sur la question aient plus tard tenté de la clarifier en élaborant des critères plus précis. Ainsi, dans l'arrêt *R. v. Perry*, [1998] 2 C. N. L. R. 79, par. 83, la Cour d'appel de l'Ontario voit onze facteurs pertinents à l'analyse. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, quant à elle, a conçu un test en cinq étapes : *R. v. Sappier*, 2004 NBCA 56, par. 24-29. Le juge Binnie, dans l'arrêt *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)* (préc., note 105, par. 46), suggère quant à lui une démarche en quatre étapes. Cette démarche en quatre étapes, toutefois, continue de donner des maux de tête aux tribunaux, comme l'illustre un passage d'une décision récente de la Cour suprême de la Colombie-Britannique soulignant que son application cause plusieurs problèmes en pratique : *Ahousaht Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2018 BCSC 633, par. 231.

¹¹¹ *Van der Peet*, par. 48-75.

¹¹² *Id.*, par. 62. Dans le cas d'une revendication d'une communauté métisse, la Cour suprême a statué que la période pertinente est l'affirmation de la « mainmise européenne sur le territoire » : *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, par. 38.

contact avec les Européens »¹¹³. Il est nécessaire que le droit revendiqué soit « manifestement lié à la pratique précontact et raisonnablement considéré comme le prolongement de cette pratique »¹¹⁴. Il est donc nécessaire que la collectivité autochtone demanderesse fasse la preuve que la pratique qui fonde le droit ancestral qu'elle revendique a des origines qui précèdent le contact avec les Européens.

Il est manifeste que l'évolution du moyen d'exercice du droit sera vue de manière plus favorable que celle de son objet¹¹⁵. Ainsi, il est possible de démontrer avoir échangé de la roque de hareng sur varech au moment du contact afin de fonder un droit ancestral d'échange de ce même produit à des fins commerciales¹¹⁶, et la reconnaissance d'un droit ancestral de chasser n'emporte pas l'interdiction de le pratiquer en ayant recours à une arme à feu. En revanche, une collectivité ne pourrait s'appuyer sur une pratique ancestrale qui consistait à échanger des objets ayant une signification spirituelle afin de fonder la reconnaissance constitutionnelle d'un droit de faire le commerce d'essence¹¹⁷, et une communauté qui démontre avoir échangé un type précis de poisson ne peut pour autant se voir reconnaître un droit de procéder au commerce de toutes les espèces de poissons¹¹⁸. Dans tous les cas, cette exigence fait en sorte que les communautés qui revendiquent des droits ancestraux ne peuvent ni revendiquer un droit qui représente un « résultat différent sur le plan qualitatif de l'activité précontact »¹¹⁹, ni en alléguer un qui conférerait à la pratique protégée un rôle « hors de proportion »¹²⁰ avec celle débutée avant le contact qui fonde la revendication.

De même, le fait que les droits du paragraphe 35(1) soient reconnus à des « peuples » fait en sorte que ces droits sont reconnus à des collectivités autochtones¹²¹. Ainsi, bien que les activités qui font l'objet du droit soient souvent pratiquées sur une base individuelle ou en petits

¹¹³ *Van der Peet*, par. 64.

¹¹⁴ *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, préc., note 105, par. 46.

¹¹⁵ *Id.*, par. 51.

¹¹⁶ *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 28.

¹¹⁷ *Rice c. Agence du revenu du Québec*, 2016 QCCA 666, par. 28-43.

¹¹⁸ *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, préc., note 105, par. 56.

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1112 [ci-après: « *Sparrow* »]. Ce caractère collectif des droits est également conforme à ce que le juge en chef Lamer a déclaré constituer la raison d'être de la doctrine des droits ancestraux, soit le fait que : « quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles » : *Van der Peet*, par. 30 (soulignement omis). Notons que cela vaut également pour les droits issus de traités, que nous aborderons à la section 3.3 : *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 CSC 26, par. 33.

groupes¹²², le droit sera attribué à l'ensemble d'une communauté¹²³. Toutefois, le droit ancestral pourra valablement être invoqué par un individu devant les tribunaux dans certains cas, notamment dans le cadre d'un procès criminel ou pénal¹²⁴ et lorsqu'il est habilité par la collectivité titulaire du droit à cette fin¹²⁵. S'agissant d'Indiens au sens de la *Loi sur les Indiens*¹²⁶, l'appartenance du membre à la communauté pour le compte de laquelle il revendique le droit est généralement tenue pour acquise, alors qu'un Métis devra démontrer qu'il peut invoquer un droit ancestral. Pour ce faire, cet individu devra d'abord démontrer qu'une « communauté métisse historique toujours vivante »¹²⁷ est titulaire d'un droit ancestral. Il devra ensuite faire valoir son appartenance à cette communauté. Le tribunal saisi examinera la preuve à cet égard selon trois facteurs principaux¹²⁸, soit l'auto-identification du demandeur à la communauté, les liens ancestraux du demandeur avec la communauté et l'acceptation par la communauté du demandeur comme membre. Ces communautés métisses peuvent également être représentées par des organisations¹²⁹, tout comme, dans des cas bien précis, les individus Métis¹³⁰.

Qui plus est, le fait d'exiger que le droit porte sur une activité précise voue les revendications trop générales à l'échec. En effet, les tribunaux procèdent eux-mêmes à la caractérisation du droit revendiqué¹³¹. Pour ce faire, ils doivent se fonder non pas sur la revendication des

¹²² *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, préc., note 121, par. 33. Pensons, à titre d'exemple, à la coupe de bois, à la chasse ou à la pêche, qui ne seront presque jamais pratiquées par l'ensemble des individus qui détiennent le droit ancestral. Ainsi, dans cet arrêt, la Cour indique qu'il pourrait être possible que, « lorsque les circonstances s'y prêtent, des membres d'une collectivité puissent être en mesure d'invoquer à titre individuel certains droits ancestraux ou issus de traités ».

¹²³ Notons que le droit peut également être revendiqué par une nation : *Tsilhqot'in*, ou par un regroupement de nations : *Ahousaht Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2009 BCSC 1494.

¹²⁴ Voir, par exemple : *R. c. Gladstone*, préc., note 116 ; *R. c. Sappier*; *R. c. Gray*, préc., note 105. Pour une discussion à ce sujet, consulter: Francesca ALLODI-ROSS, « Who Calls the Shots? Balancing Individual and Collective Interests in the Assertion of Aboriginal and Treaty Harvesting Rights », dans John BORROWS et Michael COYLE (dir.) *The Right Relationship. Reimagining the Implementation of Historical Treaties*, Toronto, University of Toronto Press, 2017, p. 149.

¹²⁵ *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, préc., note 121, par. 30.

¹²⁶ Préc., note 20.

¹²⁷ *R. c. Powley*, préc., note 112, par. 24. L'existence de la communauté métisse doit donc être enracinée dans l'histoire, mais il est nécessaire qu'elle subsiste encore aujourd'hui.

¹²⁸ *Id.*, par. 30-33.

¹²⁹ *Newfoundland and Labrador v. Labrador Métis Nation*, 2007 NLCA 75, par. 39.

¹³⁰ Ainsi, des descendants d'individus Métis auxquels le gouvernement avait promis d'octroyer des terres ont pu, dans le cadre d'une demande formulée « à titre collectif », être représentés par une organisation qui représentait les droits collectifs des Métis : *Manitoba Metis Federation c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, par. 44.

¹³¹ Voir, pour un exemple frappant : *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821. Les appelants, membres des nations de Shawanga et Eagle Lake, invoquaient un droit général à l'autonomie gouvernementale en défense à des accusations fondées sur une pratique non-conforme à la réglementation canadienne concernant les jeux de hasard. Le juge en chef Lamer a plutôt caractérisé leur revendication comme concernant la tenue de « jeux de hasard à gros enjeux ». La preuve de ce droit ancestral ayant échoué, les appelants ont été jugés coupables d'infractions criminelles.

justiciables, mais bien sur la pratique invoquée au soutien de la revendication ainsi que sur la mesure gouvernementale contestée¹³². Ainsi, un individu tentant d'être acquitté face à des accusations d'avoir illégalement pêché une petite quantité de poisson devra fort probablement faire la démonstration que la pêche à des fins de subsistance constitue une pratique dont les origines remontent à l'époque précoloniale et ne pourra, à titre d'exemple, revendiquer un droit d'exploiter les ressources halieutiques du territoire à quelque fin qui soit.

Le droit ancestral protège donc une activité qui représente un élément fondamental de la culture distinctive d'une communauté, d'une nation ou d'un regroupement de nations autochtones. Cette activité doit avoir été pratiquée avant le contact avec les Européens et il est nécessaire que cette pratique se soit perpétuée par la suite. Quoiqu'il soit attribué à l'ensemble de la communauté, il peut, dans certains cas, être invoqué par un membre de la communauté qui revendique le droit, ce qui pose parfois problème aux demandeurs Métis. Dans la prochaine section, nous verrons qu'un droit ancestral particulier, le titre ancestral, peut permettre à une communauté non seulement de s'adonner à des pratiques traditionnelles sur un territoire, mais également d'utiliser et de gérer le territoire de manière exclusive.

3.2. *Le titre ancestral*

Il existe également un type de droit ancestral qui, va au-delà de la protection d'une « pratique » au sens commun du terme. En effet, le titre ancestral, forme la plus complète de droit ancestral, confère à la communauté qui le détient l'occupation et l'utilisation exclusive du territoire assujetti au titre¹³³. Il s'agit d'un droit foncier qui grève le titre sous-jacent de la Couronne¹³⁴. Afin d'en bénéficier, une communauté doit démontrer une occupation du territoire en question qui satisfait à trois caractéristiques : « elle doit être suffisante, elle doit être continue (si l'occupation actuelle est invoquée) et elle doit être exclusive »¹³⁵. Contrairement aux autres droits ancestraux, dont les origines doivent remonter à une époque précédant le contact avec les Européens, la date charnière est ici celle de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne sur le territoire visé par le titre¹³⁶.

¹³² *Van der Peet*, par. 52-53. Dans une autre affaire, le juge en chef affirme qu'« il ne sert à rien d'établir que les appelants possèdent un droit ancestral si ce droit n'englobe pas l'activité concrète à laquelle ils s'adonnaient » : *R. c. Gladstone*, préc., note 116, par. 22.

¹³³ *Delgamuukw*, par. 117.

¹³⁴ *Id.*, par. 145.

¹³⁵ *Tsilhqot'in*, par. 25 [italiques omis].

¹³⁶ *Delgamuukw*, par. 145.

La suffisance de l'occupation doit être démontrée par la mise en preuve d'« actes d'occupation »¹³⁷, tels l'utilisation du territoire à des fins de subsistance ou l'érection d'habitations. La suffisance de ces actes s'apprécie selon le mode de vie et la conception de la notion « d'occupation » du groupe autochtone qui revendique le titre ainsi que selon la nature des terres qui font l'objet de la revendication¹³⁸, mais également en fonction du critère de common law de possession, qui exige une intention d'occuper la terre ou de la conserver pour les besoins de l'occupant¹³⁹.

La continuité, quant à elle, n'est exigée que lorsque l'occupation actuelle du territoire est invoquée par la communauté pour prouver son occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté de la Couronne¹⁴⁰. Ainsi, si le groupe autochtone qui revendique le titre ne peut produire une preuve d'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, il pourra démontrer que son occupation actuelle du territoire marque une continuité avec son occupation antérieure.

L'occupation doit également être exclusive. Au sens strict, cela exige que le groupe qui revendique le titre ait été, au moment de l'affirmation de la souveraineté, le seul à occuper les terres. La Cour voit le critère de l'occupation exclusive comme requérant la démonstration par la communauté revendicatrice « de l'intention et de la capacité de contrôler le territoire »¹⁴¹. Ce contrôle du territoire peut se manifester, à titre d'exemple, par l'exclusion des intrus ou par l'obtention par les tiers du consentement de la communauté qui détient le titre ancestral lorsqu'ils désirent accéder au territoire grevé du titre. Il est cependant nécessaire de tenir compte du point de vue des Autochtones quant à l'exclusivité de l'occupation, de sorte qu'une intrusion d'un tiers n'entraîne pas automatiquement l'échec de la revendication¹⁴².

¹³⁷ *Tsilhqot'in*, par. 38.

¹³⁸ *Id.* À titre d'exemple, on pourra « tenir compte de la taille, du mode de vie, des ressources matérielles et des habiletés technologiques du groupe concerné, ainsi que de la nature des terres revendiquées » : *Delgamuukw*, par. 149.

¹³⁹ *Id.*, par. 41.

¹⁴⁰ *Id.*, par. 46. Le titre ancestral s'étant, aux dires de la Cour suprême du Canada, « cristallisé » lors de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, il serait illogique d'exiger des peuples autochtones qu'ils prouvent une occupation qui précède le moment où la Couronne a acquis son titre sur les terres qui font l'objet du titre ancestral : *Delgamuukw*, par. 145.

¹⁴¹ *Id.*, par. 48.

¹⁴² *Tsilhqot'in*, par. 48.

Le titre ancestral est un droit foncier¹⁴³ qui confère un « droit au territoire lui-même »¹⁴⁴. Se greffe à ce droit foncier, tel un « parasite »¹⁴⁵, le droit d'exercer des activités qui ne constituent pas forcément des parties intégrantes de la culture de la communauté qui se voit reconnaître le titre. Ainsi, il serait permis de croire que le titre ancestral permet à la communauté autochtone qui le détient d'utiliser le territoire comme bon lui semble, la Cour suprême l'assimilant presque à un titre de propriété en fief simple¹⁴⁶.

Cependant, la Cour assujettit l'exercice des droits que confère le titre ancestral à une limite intrinsèque importante, soit celle de ne pas utiliser le territoire « d'une façon qui empêcherait les générations futures d'utiliser les terres et d'en jouir ».¹⁴⁷ Comme le titre est fondé sur l'usage antérieur des terres par une communauté, les terres qui en sont l'objet ne peuvent être utilisées « à des fins incompatibles avec la nature de l'occupation de ces terres et avec le rapport que le groupe concerné entretient avec celles-ci »¹⁴⁸. Cela implique, à titre d'exemple, que l'ouverture d'une mine à ciel ouvert sur un territoire de chasse ancestral pourrait être jugée incompatible avec cette limite¹⁴⁹. Comme nous le verrons, à cette limite s'ajoute le pouvoir reconnu à l'État de porter atteinte aux droits du paragraphe 35(1).

3.3. Les droits issus de traités

Les droits issus de traités sont la seconde catégorie de droits protégés par le paragraphe 35(1). Bien que leur objectif soit le même que celui des droits ancestraux, soit la réconciliation de la préexistence des sociétés autochtones et de la souveraineté de la Couronne¹⁵⁰, ils se distinguent de ceux-ci de par leurs sources. Alors que la reconnaissance des droits ancestraux est fondée sur la préexistence des sociétés autochtones¹⁵¹, les effets juridiques des droits issus de traités découlent du consentement exprimé par l'État et certaines communautés autochtones en vue de

¹⁴³ *Delgamuukw*, par. 111.

¹⁴⁴ *Id.*, par. 138.

¹⁴⁵ *Id.*, par. 111.

¹⁴⁶ *Tsilhqot'in*, par. 73. La Cour, toutefois, précise que le titre est un droit « sui generis », et qu'il se distingue de la propriété en fief simple en raison de la relation unique qui lie la Couronne et les peuples Autochtones : *Tsilhqot'in*, par. 72. Voir, également : Sam ADKINS, Bryn GRAY, Kimberly MACNAB et Gordon NETTLETON, « Calculating the Incalculable: Principles for Compensating Impacts to Aboriginal Title », (2016) 54 *Alta. L. Rev.* 351, 356.

¹⁴⁷ *Tsilhqot'in*, par. 74.

¹⁴⁸ *Delgamuukw*, par. 128.

¹⁴⁹ *Id.*

¹⁵⁰ *Beckman c. Première Nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, par. 10.

¹⁵¹ En ce qui concerne les sources des droits ancestraux, et les questions qu'elles peuvent soulever, consulter : Ghislain OTIS, « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones », (1999) 40:3 *C. de. D.* 591.

la conclusion d'ententes auxquelles les tribunaux ont donné le nom de traités¹⁵². Les circonstances de conclusion de ces ententes, de même que leur contenu, varient énormément¹⁵³. Nous exposerons maintenant certaines caractéristiques de ces traités, lesquelles varient selon la période à laquelle ils ont été conclus. Nous traiterons par la suite des conditions de leur validité ainsi que des directives guidant leur interprétation.

Il est possible de distinguer trois périodes¹⁵⁴ dans la conclusion de traités entre l'État canadien et les peuples autochtones qui occupaient le territoire sur lequel il exerce maintenant sa souveraineté.

Les premiers traités conclus entre l'État et les peuples autochtones, dits traités de paix et d'amitié¹⁵⁵, avaient comme objectif d'assurer la stabilité des relations entre les britanniques et les parties autochtones et de sceller des alliances militaires entre eux¹⁵⁶. À cette époque, les Européens avaient besoin de collaborer avec les peuples autochtones à des fins de survie en raison, entre autres, de leur faible population sur le territoire¹⁵⁷. Ces traités, conclus alors que les peuples autochtones étaient en position de force par rapport aux Européens, n'impliquaient

¹⁵² Dans *R. c. Badger*, [1996] 1 RCS 771, par. 76, le juge Cory écrit d'ailleurs : « Il ne fait pas de doute que les droits ancestraux et les droits issus de traités diffèrent, tant de par leur origine que de par leur structure. Les droits ancestraux tirent leur origine des coutumes et des traditions des peuples autochtones. Pour paraphraser les propos du juge Judson dans l'arrêt *Calder*, précité, à la p. 328, ils expriment le droit des peuples autochtones de continuer à vivre de la même façon que leurs ancêtres. Par ailleurs, les droits issus de traités sont inscrits dans des ententes officielles entre la Couronne et les peuples autochtones. Les traités sont comme des contrats, si ce n'est qu'ils ont un caractère public, très solennel et particulier. Ils créent des obligations exécutoires, fondées sur le consentement mutuel des parties. Il s'ensuit que la portée des droits issus de traités est fonction de leur libellé, lequel doit être interprété conformément aux principes énoncés par notre Cour. »

Au sud de la frontière, le juge en chef Marshall a conclu que le fait que ces ententes soient qualifiées de « traités » par les occidentaux implique qu'ils aient alors considéré les peuples autochtones comme des nations distinctes et souveraines au même titre que le font les autres traités internationaux : *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. 515, 569 (1832). Les tribunaux canadiens n'ont toutefois pas adopté le même raisonnement et ont refusé d'assimiler les traités conclus avec les peuples autochtones à des traités internationaux : J. LECLAIR et M. MORIN, préc., note 14, par. 76-77.

¹⁵³ Une référence incontournable en ce qui concerne la conclusion de traités sur le territoire canadien suite à l'arrivée des puissances européennes est l'ouvrage de James R. Miller : James R. MILLER, *Compact, Contract, Covenant. Aboriginal Treaty-Making in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2009. Notons également que certaines nations autochtones avaient pour pratique de conclure des accords qui s'apparentent à des traités entre elles ou avec des nations « non humaines », telles les nations animales : Leanne SIMPSON, « Looking after Gdoo-naaganinaa: Precolonial Nishnaabeg Diplomatic and Treaty Relationships. » (2008) 23:2 *Wicazo Sa Review* 29.

¹⁵⁴ Voir : J. LECLAIR et M. MORIN, préc., note 14, par. 71-74; Julie JAI, « Bargains Made in Bad Times », dans John BORROWS et Michael COYLE (dir.), *The Right Relationship. Reimagining the Implementation of Historical Treaties*, Toronto, University of Toronto Press, 2017, p. 105. Il serait certes possible de diviser la conclusion de traités en périodes plus spécifiques, mais cela n'est pas nécessaire pour nos fins, soit de relater de manière sommaire les diverses phases de la conclusion des traités au Canada.

¹⁵⁵ *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456.

¹⁵⁶ *Id.*, par. 92 (J. McLachlin, dissidente, mais pas sur ce point).

¹⁵⁷ J. JAI, préc., note 154, à la page 109.

pas de cession du territoire des peuples autochtones signataires et leur permettaient de continuer à pratiquer des activités traditionnelles sur le territoire¹⁵⁸.

De tels traités furent conclus par les autorités britanniques¹⁵⁹ jusqu'à ce que leur mainmise sur le territoire qui constitue aujourd'hui le Canada soit raffermie. En effet, suite à la victoire de la Grande-Bretagne aux dépens des États-Unis lors de la guerre de 1812 et l'augmentation de la population de colons en provenance de l'Europe, les autorités britanniques étaient moins disposées à conclure des alliances avec les peuples autochtones canadiens¹⁶⁰. La conclusion de traités, pour l'essentiel¹⁶¹, a donc été interrompue. Cependant, suite à l'avènement de la Confédération du Canada, en 1867, les peuples autochtones étaient devenus des obstacles au développement de l'Ouest de la nouvelle fédération. Dès lors, l'objectif des gouvernements est devenu d'acquérir le territoire afin d'assouvir leur soif de développement économique¹⁶². Les traités conclus à cette époque prévoyaient donc des cessions d'immenses¹⁶³ pans de territoire, en échange de réserves exiguës et du droit pour les signataires de pratiquer certaines activités traditionnelles sur les terres de la Couronne. Les traités conclus à cette époque sont souvent désignés par un numéro¹⁶⁴.

¹⁵⁸ J. JAI, préc., note 154, aux pages 119-120.

¹⁵⁹ Avant la Conquête, la France a également conclu des traités avec les peuples autochtones qui occupaient la Nouvelle-France : Michel MORIN, « “Manger avec le même micoine à la même gamelle” : à propos des traités conclus avec les Amérindiens au Québec, 1665-1760 », (2003) 33 :1 *R. G. D.* 93.

¹⁶⁰ J. JAI, préc., note 154, à la page 122. De plus, un flux d'immigration en provenance de l'Europe a eu pour effet d'affaiblir le poids démographique de la population autochtones.

¹⁶¹ Les autorités britanniques ont tout de même conclu quelques traités avec plusieurs nations autochtones de l'Ontario suite à la Guerre de 1812 afin d'être en mesure d'offrir des terres aux nouveaux colons ainsi qu'à leurs alliés américains expatriés. Deux traités ont également été conclus au nord des Lacs Huron et Supérieur afin de favoriser l'exploitation minière : J. R. MILLER, préc., note 153, p. 93-122. En Colombie-Britannique, James Douglas, gouverneur de la colonie de l'île de Vancouver, a conclu 14 ententes verbales avec des nations autochtones entre 1850 et 1854. Ces ententes ont été écrites par la suite. Les tribunaux les ont reconnues en tant que traités au sens du paragraphe 35(1). Pour une description du contexte menant à leur conclusion, voir : *R. c. Morris*, 2006 CSC 59, par. 19 et les décisions citées, tout particulièrement *R. v. White and Bob*, [1964] 50 D. L. R. 613, 617-618.

¹⁶² *R. c. Badger*, préc., note 152, par. 39; J. JAI, préc., note 154, à la page 123.

¹⁶³ Il suffit de lire le passage suivant, rédigé par le juge Binnie relativement au Traité n° 8, pour saisir l'importance des étendues de territoire qui pouvaient être ainsi cédées : « [l]a superficie [du territoire cédé aux termes du Traité n° 8] est de très loin supérieure à celle de la France (543 998 kilomètres carrés), elle excède celle du Manitoba (650 087 kilomètres carrés), de la Saskatchewan (651 900 kilomètres carrés) et de l'Alberta (661 185 kilomètres carrés), et elle équivaut presque à celle de la Colombie-Britannique (948 596 kilomètres carrés). » (*Première Nation Crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine Canadien)*, 2005 CSC 69, par. 2).

¹⁶⁴ Il est important de noter que, pour certains signataires autochtones des traités numérotés, ceux-ci n'impliquaient pas de cession du territoire : Arthur J. RAY, *Telling it to the Judge. Taking Native History to Court*, Montréal, McGill/Queen's University Press, 2012, p. 67; Sharon VENNE, « Treaties Made in Good Faith », dans Paul DEPASQUALE (dir.), *Natives & Settlers. Now & Then. Historical Issues and Current Perspectives on Treaties and Land Claims in Canada*, Edmonton, University of Alberta Press, 2007, p. 1, à la page 2.

Cette phase de conclusion de traités s'est poursuivie jusqu'en 1921, date où l'État a lancé une politique visant à intégrer les Autochtones au sein de la société canadienne et à gommer toute spécificité autochtone¹⁶⁵. Ainsi, entre 1927 et 1951, les revendications territoriales autochtones ont été interdites par la loi¹⁶⁶. Les choses allaient toutefois changer lorsque la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'affaire *Calder*¹⁶⁷. Les Nisga'a, une nation autochtone dont les territoires ancestraux sont situés au nord-ouest de la Colombie-Britannique, avaient intenté une action déclaratoire visant à faire reconnaître qu'ils bénéficiaient d'un titre ancestral qui n'avait jamais été éteint par l'État canadien. Le banc de sept juges de la Cour a refusé de reconnaître que les Nisga'a détenaient toujours ce titre, mais six d'entre eux, dans deux jugements séparés, ont reconnu que de tels titres pouvaient subsister au Canada¹⁶⁸. Suite à cette décision, l'État canadien a développé un programme visant à négocier les éventuelles revendications de tels titres¹⁶⁹.

Les accords qui ont découlé de la mise en œuvre de ce programme sont nommés « traités modernes ». Ces traités impliquent tous une renonciation au titre et aux droits ancestraux potentiels sur le territoire faisant l'objet du traité, renonciation qui peut toutefois prendre plusieurs formes¹⁷⁰. En échange de cette renonciation, les peuples autochtones se voient accorder des droits territoriaux à géométrie variable ainsi que divers pouvoirs sur une vaste gamme de sujets, tels l'environnement, l'éducation ou l'administration de la justice.

¹⁶⁵ Au cours de cette période, le gouvernement fédéral a notamment interdit la tenue de cérémonies traditionnelles, légiféré de manière à faire en sorte que les Indiens qui obtenaient un diplôme universitaire perdent leur statut, déplacé quantités de nations, parfois dans des environnements où il leur était impossible de survivre, et mis en place le tristement célèbre système des écoles résidentielles. Au sujet du traitement déplorable réservé aux peuples autochtones du Canada au cours de cette période, voir : COMMISSION VERITE ET RECONCILIATION DU CANADA, *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir. Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, 2015, en ligne : <http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/French_Exec_Summary_web_revised.pdf>, p. 57-73.

¹⁶⁶ *Loi concernant les Indiens*, S.R.C. 1927, c. 98, art. 141, abrogé par la *Loi concernant les Indiens*, L.C. 1951, c. 29, par. 123(1).

¹⁶⁷ *Calder c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1973] R.C.S. 313.

¹⁶⁸ *Id.*, 328 (j. Judson), 375 (j. Hall). Pour le juge Judson, le titre ancestral des Nisga'a, s'il avait déjà existé, était éteint. Le juge Hall aurait accueilli l'appel et reconnu le droit des Nisga'a de posséder les terres. En raison des motifs du juge Judson et de ceux du juge Pigeon, qui a tranché le pourvoi en invoquant un vice de procédure fatal à la demande des Nisga'a, les demandeurs n'ont pas obtenu de déclaration leur reconnaissant le bénéfice d'un titre ancestral.

¹⁶⁹ Douglas R. EYFORD, *Une nouvelle orientation : Faire avancer les droits ancestraux et issus de traités des Autochtones, Rapport au Ministère des Affaires Autochtones et du Développement du Nord du Canada*, Ministère des Affaires Autochtones et du Développement du Nord du Canada, www.aadnc-aandc.gc.ca, 2015, en ligne, <<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1426169199009/1426169236218>>, p. 17.

¹⁷⁰ Christopher ALCANTARA, « Old Wine in New Bottles? Instrumental Policy Learning and the Evolution of the Certainty Provision in Comprehensive Land Claims Agreements », (2009) 3:3 *Canadian Public Policy* 326.

Malgré l'évolution du contenu et des objectifs des traités, les tribunaux ont soutenu qu'ils ont tous les mêmes conditions de validité. La Cour suprême a spécifié que « ce qui caractérise un traité, c'est l'intention de créer des obligations, la présence d'obligations mutuellement exécutoires et d'un certain élément de solennité »¹⁷¹. Cette affirmation implique, en fait, que les parties aient l'intention de créer des obligations mutuellement exécutoires¹⁷². De nos jours, les traités sont conclus au terme de longs processus de négociation, et leur validité n'est pas mise en doute par les parties impliquées¹⁷³. De même, les traités numérotés bénéficient du statut constitutionnel conféré par le paragraphe 35(1)¹⁷⁴. Dans ces deux cas, nous le verrons, les litiges concernent plutôt la portée des droits et obligations des parties. Toutefois, la validité de certains traités conclus avant les traités numérotés a parfois été contestée.

À titre préliminaire, un traité doit avoir été conclu par des parties qui en avaient la capacité¹⁷⁵. Il est donc nécessaire qu'un représentant de la Couronne, habilité à ce faire et ayant raisonnablement été perçu comme tel par la communauté autochtone partie au traité, ait négocié avec des représentants de cette communauté¹⁷⁶. Cette exigence, en ce qui a trait aux traités conclus après 1867, ne pose plus problème, mais a déjà été invoquée pour contester la validité d'un traité¹⁷⁷.

L'exigence de l'intention de créer des obligations mutuellement exécutoires, quant à elle, requiert que les parties impliquées retirent toutes deux des bénéfices du traité. Nous l'avons mentionné plus haut, les traités ont pour objet de fixer, le plus souvent par écrit¹⁷⁸, les droits et obligations relatifs à l'usage d'un territoire. Dans leur facture rudimentaire, certains traités anciens accordent des droits de chasse ou de pêche à des peuples qualifiés de « Sauvages »¹⁷⁹,

¹⁷¹ *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, 1044.

¹⁷² En effet, « l'élément de solennité » exigé n'a, de fait, « pas une importance cruciale » : *Id.*, 1060.

¹⁷³ Il arrive toutefois que des nations exclues des pourparlers contestent la validité des négociations menant à de tels traités, invoquant le fait qu'elles n'ont pas été consultées. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *Huron-Wendat Nation of Wendake c. Canada (Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development)* 2014 CF 1154

¹⁷⁴ À notre connaissance, leur validité n'a jamais été contestée devant les tribunaux. La Cour suprême a souvent rendu des jugements impliquant des traités numérotés sans se pencher sur leur validité : *R. c. Badger*, préc., note 152; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393; *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48.

¹⁷⁵ *R. c. Sioui*, préc., note 171, 1037.

¹⁷⁶ *Id.*, cité avec approbation dans *Conseil de la bande dénée de Ross River c. Canada*, 2002 CSC 54, par. 64.

¹⁷⁷ *Id.*, 1037-1042.

¹⁷⁸ Un traité peut également être conçu comme un symbole ou une entente verbale : James (Sakej) YOUNGBLOOD HENDERSON, *Treaty Rights in the Constitution of Canada*, Toronto, Thomson Carswell, 2007, p. 26. Toutefois, à notre connaissance, les traités reconnus par les tribunaux sont tous des documents écrits.

¹⁷⁹ Voir, par exemple, le texte du Traité de 1752, cité dans *R. c. Marshall*, préc., note 155, par. 15, ou le libellé du Traité n° 8, cité dans *R. c. Badger*, préc., note 152, par. 31.

alors que les traités modernes sont des écrits de plusieurs centaines de pages qui élaborent des procédures complexes de gestion de plusieurs types d'activités. Si, à certains égards, l'interprétation des effets juridiques conférés aux traités fait en sorte que ceux-ci semblent parfois constituer davantage des actes unilatéraux¹⁸⁰ que bilatéraux, il n'en demeure pas moins que les traités restreignent les activités que peut pratiquer la Couronne sur son territoire. Il est nécessaire que cette intention de la Couronne de restreindre les pouvoirs dont elle jouit sur le territoire dont elle s'arroge la propriété transparaît du texte du traité.

Bref, afin d'être considérée comme un traité, une entente imposant des obligations mutuellement exécutoires doit être conclue entre des parties en ayant la capacité à titre de représentants de la Couronne et des Autochtones.

Si la validité des traités fait l'objet de peu de litiges, il en va tout autrement de leur interprétation, qui, au contraire, fait l'objet d'une abondante jurisprudence. En effet, la conclusion de traités est un procédé dont les débuts remontent au début du 18^e siècle, et il est souvent ardu de déterminer avec précision ce qu'avaient en tête les rédacteurs des ententes près de 300 ans plus tard. De surcroît, les textes de ces traités plus anciens reflètent parfois de manière imparfaite l'intention commune des parties¹⁸¹, problème qui se présente également dans l'interprétation des traités numérotés¹⁸². Les tribunaux ont donc élaboré un cadre d'interprétation ayant comme objectif d'identifier l'intention commune des parties au moment de la conclusion du traité¹⁸³ de façon à remédier à ces dissonances.

Compte tenu de toutes les particularités des traités¹⁸⁴, cette démarche comprend certaines spécificités¹⁸⁵. Notons que les tribunaux accordent une grande importance aux déclarations orales faites par les parties lors de la conclusion du traité, prenant acte du fait que le texte du

¹⁸⁰ Une auteure dénonce de manière frappante l'absence de mutualité dans l'exécution conforme des obligations découlant d'un traité numéroté : S. VENNE, préc., note 164, aux pages 5-7.

¹⁸¹ Voir, à titre d'exemple : R. c. *Sioui*, préc., note 171, 1068.

¹⁸² Voir, à titre d'exemple : R. c. *Badger*, préc., note 152, par. 53-54.

¹⁸³ Cet objectif est particulièrement évident dans l'arrêt R. c. *Marshall*, préc., note 155. Cette obsession des tribunaux pour la recherche de l'intention commune des parties au moment de la conclusion des traités ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine. Une auteure affirme ainsi qu'une telle démarche méconnaît les circonstances historiques de la conclusion des traités, : Janna PROMISLOW, « Treaties in History and Law » (2014) 47 *U. B. C. L. R.* 1085.

¹⁸⁴ L'expression *sui generis* est souvent utilisée par les tribunaux pour décrire les traités conclus avec les Autochtones : *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S., 387, 404 ; R. c. *Badger*, préc., note 152, par. 78.

¹⁸⁵ R. c. *Marshall*, préc., note 155, par. 78, cité dans J. LECLAIR et M. MORIN, préc., note 14, par. 85. Nous ne présentons pas toutes les directives de la juge McLachlin, mais notons les principales.

traité ne les traduit pas toujours fidèlement¹⁸⁶. C'est ce qui explique que l'histoire orale des peuples autochtones soit un facteur pertinent afin d'établir l'intention qu'avaient les parties au traité au moment de sa conclusion¹⁸⁷. Également, si le traité est résolument ambigu, il devra être interprété de manière favorable aux peuples autochtones¹⁸⁸. En un mot, les traités doivent être interprétés de manière téléologique.

Ces principes interprétatifs visent, à notre avis, à remédier aux incohérences entre la lettre et l'esprit de certains traités. En effet, les traités numérotés ont été signés, dans la perspective des autorités britanniques, afin de s'approprier pleinement le vaste territoire qu'elles venaient d'acquérir. Dans la perspective des peuples autochtones impliqués, ces traités avaient plutôt pour objet le partage du territoire avec les Britanniques, et non de leur permettre d'y exercer leur pleine souveraineté¹⁸⁹. Comme cette incohérence entre la lettre et l'esprit des traités historiques fonde l'approche prudente et libérale adoptée par la Cour suprême en ce qui a trait à leur interprétation, il est logique que les tribunaux s'en éloignent en privilégiant une approche accordant davantage d'importance au texte du traité aux fins d'interprétation des traités dits « modernes », dont le texte est méticuleusement rédigé¹⁹⁰.

Bref, la portée des droits issus de traités est déterminée en fonction de l'interprétation que font les tribunaux du texte et des circonstances entourant la conclusion de l'entente. On remarque toutefois que l'interprétation des traités modernes, négociés avec l'aide de conseillers juridiques, tend à se fonder davantage sur le texte de l'entente, alors que l'interprétation des traités numérotés ainsi que des traités conclus avant la Confédération, dont les libellés sont généralement flous¹⁹¹, fait davantage appel à des preuves extrinsèques.

Nous avons tenté, jusqu'à présent, de présenter brièvement les principaux critères auxquels une communauté doit satisfaire afin de se voir reconnaître un droit protégé par le paragraphe 35(1) ainsi que les effets juridiques de cette reconnaissance. Nous verrons toutefois dans la prochaine

¹⁸⁶ *R. c. Marshall*, préc., note 155, par. 12.

¹⁸⁷ *R. c. Badger*, préc., note 152, par. 54.

¹⁸⁸ *Id.*, par. 41.

¹⁸⁹ S. VENNE, préc., note 164.

¹⁹⁰ Ainsi, la Cour suprême a invoqué le processus menant à ces accords afin de justifier une interprétation du traité qui soit davantage conforme à son texte : *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, par. 7 ; *Beckman c. Première Nation de Little Salmon/Carmacks*, préc., note 150, par. 9. Cette manière d'interpréter les traités modernes est également prônée par Julie Jai : « The Interpretation of Modern Treaties and the Honour of the Crown: Why Modern Treaties Deserve Judicial Deference », (2009), 26 *Nat'l J. Const. L.* 25.

¹⁹¹ Voir, par exemple, les traités en cause dans le cadre des affaires *R. c. Marshall*, préc., note 155, et *R. c. Sioui*, préc., note 171.

section que le bouclier du paragraphe 35(1) est fissuré par le test justificatif développé par les tribunaux, qui permet aux deux ordres de gouvernement de porter atteinte à ces droits¹⁹².

3.4. *Le test justificatif*

Prenant acte du rôle qui lui revenait de préciser la portée des droits ancestraux et issus de traités suite à leur enchâssement constitutionnel, la Cour suprême du Canada, avant même de les définir, s'est empressée de préciser qu'ils n'étaient pas absolus¹⁹³. Nous examinerons, dans la prochaine section, la manière dont l'État peut limiter les droits reconnus par le paragraphe 35(1). Nous verrons également que la protection offerte par cette disposition s'étend également aux droits qui ne sont qu'allégués, mais que ceux-ci peuvent être raisonnablement limités à leur tour par l'État.

3.4.1. *L'obligation de fiduciaire*

Lorsqu'il porte atteinte à des droits reconnus, l'État doit satisfaire à un test qui comporte deux critères¹⁹⁴. Avant que ne soit étudiée la conformité d'une action étatique à ce test, il doit cependant être démontré que la mesure contestée porte bel et bien atteinte à un droit ancestral reconnu¹⁹⁵. Pour ce faire, il importe d'abord de bien circonscrire la portée du droit en question, selon les paramètres exposés précédemment. La communauté affectée aura le fardeau de démontrer que l'État porte atteinte à son droit¹⁹⁶. Si la mesure est jugée déraisonnable ou indûment rigoureuse, ou encore, si elle a pour effet de priver la communauté autochtone affectée

¹⁹² Le pouvoir qu'ont les provinces, dans leurs domaines de compétence, de porter atteinte aux droits protégés par le paragraphe 35(1) a suscité une controverse qui nous semble réglée par les arrêts *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, préc., note 174, par. 53 (en ce qui concerne les droits issus de traités) et *Tsilhqot'in*, par. 140-142 (pour ce qui est des droits ancestraux). Ces deux arrêts ont renversé la jurisprudence selon laquelle seul le gouvernement fédéral était en mesure de porter atteinte aux droits protégés par le paragraphe 35(1), puisque ceux-ci se trouvaient au cœur de la compétence exclusive qui lui est attribuée par le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (30 & 31 Vict., c. 3, 1867, (R-U)) en ce qui concerne les « Indiens et les terres réservées aux Indiens ». À ce sujet, voir : Kerry WILKINS, « Life Among the Ruins : Section 91(24) After *Tsilhqot'in* and *Grassy Narrows* », (2017) 55:1 *Alta. L. Rev.* 91.

¹⁹³ *Sparrow*, 1109. Dans cet arrêt, la Cour, sans définir les pratiques qui peuvent fonder un droit ancestral, précise pour la première fois les conditions dans lesquelles il est permis d'y porter atteinte.

¹⁹⁴ Ces deux critères ont été décrits dans l'arrêt *Sparrow*, 1113-1114, en ce qui concerne les droits ancestraux, puis repris dans le cas des droits issus de traités dans l'arrêt *R. c. Badger*, préc., note 152, par. 96. En ce qui concerne le titre ancestral, les critères demeurent les mêmes, mais, nous le verrons, sont interprétés de manière à permettre davantage d'atteintes en raison de la large portée du droit : *Delgamuukw*, par. 165; *Tsilhqot'in*, par. 77.

¹⁹⁵ *Sparrow*, 1111.

¹⁹⁶ *Id.*, 1112.

de son moyen préféré d'exercer son droit¹⁹⁷, ce critère sera satisfait. L'atteinte doit toutefois être substantielle, et un règlement imposant le paiement de droits d'utilisation¹⁹⁸ ou l'obtention d'un permis en vue d'exercer le droit¹⁹⁹ pourra ne pas être considéré comme portant atteinte à un droit. La mesure doit causer « plus qu'un inconfort »²⁰⁰. Une fois l'atteinte démontrée, la Couronne a la possibilité de tenter de justifier la mesure prise. À ces fins, celle-ci doit respecter deux exigences.

Le premier critère du test justificatif exige que la mesure envisagée serve un objectif impérieux et réel²⁰¹. Ce critère reçoit une interprétation large, fondée sur le repositionnement des communautés autochtones comme composantes à part entière de l'État canadien²⁰², qui englobe, à titre d'exemple, la gestion des ressources naturelles²⁰³, mais également l'équité sur le plan économique²⁰⁴. Les tribunaux ont toutefois modulé l'étendue des objectifs qui permettent à la Couronne de porter atteinte à un droit selon la nature de ce droit. Ainsi, un droit ayant un aspect commercial pourra faire l'objet d'atteintes qui visent à satisfaire des objectifs larges et concernant l'ensemble de la population canadienne²⁰⁵, alors que l'analyse s'effectuera dans un cadre plus restreint dans le cas de droits qui ne peuvent être exercés qu'à des fins de subsistance²⁰⁶. Dans le cadre d'un titre ancestral, la gamme des objectifs valables sera vaste, incluant notamment l'exploitation des ressources naturelles²⁰⁷.

¹⁹⁷ *Sparrow*, 1112. Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, il a été déterminé que l'obtention d'un permis pour pêcher à des fins de subsistance constituait une mesure qui était indûment rigoureuse et prohibitive et qu'elle portait atteinte au droit ancestral de l'appelant.

¹⁹⁸ *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 78.

¹⁹⁹ *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, par. 91-92.

²⁰⁰ *Id.*, par. 100.

²⁰¹ *Sparrow*, 1113.

²⁰² *R. c. Gladstone*, préc., note 116, par. 73, cité avec approbation dans *Delgamuukw*, par. 165. Il est frappant de constater que les tribunaux mettent l'accent sur la spécificité culturelle des peuples autochtones lorsqu'il s'agit de déterminer les activités qui peuvent bénéficier de la protection du paragraphe 35(1), mais insistent sur leur inclusion dans la société canadienne dès lors que vient le temps de justifier les atteintes portées à ces droits. Il semblerait plutôt logique que des droits auxquels il est permis de porter atteinte afin de servir des objectifs favorisant le bien-être de l'ensemble de la société canadienne moderne soient définis en se fondant sur une conception des peuples autochtones qui prend acte de la modernisation des sociétés autochtones suite au contact, et non sur une conception de leur identité figée à l'époque précédant le contact avec les Européens.

²⁰³ *Sparrow*, 1113.

²⁰⁴ *R. c. Gladstone*, préc., note 116, par. 75.

²⁰⁵ *R. c. Gladstone*, préc., note 116, cité avec approbation dans *R. c. Adams*, préc., note 197, par. 56-58 et dans *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, par. 42; *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, préc., note 105, par. 46.

²⁰⁶ Ainsi, une mesure ayant pour objectif de favoriser la pêche sportive n'a pas été considérée comme satisfaisant à ce critère du test justificatif : *R. c. Adams*, préc., note 197.

²⁰⁷ *Delgamuukw*, par. 165, cité avec approbation dans *Tsilhqot'in*, par. 83. Nous reviendrons sur cet énoncé.

S'il est jugé que la mesure législative attentatoire répond à un objectif urgent et réel, la Couronne devra démontrer qu'elle agit de manière compatible avec l'obligation de fiduciaire qu'elle a envers les peuples autochtones et ce, malgré l'atteinte qu'elle porte aux droits protégés par le paragraphe 35(1)²⁰⁸.

Cette obligation fait l'objet d'une jurisprudence riche et complexe. La Cour suprême, dans l'arrêt *Guerin*²⁰⁹, a affirmé qu'elle prenait sa source dans les rapports historiques particuliers qui unissent l'État canadien et les peuples autochtones. Juridiquement, elle est l'une des manifestations du principe de l'honneur de la Couronne²¹⁰, consacré dans la jurisprudence par l'arrêt *Sparrow*²¹¹. L'honneur de la Couronne exige de celle-ci, lorsqu'elle exerce des pouvoirs discrétionnaires à l'égard d'un « intérêt autochtone particulier »²¹², qu'elle agisse conformément à une obligation de fiduciaire. Les restrictions que cette obligation imposera à l'action étatique varieront selon la nature de l'intérêt à protéger²¹³.

Dans le cadre d'une atteinte à un droit protégé par le paragraphe 35(1) et dont l'existence a été démontrée, l'obligation de fiduciaire sera appréciée, tout comme la validité de l'objectif poursuivi par le législateur, à l'aune de la portée du droit. Ainsi, dans le cas d'un droit qui ne serait accordé ou reconnu qu'à des fins de subsistance, l'obligation de fiduciaire de l'État exigerait de lui qu'il accorde une priorité à la communauté qui jouit du droit s'il réglerait l'accès à la ressource²¹⁴. Dans certaines circonstances – par exemple, en cas de pénurie de la ressource – cette priorité pourrait même impliquer que la communauté ait un droit exclusif²¹⁵.

²⁰⁸ *Sparrow*, 1114.

²⁰⁹ *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, 383-384.

²¹⁰ *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 130, par. 73. Voir, également, Jamie D. DICKSON, *The Honour and Dishonour of the Crown. Making Sense of Aboriginal Law in Canada*, Saskatoon, Purich Publishing, 2015.

²¹¹ La première mention du principe dans un jugement de la Cour suprême du Canada se trouve à la page 1114 de cet arrêt. Toutefois, le principe a d'abord été pensé en Grande-Bretagne, où il servait de protection aux citoyens contre un exercice des prérogatives royales contraire à des intérêts privés : J. D. DICKSON, préc., note 210, p. 27-37.

²¹² *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 130, par. 51. La notion d'« intérêt autochtone particulier » englobe des intérêts dépassant le cadre des droits protégés par le paragraphe 35(1), tel l'intérêt d'une bande qui a cédé une partie de sa réserve à l'État afin de conclure un bail avec un tiers : *Guerin c. La Reine*, préc., note 209. L'obligation de fiduciaire n'impose toutefois pas « une responsabilité totale à l'égard de tous les aspects des rapports entre la Couronne et les bandes indiennes » : *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, par. 81, mais se limite aux cas où l'intérêt en question a un niveau de spécificité suffisant. L'intérêt en question doit de plus être propre à la collectivité autochtone, et non un intérêt individuel : *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 130, par. 56.

²¹³ *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, préc., note 212, par. 86; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 130, par. 49.

²¹⁴ *Sparrow*, 1119.

²¹⁵ *Id.*, 1116.

En revanche, dans le cas d'un droit ne comportant pas de limites intrinsèques, tel celui de faire le commerce d'une denrée quelconque, la priorité accordée à la communauté ne saurait lui conférer un droit exclusif²¹⁶. Plutôt, l'obligation de fiduciaire n'exige qu'une intervention raisonnable de l'État, examinée au cas par cas par les tribunaux²¹⁷. La consultation ayant eu lieu entre la communauté affectée par l'atteinte et l'État sera également prise en compte à l'étape de la justification²¹⁸.

Ce test, avec les années, tend à se rapprocher de celui de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*²¹⁹, qui permet d'évaluer le caractère justifié d'atteintes portées à des droits fondamentaux. Ainsi, la Cour suprême a ajouté le critère de l'atteinte minimale au test justificatif en matière de droits protégés par le paragraphe 35(1)²²⁰. Dans un autre arrêt, le cadre d'analyse de la cour d'appel de la Colombie-Britannique est presque identique à celui généralement utilisé par les tribunaux dans le cadre de la justification d'atteintes à des droits protégés par la Charte²²¹, examinant également la proportionnalité des effets négatifs de l'atteinte au regard des bénéfices qu'elle procure au gouvernement²²². Il est donc possible de soutenir que le test justificatif est le même pour les atteintes portées à tous les droits ancestraux, mais que son interprétation varie en fonction de la portée du droit auquel il est porté atteinte²²³. Une telle approche permet de comprendre les considérations qui ont pu guider le plus haut tribunal du pays lorsqu'il a précisé de quelle manière s'appliquait l'obligation de fiduciaire dans le cas où une atteinte serait portée à un titre ancestral.

²¹⁶ *R. c. Gladstone*, préc., note 116, par. 62.

²¹⁷ *Id.*, par. 63. Voir, également : *R. c. Nikal*, préc., note 199, par. 110. Un tribunal a récemment exprimé avec davantage de détails les exigences de l'obligation de fiduciaire dans le cadre de la justification d'une atteinte portée à un droit commercial. Ainsi, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a affirmé qu'il était nécessaire de prendre en compte la validité de l'objectif législatif, le respect de l'honneur de la Couronne, le caractère minimal de l'atteinte, l'attribution d'une priorité au groupe qui détient le droit et la consultation préalable à l'atteinte : *Ahousaht Indian Band v. Canada (Attorney General)*, préc., note 110, par. 763.

²¹⁸ *Sparrow*, 1119; *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, 1999 BCCA 470, par. 146, 167; *Ahousaht Indian Band and Nation v. Canada (Attorney General)*, préc., note 110, par. 763.

²¹⁹ Partie I de la *Loi Constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, c. 11 (R. -U.) (ci-après : « Charte »). La présentation classique du test justificatif applicable dans le cas d'atteintes à des droits protégés par la Charte se trouve dans une décision qu'a rendue la Cour suprême du Canada en 1986 : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 138-139. Compte tenu du fait que le constituant a choisi d'exclure le paragraphe 35(1) de la Charte et de l'enchâsser dans une autre partie de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le bienfondé de ce rapprochement opéré par la Cour suprême du Canada est discutable.

²²⁰ *R. c. Nikal*, préc., note 199, par. 110.

²²¹ *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, préc., note 218, par. 145-157.

²²² En revanche, un jugement récent de la Cour suprême de la Colombie-Britannique n'examine pas la proportionnalité des effets de la mesure gouvernementale : *Ahousaht Indian Band v. Canada (Attorney General)*, préc., note 110, par. 763.

²²³ Maxime SAINT-HILAIRE, « *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique* : bonne décision, mauvaises raisons », (2014) 44 *R. G. D.* 445, 468-470.

En effet, la Cour a affirmé de manière explicite que l'obligation de fiduciaire exige le respect d'un test de proportionnalité en tout point semblable à celui qui régit les atteintes aux droits et libertés protégés par la Charte. Ainsi, l'État devra démontrer que la mesure a un lien rationnel avec l'objectif poursuivi, qu'il porte une atteinte minimale au titre et qu'il existe un certain équilibre entre les effets bénéfiques pour l'ensemble de la population et les effets néfastes pour les bénéficiaires du titres²²⁴. Toutefois, la jurisprudence a reconnu la particularité du titre ancestral en imposant explicitement à la Couronne une restriction spécifique dans le cadre de l'analyse relative à son obligation de fiduciaire lorsqu'elle y porte atteinte. Ainsi, en raison de son obligation de fiduciaire, les agissements de la Couronne sont frappés de la même limite inhérente que ceux de la communauté autochtone détenant le titre, c'est-à-dire qu'elle ne peut utiliser le territoire d'une manière qui aurait pour effet de priver les générations futures des bénéfices du titre²²⁵.

Bref, lorsqu'une communauté (ou un de ses membres) démontre que l'État porte atteinte à un droit qui lui a été reconnu en vertu du paragraphe 35 (1), celui-ci a le fardeau de démontrer que l'atteinte sert un objectif réel et impérieux et qu'elle est effectuée de manière compatible avec son obligation de fiduciaire.

3.4.2. *L'obligation de consulter*

Toutefois, la preuve des droits protégés par le paragraphe 35(1), de même que la négociation de traités, impliquent de longs délais²²⁶, notamment en raison de la complexité des preuves permettant, selon le cas, de démontrer l'existence d'une pratique avant le contact avec les Européens ou de déterminer l'intention qu'avaient les parties à un traité dont la conclusion peut remonter à plusieurs siècles. Il est donc possible que la Couronne porte atteinte à des droits qui pourraient éventuellement bénéficier d'une protection constitutionnelle, mais qui n'ont pas

²²⁴ *Tsilhqot'in*, par. 87.

²²⁵ *Id.*, par. 86.

²²⁶ À titre d'exemple, les nations Gitksan et We'tsuwet'en ont entamé dès 1987 une action visant à obtenir la reconnaissance d'un titre ancestral : *Delgamuukw v. British Columbia*, 1991 BCSC 2372. Leur revendication a fait l'objet d'appels jusqu'à ce qu'elle soit entendue par la Cour suprême du Canada, et ils n'ont pu obtenir de décision finale qu'en 1997 : *Delgamuukw*. Toutefois, leur patience n'a pas, à ce jour, été récompensée, puisque cette décision du plus haut tribunal du pays a ordonné le renvoi de l'affaire en première instance afin de procéder à un nouvel examen de la preuve soumise. À ce jour, les deux nations ont toutefois refusé d'entreprendre à nouveau ce processus long, coûteux et dont l'issue est incertaine : Gordon CHRISTIE, « Who Makes Decisions over Aboriginal Title Lands », (2015) 48 *U. B. C. L. R.* 743, 763, à la note 43.

encore été établis par leurs bénéficiaires, ceux-ci ne se retrouvant, suite à la reconnaissance de leur droit, qu'avec un territoire spolié par les entreprises extractives. Afin de remédier à cette situation, la Cour suprême a donné une portée nouvelle au principe de l'honneur de la Couronne : celui-ci impose dorénavant à la Couronne de consulter et d'accommoder les peuples autochtones concernés lorsqu'elle entend porter atteinte à un droit ancestral²²⁷ ou à un droit issu d'un traité²²⁸ qui n'est encore qu'allégué²²⁹. Cette obligation de consulter s'ajoute même aux dispositions concernant la consultation que prévoient les traités modernes²³⁰.

Fait à noter, cette obligation de consulter trouve également application dans des cas où, *a priori*, il semblerait que l'État soit plutôt contraint par son obligation de fiduciaire. Ainsi, plusieurs jugements impliquant des communautés signataires de traités sont tranchés en invoquant l'obligation de consulter²³¹. Cela s'explique du fait que, comme nous l'avons vu plus haut, l'interprétation des traités conclus avant la phase moderne est un exercice parfois fort complexe. Il se peut donc que ces communautés signataires de traités ne puissent qu'alléguer des droits dans le cadre d'un litige, n'étant pas en mesure d'établir que la conduite du gouvernement porte atteinte à leurs droits, ceux-ci n'étant pas clairement définis dans le texte du traité. Plutôt, dans de tels cas, les communautés allèguent une contravention à un droit issu de traité allégué. Qu'à cela ne tienne, l'obligation de fiduciaire continue de contraindre les actions de l'État lorsqu'il porte atteinte à des droits reconnus, comme en témoigne une décision récente de la Cour suprême de la Colombie-Britannique impliquant un droit ancestral clairement démontré²³².

²²⁷ *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, par. 16, 27 [ci-après : « *Haïda* »].

²²⁸ *Première Nation Crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, préc., note 163.

²²⁹ En effet, la Cour a statué que les droits qui ne sont qu'au stade de la revendication ne sont pas un intérêt suffisamment précis pour que la Couronne se voit imposer une obligation de fiduciaire. C'est donc le principe de l'honneur de la Couronne qui est la source de l'obligation de consulter : *Haïda*, par. 18.

²³⁰ *Beckman c. Première Nation de Little Salmon/Carmacks*, préc., note 150, par. 69.

²³¹ *West Moberly First Nations v. British Columbia (Energy and Mines)*, 2014 BCSC 924; *Prophet River First Nation v. British Columbia (Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2016 BCSC 2007. Une décision de la Cour suprême du Canada écarte même expressément le recours à l'obligation de fiduciaire dans le cas d'une atteinte à un droit issu de traité : *Première Nation Crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine Canadien)*, préc., note 163, par. 51. Certains auteurs voient en cette mise en arrière-plan de l'obligation de fiduciaire l'extinction souhaitable d'un concept aux relents paternalistes qui était souvent employé à mauvais escient par les tribunaux, la relation entre la Couronne et les peuples autochtones ne correspondant pas, sauf dans quelques rares cas, à celle du fiduciaire et du bénéficiaire telle que l'a décrite la common law : J. D. DICKSON, préc., note 210.

²³² *Ahousaht Indian Band v. Canada (Attorney General)*, préc., note 110, par. 763, 771-774. Voir, en outre: D. G. NEWMAN, préc., note 15, à la page 353: « Fitting together these two frameworks requires, first, a realization that consultation continues to be part – but only part – of the test for justified infringements. In addition to consultation, the justified infringement test also looks to appropriate priority to Aboriginal rights, to compensation in appropriate circumstances, and to a proportionality analysis, with the last being even clearer after *Tsilhqot'in*. » [référence omise].

Cette reconnaissance de l'obligation juridique de consulter et d'accommoder les communautés autochtones a soulevé deux questions importantes, à savoir le moment où prend naissance cette obligation et l'étendue et l'intensité de celle-ci.

En ce qui concerne le moment où l'obligation de consulter prend naissance, l'arrêt *Rio Tinto Alcan inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*²³³ explique que l'obligation de consulter naît à trois conditions, soit la connaissance, concrète ou par imputation, par la Couronne de l'existence possible d'une revendication ou d'un droit sur la ressource ou la terre qui s'y rattache²³⁴, la présence d'une mesure gouvernementale²³⁵ ainsi qu'un lien de causalité entre la mesure gouvernementale envisagée et l'effet préjudiciable sur le droit issu de traité ou le droit ancestral²³⁶. Ainsi, l'obligation naît dès lors que la Couronne considère prendre une mesure gouvernementale qui pourrait avoir pour effet de porter atteinte à un droit protégé par le paragraphe 35(1) revendiqué ou établi²³⁷.

Ainsi, en 2015, la Cour d'appel fédérale a refusé de reconnaître une obligation de consultation dans le cadre de la conclusion d'un accord de promotion et de protection des investissements étrangers entre le Canada et la Chine²³⁸. La Première Nation des Hupacasath alléguait qu'en respectant l'accord, le Canada autoriserait sans doute l'exploitation de ressources naturelles par des entreprises chinoises et que cela pourrait avoir pour effet de porter atteinte aux droits allégués de la nation Hupacasath²³⁹. La Cour a toutefois jugé qu'en l'espèce, ces effets préjudiciables étaient fondés sur des hypothèses et n'étaient pas suffisamment liés à la conclusion de l'accord pour que l'obligation de consulter soit déclenchée²⁴⁰. En revanche, la Cour suprême du Yukon a jugé qu'une loi ne prévoyant aucune procédure de consultation dans le cadre de l'octroi de *claims* permettant à leur bénéficiaire de mener des travaux d'exploration

²³³ *Rio Tinto Alcan inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43.

²³⁴ *Id.*, par. 40.

²³⁵ *Id.*, par. 42.

²³⁶ *Id.*, par. 45.

²³⁷ La Cour, dans l'arrêt *Rio Tinto Alcan inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani* (préc., note 233), aux paragraphes 46 et 47, confirme que l'obligation de consulter s'applique également dans les cas où l'État entend porter atteinte à un droit ancestral reconnu ou un droit issu de traité.

²³⁸ *Première Nation des Hupacasath c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*, 2015 CAF 4, par. 9.

²³⁹ *Id.*, par. 16.

²⁴⁰ *Id.*, par. 102.

minière contrevenait à l'obligation de consulter qui incombait au gouvernement territorial et ce, malgré son absence de discrétion à cet égard²⁴¹.

À l'égard de la seconde question, soit l'étendue de l'obligation de consulter, la Cour suprême a, dans l'arrêt *Haïda*²⁴², élaboré ce qui, à plusieurs reprises²⁴³, a été désigné comme un « continuum » s'articulant autour de deux facteurs, soit la solidité de la preuve du droit ancestral et le risque d'effets préjudiciables que comportent les mesures envisagées par l'État.

À l'une des extrémités du continuum se trouvent les droits dont la preuve semble peu probable ou ceux auxquels les mesures envisagées par l'État portent un préjudice d'importance minime. Dans ces cas, l'obligation de l'État de consulter les communautés autochtones est moindre, pouvant même ne requérir qu'une simple discussion²⁴⁴. À l'opposé se trouvent les cas où la preuve est *a priori* solide ou ceux où l'État envisage des mesures qui sont susceptibles d'avoir de graves effets sur le droit ancestral ou issu de traité.

C'est dans cette optique que la Cour d'appel fédérale a jugé que la Couronne n'avait pas l'obligation de consulter une association de membres de communautés autochtones de la Nouvelle-Écosse en raison de la faiblesse de la preuve présentée²⁴⁵. Dans des cas inverses, les tribunaux ont jugé que la consultation devrait être approfondie et pouvait comporter diverses modalités, telles l'examen en commission de recommandations écrites de la communauté

²⁴¹ *Ross River Dena Council v. Government of Yukon*, 2012 YKCA 14 (demande pour autorisation d'appeler à la CSC refusée, n° 35236, 19-09-2013). Cela ne signifie pas que toute autorisation préalable à un projet d'exploitation des ressources naturelles déclenche l'obligation de consulter. À titre d'exemple, la Cour d'appel de la Saskatchewan a distingué les dispositions législatives yukonnaises de celles qui étaient en cause dans *Buffalo River Dene Nation v. Saskatchewan (Energy and Resources)*, 2015 SKCA 31. Dans cette affaire, le permis d'exploration contesté, en matière de pétrole et de gaz naturel, ne procurait à son bénéficiaire que des droits à certaines substances enfouies dans le terrain faisant l'objet du permis. Afin d'obtenir le droit d'accéder au terrain faisant l'objet du permis et d'y effectuer des travaux d'exploration, le détenteur du permis devait demander une autre autorisation. La Cour a jugé que lors de l'octroi du premier permis, l'obligation de consulter n'incombait pas à la Couronne, car cette action n'avait pas pour effet de porter atteinte aux intérêts de la première nation qui alléguait une contravention à l'obligation de consulter.

²⁴² Par. 39.

²⁴³ *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74; *Beckman c. Première Nation de Little Salmon/Carmacks*, préc., note 150; *Kruger c. Première Nation des Betsiamites*, 2006 QCCA 569; *Première nation Denesuline de Fond du Lac c. Canada (Procureur général)*, 2010 CF 948 conf. par 2012 CAF 73.

²⁴⁴ *Haïda*, par. 43.

²⁴⁵ *Native Council of Nova Scotia c. Canada*, 2007 CF 45, conf. par 2008 CAF 113.

autochtone concernée²⁴⁶, la démonstration de la prise en compte de ces recommandations²⁴⁷ ou, ultimement, l'obtention du consentement de la communauté affectée²⁴⁸.

Nous voyons mal en quelles circonstances cette dernière alternative évoquée dans l'arrêt *Haïda*, exigeant que l'État obtienne le consentement de la communauté concernée, pourrait être applicable, considérant que même les bénéficiaires d'un titre ancestral peuvent se voir imposer des mesures auxquelles ils n'ont pas consenti. En effet, la Cour confirme, dans l'arrêt *Tsilhqot'in*, que l'obligation de consulter s'applique de la même manière à un titre ancestral allégué qu'à tout autre type de droit protégé par le paragraphe 35(1)²⁴⁹. Ainsi, si la preuve invoquée au soutien de la revendication d'un titre allégué est faible, ou que la mesure n'a qu'un effet peu préjudiciable sur celui-ci, il est permis de penser que l'État ne sera pas tenu à un haut niveau de consultation²⁵⁰. Lorsque la revendication semble plus solide, le niveau de consultation requis augmente proportionnellement²⁵¹, ce qui semble inclure l'accommodement des intérêts de la collectivité autochtone qui revendique un titre ancestral, mais qui n'exige pas son consentement²⁵². Toutefois, lorsque le titre est reconnu, la Cour, en raison de l'obligation de fiduciaire, impose à l'État l'obligation de rechercher (et non d'obtenir) le consentement des bénéficiaires²⁵³. Si le consentement n'est pas obtenu, les mesures autorisant l'exploitation du territoire pourront tout de même être adoptées, à condition que l'État ait satisfait à son obligation de consultation ainsi qu'au test justificatif. Ainsi, la reconnaissance d'un titre ancestral permet tout de même à l'État, dans les limites du cadre établi par la jurisprudence, de prendre des mesures concernant l'utilisation du territoire grevé sans le consentement des bénéficiaires du titre.

Les tribunaux ont également dû déterminer qui étaient les débiteurs de cette obligation. En effet, la nation haïda, devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, intentait une action visant

²⁴⁶ *Première nation Denesuline de Fond du Lac c. Canada (Procureur général)*, préc., note 243.

²⁴⁷ *Nation Gitxalaa c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 187, par. 327.

²⁴⁸ *Haïda*, par. 48.

²⁴⁹ *Tsilhqot'in*, par. 78-79.

²⁵⁰ *Id.*, par. 89.

²⁵¹ *Id.*, par. 91.

²⁵² *Id.*, par. 80 : « Lorsque l'existence du titre ancestral n'est pas établie, l'honneur de la Couronne lui impose une obligation procédurale de consultation et, s'il y a lieu, d'accommodement de l'intérêt autochtone non encore établi. Par contre, lorsque l'existence du titre a été établie, la Couronne doit non seulement se conformer à ses obligations procédurales, mais doit aussi s'assurer que la mesure gouvernementale proposée est fondamentalement conforme aux exigences de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour cela, le gouvernement doit poursuivre un objectif impérieux et réel et il doit démontrer que la mesure proposée est compatible avec l'obligation fiduciaire de la Couronne envers le groupe autochtone. »

²⁵³ *Id.*, par. 90.

à obtenir une consultation tant de la part l'État que de l'entreprise qui exploitait la concession forestière dont la nation contestait l'émission²⁵⁴. La Cour d'appel a jugé que l'entreprise et l'État avaient une obligation de consulter les Haïda²⁵⁵. Toutefois, la Cour suprême a invalidé le jugement de la Cour d'appel à cet égard, affirmant que l'État est seul débiteur de l'obligation de consulter, l'honneur de la Couronne ne pouvant être délégué²⁵⁶. Elle n'a toutefois pas écarté la possibilité que l'État délègue à des tiers des aspects procéduraux de la consultation²⁵⁷. Ainsi, bien que les entreprises ainsi que divers organes administratifs puissent avoir un rôle à jouer dans le cadre du processus consultatif, la Couronne demeure l'ultime responsable de sa conformité aux exigences du paragraphe 35(1). Nous verrons qu'en pratique, il arrive souvent que les tiers consultent les communautés affectées et que l'État délègue son obligation.

3.5. Réparations en cas de contravention au paragraphe 35(1)

Nous avons vu que le paragraphe 35(1) impose à l'État deux obligations distinctes lorsqu'il entend porter atteinte à des droits protégés par le paragraphe 35(1). En effet, il ne peut porter atteinte à des droits allégués qu'après avoir consulté la communauté affectée. Lorsque, toutefois, l'État entend porter atteinte à des droits reconnus, il doit respecter son obligation de fiduciaire. Nous examinerons successivement ces deux cas de figures.

Notons avant tout que les divers recours fondés sur des obligations constitutionnelles de l'État émanant du paragraphe 35(1) peuvent donner lieu à toute une gamme de réparations constitutionnelles²⁵⁸, notamment à des injonctions interlocutoires²⁵⁹. Les critères qu'a élaborés la Cour suprême du Canada²⁶⁰ trouveront alors application : afin d'obtenir une injonction interlocutoire, la communauté affectée devra démontrer qu'il existe une question sérieuse à juger²⁶¹, qu'elle subira un préjudice irréparable si l'injonction n'est pas accordée²⁶² et qu'elle

²⁵⁴ *Haida Nation v. British Columbia (Forests)*, 2002 BCCA 462.

²⁵⁵ *Id.*, par. 92 et 123.

²⁵⁶ *Haida*, par. 53.

²⁵⁷ *Id.*

²⁵⁸ Kent ROACH, *Constitutional Remedies in Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 2013, feuilles mobiles, à jour novembre 2017, par. 15-10, p. 15-1. Nous n'aborderons pas l'ensemble des réparations constitutionnelles, sujet éminemment vaste. Cette section traitera de celles qui sont le plus fréquemment utilisées dans le cadre de litiges concernant le paragraphe 35(1).

²⁵⁹ Voir : *Tlilho Government v. Canada (Attorney General)*, 2015 NWTSC 9 (dans le cas de droits issus de traités) ; *Haïda*, par. 13 (dans le cas de manquement à l'obligation de consulter) ; *Nations Indiennes Ahousaht c. Canada (Pêches et Océans)*, 2015 CF 327 (dans le cas d'atteintes à des droits ancestraux).

²⁶⁰ *RJR MacDonald c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, 334.

²⁶¹ *Id.*, 335.

²⁶² *Id.*, 340.

subira davantage d'inconvénients que l'autre partie si l'injonction n'est pas accordée²⁶³. Cette demande est fréquemment faite par les communautés autochtones²⁶⁴, possiblement en raison de la longue durée des litiges concernant le paragraphe 35(1) et du caractère parfois dévastateur que peuvent avoir les atteintes portées aux droits ancestraux ou issus de traités pour la communauté affectée.

Les actions visant à faire sanctionner des atteintes injustifiées à des droits qui ne sont qu'allégués constituent la majeure partie du contentieux concernant le paragraphe 35(1)²⁶⁵. Dans de tels cas, les tribunaux ont fait appel à une vaste gamme de sanctions. Les trois plus communes, et reconnues comme telles par la Cour suprême du Canada, sont l'injonction, l'indemnisation ou l'ordonnance enjoignant le gouvernement à consulter le groupe autochtone concerné²⁶⁶. Dans ce dernier cas, il est possible que le tribunal demeure saisi du dossier et charge un médiateur de superviser la consultation gouvernementale²⁶⁷ ou qu'il annule l'action gouvernementale ayant été prise en contravention à l'obligation de consulter²⁶⁸. Toutefois, se limitant le plus souvent au jugement déclaratoire²⁶⁹, les tribunaux sont réticents à dicter la manière dont la consultation ou l'accommodement doivent être réalisés, préférant, conformément au souhait exprimé par la Cour suprême du Canada²⁷⁰, laisser les parties mener la consultation comme elles l'entendent. Quoique l'accommodement des intérêts autochtones soit parfois suggéré dans les motifs, la sanction, en tant que telle, n'impose pas à l'État d'accommoder les intérêts autochtones²⁷¹. À notre connaissance, aucune ordonnance enjoignant

²⁶³ *RJR MacDonald c. Canada (Procureur général)*, préc., note 260, 342.

²⁶⁴ K. ROACH, préc., note 258, par. 15-240, p. 15-12.

²⁶⁵ Dwight G. NEWMAN, « The Rule and Role of Law. The Duty to Consult, Aboriginal Communities, and the Canadian Natural Resource Sector », *Aboriginal Canada and the Natural Resource Economy Series*, Macdonald-Laurier Institute, mai 2014, en ligne: < <http://www.macdonaldlaurier.ca/files/pdf/DutyToConsult-Final.pdf>>, p. 14.

²⁶⁶ *Rio Tinto Alcan inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, préc., note 233, par. 37.

²⁶⁷ Voir : *Hupacasath First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2005 BCSC 1712; 2008 BCSC 1505.

²⁶⁸ Voir, par exemple: *Da'naxda'xw/Awaetlala First Nation v. British Columbia (Minister of Environment)*, 2011 BCSC 620, par. 234; *Clyde River c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, par. 53.

²⁶⁹ *Première Nation de Ka'a'gee Tu c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 763, par. 132; *Chartrand v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2015 BCCA 345, par. 99. Parfois, les tribunaux suspendent également la tenue d'activités avant que ne soit effectuée la consultation : *Musqueam Indian Band v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*, 2005 BCCA 128, par. 101-102; *West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247, par. 166-167, demande d'autorisation d'appeler à la CSC refusée, no 24403, 23-02-2012.

²⁷⁰ *Delgamuukw*, par. 186; *Haïda*, par. 38.

²⁷¹ Ainsi, dans plusieurs arrêts prononçant des jugements déclaratoires quant à l'existence d'une obligation de consulter, les tribunaux suggèrent l'accommodement, mais ne l'imposent pas : *Musqueam Indian Band v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*, préc., note 269, par. 101 : « In order to afford LWBC and the appellant proper opportunity for consultation with a view to reaching some *modus vivendi* on appropriate accommodation, I would order the suspension of the operation of the Order in Council authorizing the sale for two years » ; *Hupacasath First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2005 BCSC 1712, par. 292 : « There

à l'État de dédommager une communauté qu'il n'avait pas consultée de manière conforme au paragraphe 35(1) n'a été prononcée²⁷². L'injonction, quant à elle, est peu utilisée, si ce n'est à titre interlocutoire jusqu'à ce qu'ait lieu la consultation²⁷³. Cette demande d'injonction interlocutoire est toutefois distincte de celle que peut faire une communauté qui allègue une contravention à l'obligation de consulter. La Cour suprême du Canada a pris soin de distinguer les deux recours²⁷⁴, affirmant que l'obligation de consulter favorise davantage la « mise en balance des intérêts autochtones et des intérêts non autochtones »²⁷⁵ que la demande d'injonction interlocutoire, puisque celle-ci représente une solution « tout ou rien »²⁷⁶.

Si la communauté bénéficie d'un droit issu de traité ou d'un droit ancestral reconnu, l'État doit respecter son obligation de fiduciaire lorsqu'il y porte atteinte. Cependant, afin qu'une communauté autochtone soit en mesure de faire sanctionner une contravention à cette obligation, elle devra choisir le véhicule procédural approprié. Ainsi, depuis l'avènement de l'obligation de consulter, les magistrats ont refusé de se prononcer de manière définitive sur le caractère justifié ou non des atteintes portées par l'État à des droits issus de traités dans le cadre de demandes en révision judiciaire de décisions administratives²⁷⁷. La saga judiciaire entourant la construction du Barrage du Site C illustre bien la distinction qu'ont faite les tribunaux entre les recours impliquant l'obligation de fiduciaire et l'obligation de consulter et d'accommoder.

À ce gigantesque projet hydroélectrique s'opposent notamment les nations de West Moberly et de Prophet River, signataires du Traité n°8. Insatisfaites de la manière dont se déroulait la construction du barrage, les nations ont d'abord intenté une action demandant l'annulation de

will be a declaration that the Minister of Forests had [...] a duty to endeavour to seek accommodation between their aboriginal rights and the objectives of the Crown »; *Huu-Ay-Aht First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2005 BCSC 697, par. 128 (nous soulignons).

²⁷² Toutefois, comme le note le professeur Newman, il semble possible que des dommages soient accordés dans les cas où la consultation n'aurait aucun effet pratique, notamment lorsque l'action à propos de laquelle la communauté voulait être consultée a déjà eu lieu : D. G. NEWMAN, *Revisiting the Duty to Consult*, Saskatoon, Purich Publishing, 2014, p. 78. Dans l'arrêt *Musqueam v. Richmond (City)*, 2005 BCSC 1069, par. 118, la Cour suprême de la Colombie-Britannique semble endosser une telle approche.

²⁷³ Voir, par exemple : *Wahgoshig First Nation v. Ontario*, 2011 ONSC 7708, par. 78.

²⁷⁴ *Haïda*, par. 12-15.

²⁷⁵ *Id.*, par. 14.

²⁷⁶ *Id.*

²⁷⁷ *Première Nation de Prophet c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 15, par. 78, 80, cité dans *Pimicikamak v. Manitoba*, 2018 MBCA 49, par. 140. Une décision rendue dix-huit années plus tôt par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a toutefois procédé à l'annulation de l'octroi d'un permis d'exploitation forestière en statuant que son émission contrevenait de manière in justifiée aux droits d'une nation signataire du Traité n°8 : *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, préc., note 218. Voir, également : *Liidlii Kue First Nation c. Canada (Procureur général)*, [2000] 4 C. N. L. R. 123. Compte tenu des indications récentes la Cour d'appel fédérale, il ne serait plus possible qu'un tribunal octroie cette réparation sur ce même fondement dans le cadre d'une demande en révision judiciaire.

permis émis afin d'autoriser la construction du barrage en alléguant que l'émission des permis n'avait pas été précédée d'une consultation suffisante compte tenu de l'étendue et l'intensité des effets que pourrait avoir le projet sur leurs droits potentiels et que l'émission des permis avait pour effet de porter atteinte à leurs droits issus de traité de manière injustifiée²⁷⁸. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a toutefois rejeté cette contestation, affirmant que la consultation qu'avait effectuée la Couronne était conforme aux exigences constitutionnelles et invitant plutôt les nations à intenter un recours civil²⁷⁹, lequel permettrait de statuer de manière définitive sur la constitutionnalité de l'atteinte portée à leurs droits. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, saisie de l'affaire, a confirmé qu'une requête demandant la révision judiciaire d'une décision ministérielle n'était pas un contexte procédural se prêtant à la détermination finale de la portée de droits²⁸⁰. En effet, écrit la Cour, les ministres qui prennent des décisions de nature administrative n'ont ni les moyens²⁸¹ ni l'obligation constitutionnelle²⁸² de déterminer si leurs décisions ont pour effet de porter une atteinte injustifiée aux droits reconnus d'une nation autochtone.

L'année suivante, la nation West Moberly a amorcé un recours visant cette fois à obtenir une déclaration que les actions de la Couronne dans le cadre de la réalisation du projet contrevenaient à ses droits issus de traités et à l'obligation de fiduciaire qui y est liée²⁸³. Ce recours est présentement entendu par la Cour suprême de la Colombie-Britannique²⁸⁴. Afin de bénéficier pleinement des droits qui lui sont reconnus et de l'obligation que ces droits imposent à l'État dans le cadre d'un projet d'exploitation des ressources naturelles, une nation doit donc

²⁷⁸ *Prophet River First Nation v. British Columbia (Environment)*, 2015 BCSC 1682, conf. par 2017 BCCA 58; *Prophet River First Nation v. British Columbia (Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, préc., note 231.

²⁷⁹ *Prophet River First Nation v. British Columbia (Environment)*, 2015 BCSC 1682, par. 133 cité dans: *West Moberly First Nations v. British Columbia*, 2018 BCSC 730, par. 13-14.

²⁸⁰ *Prophet River First Nation v. British Columbia (Environment)*, 2017 BCCA 58, par. 24, 29-37.

²⁸¹ *Id.*, par. 36. Voir, également, cet extrait des motifs de la Cour d'appel fédérale qui, décidant du sort de la contestation intentée par les mêmes nations, dans le cadre du même projet mais, cette fois-ci, à l'encontre de la consultation effectuée par le gouvernement fédéral, affirme que: « [L]es questions relatives aux droits ancestraux et issus de traités et celle de savoir s'il y a eu atteinte à ces droits exigent la communication intégrale de documents, l'examen d'une volumineuse preuve d'expert dans les domaines de l'ethnographie, de la généalogie, de la linguistique, de l'anthropologie, de la géographie, ainsi que de l'histoire orale et des éléments de preuve documentaire historique. Il n'est pas rare que l'exposé de la preuve et les plaidoiries dans le cadre d'un procès concernant les droits visés à l'article 35 exigent plus de 300 jours d'audience. Manifestement, une demande de contrôle judiciaire ne constitue généralement pas le meilleur moyen de régler ce genre de litige. » (*Première nation de Prophet c. Canada (Procureur général)*, préc., note 277, par. 80 [références omises]). Voir, également : *Prophet River First Nation v. British Columbia (Environment)*, préc., note 279, par. 140-141.

²⁸² *Prophet River First Nation v. British Columbia (Environment)*, préc., note 280, par. 36.

²⁸³ *West Moberly First Nations v. British Columbia*, préc., note 279, par. 13-14.

²⁸⁴ La Cour a rendu le 24 avril 2018 une décision concernant les motions préliminaires liées à l'injonction interlocutoire que demande la nation : *West Moberly First Nations v. British Columbia*, préc., note 279.

intenter un recours civil et ne peut espérer obtenir réparation dans le cadre de la révision d'une décision administrative.

Les tribunaux n'ont pas clairement exposé les sanctions auxquelles peut donner lieu une contravention à l'obligation de fiduciaire dans le cadre de recours civils contestant la réalisation de projets d'exploitation des ressources naturelles²⁸⁵. Ils ont cependant confirmé que les effets d'une contravention à cette obligation varient selon le contexte dans lequel elle est mobilisée²⁸⁶. Depuis l'avènement de l'obligation de consulter, l'obligation de fiduciaire n'a pas été invoquée dans le cadre de jugements impliquant des décisions administratives concernant des autorisations liées à des projets d'exploitation des ressources naturelles²⁸⁷, puisque les tribunaux ont confirmé que la révision administrative de ces décisions ne se prêtait pas à une évaluation de leur conformité à l'obligation de fiduciaire. Il semble cependant acquis qu'une contravention à cette obligation pourrait justifier l'annulation de décisions²⁸⁸ ainsi que l'octroi de dommages-intérêts²⁸⁹ au bénéfice de communautés qui verraient leurs droits ainsi violés. Un

²⁸⁵ Ainsi, dans *Première Nation de Prophet River c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 1030, par. 50, la Cour fédérale se contente de noter certaines possibilités : « Une action pourrait néanmoins donner aux demanderesse accès à un certain nombre de mesures, notamment un procès sommaire, une injonction interlocutoire ou un procès accéléré portant sur le fond de la question de l'atteinte. »

²⁸⁶ Ainsi, en contexte pénal, un magistrat constatant qu'une poursuite crée une atteinte injustifiée à un droit reconnu en vertu du paragraphe 35(1) peut prononcer un arrêt des procédures, déclarer la disposition créant l'infraction inapplicable, ou encore acquitter l'accusé : K ROACH, préc., note 258, par. 15-1680, p. 15-79. Voir, pour des exemples : *R. c. Sioui*, préc., note 171; *R. c. Marshall*, préc., note 155; *R. c. Morris*, préc., note 161 ; *R. v. Reynolds* 2017 NBCA 36). Également, la contravention à l'obligation de fiduciaire peut donner lieu à l'octroi de dommages en *equity* : *Southwind c. Canada*, 2017 CF 906, par. 249.

²⁸⁷ Nous avons trouvé une décision qui fait exception à cette règle : *Lameman v. Alberta*, 2012 ABQB 195, conf. par 2013 ABCA 148. Dans cette affaire, la première nation crie de Beaver Lake alléguait, dans le cadre d'un recours civil, que les décisions administratives qu'avaient prises les gouvernements fédéral et albertain dans le cadre de plusieurs projets de développement portaient atteinte à ses droits issus de traité de manière injustifiée, ce qui constituait une violation de l'obligation de fiduciaire qui incombait à l'État. La demande concernait plus de 300 projets et 19 000 autorisations. Entre autres, la nation demandait à la fois une déclaration imposant aux gouvernements albertain et fédéral de procéder à l'annulation de ces autorisations ainsi que des dommages compensatoires. En première instance, la juge Browne a accepté, à la demande des défendeurs, de radier cette première prétention de la demande, affirmant qu'elle était trop vague. Cet aspect du jugement n'a pas été contesté en appel : *Lameman v. Alberta*, 2012 ABQB 195, par. 65-67; 2013 ABCA 148, par. 19. En revanche, la Cour d'appel a jugé que la demande de dommages compensatoires n'était pas si frivole qu'elle devait être radiée de la demande : *Lameman v. Alberta*, 2013 ABCA 148, par. 22-28. Cette décision est la seule que nous avons trouvée où une nation a contesté des autorisations accordées dans le cadre de projets d'exploitation des ressources naturelles en invoquant l'obligation de fiduciaire depuis l'avènement de l'obligation de consulter.

²⁸⁸ C'est ce qu'a laissé entendre la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en affirmant que : « there can be little question that the exercise of ministerial discretion cannot stand if constitutionally impaired » (*Prophet River First Nation v. British Columbia (Environment)*, préc., note 280, par. 29). Toutefois, il ne sera pas possible de contester des autorisations de manière trop tardive : *Lameman v. Alberta*, 2012 ABQB 195, par. 67.

²⁸⁹ Cette possibilité a été évoquée dans l'arrêt phare en matière d'atteintes des droits ancestraux dans les cas où ces atteintes auraient pour effet d'exproprier les détenteurs des droits : *Sparrow*, 1119. Des dommages ont été accordés dans d'autres contextes où l'État administre de manière non-diligente des terres que lui ont confiées une communauté (*Guerin c. La Reine*, préc., note 209) ou lorsqu'il inonde des terres de réserve (*Southwind c. Canada*, préc., note 286). Toutefois, dans ces deux derniers cas, la communauté impliquée n'invoquait pas un droit protégé par le paragraphe 35(1).

tribunal pourrait également prononcer un jugement déclaratoire²⁹⁰. Précisons également que, lorsque le traité en question est un traité moderne, les parties sont libres de prévoir les sanctions qu'elles désirent. Si le traité ne prévoit pas de sanction à une contravention, les tribunaux préconisent des sanctions qui s'apparentent à l'exécution en nature des obligations du traité²⁹¹.

Enfin, mentionnons que la question des atteintes injustifiées portées à un titre ancestral est loin d'être réglée. Une déclaration de titre ancestral n'ayant été reconnue qu'au bénéfice d'une seule nation au Canada, il n'est guère surprenant que les sanctions quant à une atteinte à un titre reconnu n'aient pas fait l'objet de grands développements jurisprudentiels. Si la doctrine s'est intéressée à la question²⁹², aucun tribunal n'a rendu de jugement concernant la compensation appropriée en pareilles circonstances. Toutefois, la Cour se prononce sur ce point dans l'arrêt *Tsilhqot'in*, affirmant que « les mesures habituelles de réparation en cas d'atteinte à des intérêts sur des terres seront applicables »²⁹³. Ces mesures pourront toutefois être sujettes à certains changements, en raison de la nature particulière du titre ancestral et de l'obligation de fiduciaire²⁹⁴. Fait à noter, il se peut que la reconnaissance d'un titre justifie une sanction à portée rétroactive. En effet, la Cour suprême du Canada a évoqué la possibilité qu'un projet ayant été

²⁹⁰ K. ROACH, préc., note 258, par. 15-1360, p. 15-64. Voir, pour un exemple : *Ahousaht Indian Band v. Canada (Attorney General)*, préc., note 123, par. 896.

²⁹¹ *First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon*, 2017 CSC 58, par. 58: « Lorsqu'une décision gouvernementale est annulée, le processus prescrit par le traité suit simplement son cours comme si la décision gouvernementale [TRADUCTION] "n'avait jamais été prise". L'annulation de la décision du Yukon d'approuver le plan a pour effet de remettre les parties [TRADUCTION] "dans la situation dans laquelle elles se trouvaient avant que la décision invalide ne soit prise", c'est-à-dire à l'étape du mécanisme d'approbation du plan d'aménagement du territoire prévue à l'art. 11.6.3.2. » (références omises).

²⁹² Le professeur Newman avance que la compensation serait de nature économique : D. G. NEWMAN, préc., note 272, p. 107. Son avis fait écho à un passage des motifs du juge en chef Lamer qui ont participé à la création de la doctrine du titre ancestral ainsi qu'à un *obiter dictum* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique : *Delgamuukw*, par. 169 ; *Musqueam Indian Band v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*, préc., note 269, par. 98. Robert Mainville, maintenant juge à la Cour d'appel fédérale, partage son avis, et a élaboré six principes devant guider l'évaluation de la valeur de la compensation : Robert MAINVILLE, *An Overview of Aboriginal and Treaty Rights and Compensation for Their Breach*, Saskatoon, Purich Publishing, 2001, p. 104-127. Bob Adkins et Sacha R. Paul, quant à eux, suggèrent de recourir aux principes guidant la compensation de préjudices moraux : Bob ADKINS et Sacha R. PAUL, « Compensation or Damages as a Remedy for Breaches of Indigenous Rights », texte présenté à la Manitoba Bar Association, 2012, en ligne: <<https://www.tdslaw.com/resource/compensation-or-damages-as-a-remedy-for-breaches-of-indigenous-rights/>>, p. 22. Pour Sam Adkins, Bryn Gray, Kimberly Macnab et Gordon Nettleton, le droit, dans son état actuel, n'offre pas de solution claire au problème : S. ADKINS, B. GRAY, K. MACNAB et G. NETTLETON, préc., note 146, 377. Brenda L. Gunn, quant à elle, reconnaît que le droit canadien n'est pas clair à cet égard et suggère une approche fondée sur l'incorporation des normes internationales en matière de compensation dans le cas d'atteintes portées à des droits fonciers détenus par des peuples autochtones : Brenda L. GUNN, « More than Money: Using International Law of Reparations to Determine Fair Compensation for Infringements of Aboriginal Title », (2013) 46 *U.B.C.L.R.* 299. Enfin, la professeure Cherie Metcalf, dans un article traitant de l'exploitation forestière, avance que la compensation monétaire évoquée par les tribunaux ne serait pas un moyen efficace de forcer l'État à accorder suffisamment d'importance aux droits des peuples autochtones : C. METCALF, préc., note 30, 385.

²⁹³ *Tsilhqot'in*, par. 90.

²⁹⁴ *Id.*

entrepris sur un territoire qui faisait l'objet d'une revendication de titre ancestral soit par la suite annulé dans l'éventualité où la communauté autochtone serait en mesure d'établir le bienfondé de sa revendication et que son consentement n'ait pas été préalablement obtenu²⁹⁵.

3.6. Résumé du chapitre III

Nous avons présenté les deux catégories de droits reconnus par le paragraphe 35(1), soit les droits ancestraux et les droits issus de traités. Les premiers, fondés sur la spécificité culturelle autochtone, protègent l'exercice de pratiques propres au mode de vie autochtone antérieur au contact avec les Européens, qu'il s'agisse de chasse, de pêche, ou de commerce de denrées. L'occupation du territoire par les peuples autochtones peut également être protégée par un droit ancestral : celui-ci prend alors le nom de titre ancestral. Les seconds, quant à eux, sont le résultat d'une négociation avec la Couronne. La phase moderne de conclusion de traités, lancée par la décision *Calder c. Colombie-Britannique (Procureur général)*²⁹⁶, a donné lieu à la conclusion d'ententes reconnaissant à leurs signataires autochtones de vastes pouvoirs. Les traités conclus au début de la Confédération et à l'occasion de la colonisation de l'Ouest canadien confèrent quant à eux des droits qui sont davantage centrés sur les pratiques traditionnelles autochtones.

Ces droits, s'ils diffèrent entre eux de par leurs sources et leurs exigences de preuve, ont un attribut commun : en tant que normes bénéficiant d'un statut constitutionnel, ils limitent les actions qui peuvent être entreprises sur les territoires où ils sont reconnus ou revendiqués. Ils constituent un facteur que doit considérer l'État lorsqu'il désire administrer ces terres. Le paragraphe 35(1) impose donc une contrainte juridique de nature constitutionnelle au pouvoir de l'État canadien.

Si les premières années de contentieux concernant le paragraphe 35(1) impliquaient principalement des contestations de dispositions restreignant la chasse, la pêche, ou la coupe de bois en vue d'obtenir l'acquiescement de certains membres de communautés autochtones, on observe, particulièrement depuis la consécration de l'obligation de consulter, un nombre croissant d'affaires qui ont des répercussions pour l'État, mais également des entreprises

²⁹⁵ *Tsilhqot'in*, par. 92.

²⁹⁶ Préc., note 167.

désirant exploiter des ressources naturelles²⁹⁷. Dans des enjeux « polycentriques »²⁹⁸ comme celui de la réalisation de tels projets, il peut être ardu de déterminer l'influence que peuvent avoir les règles de droit sur les comportements des acteurs impliqués.

En mobilisant le cadre théorique présenté au Chapitre II, nous espérons offrir des pistes de réponse à cette épineuse question et montrer de quelle manière le paragraphe 35(1) influe sur la dynamique relationnelle entre l'État, l'entreprise et la communauté autochtone affectée par un projet d'exploitation des ressources naturelles. Rappelons que la démarche que nous entreprenons au prochain chapitre ne se veut pas une description de la manière dont le paragraphe 35(1) influence véritablement le comportement des acteurs. Compte tenu de la portée de la théorie du choix rationnel, les constats que nous ferons ne doivent être compris que comme des hypothèses quant aux effets de cette disposition constitutionnelle.

²⁹⁷ D. G. NEWMAN, préc., note 8, p. 10.

²⁹⁸ *Nation Gitxaala c. Canada (Procureur général)*, préc., note 247, par. 154.

CHAPITRE IV : LA DYNAMIQUE RELATIONNELLE INDUITE PAR LE PARAGRAPHE 35(1)

Nous avons, pour le moment, abordé les droits protégés par le paragraphe 35(1) sans les situer dans quelque contexte particulier. Or, une analyse de l'effet d'une règle doit forcément tenir compte des circonstances dans lesquelles elle se déploie. Rappelons que nous avons distingué trois acteurs impliqués dans les projets d'exploitation des ressources naturelles, soit les entreprises, les communautés autochtones affectées par ces projets, ainsi que l'État. Le présent chapitre appliquera à chacun de ces acteurs le modèle du choix rationnel dans le contexte de la réalisation de projets d'exploitation des ressources naturelles.

Le paragraphe 35(1) reconnaît des droits aux peuples autochtones et impose des contraintes aux pouvoirs étatiques. Cela pourrait mener à penser qu'il n'a de répercussions que sur ces parties. Toutefois, nous verrons que, dans le cadre de projets d'exploitation des ressources naturelles, cette disposition a également des impacts sur les comportements des promoteurs.

Sous le prisme de l'analyse économique du droit, la règle est un moyen, pour le législateur, d'associer à une conduite un coût suffisamment élevé pour que les individus répondent à l'incitatif que constitue la règle et adoptent une conduite différente, ou, dans le cas des règles qui offrent une récompense, la conduite qui y est associée²⁹⁹. Dans le cas spécifique du paragraphe 35(1), ce comportement souhaité varie selon le droit qui est mobilisé par la communauté autochtone affectée par un projet d'exploitation des ressources naturelles :

- S'il s'agit d'un droit allégué, mais non confirmé, une contravention au paragraphe 35(1) pourra donner lieu à un jugement déclaratoire ou à l'annulation d'une décision administrative. Afin d'éviter cette sanction, l'État doit procéder à une consultation dont l'intensité varie en fonction de la solidité de la preuve du droit, de l'importance du droit et des impacts qu'aura l'activité sur le droit³⁰⁰.
- Si l'État porte indûment atteinte à un droit ancestral ou issu de traité démontré, une décision administrative pourra être annulée ou un jugement déclaratoire prononcé. De plus, l'État pourrait devoir verser une compensation monétaire à la communauté victime du manquement. Afin d'éviter cette sanction, l'État doit poursuivre un objectif impérieux et réel et satisfaire aux exigences de l'obligation de fiduciaire

²⁹⁹ W. FARNSWORTH, préc., note 43, p. 21.

³⁰⁰ *Haïda*, par. 43-45.

lorsqu'il porte atteinte à des droits reconnus. Lorsqu'il considérera des mesures pouvant porter atteinte au droit, il devra également satisfaire à son obligation de consultation³⁰¹.

- S'il s'agit d'un titre ancestral démontré, les sanctions sont nébuleuses. Afin de les éviter, l'État doit satisfaire aux exigences de l'objectif impérieux et réel et de l'obligation de fiduciaire telles qu'elles ont été décrites dans l'arrêt *Tsilhqot'in*³⁰². L'État devra également satisfaire à son obligation procédurale de consultation à l'étape où il considérera les mesures pouvant porter atteinte au titre.
- S'il s'agit d'un traité moderne, il est possible que la sanction ainsi que le comportement permettant d'y échapper soient décrits au traité. Si le traité est silencieux quant à la sanction à ses manquements, les tribunaux privilégieront des sanctions qui s'apparentent à l'exécution en nature des obligations du traité. Les exigences constitutionnelles s'ajoutent également aux clauses du traité dans la mesure où celles-ci offrent des protections qui sont en deçà de celles du paragraphe 35(1)³⁰³.

Nous verrons dans le présent chapitre que, dans le cas du paragraphe 35(1), les sanctions qu'ont élaborées les tribunaux seront le plus souvent suffisamment puissantes pour forcer l'État et l'entreprise à respecter un seuil minimal de prise en compte des droits de la communauté autochtone affectée par un projet d'exploitation des ressources naturelles. Nous montrerons de plus que le paragraphe 35(1), en raison de l'incertitude qu'il génère, pourra également avoir pour effet d'inciter ces acteurs à tenter d'obtenir le consentement de la communauté en lui offrant des accommodements qui outrepassent les exigences du paragraphe 35(1). Nous verrons en outre que cette incertitude peut influencer la communauté autochtone lorsqu'elle doit choisir entre les bénéfices découlant d'une entente proposée par l'État ou l'entreprise ou ceux que peut lui procurer un recours aux tribunaux. Afin de présenter ces hypothèses et, ainsi, de répondre à la question de recherche posée, le présent chapitre traitera de la manière dont le paragraphe 35(1) devrait influencer le comportement des trois acteurs identifiés – l'entreprise, l'État, ainsi que la communauté autochtone affectée par un projet d'exploitation des ressources naturelles – s'ils se comportaient de manière rationnelle et ce, dans les quatre cas de figure mentionnés au

³⁰¹ *Sparrow*, 1112-1113, 1119.

³⁰² Par. 86-87.

³⁰³ *Beckman c. Première Nation de Little Salmon/Carmacks*, préc., note 150, par. 69.

paragraphe précédent³⁰⁴. Tout au long de ce chapitre, rappelons-le, nous prêterons à nos acteurs une capacité à calculer les coûts et bénéfices qui sont associés aux diverses options qui s'offrent à eux, et la capacité et le désir de choisir l'option qui maximise leurs bénéfices (ou minimise leurs coûts).

Nous débuterons en considérant le cas des droits allégués (section 4.1.), puis examinerons le cas où la communauté bénéficie de droits reconnus (section 4.2.). Nous aborderons par la suite, de manière plus brève, les cas du titre ancestral (section 4.3) et des traités modernes (section 4.4).

4.1. Les droits allégués

4.1.1. L'État et l'entreprise en tant qu'individus rationnels

Nous avons vu plus haut que la théorie du choix rationnel attribue le pouvoir coercitif de la règle de droit aux effets de la sanction qui y est liée. Un observateur pourrait donc être porté à conclure que la force incitative de l'obligation de consulter à l'égard de l'État et des entreprises est faible, puisque, nous l'avons mentionné, les tribunaux se limitent le plus souvent à prononcer des jugements déclaratoires lorsqu'ils trouvent une contravention à cette obligation étatique³⁰⁵. Toutefois, un tel jugement peut avoir des répercussions qui imposent des coûts politiques à l'État ou des coûts monétaires à l'entreprise. Nous montrerons, dans cette sous-section, la manière de laquelle cette sanction, d'apparence inoffensive, peut avoir de tels effets à l'égard du gouvernement et de l'entreprise.

Nous avons également vu à la section 2.2 que l'État, contrairement à l'entreprise, ne cherche pas à maximiser les gains matériels que procurent ses actions, mais plutôt les gains politiques qu'elles créent. Cette préférence de l'État rend son comportement imprévisible. En effet, les coûts politiques qu'attribue l'État aux différentes options qui s'offrent à lui dépendent grandement du contexte précis où elles sont posées³⁰⁶. À titre d'exemple, dans le cadre de

³⁰⁴ De manière à éviter les redites, nous appliquerons la théorie du choix rationnel à l'État et aux entreprises en même temps, puisque ces deux acteurs, dans plusieurs situations, seront confrontés aux mêmes choix devant le paragraphe 35(1). Les nuances entre ces deux acteurs seront faites là où le besoin s'en fera sentir.

³⁰⁵ Voir les notes 265 à 276 et le texte correspondant.

³⁰⁶ Pour Levinson, la difficulté de prédire le comportement du gouvernement lorsqu'il est confronté à des incitatifs de nature financière s'explique également par la complexité et la variabilité des considérations que prennent en compte les décideurs étatiques. Levinson note qu'il est également ardu de déterminer si les individus qui agissent

projets d'exploitation des ressources naturelles situés sur des territoires faisant l'objet de revendications ou de droits reconnus en vertu du paragraphe 35(1), il est possible qu'un scrutin imminent ou un bilan économique peu reluisant fassent en sorte que l'État priorise la réalisation du projet aux dépens d'une prise en compte adéquate des intérêts autochtones affectés. De même, un gouvernement qui s'adresse à des électeurs qui privilégient le développement économique aux dépens des préoccupations des peuples autochtones devrait être porté à faire de même. Inversement, il est possible qu'un gouvernement ayant mis de l'avant ses bonnes relations avec les communautés autochtones auprès de l'électorat ait tout avantage à remplir ses promesses. Dans une étude à portée générale comme la nôtre, il est impossible d'identifier l'ensemble des considérations que l'État prendra en compte lorsqu'il décidera de la manière dont il agira au regard des exigences du paragraphe 35(1).

Nous ne ferons que souligner certaines conséquences des choix que l'État est amené à effectuer dans le cadre d'un projet d'exploitation des ressources naturelles sur un territoire faisant l'objet de revendications ou de droits reconnus en vertu du paragraphe 35(1). C'est en évaluant les coûts et bénéfices politiques liés à ces conséquences que l'État choisira l'option qui lui semble la plus avantageuse. Toutefois, comme cette évaluation repose également sur des facteurs spécifiques au contexte propre de chaque projet, notre présentation ne sera pas exhaustive et n'abordera pas l'importance relative que l'État peut accorder aux conséquences de ses actions dans le cadre de projets d'exploitation des ressources naturelles affectant des communautés autochtones particulières.

À ce stade-ci, il importe également de préciser que lorsque nous employons le mot « État » ou « gouvernement » dans les prochaines pages, nous en excluons les organes administratifs exerçant des pouvoirs que leur délèguent les branches exécutive et législative du gouvernement³⁰⁷. Dans la présente recherche, le mot État est entendu comme désignant le ou les ministres qui supervisent la réalisation d'un projet, que ceux-ci agissent pour le compte du gouvernement fédéral ou d'un gouvernement provincial. Il est certes possible que, dans certains

pour le compte du gouvernement sont incités à privilégier les préférences de cette entité, et non les leurs : D. J. LEVINSON, préc., note 58, 373, 380-384.

³⁰⁷ Ce choix se justifie du fait que la Cour suprême du Canada distingue également entre les organes administratifs et les ministres de la Couronne dans certaines affaires impliquant le paragraphe 35(1). Pour un exemple, voir : *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, préc., note 268, par. 29, où la Cour écrit que : « l'ONÉ n'est pas, à proprement parler, "la Couronne". Il n'est pas non plus, à proprement parler, un mandataire de la Couronne, étant donné que — comme l'ONÉ exerce ses activités de manière indépendante des ministres de la Couronne — il n'existe entre eux aucun lien de dépendance. »

cas, les divers paliers de gouvernements³⁰⁸, ou, même, certains ministères³⁰⁹ aient des intérêts différents dans le cadre de projets d'exploitation des ressources naturelles. Toutefois, les gouvernements adoptent des politiques visant à agir de manière coordonnée afin d'augmenter l'efficacité des consultations³¹⁰. Cette tendance des divers ministères et paliers de gouvernements à coordonner leurs consultations³¹¹ permet, dans le cadre de la présente étude, de traiter des incitatifs qui agissent sur « l'État » ou « le gouvernement » en référant aux divers paliers et ministères qui le composent sans les distinguer.

En ce qui a trait aux coûts qu'impose le paragraphe 35(1) à l'État, mentionnons d'abord que tout procès engendre pour l'État des coûts découlant du travail de ses employés³¹². En effet, bien que l'État emploie des avocats et qu'il n'a donc pas à défrayer des paiements sous forme d'honoraires, les avocats occupés à préparer ou plaider un procès négligeront d'autres tâches dont pourrait bénéficier l'État, quelles qu'elles soient. En participant à un procès, l'État s'impose donc des coûts d'opportunité en renonçant aux bénéfices que lui procurent ses conseillers juridiques lorsqu'ils accomplissent d'autres tâches.

De plus la tenue d'un procès peut avoir un impact négatif sur l'opinion de l'État qu'entretiennent certains membres de l'électorat. Ainsi, une auteure³¹³ affirme qu'un procès, en

³⁰⁸ Un exemple récent, et particulièrement frappant à cet égard, est le projet d'extension de l'oléoduc TransMountain, qui est appuyé par les gouvernements fédéral et albertain, mais auquel s'oppose fermement le gouvernement de la Colombie-Britannique : Gillian TURNBULL, « What the Trans Mountain Pipeline Battle is Really About », *The Walrus*, 8 juin 2018, en ligne : <<https://thewalrus.ca/what-the-trans-mountain-pipeline-battle-is-really-about/>> (page consultée le 9 juin 2018).

³⁰⁹ Ainsi, malgré le fait que tous les paliers de gouvernement aient adopté des politiques de consultation à portée générale, certains ministères ont également mis en place leurs propres politiques : D. G. NEWMAN, préc., note 272, p. 118-119.

³¹⁰ Ce souci est particulièrement évident dans les lignes directrices visant à assurer le respect de l'obligation de consulter du gouvernement fédéral : GOUVERNEMENT DU CANADA, *Consultation et accommodement des Autochtones. Lignes directrices actualisées à l'intention des fonctionnaires fédéraux pour respecter l'obligation de consulter*, 2011, en ligne : <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/intgui_1100100014665_fra.pdf>, p. 25-29. Voir, également : BRITISH COLUMBIA GOVERNMENT, *Updated Procedures for Meeting Legal Obligations when Consulting with First Nations, Interim*, 2010, en ligne : <<https://www2.gov.bc.ca/gov/content/environment/natural-resource-stewardship/consulting-with-first-nations>>, p. 12.

³¹¹ Voir, par exemple : *Conseil des Innus de Ekuanitshit c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 189, par. 12 (indiquant une consultation coordonnée entre plusieurs ministères fédéraux et un ministère provincial dans le cadre d'un projet de barrage hydroélectrique); *Squamish Nation v British Columbia (Environnement)*, 2018 BCSC 844, par. 73-74, 102-104 (indiquant une consultation coordonnée entre les gouvernement provincial et fédéral dans le cadre d'un projet d'oléoduc).

³¹² K. WILKINS, préc., note 17, 66.

³¹³ Myriam E. GILLES, « In Defense of Making Government Pay: the Deterrent Effect of Constitutional Tort Remedies », (2001) 65 *U Ga. L. Rev.* 845. Rosenthal rejette cependant cette justification du pouvoir dissuasif des procès, affirmant que l'affirmation de Gilles n'est pas fondée sur des données empiriques et que les litiges n'ont des répercussions politiques que dans une infime minorité des cas : L. ROSENTHAL, préc., note 57, 828-829. Il se peut que les litiges impliquant le paragraphe 35(1) n'aient effectivement qu'un impact moindre dans la majorité

raison de la médiatisation qui l'accompagne parfois, peut entraîner des coûts politiques pour l'État sous la forme d'opinions défavorables qu'entretiennent à son égard non seulement la partie adverse – qui, ici, est une communauté, et non un simple individu – mais également les individus qui ont vent du procès. En l'espèce, les procès impliquant le paragraphe 35(1) peuvent avoir une influence sur les perceptions des membres de l'électorat, qu'ils soient davantage favorables aux revendications autochtones ou à une exploitation des ressources naturelles avec une prise en compte minimale des intérêts de la communauté affectée. Notons de plus que, dans le cas de contraventions répétées, des réprimandes d'organisations internationales peuvent également avoir pour effet de sensibiliser les électeurs aux comportements négligents de l'État³¹⁴.

Enfin, la tenue de procès dans le cadre de projets d'exploitation des ressources naturelles peut diminuer l'attrait qu'auront de futurs projets pour les promoteurs qui accordent une grande importance à la stabilité de l'environnement où ils comptent réaliser leurs projets. Si l'on présume que l'État est favorable à l'exploitation des ressources naturelles sur son territoire – notamment en raison des bienfaits économiques qu'elle procure – cette perte d'intérêt des promoteurs constitue pour lui un coût politique. Ceux-ci pourraient en venir à privilégier la réalisation de projets dans d'autres juridictions, qui n'imposent pas aux entreprises d'être confrontées à autant d'incertitudes et, ainsi, amoindrir les bénéfices politiques que tire l'État de la réalisation de tels projets³¹⁵.

Bien qu'une contravention à l'obligation de consulter n'impose de sanctions qu'à l'État, ces sanctions ont des effets néfastes pour une entreprise qui tente de réaliser un projet d'exploitation des ressources naturelles. En effet, la seule délivrance d'une concession forestière ou d'un titre minier peut être jugée comme une action gouvernementale contrevenant au paragraphe 35(1).

des cas, mais cette affirmation de Rosenthal est viciée au même titre que celle de Gilles, en ce que les deux ne se fondent pas sur des études empiriques. À nos fins, cependant, il ne suffit que d'affirmer que ces procès ont effectivement un impact négatif qui influencera l'État dans sa prise de décision, ce que ne nie pas Rosenthal.

³¹⁴ Plusieurs instances internationales ont réprimandé le gouvernement canadien pour le traitement qu'il a réservé aux peuples autochtones au cours des dernières années. Voir, par exemple : Rodolfo STAVENHAGEN, *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*, E/CN.4/2005/88/Add.3, (2 décembre 2004) en ligne : <http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=10620>; S. James ANAYA, *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples*, Doc. N.U. A/HRC/27/52/Add. 2, (4 juillet 2014), en ligne : <<http://unsr.jamesanaya.org/docs/countries/2014-report-canada-a-hrc-27-52-add-2-en.pdf>>.

³¹⁵ Dans un article traitant de l'industrie minière au Yukon, Dwight Newman et Malcolm Lavoie font état de ces effets néfastes qu'a l'incertitude entourant les décisions du gouvernement et des tribunaux concernant le paragraphe 35(1) en ce qui a trait aux perceptions des investisseurs : D. G. NEWMAN et M. LAVOIE, préc., note 14, p. 21.

Lorsque de telles autorisations sont accordées sans respecter les droits allégués de la communauté autochtone affectée, elles peuvent être annulées ou suspendues. Cette sanction aura un effet tant pour l'État que pour l'entreprise. En effet, les entreprises peuvent subir des préjudices financiers importants résultant des délais que causent le procès et la sanction qui y sera prononcée³¹⁶. Des délais trop importants peuvent même rendre un projet irréalisable, compte tenu des fluctuations du marché pour la ressource en question³¹⁷. De manière générale, il est dans l'intérêt de l'entreprise de garantir que ses activités aient lieu dans un environnement stable³¹⁸.

De même, la contestation devant un tribunal de la conduite de l'entreprise peut causer des dommages importants à son image. Ainsi, il est possible qu'une entreprise reconnue comme ayant traité cavalièrement les droits des peuples autochtones voit sa réputation ternie auprès des autres communautés autochtones³¹⁹. Par ailleurs, les investisseurs accordent une importance croissante aux bonnes relations des entreprises extractives avec les communautés autochtones, notamment en raison des risques qui découlent de relations tendues entre une entreprise et une communauté autochtone affectée par un projet d'exploitation des ressources naturelles³²⁰. C'est donc dire que les impacts néfastes que peuvent avoir le processus judiciaire sur la réputation d'une entreprise contribuent au pouvoir coercitif qu'exerce le paragraphe 35(1) à son égard.

³¹⁶ Ainsi, plusieurs entreprises, dans le cadre de requêtes en injonction, invoquent le préjudice financier qu'elles subiront si l'injonction est accordée. Voir, à titre d'exemple : *Petahtegoose v. Eacom Timber*, 2016 ONSC 2481, par. 47 ; *Wahgoshig First Nation v. Ontario*, préc., note 273, par. 2 et 67; *Taseko Mines Ltd. v. Phillips*, 2011 BCSC 167, par. 50; *Platinex v. Kitchenuhmaykoosib Inninuwug First Nation*, 2006 ONSC 26171 152, par. 72. Dans ce dernier cas, l'entreprise affirmait que les délais que causerait l'octroi d'une injonction auraient pour effet de la rendre insolvable.

³¹⁷ C'est ce qui est arrivé à l'oléoduc de la vallée du Mackenzie, dont la construction semble avoir été abandonnée en raison des délais causés par de nombreuses contestations judiciaires. En raison de ces contestations, la réalisation de l'oléoduc, qui devait permettre le transport de gaz naturel des Territoires du Nord-Ouest à l'Alberta, ne présentait plus d'attrait économique : K. COATES et B. L. CROWLEY, préc., note 14, p. 6.

³¹⁸ D. G. NEWMAN, préc., note 272, p. 79-81 ; D. G. NEWMAN et M. LAVOIE, préc., note 14, p. 21; J. LECLAIR et M. MORIN, préc., note 14, par. 150. Les auteurs Laurin et Jamieson, notent que la pratique qu'ont les entreprises de négocier des ententes avec les communautés affectées par le développement qu'elles effectuent constitue une manière de gérer le « above-ground risk », qui inclut les dommages à la réputation et les délais causés par le processus judiciaire: W. M. LAURIN et J. P. JAMIESON, préc., note 14, 458. La professeure Baker, quant à elle, parle de « social risk » ou de « human risk »: Shalanda H. BAKER, « Why The IFC's Free, Prior and Informed Consent Does Not Matter (Yet) to Indigenous Communities Affected by Development Projects », (2012) 30:3, *Wisc. Int'l L. J.*, 668, 674.

³¹⁹ J. LECLAIR et M. MORIN, préc., note 14, par. 150; D. G. NEWMAN, préc., note 272, p. 136; Amy K. LEHR et Gare A. SMITH, *Implementing a Corporate Free, Prior, and Informed Consent Policy: Benefits and Challenges*, Washington, Foley Hoag LLP, 2010, en ligne: <<http://solutions-network.org/site-fpic/files/2012/09/Implementing-a-Corporate-Free-Prior-Informed-Consent-Foley-Hoag.pdf>>, p. 6-7.

³²⁰ A. K. LEHR et G. A. SMITH, préc., note 319, p. 67-68. Un jugement reconnaissant qu'un projet mené par une entreprise contrevient au paragraphe 35(1) pourrait donc influencer sa capacité à favoriser l'investissement dans ses futurs projets.

Il n'en demeure pas moins qu'en dernier lieu, l'obligation de consulter incombe à l'État. Cela dit, il est possible qu'une entreprise ait intérêt à consulter elle-même la communauté affectée par la réalisation de son projet. En se fiant seulement à l'État afin de s'assurer que le projet ne contrevienne pas au paragraphe 35(1), l'entreprise court le risque que celui-ci ne se soucie que de satisfaire ses propres préférences. Ainsi, l'État pourrait tenter de se conformer étroitement aux exigences de l'obligation de consulter dans le but d'exploiter rapidement les ressources de son territoire s'il juge que cette option lui est moins onéreuse que d'offrir à la communauté affectée de mettre en œuvre des mesures d'accommodement qui la rendraient favorable au projet³²¹. Il est possible qu'une entreprise trouve qu'une telle approche lui impose d'assumer un trop grand risque que la communauté soit insatisfaite de la consultation et qu'elle intente un recours judiciaire contre l'État. Ce recours judiciaire, nous l'avons montré plus haut, pourrait avoir pour effet d'imposer des coûts à l'entreprise. Celle-ci pourrait préférer consulter elle-même la communauté, diminuant ainsi le risque de subir ces coûts. Il est également possible que l'État, contrairement à l'entreprise, ne voie pas d'intérêt à réaliser le projet s'il doit lui-même assumer les coûts découlant de la consultation et, le cas échéant, de l'accommodement des communautés autochtones affectées³²².

L'ignorance de l'entreprise quant à la manière dont se comportera l'État n'est cependant pas le seul facteur qui peut la pousser à procéder elle-même à la consultation. En effet, dans certains cas, un organe administratif peut faire de la consultation de communautés autochtones une condition préalable à l'octroi d'une autorisation ou d'un permis³²³. Dans d'autres cas, l'État délègue de manière explicite des « aspects procéduraux » de la consultation exigée par le paragraphe 35(1) aux entreprises, usant ainsi de la latitude que lui a reconnue la Cour dans l'arrêt *Haïda*³²⁴ et incitant les entreprises à négocier elles-mêmes avec les communautés autochtones affectées par les projets qu'elles désirent réaliser. En outre, l'entreprise qui adopte un comportement proactif en consultant elle-même la communauté autochtone affectée peut bonifier son image auprès du public³²⁵.

³²¹ A. K. LEHR et G. A. SMITH, préc., note 319, p. 7.

³²² Ainsi, deux auteurs soutiennent qu'il est possible que l'État refuse d'accorder les autorisations nécessaires tant que l'entreprise n'a pas procédé à la consultation de la communauté affectée : Ginger GIBSON et Ciaran O'FAIRCHEALLAIGH, *IBA Community Toolkit. Negotiation and Implementation of Impact and Benefit Agreements*, Toronto, Walter and Duncan Gordon Foundation, 2010, en ligne : <https://www.afoa.ca/afoadocs/L3/L3a%20-%20IBA_toolkit_March_2010_low_resolution.pdf>, p. 30.

³²³ Voir, à titre d'exemple : *Nation Gitxaala c. Canada (Procureur général)*, préc., note 247, par. 51.

³²⁴ Par. 53.

³²⁵ A. K. LEHR et G. A. SMITH, préc., note 319, p. 65-66.

Il sera donc parfois dans le meilleur intérêt d'une entreprise qui désire réaliser un projet d'exploitation des ressources naturelles de procéder elle-même à une consultation, ou de mettre en place un accommodement acceptable pour la communauté autochtone affectée par le projet qu'elle propose, de manière à être assurée que le projet ne contrevienne pas au paragraphe 35(1). De cette façon, elle peut choisir la manière de réaliser le projet qui reflète sa propre capacité à assumer un risque que le projet soit retardé ou annulé, ou encore offrir à la communauté les accommodements qu'elle estime être en mesure de mettre en place à un coût minimal. Toutefois, la consultation, ou la détermination de l'accommodement approprié, lui impose des coûts supplémentaires qu'elle pourrait trouver opportun de ne pas encourir, confiant plutôt cette tâche à l'État. Il est donc également possible que, dans d'autres cas, l'entreprise préfère laisser à l'État le soin de consulter la communauté et, le cas échéant, de déterminer les accommodements qu'il serait nécessaire de mettre en place. Lorsqu'elle se demandera si cela est judicieux, l'entreprise, selon le modèle de l'individu rationnel, comparera les coûts qui, selon ses estimations, pourraient découler d'une consultation menée par l'État (mais peut-être attentatoire au paragraphe 35(1), parce que trop minimaliste), et les coûts que lui incomberaient si elle procédait elle-même à la consultation afin de choisir l'option qui lui impose les coûts les moins onéreux.

En pratique, les exigences du paragraphe 35(1) sont souvent satisfaites par les entreprises³²⁶, ce qui mène une auteure à affirmer que la consultation menée par les entreprises représente la norme, plutôt que l'exception, en ce qui concerne les projets d'exploitation des ressources naturelles affectant des communautés bénéficiant de la protection constitutionnelle du paragraphe 35(1)³²⁷. Les sous-sections 4.1.1.1 à 4.1.1.3 auront pour objet de montrer de quelles manières l'entreprise et l'État sont affectés par les effets potentiels d'une contravention à l'obligation de consulter, ainsi que par les exigences de cette obligation et l'incertitude qui les caractérise. Pour ce faire, nous exposerons les répercussions des trois options qui s'offrent à ces deux acteurs, soit l'ignorance de l'obligation de consulter par l'entreprise, (4.1.1.1), la tentative de se conformer aux exigences de l'obligation de consulter par l'État et/ou l'entreprise (4.1.1.2.)

³²⁶ Plusieurs auteurs constatent que les entreprises consultent le plus souvent les communautés affectées par les projets qu'elles mènent : W. M. LAURIN et J. P. JAMIESON, préc., note 14, 458; K. RITCHIE, préc., note 13, 409; S. GOGAL, R. REIGERT et J. JAMIESON, préc., note 14, 134-141; D. G. NEWMAN, préc., note 272, p. 134-138. Deux auteurs avancent que, dans le cas des projets miniers réalisés dans le nord du pays, la conclusion d'une entente avec la communauté affectée est un pré-requis essentiel : Emilie CAMERON et Tyler LEVITAN, « Impact and Benefit Agreements and the Neoliberalization of Resource Governance and Indigenous-State Relations in Northern Canada », (2014) 93 *Studies in Political Economy* 25, 25.

³²⁷ K. RITCHIE, préc., note 13, 409.

ainsi que l'obtention du consentement de la communauté autochtone affectée par le projet par l'État et/ou l'entreprise (4.1.1.3)

4.1.1.1. Le choix de l'ignorance

Dans un premier temps, tant l'État que l'entreprise peuvent choisir d'ignorer les exigences de l'obligation de consulter et de réaliser le projet sans assumer les coûts que leur impose cette disposition. En effet, comme nous l'avons vu, l'entreprise peut se fier à l'État afin qu'il effectue la consultation. L'État, toutefois, rappelons-le, bénéficie de la possibilité de déléguer cette obligation à un tiers, qu'il s'agisse d'une entreprise ou d'un organe administratif. Dans le cas de l'État, il serait donc trompeur de parler d'ignorance de l'obligation, puisqu'elle est plutôt confiée à un tiers. Nous aborderons cette délégation de l'obligation de consulter à la sous-section 4.1.1.2.1.

Lorsque l'entreprise est mandatée par l'État afin d'effectuer la consultation, elle dispose tout de même de l'option d'ignorer les exigences que pose le paragraphe 35(1). D'abord, il lui est loisible de refuser cette délégation qui, nous le verrons, ne la contraint pas juridiquement. Pour effectuer ce choix, l'entreprise doit être en mesure d'acquiescer une certitude suffisante que l'État procédera lui-même à la consultation et ce, d'une manière qui ne porte pas atteinte à ses intérêts, ce qui, comme nous l'avons vu à la sous-section précédente, présente plusieurs difficultés.

L'entreprise pourrait également juger opportun de faire fi des revendications de la communauté autochtone affectée par le projet. Toutefois, si l'entreprise ne manifeste aucune considération pour les préoccupations de la communauté autochtone affectée, celle-ci devrait être menée à contester la conformité de la consultation. L'entreprise ne bénéficierait donc pas de son insouciance à l'égard des intérêts autochtones, puisqu'un éventuel jugement déclaratoire ordonnerait à l'État de tenir compte des intérêts de la communauté autochtone affectée par le projet. De plus, choisir cette option expose l'entreprise à une sanction qui peut retarder ses opérations davantage qu'une consultation de la communauté. Enfin, une entreprise qui se fonde sur le fait que le droit de la communauté autochtone affectée par un projet n'a pas été formellement reconnu par les tribunaux pour ne pas la consulter pourrait voir ce droit être

reconnu dans les mois ou années qui suivent, ce qui, dans le cas d'un titre ancestral, pourrait l'exposer à une sanction à portée rétroactive³²⁸.

Le seul cas où cette option pourrait être attrayante est celui où l'entreprise est persuadée, à un certain degré, que la communauté autochtone n'a pas la capacité de faire valoir sa revendication. En effet, dans un tel cas, les coûts qu'encourt l'entreprise en procédant à la consultation pourraient être supérieurs à ceux qu'elle associe à la possibilité que la communauté autochtone affectée par le projet conteste sa conduite. Divers facteurs pourraient mener l'entreprise à acquiescer à cette conviction. Notamment, le fait que l'obligation de consulter soit due à des collectivités fait en sorte que ce sont généralement les collectivités qui doivent intenter des recours³²⁹. Ainsi, si une entreprise constate que les opinions au sein d'une communauté quant à son projet sont fortement polarisées, elle pourrait être portée à conclure que la communauté ne sera pas en mesure de faire valoir son droit d'être consultée et à entretenir cette dissension au sein de la communauté³³⁰. Il serait possible, dans de telles circonstances, que l'entreprise décide de ne pas la consulter, compte tenu des coûts que cela ajouterait à la réalisation du projet. Cependant, il subsisterait des risques que l'entreprise subisse des contrecoups de cette conduite : les individus opposés au projet, quoique les opinions soient partagées au sein de la communauté, pourraient tout de même parvenir à convaincre le conseil de bande d'intenter une action. De même, il demeurerait possible que ceux-ci fassent appel aux médias ou dénoncent la conduite de l'entreprise de tout autre manière et causent ainsi un préjudice à sa réputation. Ces mouvements d'opposition à des projets peuvent parfois prendre une dimension pancanadienne, voire internationale, notamment dans le cas de projets d'oléoducs³³¹. Dans de tels cas, le fait que les opinions quant à un projet soient polarisées au sein de la communauté ne fait pas obstacle à des manifestations qui peuvent causer préjudice tant à la réputation de l'entreprise qu'à la conduite de ses activités. Il est en outre possible que ces individus manifestent leur

³²⁸ *Tsilhqot'in*, par. 92 ; D. G. NEWMAN, préc., note 15, à la page 352.

³²⁹ Rappelons qu'il est également possible que certaines organisations représentent des collectivités autochtones : *Manitoba Metis Federation, c. Canada (Procureur général)*, préc., note 130. Selon le professeur McNeil, il est également possible que les communautés délèguent cette tâche à des individus, qui devront alors démontrer qu'ils ont été habilités au nom de la communauté : Kent McNEIL, « Aboriginal Title and Indigenous Governance : Identifying the Holders of Rights and Authority », (2016) 12 :14 *Osgoode Legal Studies Research Paper Series* 50, en ligne : <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/olsrps/182/>>, p.42-43, citant : *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, préc., note 121, par. 30-31. Voir, également : *Jackman v. Kwikwetlem First Nation*, 2016 BCSC 229, par. 25.

³³⁰ G. GIBSON et C. O'FAIRCHEALLAIGH, préc., note 322, p. 51.

³³¹ Voir, par exemple : Carl MEYER, « Chiefs from 133 First Nations join fight against Kinder Morgan pipeline and oilsands expansion », *National Observer*, 2 mai 2018, en ligne : <<https://www.nationalobserver.com/2018/05/02/news/chiefs-133-first-nations-join-fight-against-kinder-morgan-pipeline-and-oilsands>>.

opposition en occupant le site du projet, ce qui peut engendrer de coûteux délais pour l'entreprise³³².

Une façon pour l'entreprise de mitiger le risque que la communauté parvienne à convaincre le conseil de bande d'intenter un recours serait, à l'occasion de la négociation d'une entente de développement, d'offrir des avantages à des membres influents de la communauté, de façon à ce que ceux-ci usent de leur pouvoir afin d'assurer que le projet ne soit pas contesté devant les tribunaux.

Cependant, la validité de telles ententes est, à tout le moins, discutable. Si la Cour suprême du Canada a indiqué, dans l'arrêt *Tsilhqot'in*³³³, que l'obtention du consentement de la communauté bénéficiaire d'un titre ancestral, soit-il démontré ou revendiqué, peut permettre à des tiers de se mettre à l'abri de toute contestation judiciaire, la Cour n'a pas donné davantage d'indications quant aux conditions dans lesquelles ce consentement doit être exprimé.

Une décision récente de la Cour suprême de la Colombie-Britannique porte sur la validité d'une entente conclue entre le gouvernement de cette province et une communauté autochtone qui revendiquait un titre. L'entente prévoyait que les processus de consultation et d'accommodement qu'elle décrivait suffisaient à autoriser certaines activités sur un territoire où la communauté revendiquait un titre et que la bande ne contesterait pas la réalisation des activités³³⁴. L'entente octroyait au chef de la bande un pourcentage de la somme versée à la communauté³³⁵. Elle avait été examinée par un comité de citoyens, mais n'avait toutefois pas fait l'objet de discussions au sein de la communauté³³⁶ et était contestée par un de ses membres.

La Cour a refusé de reconnaître que, sans avoir l'autorisation de la bande, un individu puisse contester la conclusion d'une entente concernant le titre que celle-ci détient collectivement³³⁷.

³³² Dans *Platinex v. Kitchenuhmaykoosib Inninuwug First Nation*, préc., note 316, par. 72, une entreprise demandait une injonction interlocutoire dans le but d'éviter l'insolvabilité. Dans une autre affaire, les pertes causées à l'entreprise par les protestataires autochtones s'élevaient à 435 000 \$ par jour : *Nalcor Energy v. NunatuKavut Community Council Inc.*, 2012 NLTD(G) 175, par. 62.

³³³ Par. 97. La juge en chef McLachlin indique que : « Les gouvernements et particuliers qui proposent d'utiliser ou d'exploiter la terre, que ce soit avant ou après une déclaration de titre ancestral, peuvent éviter d'être accusés de porter atteinte aux droits ou de manquer à l'obligation de consulter adéquatement le groupe en obtenant le consentement du groupe autochtone en question. ».

³³⁴ *Jackman v. Kwikwetlem First Nation*, préc., note 329, par. 8.

³³⁵ *Id.*

³³⁶ *Id.*, par. 3.

³³⁷ *Id.*, par. 23-24.

Cependant, la décision n'écarte pas la possibilité que la compensation versée aux membres influents soit contestée par la bande, agissant par l'entremise du conseil de bande³³⁸. En *obiter*, la Cour a affirmé que l'entente pouvait avoir pour effet, « tout au plus »³³⁹, d'exprimer le consentement valide de cette communauté à une atteinte portée à son titre ancestral, qui n'en était toutefois qu'au stade de la revendication³⁴⁰. Curieusement, la Cour ne se prononce pas sur la validité de la renonciation au droit à la consultation qu'emporte pourtant clairement cette entente. Ainsi, la décision ne permet pas de tirer des conclusions quant aux conditions que doit respecter une communauté afin de renoncer valablement au droit d'être consultée. De plus, cette décision ne fait pas état de conditions d'opposabilité de telles ententes aux membres de la bande, mentionnant seulement qu'un individu ne peut la contester sans y être habilité par la bande.

Quant au risque que les membres de la communauté aient recours à des moyens extrajudiciaires afin de s'opposer au projet, certains affirment que des clauses interdisant aux membres de la communauté de retarder le projet ont pour effet d'empêcher ou de compliquer grandement toute manifestation d'opposition démocratique à l'égard du projet³⁴¹. Ces constats ne sont cependant pas soutenus par des arguments juridiques, pour la simple et bonne raison que les tribunaux n'ont pas eu à examiner cette question pour le moment. Toutefois, il nous semble qu'en accordant une telle portée juridique à ces clauses, un tribunal se trouverait à valider une renonciation collective au droit à la liberté d'expression, liberté constitutionnelle dont jouissent les *individus*³⁴². De plus, la légalité de la renonciation contractuelle aux droits protégés par le paragraphe 35(1) qu'opèrent de telles ententes demeure douteuse³⁴³. En outre, rappelons que

³³⁸ *Jackman v. Kwikwetlem First Nation*, préc., note 329, par. 35. La contestation aurait pour fondement l'obligation de fiduciaire qu'a le chef envers les membres de la bande.

³³⁹ *Id.*, par. 33: « The Benefits Agreement is not a surrender or extinguishment of Aboriginal title as it cannot be by law. Rather it is at most an infringement of Aboriginal title as the KFN is entitled to agree to, on the authority of the *Tsilhqot'in Nation*. »

³⁴⁰ *Id.*, par. 28.

³⁴¹ Ken J. CAINE et Naomi KROGMAN, « Powerful or Just Plain Power-Full? A Power Analysis of Impact and Benefit Agreements in Canada's North », (2010) 23:1 *Organization & Environment* 76, 86. Deux autres auteurs affirment que : « The common requirement for Aboriginal groups to support a project immediately limits their capacity to manoeuvre politically, particularly in relation to environmental and other groups that might otherwise be valuable political allies. » (G. GIBSON et C. O'FAIRCHEALLAIGH, préc., note 322, p. 48).

³⁴² Charte, par. 2a).

³⁴³ S. GOGAL, R. REIGERT et J. JAMIESON, préc., note 14, 156-157 ; K. J. CAINE et N. KROGMAN, préc., note 341, 80. La question n'a jamais été examinée par les tribunaux, hormis dans l'affaire *Jackman v. Kwikwetlem First Nation*, préc., note 329. La Cour suprême de la Colombie-Britannique n'a toutefois pas confirmé que la signature d'une entente constituait une renonciation aux bénéfices du paragraphe 35(1), tranchant plutôt sur l'absence d'intérêt pour agir qu'avait le demandeur. Toute donne à penser qu'en raison du caractère collectif des droits que reconnaît le paragraphe 35(1), une renonciation valide à l'un de ces droits devrait être effectuée par une entité qui représente l'ensemble de ses bénéficiaires. En revanche, compte tenu du pouvoir qu'ont les bénéficiaires de droits ancestraux d'en déterminer les modalités d'usage au sein de la communauté, il pourrait s'avérer complexe de déterminer quelle entité est habilitée à renoncer à ces droits, et à quelles conditions. Mentionnons également que

certaines projets peuvent non seulement susciter l'opposition de la communauté autochtone affectée, mais également d'autres acteurs de la société. Dans de tels cas, ces tiers ne sont pas liés par l'entente conclue entre la communauté et l'entreprise et peuvent causer préjudice à la conduite des activités et à la réputation de l'entreprise.

Il est également possible qu'une entreprise soit persuadée que la communauté affectée n'aura pas les ressources financières nécessaires afin de contester ses actions devant les tribunaux. Il semble cependant peu probable qu'une entreprise soit en mesure d'acquérir une telle conviction, en ce qu'elle requiert que l'entreprise ait connaissance des ressources dont pourrait disposer la communauté. De plus, il sera nécessaire que l'entreprise détermine quels avantages la communauté peut retirer d'une telle contestation, avantages qui seront subjectifs et dont l'entreprise aura de la difficulté à évaluer l'importance. Une communauté peut, en effet, attacher une grande valeur à sa propre participation au processus d'aménagement du territoire qui fait l'objet d'une revendication en vertu du paragraphe 35(1) et désirer contester les actions de l'entreprise même si les coûts liés à cette contestation sont énormes.

C'est donc dire qu'afin d'ignorer les exigences de l'obligation de consulter lorsque l'État la lui a déléguée, l'entreprise doit acquérir un niveau de certitude suffisamment élevé quant à la passivité de la communauté affectée par ses actions pour être en mesure de conclure que le coût associé au risque de voir cette communauté contester ses actions est inférieur à celui associé à la consultation ou à la négociation d'une entente. Dans les cas où, au contraire, l'entreprise estime que les coûts associés au risque que la communauté autochtone conteste la validité de ses actions sont supérieurs à ceux que lui impose cette consultation, l'entreprise devrait consulter la communauté affectée. Nous aborderons dans la prochaine sous-section les risques que posent, tant pour l'État que l'entreprise, les tentatives de respecter les exigences de l'obligation de consulter.

4.1.1.2. La tentative de se conformer aux exigences du paragraphe 35(1)

4.1.1.2.1. Les risques auxquels fait face l'État en déléguant l'exécution de son obligation

les tribunaux ont établi qu'en ce qui concerne les droits de la personne, une renonciation ne pourra être valide, sauf dans les cas où elle améliore la protection de l'individu qui en bénéficie : *Chow v. Mobil Oil Canada*, 1999 ABQB 1026, cité dans *R. v. Horner*, 2013 SKQB 340, par. 35.

Comme l'État bénéficie du pouvoir de déléguer l'obligation de consulter qui lui incombe, il est possible qu'ayant expressément indiqué au promoteur et/ou à l'entité administrative responsable de la réalisation du projet qu'il leur délègue son obligation de consulter, il choisisse de respecter les exigences du paragraphe 35(1) en ne procédant qu'à la supervision de la consultation qu'effectuent ces entités et n'y prenne pas part activement.

Ce pouvoir de l'État l'obligation de consulter n'est cependant pas illimité. Dans un premier temps, il faut noter qu'une délégation par l'État de son obligation à un tiers n'emporte pas le pouvoir de contraindre ce dernier à agir. Ainsi, un jugement affirme le caractère parfaitement légal du refus d'obtempérer d'une entreprise à laquelle avait été confiée la tâche de consulter la communauté affectée par le projet³⁴⁴. En outre, la délégation ne peut avoir pour effet de rendre la consultation vide de sens. Ainsi, dans le cas où une entreprise refuse de procéder à la consultation, ou qu'une entité administrative ne dispose pas de pouvoirs suffisants afin de la mener de manière utile³⁴⁵, la délégation ne pourra permettre à l'État d'exécuter son obligation. De la même manière, bien que le consentement de la communauté détentrice du droit d'être consultée ne soit pas requis afin que la délégation soit valide³⁴⁶, cette délégation ne peut avoir pour effet d'empêcher la communauté de faire valoir ses intérêts d'une manière qui rendrait la consultation insuffisante au regard des exigences du paragraphe 35(1) dans une situation donnée³⁴⁷.

La mesure dans laquelle l'État peut échapper à son obligation constitutionnelle est de plus limitée aux aspects procéduraux de cette obligation. Cette notion d'« aspects procéduraux » n'a pas été définie précisément par les tribunaux³⁴⁸, mais un consensus jurisprudentiel indique que l'État ne peut confier à un tiers la responsabilité qui lui incombe de déterminer si l'obligation de consulter a été satisfaite avant de prendre une mesure³⁴⁹. Une décision de la Cour supérieure de l'Ontario indique quant à elle qu'il revient à la Couronne de déterminer si un projet déclenche

³⁴⁴ *Saugeen First Nation v. Ontario (MNR)*, 2017 ONSC 3456, par. 8.

³⁴⁵ *Rio Tinto Alcan inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, préc., note 233, par. 60.

³⁴⁶ *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, 2017 CSC 41.

³⁴⁷ Zena CHAROWSKY, « The Aboriginal Law Duty to Consult: An Introduction for Administrative Tribunals », (2011) 74 *Sask. L. Rev.* 213, 221.

³⁴⁸ Daniel CRAIK, « Process and Reconciliation: Integrating the Duty to Consult with Environmental Assessment », (2016) 53 *Osgoode Hall L. J.* 632, 650 ; Peter LANDMANN, « Crown Delegation of Consultation Responsibilities », *Ontario Bar Association*, décembre 2012, en ligne: <http://www.oba.org/en/pdf/sec_news_abo_dec12_con_lan.pdf>.

³⁴⁹ *Première nation des Dénés Yellowknives c. Canada (Procureur général)*, 2010 CF 1139, par. 99, cité dans *Saugeen First Nation v. Ontario (MNR)*, préc., note 344, par. 19. Voir, également : *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, préc., note 268, par. 22.

une obligation de consulter³⁵⁰. En revanche, il est loisible à l'État de déléguer à un tiers la tâche de rencontrer la communauté affectée, de prendre connaissance de ses demandes et de l'informer des effets du projet. L'État peut également inciter le tiers à développer un plan de consultation³⁵¹. De plus, les tribunaux ont validé des délégations de l'obligation de consultation où l'État se désengage du processus d'approbation d'un projet et confie l'entièreté de l'exécution de son obligation à une entité administrative³⁵².

Enfin, la délégation de l'obligation de consulter doit respecter une condition de forme, c'est-à-dire que la communauté affectée doit en être avisée. Cet avis peut être implicite, mais, dans ce cas, les circonstances de la délégation doivent indiquer sans équivoque la manière dont la Couronne compte exécuter son obligation³⁵³.

À première vue, il semble que l'État a tout intérêt à procéder à une délégation de son obligation. En effet, cela lui permet de réduire considérablement les coûts qu'il assume en exécutant son obligation. De plus, l'entreprise, appâtée par les gains potentiels du projet, devrait veiller à ce que la consultation soit exécutée dans les meilleurs délais et de manière à respecter les exigences constitutionnelles³⁵⁴. Bien que l'État soit toujours responsable de s'assurer que la consultation soit suffisante, il n'a pas à participer aux rencontres avec la communauté et à

³⁵⁰ *Saugeen First Nation v. Ontario (MNR)*, préc., note 344, par. 61.

³⁵¹ Cette liste n'est peut-être pas exhaustive, puisque, comme nous le mentionnons, les « aspects procéduraux » n'ont pas été défini clairement par la jurisprudence. En revanche, une décision de la Cour supérieure de l'Ontario où l'obligation avait été déléguée et où l'entreprise s'était livrée aux activités que nous mentionnons a confirmé qu'une délégation de cette ampleur n'était pas invalide : *Wabauskang First Nation v. Ontario (Minister of Northern Development and Mines)*, 2014 ONSC 4424, par. 229. Un auteur affirme que la tâche de déterminer le financement dont doit bénéficier la communauté afin de pouvoir prendre part aux consultations peut également être déléguée à un tiers : P. LANDMANN, préc., note 348, p. 2.

³⁵² *Chippewas of the Thames*, préc., note 346, par. 32, citant *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, préc., note 268, par. 30.

³⁵³ À titre d'exemple, dans le cadre d'une délégation à une entité administrative, les éléments factuels suivants ont mené la Cour suprême du Canada à conclure que la communauté savait (ou devait savoir) que l'État ne prendrait pas part à la consultation : « En février 2013, l'ONÉ [l'entité administrative à laquelle était déléguée la consultation] a communiqué avec les Chippewas de la Thames et 18 autres groupes autochtones pour les informer de l'existence du projet et du rôle de l'ONÉ concernant son approbation. Les groupes autochtones ont été avisés à l'avance de la tenue des audiences et ont été invités à participer au processus de l'ONÉ. Les Chippewas de la Thames ont accepté l'invitation et ils ont comparu devant l'ONÉ en tant qu'intervenants. À ce titre, ils savaient que l'ONÉ était le décideur ultime aux termes de l'art. 58 de la *Loi sur l'ONÉ*. De plus, comme il ressort de leur lettre du mois de septembre 2013, ils comprenaient qu'aucun autre organisme de l'État ne participait au processus pour effectuer des consultations. Selon nous, les circonstances indiquaient de façon suffisamment claire aux Chippewas de la Thames que le processus de l'ONÉ constituait le processus de consultation et d'accommodement de la Couronne. Malgré son défaut de donner un avis en temps utile, la Couronne a respecté son obligation de mener des consultations. » (*Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, préc., note 346, par. 46).

³⁵⁴ Certains auteurs et tribunaux font état de cet intérêt qu'ont les promoteurs à s'assurer que les communautés soient consultées : voir les textes cités à la note 14 et *Saugeen First Nation v. Ontario (MNR)*, préc., note 344.

documenter la consultation. En ne faisant que superviser ainsi les consultations, il réduit donc les coûts qu'elles impliquent. En revanche, il perd la possibilité de tirer les bénéfices politiques que peuvent lui procurer des consultations réussies. En effet, il est possible que des consultations réussies améliorent la perception de l'État qu'ont certains membres de l'électorat. De plus, les promoteurs qui considèrent réaliser un projet d'exploitation pourront voir en des actions proactives de l'État un signe encourageant qui diminue l'incertitude qui peut planer sur la réalisation du projet. Notons en outre qu'il est possible que certains électeurs voient de manière répréhensible ce désengagement de l'État face aux communautés autochtones. Dans l'éventualité où une communauté autochtone affectée dénonce la délégation à laquelle procède l'État, les coûts politiques qu'elle engendre pour l'État peuvent devenir importants pour l'État. Il n'est donc pas dit que l'État désirera systématiquement déléguer l'obligation de consulter qui lui incombe à un tiers.

Par ailleurs, cette délégation à un tiers de son obligation de consulter n'est pas exempte de risques pour l'État. En effet, lorsque l'État ne procède pas à une délégation explicite de son obligation à un tiers et qu'il n'avise pas la communauté affectée, il court le risque que la délégation de son obligation ne soit pas validée par un tribunal saisi par la communauté affectée. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services inc.*³⁵⁵, alors qu'une délégation implicite et totale de l'obligation à un organe administratif n'a pas été présentée de manière suffisamment claire à la communauté affectée par le projet³⁵⁶. Une délégation dont la communauté n'est pas informée ne permettra donc pas à l'État de satisfaire à son obligation. De plus, nous le verrons plus en détail dans la prochaine sous-section, les exigences du paragraphe 35(1) sont incertaines. Ainsi, il est possible que l'entité que mandate l'État afin d'effectuer la consultation sous-estime l'étendue et l'intensité de l'obligation.

En outre, la délégation qu'effectue l'État au profit d'une entreprise ne la contraint pas juridiquement. Ainsi, l'État peut être victime d'un refus par l'entreprise de se plier à sa délégation de l'obligation et être tenu responsable d'une contravention après avoir accordé un permis³⁵⁷. De plus, l'incertitude quant au débiteur de l'obligation peut occasionner des délais qui causent préjudice au promoteur, mais également à l'État, qui doit allouer des ressources à

³⁵⁵ Préc., note 268.

³⁵⁶ *Id.*, par. 46. Notons toutefois que, dans cette décision, la Cour semble avoir accordé davantage d'importance à l'insuffisance de la consultation menée par l'organe administratif qu'à la clarté de la délégation.

³⁵⁷ *Saugeen First Nation v. Ontario (MNR)*, préc., note 344.

la supervision du projet pendant une plus longue période de temps³⁵⁸. Il se peut même que cette confusion pousse une entreprise à poursuivre l'État en raison de la perte de profits que lui a causé son inaction, comme cela s'est produit en Ontario³⁵⁹. Malgré, à ce jour, le rejet de ce type de poursuite, des conflits d'une telle ampleur entre l'État et un promoteur ont sans doute un impact négatif quant à l'intérêt que voient les promoteurs à réaliser des projets d'exploitation des ressources naturelles sur le territoire du gouvernement ainsi poursuivi, ce qui, pour l'État, constitue un coût politique.

Également, lorsque l'État délègue son obligation de consulter à une entreprise, il court le risque que celle-ci ne consulte pas la communauté affectée d'une manière adéquate non pas en raison des contours flous de l'obligation, mais bien en raison de ses préférences différentes. Il est en effet possible qu'un comportement avantageux pour l'entreprise ait des conséquences politiques dévastatrices pour l'État. Pensons, à titre d'exemple, à une entreprise qui se soucie peu de sa réputation et qui estime que la revendication de la communauté affectée par son projet est peu solide. Supposons également qu'elle estime que les coûts associés à un procès seront moindres que ceux qu'elle encourrait en menant une consultation qui satisferait assurément les exigences du paragraphe 35(1). Si l'État ne prend pas lui-même en charge la consultation, il est possible qu'il subisse les coûts politiques qui découlent des reproches à l'égard du processus de consultation que pourrait formuler la communauté sur la place publique ou, le cas échéant, au sein de l'arène judiciaire. De même, certaines entreprises dont les ressources sont plus limitées peuvent ne pas disposer de fonds suffisants pour procéder elles-mêmes à la consultation³⁶⁰ et préférer assumer les coûts liés aux délais plus longs de la consultation étatique.

Il est donc manifeste que, dans certains cas, la décision de l'État de se retirer du processus de consultation et de s'en remettre aux actions d'entités privées ou administratives peut avoir des effets néfastes pour lui. En effet, bien que cela lui permette d'échapper aux coûts liés aux

³⁵⁸ La Cour supérieure de l'Ontario parle, dans un cas où tant l'entreprise que l'État se refusaient à consulter la communauté affectée, d'une période d'un an d'échanges infructueux afin de déterminer quel acteur procéderait à la consultation : *Saugeen First Nation v. Ontario (MNRF)*, préc., note 344, par. 121.

³⁵⁹ *Northern Superior Resources v. Ontario*, 2016 ONSC 3161. En ce qui concerne les difficultés de la réalisation de projets miniers dans le Nord de l'Ontario, voir: Heather HALL et Ken S. COATES, « Missed Opportunities, Glimmers of Hope. Aboriginal Communities and mineral development in Northern Ontario », Macdonald Laurier Institute, mai 2017, Aboriginal Canada and the Natural Resource Economy Series, en ligne: <https://macdonaldlaurier.ca/files/pdf/MLIAboriginalResources12-HallCoatesWeb_F.pdf>.

³⁶⁰ Le professeur Newman mentionne en effet que pour des entreprises de petite taille, la consultation des communautés affectées par leurs projets peut constituer un fardeau important : D. G. NEWMAN, préc., note 8, p. 12-13.

aspects procéduraux de la consultation, la délégation de son obligation comporte pour l'État certains risques, qui découlent de l'imprécision qui caractérise parfois la délégation et de la possibilité que l'entreprise à laquelle est confiée l'exécution de l'obligation privilégie ses intérêts aux dépens de ceux de l'État.

L'État peut prendre des moyens afin d'atténuer ces risques. Cela lui impose cependant des coûts, sous la forme d'allocation d'employés et de ressources qui participent au processus de consultation. Il sera rationnel pour l'État de les assumer dans la mesure où il estime qu'ils sont inférieurs à ceux qu'il subirait en raison des actes que poseraient les organes administratifs et les entreprises s'ils étaient laissés à eux-mêmes.

Les risques que l'État subisse des préjudices en raison de la conduite adoptée par l'entité qui effectue la consultation en lieu et place de l'État peuvent, dans une certaine mesure, être réduits par l'État. D'abord, il peut tenter de clarifier le rôle qu'il entend confier à chaque acteur, au moyen d'avis écrits ou en faisant appel à instruments à portée plus générale, telles les politiques de consultation³⁶¹. Il peut également tenter d'inciter l'entité qui effectue la consultation à prendre des mesures de consultation additionnelles. Cette imposition de conditions supplémentaires discrétionnaires peut se faire tant pendant la consultation (par l'envoi d'un avis au promoteur ou la transmission de directives à l'organe chargé de mener la consultation) que lors de la prise d'une décision administrative, notamment au moyen d'ajout de conditions aux permis qu'obtient le promoteur par le ministre responsable de l'octroi de ces permis³⁶². De cette

³⁶¹ Ainsi, deux auteures, dans un plaidoyer pour la diminution de l'incertitude entourant la consultation des communautés affectées par des projets d'exploitation des ressources naturelles, notent que neuf politiques de consultation provinciales délèguent clairement des aspects de la consultation aux promoteurs, mais invitent le Manitoba à modifier sa politique de consultation de manière à clarifier le rôle des promoteurs: Ravina BAINS et Kayla ISHKANIAN, « The Duty to Consult With Aboriginal Peoples. A Patchwork of Canadian Policies », Fraser Institute, mai 2016, en ligne : < <https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/duty-to-consult-with-aboriginal-peoples-a-patchwork-of-canadian-policies.pdf> > p. 10-11. Toutefois, le plus souvent, ces politiques, sans doute dans un souci de flexibilité, n'énoncent pas de règles claires en ce qui concerne la délégation aux promoteurs. Elles n'ont pas non plus force de droit, et la province peut y déroger sans que cela entraîne de conséquences juridiques. Ainsi, la politique britanno-colombienne prévoit ce qui suit : « In some circumstances, it may be appropriate for the Province to delegate certain procedural aspects of consultation to applicant » : (BRITISH COLUMBIA GOVERNMENT, préc., note 310, p. 12). La politique albertaine est plus précise, délèguant la plupart des aspects de la consultation aux promoteurs, mais permettant également la participation de l'État lorsque la délégation n'est pas adéquate: ALBERTA GOVERNMENT, *The Government of Alberta's Guidelines on Consultation with First Nations on Land and Natural Resource Management*, July 28, 2014, 2014, en ligne : <http://www.indigenous.alberta.ca/documents/First_Nations_Consultation_Guidelines_LNRD.pdf?0.25212830859755586>, p. 6, 15-17.

³⁶² Ainsi, plusieurs juridictions permettent au Ministre responsable d'un projet ou au Cabinet ministériel d'assujettir l'émission d'un certificat d'autorisation environnementale à des conditions discrétionnaires : *Loi sur l'Office National de l'Énergie*, L.R.C. 1985, c. N-7, par. 54(1a) ; par. 53(1) et 53(2) *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale 2012*, L.C. 2012, c. 19, art. 52 ; *Règlement sur les études d'impact sur*

manière, l'État atténue tant les risques liés à l'interprétation erronée que peut faire l'entité des exigences du paragraphe 35(1) que ceux découlant, dans le cas d'une entreprise, de ses préférences divergentes. En effet, dans la mesure où l'imposition de ces conditions a pour effet de pousser l'entité à outrepasser les exigences du paragraphe 35(1) et que la communauté en est consciente, celle-ci sera moins incitée à tenter un recours. Dans cette optique, l'État n'assume ni les coûts politiques qui accompagnent un procès, ni les coûts liés à l'exécution de la consultation.

Toutefois, cette imposition de mesures additionnelles aux tiers engendre également des coûts politiques pour l'État. En effet, les autres promoteurs qui envisagent réaliser un projet assujéti à la juridiction étatique en question verront d'un mauvais œil cet ajout discrétionnaire d'exigences à la réalisation d'un projet par l'État, puisqu'il représente pour eux une incertitude qui peut avoir pour effet d'augmenter les coûts qu'ils assumeront en réalisant le projet. Une telle pratique de l'État pourrait donc nuire à la réalisation future de projets sur son territoire. De plus, cette pratique ne permet que de réduire les coûts que créent les risques découlant de l'incertitude concernant l'interprétation du paragraphe 35(1), et non de les éliminer³⁶³. Afin d'y échapper complètement, l'État ne peut qu'espérer que la communauté affectée par le projet y consente, éventualité que nous aborderons aux sous-sections 4.1.1.3 et 4.1.3.

Le risque découlant de l'exigence d'informer de manière adéquate la communauté autochtone de la délégation, en revanche, peut être réduit par l'État à moindre coût et par plusieurs moyens. Nous avons vu qu'une délégation claire peut résulter des circonstances particulières de la consultation quant à un projet. Toutefois, afin d'obtenir davantage de certitude, l'État peut envoyer un avis à la communauté expliquant le rôle de l'entité à laquelle il désire déléguer son obligation³⁶⁴.

l'environnement - Loi sur l'assainissement de l'environnement, Règl. 87/83 (N-B), par. 16(2). Parfois, l'organe administratif chargé de superviser la consultation dispose également de ce pouvoir et peut donc imposer aux entreprises de mener des consultations plus approfondies : *Environmental Assessment Act*, S.B.C. 2002, c. 43, par. 11(1) et 11(2)(f).

³⁶³ Voir, à titre d'exemple : *Nation Gitxalaa c. Canada (Procureur général)*, préc., note 247, où la consultation précédant la construction d'un oléoduc a été jugée non conforme aux exigences constitutionnelles et ce, bien qu'elle ait donné lieu à l'établissement de 209 conditions par l'organe administratif responsable du projet, et que ces conditions aient été approuvées par le gouverneur général en conseil.

³⁶⁴ La Cour suprême du Canada, à mots couverts, suggère à l'État de procéder ainsi afin de clarifier la procédure par laquelle il compte exécuter son obligation : *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, préc., note 268, par. 46.

Enfin, l'État peut lui-même participer lui-même aux consultations. En effet, la délégation de son obligation n'empêche en aucun cas l'État de prendre part aux consultations que mène l'entité en assistant aux rencontres ou audiences que celle-ci tient afin de recueillir les observations de la communauté affectée. L'État peut également tenir des consultations en parallèle de celles que mène le délégataire de l'obligation³⁶⁵. De cette manière, il peut tenter de s'assurer que les insuffisances de la consultation de l'entité ne donnent pas lieu à un litige. Dans certains cas, il se peut même que les promoteurs et certains électeurs, favorables à l'accommodement des intérêts autochtones, voient d'un bon œil cette implication de l'État. Délégation et consultation étatique ne sont donc pas mutuellement exclusives, l'une pouvant compléter l'autre³⁶⁶. En revanche, une telle approche diminue la réduction des coûts que peut procurer la délégation, puisqu'elle implique que l'État s'informe avec précision des revendications de la communauté, des impacts du projet et qu'il participe aux rencontres avec la communauté affectée. De plus, certains électeurs peuvent être défavorables à ce traitement préférentiel que réserve l'État aux peuples autochtones par rapport au reste de la population canadienne.

Bref, la délégation permet à l'État de transférer à des tiers des coûts associés à la consultation, les exigences jurisprudentielles ne lui imposant que de demeurer responsable des aspects substantiels, ce qui lui permet de jouer un rôle de supervision plutôt que de procéder lui-même à la consultation. Toutefois, lorsque l'État confie ainsi l'exécution de son obligation à un tiers, il encourt des risques. Nous avons cependant vu qu'en assortissant les permis qu'il délivre de conditions supplémentaires et en présentant la manière dont il compte exécuter son obligation de manière claire, l'État peut se prémunir contre ces risques et diminuer les coûts qu'ils engendrent pour lui. Notons également que, comme nous l'avons mentionné, une délégation totale empêche l'État de profiter des bénéfices politiques associés à des consultations réussies. Lorsque l'État examine la possibilité de déléguer son obligation, il doit donc déterminer la mesure dans laquelle cela lui permet de transférer à des tiers des coûts qui lui incomberaient. Ayant établi la mesure dans laquelle ses coûts sont réduits lorsqu'il délègue son obligation de

³⁶⁵ En effet, il arrive fréquemment qu'une communauté, dans le cadre du processus de consultation, interagisse tant avec des représentants de l'État que d'une entreprise privée. Pour un exemple, voir : *West Moberly First Nations v. British Columbia (Energy and Mines)*, préc., note 231.

³⁶⁶ C'est d'ailleurs ce que prévoient plusieurs politiques de consultation des gouvernements provinciaux et fédéral : Rachel ARISS, Clara MACCALLUM Fraser et Diba NAZNEEN SOMANI « Crown Policies on the Duty to Consult and Accommodate: Towards Reconciliation », (2017) 13 *McGill J. Sust. Dev. L.* 1, 28-31.

consulter, il doit par la suite prendre en compte les coûts découlant des divers risques que nous avons soulevés et examiner la possibilité de les réduire.

L'État peut également prendre part aux consultations afin d'éliminer les risques que les tiers auxquels il confie l'exécution de son obligation ne l'exécutent pas adéquatement, ce qui présente cependant l'inconvénient de diminuer l'ampleur de la réduction des coûts associés à la consultation que permet la délégation. Toutefois, nous verrons dans la prochaine section que, quand bien même l'État participe aux consultations, il demeurera risqué tant pour lui que pour l'entreprise de réaliser un projet sans avoir préalablement obtenu le consentement de la communauté autochtone affectée.

4.1.1.2.2. Les risques qui affectent l'État et l'entreprise : l'incertitude entourant l'interprétation du paragraphe 35(1)

Tant l'État que les tiers qui tentent de se conformer aux exigences du paragraphe 35(1) font face à un défi de taille en raison de la portée incertaine de cette disposition et des atteintes qu'il est permis d'y porter. En effet, il est possible que les coûts qu'ils acceptent d'assumer afin de respecter le paragraphe 35(1) ne suffisent pas à les mettre à l'abri d'un recours judiciaire, puisqu'ils ne peuvent avoir qu'une idée approximative des exigences de cette disposition constitutionnelle dans une situation donnée. Il est donc possible que l'évaluation que fait l'organe administratif ou l'entreprise de la teneur des exigences de l'obligation de consulter et de la conduite qui s'impose à lui soit erronée et que sa conduite soit, conséquemment, contestée devant les tribunaux. L'État, quand bien même il prend part aux consultations, se trouve à cet égard dans la même situation que les tiers qui effectuent la consultation pour son compte.

Les zones d'incertitudes entourant la portée des droits ancestraux découlent surtout de la complexité et de la subjectivité des preuves qui permettent d'en établir l'existence. La détermination, tant de l'objet que des modes d'exercice, d'un droit ancestral requiert une analyse de preuves relevant de diverses sciences sociales que chacun – et, tout particulièrement, le juge, à qui revient la tâche difficile, voire impossible³⁶⁷, de trancher – n'effectuera pas de la

³⁶⁷ Le juge Binnie explique bien que le cadre des litiges impose aux magistrats de tirer des conclusions définitives et ne permet pas de tenir compte des subtilités de débats disciplinaires qui, bien souvent, n'ont pas de solution nette : « la critique fondamentale [quant à la manière dont les tribunaux prennent en compte les preuves d'historiens experts], si je comprends bien, est que le choix des faits et des citations de la part des juges ne respecte pas toujours la norme exigée de l'historien professionnel, que l'ont dit plus nuancée. Les experts, prétend-on, sont

même manière³⁶⁸. La qualification d'un droit ancestral comporte donc une part de subjectivité qui rend le résultat de l'exercice imprévisible. De même, nous l'avons mentionné, la détermination de la portée des traités conclus avant la phase moderne constitue un exercice subjectif qui dépend largement de l'interprétation qui est faite de l'intention commune des parties au moment de la conclusion du traité. Cette intention ne peut être déterminée qu'en recourant à des preuves issues de sciences sociales³⁶⁹.

La durée des négociations entre l'État et les communautés autochtones en vue de l'établissement de droits ancestraux joue également un rôle important dans cette incertitude : une revendication peut, au départ, sembler faible et gagner en crédibilité à mesure que s'étoffe le dossier de preuve de la communauté autochtone³⁷⁰. De même, les pratiques qui peuvent être protégées par les droits ancestraux ne sont pas parfaitement définies³⁷¹. L'ensemble de ces incertitudes ont pour effet de rendre ardue la tâche qui incombe parfois à l'État, parfois aux entités auxquelles il délègue son obligation, de déterminer dans quelle région du continuum se situe une revendication.

formés pour interpréter les divers documents historiques avec l'avantage d'une étude approfondie de l'époque et d'une appréciation des lacunes des diverses sources. Le droit donne à l'interprétation des événements historiques un caractère définitif, alors que, selon l'historien professionnel, cela n'est pas possible. Évidemment, la réalité est que les tribunaux sont saisis de litiges dont la résolution requiert qu'ils tirent des conclusions sur certains faits historiques. Les parties à ces litiges ne peuvent pas attendre qu'il se dégage éventuellement un consensus stable parmi les chercheurs. Le processus judiciaire doit faire de son mieux. » (*R. c. Marshall*, préc., note 155, par. 37)

³⁶⁸ Pour une démonstration concise de du caractère subjectif inhérent de toute interprétation historique ou anthropologique, voir : A. J. RAY, préc., note 164, p. 31. Le professeur Ray explique que les interprétations de documents historiques dépendent du contexte dans lequel ces documents sont analysés. De même, elles sont influencées par les courants théoriques dominants au moment de l'interprétation. En ce qui concerne les nombreuses difficultés auxquelles sont confrontés les magistrats lors de l'appréciation de la force probante des preuves soumises dans le cadre de revendications territoriales de peuples autochtones, voir : Jean LECLAIR, « Of Grizzlies and Landslides : the use of archaeological and anthropological evidence in Canadian Aboriginal rights cases », (2005) 4 *Public Archaeology* 109.

³⁶⁹ Voir, par exemple, la liste d'experts impliqués dans le procès *Buffalo c. Canada*, 2005 CF 1622, citée dans : A. J. RAY, préc., note 164, p. 68.

³⁷⁰ Cette caractéristique des revendications liées au paragraphe 35(1) est particulièrement manifeste dans le cadre de revendications visant à l'obtention d'un titre ancestral : *Tsilhqot'in*, par. 65, 91.

³⁷¹ En voici deux exemples. Une communauté a déjà contesté la conformité constitutionnelle d'un projet de développement d'un centre de ski situé sur un territoire sacré. Tant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique que la Cour suprême du Canada ont refusé de se prononcer sur le bienfondé d'une revendication d'un droit ancestral protégeant une pratique religieuse. Les deux tribunaux ont plutôt fondé leurs décisions sur la raisonnable de la décision administrative contestée en invoquant l'ampleur de la consultation effectuée, et non son caractère approprié selon la solidité de la preuve quant au droit allégué : *Ktunaxa Nation c. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resources Operations)*, 2015 BCCA 352, conf. par 2017 CSC 54. Certains auteurs affirment également que les droits linguistiques des peuples autochtones sont protégés par le paragraphe 35(1) : Gabriel POLIQUIN, « La protection d'une vitalité fragile : les droits linguistiques autochtones en vertu de l'article 35 », (2013) 58 : 3 *McGill L. J.* 573. Toutefois, nous voyons mal comment des projets de développement du territoire peuvent avoir un effet sur les droits linguistiques des peuples autochtones.

De plus, il est parfois difficile de déterminer l'assise territoriale des droits reconnus par le paragraphe 35(1)³⁷². Il peut également arriver que plusieurs nations aient des revendications concurrentes sur une même parcelle de territoire. Le chevauchement de certaines revendications, phénomène répandu à travers le Canada³⁷³, fait en sorte que les tiers peuvent avoir de la difficulté à déterminer quelle communauté sera créancière de l'obligation de consultation. En effet, il est fort possible que deux communautés fassent valoir un droit avec autant de conviction l'une que l'autre. Cela ne crée pas de difficultés dans les cas où le cadre juridique développé par les tribunaux admet que deux droits ancestraux coexistent. Ainsi, dans le cas où deux communautés revendiquent un droit de pêcher à des fins de subsistance sur un même territoire, les deux droits pourront être reconnus³⁷⁴, et l'obligation de consulter sera applicable selon les critères que nous avons déjà mentionnés. Toutefois, dans le cas où les communautés en question revendiquent un titre ancestral, les deux ne pourront vraisemblablement se voir reconnaître le droit d'être consultées, puisque le titre est un droit exclusif³⁷⁵, à moins de faire la preuve d'un « titre conjoint »³⁷⁶. La tâche de déterminer laquelle des communautés détient véritablement le titre exigerait un travail colossal dont les conclusions ne peuvent être qu'incertaines. Ce type de problème peut également survenir dans des cas où une communauté revendique un droit sur un territoire qui fait l'objet d'un traité moderne³⁷⁷.

La nature collective des droits reconnus par le paragraphe 35(1) peut également poser problème lors de l'exécution des obligations qu'impose cette disposition. En effet, l'exercice des droits

³⁷² Voir, à titre d'exemple, l'arrêt *Ahousaht Indian Band v. Canada (Attorney General)*, préc., note 123, annexe A, où le territoire dont bénéficie chaque nation est délimité de manière approximative. Dans une autre affaire, la nation Huronne-Wendate du Québec a contesté, avec succès, la légalité des négociations entre l'État et d'autres nations du Québec, invoquant un droit issu de traité sur une portion du territoire visé par ces négociations : *Huron-Wendat Nation of Wendake c. Canada (Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development)*, préc., note 173.

³⁷³ Voir, à ce sujet, une carte qui illustre de manière approximative les territoires ancestraux de plusieurs nations autochtones canadiennes: TERRITOIRE TRADITIONNEL, en ligne : <<http://territoire-traditionnel.ca/>> (page consultée le 30 juin 2018).

³⁷⁴ Lorne SOSSIN, « The Duty to Consult and Accommodate: Procedural Justice as Aboriginal Rights » (2010) 23:1 *Can J Admin L & Prac* 93, 110-111.

³⁷⁵ *Delgamuukw*, par. 117.

³⁷⁶ Sans faire l'objet de longs développements, cette possibilité avait été évoquée dans l'arrêt *Delgamuukw*, au paragraphe 158. Le juge en chef Lamer indiquait alors qu'un titre conjoint pourrait résulter d'une preuve selon laquelle deux nations autochtones occupaient un territoire et reconnaissaient mutuellement les droits de l'autre, à l'exclusivité de toute autre personne.

³⁷⁷ *Gamlaxyełtxw v. British Columbia (Minister of Forests, Lands & Natural Resource Operations)*, 2018 BCSC 440 (requête pour permission d'appeler, C.A., 18-04-2018, 45235). Cette décision récente de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dont les demandeurs ont interjeté appel, est la première qui aborde la manière dont l'État doit concilier l'exécution de son obligation de fiduciaire (qui s'impose à lui lorsqu'il porte atteinte à un droit reconnu par un traité moderne) et de l'honneur de la Couronne (qui lui impose une obligation de consulter lorsqu'il porte atteinte à un droit qui n'est qu'allégué) lorsqu'elles sont incompatibles.

reconnus par le paragraphe 35(1) est souvent individuel. Certains individus qui font partie du groupe pourraient donc soutenir qu'ils bénéficient, en raison de leur attachement particulier pour une portion du territoire sur lequel s'exerce le droit, d'une protection plus grande que leurs concitoyens³⁷⁸. La question n'est toutefois pas réglée³⁷⁹. Cela constitue également un facteur d'incertitude qui peut fausser ces calculs. À titre d'exemple, un tiers pourrait estimer qu'il n'est pas nécessaire de consulter des membres de la communauté qui bénéficient d'un territoire de chasse familial alors que, dans une décision ultérieure, un tribunal jugerait qu'une telle obligation découle bel et bien du paragraphe 35(1).

En outre, certaines organisations autochtones autres que des conseils de bande élus en vertu de la *Loi sur les Indiens*³⁸⁰ demandent parfois à être consultées dans le cadre de la réalisation de projets d'exploitation des ressources naturelles. Lorsque le droit qu'elles ont de représenter les intérêts des bandes n'est pas mis en doute par l'État ou les bandes qu'elles représentent, les magistrats sont disposés à leur reconnaître le droit d'être consultées³⁸¹, ce qui semble tout à fait logique, compte tenu du pouvoir reconnu aux communautés autochtones qui bénéficient de droits en vertu du paragraphe 35(1) d'en régir les modalités d'exercice³⁸². Comme l'indique Kerry Wilkins, les tribunaux semblent laisser au groupe autochtone qui détient ou revendique un droit le soin de déterminer quelle organisation peut le représenter³⁸³. Un *obiter dictum* rédigé par le juge Lebel laisse également entendre que de telles organisations peuvent représenter des collectivités dans l'exercice de leurs droits en vertu du paragraphe 35(1) dans la mesure où elles y sont autorisées³⁸⁴. Toutefois, il peut devenir difficile pour les tiers d'identifier quelle(s) organisation(s) représente(nt) légitimement les intérêts de la communauté si plusieurs d'entre elles affirment avoir le droit d'être consultées.

³⁷⁸ Cette possibilité est évoquée dans l'arrêt *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, préc., note 121, par. 33.

³⁷⁹ Pensons, à titre d'exemple, à un territoire de chasse familial. Cet enjeu a fait l'objet d'un arrêt concernant les droits issus de traités à l'occasion duquel la Cour a soulevé, sans confirmer, la possibilité que des droits ancestraux appartiennent à des membres particuliers : *Id.*, par. 25. De même, le professeur McNeil mentionne que, s'il existe divers points de vue au sein d'une même communauté, il est possible que l'obligation de consulter soit due à plusieurs organisations représentant ces divers points de vue : K. MCNEIL, préc., note 329, p. 37-38, 43, citant : *Nlaka'pamux Nation Tribal Council v. Griffin*, 2009 BCSC 1275, par. 73.

³⁸⁰ Préc., note 20, art. 2, définition de « conseil de la bande ».

³⁸¹ K. MCNEIL, préc., note 329, p. 32-36. Voir, pour un exemple : *Nlaka'pamux Nation Tribal Council v. British Columbia (Environmental Assessment Office)*, 2011 BCCA 78, où la Cour d'appel de la Colombie-Britannique reconnaît le droit à un conseil tribal le droit d'être consulté. De même, un tribunal a accepté de reconnaître qu'une instance gouvernementale traditionnelle d'une communauté avait le droit d'être consultée alors que la province l'avait déjà reconnu : *Pimicikamak v. Manitoba*, 2016 MBQB 128; conf. par 2018 MBCA 49.

³⁸² G. OTIS, préc., note 151, 611-616.

³⁸³ K. WILKINS, préc., note 17, 56-57.

³⁸⁴ *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, préc., note 121, par. 30.

La question de la représentation de collectivités autochtones par des organisations est d'autant plus incertaine lorsque les communautés en question sont composées de Métis. En effet, nous l'avons vu, les individus Métis ne peuvent invoquer les droits reconnus par le paragraphe 35(1) que dans la mesure où ils sont en mesure de faire la preuve qu'ils appartiennent à une communauté métisse historique toujours vivante. Ainsi, afin d'avoir le droit d'être consultée, une communauté métisse devra faire cette preuve de manière raisonnable et crédible, sans pour autant que cette preuve soit définitive³⁸⁵. Tout comme dans le cas des bandes indiennes, une revendication de droit en vertu du paragraphe 35(1) suffit à déclencher l'obligation de consulter.

Les tiers, lorsqu'ils évaluent la force de la revendication de la communauté métisse, doivent donc avant tout déterminer si la communauté satisfait à ce test. Lorsqu'il s'agira de déterminer si l'entité qui intente le recours a l'autorité pour le faire, ils ne pourront pas, comme dans le cas des bandes indiennes, se rabattre sur la *Loi sur les Indiens*³⁸⁶, puisque les collectivités métisses n'y sont pas assujetties³⁸⁷. Il leur faudra plutôt tenter de déterminer si l'entité qui demande à être consultée représente bel et bien les intérêts d'une (ou de plusieurs) communauté(s) métisse(s). Ainsi, dans *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*³⁸⁸, une organisation qui avait pour objectif de représenter les intérêts collectifs des Métis s'est vu reconnaître la capacité d'ester en justice dans le cadre d'une poursuite fondée sur l'honneur de la Couronne. Les tribunaux n'ont toutefois pas élaboré de cadre d'analyse permettant de déterminer les conditions auxquelles une organisation doit satisfaire afin de se voir reconnaître une telle légitimité, préconisant plutôt une approche au cas par cas³⁸⁹.

Le caractère évolutif des revendications de droits protégés en vertu du paragraphe 35(1) rend également périlleux le comportement de tiers qui ne tentent que de se conformer aux exigences

³⁸⁵ *Newfoundland and Labrador v. Labrador Métis Nation*, préc., note 129, par. 39.

³⁸⁶ Préc., note 20.

³⁸⁷ Ces difficultés sont évoquées par la juge Mactavish dans une décision récente de la Cour fédérale : *Enge c. Canada (Affaires autochtones et Nord)*, 2017 CF 932, par. 168.

³⁸⁸ Préc., note 130.

³⁸⁹ Ainsi, la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador a simplement affirmé que l'adhésion des membres à une organisation l'habilitait à les représenter dans le cadre d'un recours judiciaire fondé sur le paragraphe 35(1), ceux-ci ayant rejoint les rangs de cette organisation en toute connaissance de cause. Le fait que la Couronne ait signé un traité avec cette organisation était également un indice de la légitimité que lui reconnaissait la Couronne à exercer des droits reconnus par le paragraphe 35(1) : *Newfoundland and Labrador v. Labrador Métis Nation*, préc., note 129, par. 46-48. Une approche semblable a été adoptée par la Cour fédérale, celle-ci insistant sur le fait que l'individu qui intentait le recours au nom d'une association de membres métis avait été réélu après avoir intenté le recours et sur les clauses du contrat d'adhésion à la société, qui prévoyait que les membres cédaient à la société le droit de les représenter dans leurs revendications en vertu du paragraphe 35(1) : *Enge c. Canada (Affaires autochtones et Nord)*, préc., note 387, par. 100-118, 193.

du paragraphe 35(1) sans les outrepasser. En effet, il serait possible qu'une revendication dont le bienfondé est confirmé par un tribunal résulte en une sanction pour l'entreprise qui, pourtant, avait agi de manière conforme à l'obligation de consulter. Cette situation peut se présenter tant dans le cas de droits ancestraux que de droits issus de traités. Les contestations liées au Barrage du Site C intentées par les nations West Moberly et Prophet River, dont nous avons déjà traité, illustrent bien les risques que courent les tiers à cet égard. En effet, dans ce cas, le même projet a d'abord été contesté en invoquant l'obligation de consulter³⁹⁰ puis, devant l'échec de ce moyen, en recourant à l'obligation de fiduciaire dans le cadre d'un autre recours³⁹¹. Les tribunaux n'ont, à ce jour, pas tranché quant à la possibilité de prononcer des sanctions à portée rétroactive en ce qui concerne les droits ancestraux fondés sur des pratiques culturelles, mais cela ne semble pas impossible³⁹².

Il existe en outre des difficultés propres aux projets de développement du territoire en ce qui concerne l'obligation de consulter. En effet, il s'agit de projets dont les impacts sont parfois ardues à prévoir. Il est possible qu'un projet qui a lieu hors d'un territoire qui fait l'objet d'une revendication ou d'un droit protégé par le paragraphe 35(1) ait tout de même des effets délétères sur l'exercice du droit³⁹³, mais que ces impacts soient difficiles à évaluer de manière précise, tout particulièrement lorsqu'il s'agit de déterminer le niveau de consultation requis. Cette incertitude est exacerbée par l'impossibilité de quantifier certains dommages que peuvent causer les projets aux communautés affectées³⁹⁴. La difficulté pour les allochtones de bien saisir l'importance des effets que peut avoir un projet pour une communauté autochtone³⁹⁵, est également une source d'incertitude pour les promoteurs et les entités administratives lors de l'exécution de l'obligation de consulter.

De la même manière, il arrive que le territoire qui fait l'objet d'une revendication accueille plusieurs projets, dans le temps et l'espace. Dans ces situations, la Cour suprême a affirmé le caractère résolument prospectif de l'obligation de consulter, précisant que l'action

³⁹⁰ *Prophet River First Nation v. British Columbia (Environment)*, préc., note 279; *Prophet River First Nation v. British Columbia (Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, préc., note 231.

³⁹¹ *West Moberly First Nations v. British Columbia*, préc., note 279, par. 13-14.

³⁹² D. G. NEWMAN, préc., note 15, à la page 352.

³⁹³ Voir, par exemple : *Nunatsiavut v. Newfoundland and Labrador (Department of Environment and Conservation)*, 2015 NLTD(G) 1, où une communauté alléguait une atteinte résultant de la construction d'un barrage hydroélectrique situé hors du territoire faisant l'objet d'un traité moderne.

³⁹⁴ À ce sujet, voir les textes cités à la note 34.

³⁹⁵ Robin GREGORY et William TROUSDALE, « Compensating aboriginal cultural losses: An alternative approach to assessing environmental damages », (2009) 90:8 *J. Env. Management*. 1.

gouvernementale susceptible de déclencher l'application de l'obligation de consulter devait être une action contemporaine, excluant ainsi les actes commis dans le passé³⁹⁶. Par ailleurs, la Cour, dans un arrêt plus récent³⁹⁷, se fondant sur une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qu'elle avait choisi de ne pas réexaminer³⁹⁸, a également indiqué qu'afin d'être en mesure d'évaluer le niveau de consultation requis, il serait parfois nécessaire de tenir compte des impacts cumulatifs de divers projets se déroulant sur le territoire de la nation affectée³⁹⁹. Les tiers, toutefois, devront eux-mêmes déterminer dans quelle mesure il faudra tenir compte de l'ensemble des projets se déroulant sur le territoire de la nation, les tribunaux n'ayant pas donné davantage d'indications quant à ce sujet.

Quand bien même un tiers réussirait à bien déterminer la force de la revendication et l'importance des impacts que cause son activité, il aura également la tâche de déterminer ce qui constitue une consultation permettant de préserver l'honneur de la Couronne⁴⁰⁰. Le professeur Newman montre bien que cette question dépend largement des circonstances de chaque espèce et variera selon les projets et les communautés impliquées⁴⁰¹.

Ainsi, l'État ou l'entreprise qui, de bonne foi, décide de se conformer au paragraphe 35(1) sans, toutefois, obtenir le consentement de la communauté affectée par le projet qu'il compte réaliser ou autoriser ne pourra être assuré que cette conduite le mettra à l'abri de toute poursuite en raison des multiples sources d'incertitude caractérisant le cadre juridique du paragraphe 35(1). Les deux critères déterminant le niveau de consultation requis (la portée de la revendication autochtone ainsi que l'impact de la mesure envisagée) peuvent être interprétés de diverses manières. De même, en cas de revendications concurrentes ou de revendications particulières d'individus ou d'organisations, l'identité des titulaires de l'obligation de consulter sera incertaine. Dans certains cas, il est également difficile de prévoir les effets de projets d'exploitation des ressources naturelles. Afin de diminuer le risque que ces sources d'incertitude mènent à un litige et leur imposent des coûts, le tiers ou l'État pourront avoir

³⁹⁶ *Rio Tinto Alcan c. Conseil tribal Carrier Sekani*, préc., note 233, par. 45.

³⁹⁷ *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, préc., note 346.

³⁹⁸ *West Moberly First Nations c. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, préc., note 269.

³⁹⁹ *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, préc., note 346, par. 42.

⁴⁰⁰ *Haida*, par. 45.

⁴⁰¹ D. G. NEWMAN, préc., note 272, p. 97-99. Pour le professeur Newman, les exigences minimales sont une transmission d'information en temps opportun, un avis approprié aux circonstances et la possibilité pour la communauté affectée de présenter des observations.

intérêt à tenter d'obtenir le consentement de la communauté affectée par le projet en concluant une entente avec cette communauté.

Avant d'aborder l'option qu'ont l'entreprise et l'État d'obtenir le consentement de la communauté affectée par le projet, mentionnons un autre moyen qu'ont développé les entreprises, l'État et les communautés autochtones afin de diminuer les risques découlant du caractère incertain de l'obligation de consultation, soit la signature d'ententes qui concernent la consultation elle-même⁴⁰². Ces ententes, portant sur la manière dont se dérouleront la consultation, ont un statut contractuel⁴⁰³ et permettent aux acteurs de connaître les attentes de la communauté lors de la consultation. Parfois, ce sont les communautés autochtones qui, unilatéralement, adoptent une politique de consultation et dictent les termes dans lesquels se déroulera la consultation⁴⁰⁴. Dans de tels cas, le consentement exprimé de la communauté à un processus de consultation indique qu'elle s'en satisfait, ce qui diminue le risque qu'elle ait recours aux tribunaux afin de contester le processus de consultation.

En revanche, tout comme dans le cas des ententes concernant le projet lui-même, il n'est pas certain que les ententes prévoyant des processus de consultation aient des effets juridiques contraignants auprès de chacun des membres de la communauté affectée, et de telles ententes pourraient sans doute être contestées au motif qu'elles imposent des standards moindres que ceux découlant des exigences du paragraphe 35(1)⁴⁰⁵. De plus, leur négociation impose des coûts supplémentaires aux acteurs, ce qui représente un obstacle à leur conclusion. Enfin, tout comme lorsqu'il évaluera l'ampleur de la consultation qu'il compte exécuter, un acteur rationnel n'acceptera de se soumettre à un processus de consultation plus onéreux que celui requis par le paragraphe 35(1) seulement dans la mesure où il estime que cela entraînera une réduction plus importante des coûts associés au risque que la communauté conteste la conformité de la consultation. Ainsi, l'entreprise ou l'État, lorsqu'ils examinent l'opportunité de conclure une telle entente avec la communauté, devront prendre en compte les coûts de son exécution et de sa négociation. Ils ne donneront leur accord que dans la mesure où la réduction

⁴⁰² Voir, à ce sujet : G. GIBSON et C. O'FAIRCHEALLAIGH, préc., note 322, p. 78-79.

⁴⁰³ Voir, dans le cas d'une entente signée entre une communauté et l'État : *Prophet River First Nation v. British Columbia (Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, préc., note 231, par. 100.

⁴⁰⁴ D. G. NEWMAN, préc., note 272, p. 131-133.

⁴⁰⁵ En effet, dans *Dene Tha' First Nation v. British Columbia (Minister of Energy and Mines)*, 2013 BCSC 977, par. 119 la Cour suprême de la Colombie-Britannique mentionne que les ententes concernant le processus de consultation ne peuvent avoir pour effet de limiter la portée de l'obligation de consulter.

des coûts associés au risque que la communauté conteste la conformité de la consultation aux exigences constitutionnelles est supérieure à ces coûts.

4.1.1.3. La recherche du consentement

L'État ou l'entreprise peuvent également tenter d'obtenir le consentement de la communauté quant à la réalisation du projet, et non seulement en ce qui concerne le processus de consultation qui le précède. L'intérêt de cette option provient de la certitude qu'elle procure quant à la réalisation du projet⁴⁰⁶. En effet, les ententes conclues comprennent généralement une clause garantissant que les parties n'auront pas recours aux tribunaux pour régler leurs différends⁴⁰⁷, ce qui a pour effet de permettre à ces deux acteurs d'échapper aux coûts associés à de possibles litiges qui, dans certains cas, pourraient être si onéreux qu'une entreprise ne sera pas intéressée à réaliser un projet⁴⁰⁸. La certitude que procure une entente favorise de plus les investissements externes dans le projet⁴⁰⁹. En outre, le fait d'empêcher les poursuites judiciaires présente également l'intérêt de bonifier la réputation de l'entreprise ou de l'État, tant auprès du public que des communautés autochtones⁴¹⁰. L'État peut également voir son pouvoir attractif auprès des promoteurs de projets d'exploitation des ressources naturelles augmenter⁴¹¹. Pour l'entreprise, il est en outre possible qu'il soit opportun, sans même considérer les coûts que peut lui imposer le paragraphe 35(1), de conclure une entente avec la communauté affectée afin de

⁴⁰⁶ Plusieurs notent que l'incertitude qui entoure le paragraphe 35(1) favorise la conclusion d'ententes entre les communautés autochtones affectée par des projets d'exploitation des ressources naturelles et les promoteurs de ces projets : W. M. LAURIN et J. P. JAMIESON, préc., note 14, 458; K. COATES et D. G. NEWMAN, préc., note 14, p. 17; D. G. NEWMAN et M. LAVOIE, préc., note 14, p. 29; M. PAPILLON et T. RODON, préc., note 14, 219; D. G. NEWMAN, préc., note 15, à la page 350.

⁴⁰⁷ W. M. LAURIN et J. P. JAMIESON, préc., note 14, 458; D. G. NEWMAN, préc., note 14, 457; Brad GILMOUR et Bruce MELLETT, « The Role of Impact and Benefits Agreements in the Resolution of Project Issues with First Nations », (2013) 51 *Alta. L. R.* 385, 389.

⁴⁰⁸ Ainsi, deux auteurs soutiennent qu'il sera parfois rationnel pour l'entreprise, compte tenu de l'incertitude caractérisant le paragraphe 35(1) et de la manière dont l'État se comportera, de ne pas réaliser un projet : D. G. NEWMAN et M. LAVOIE, préc., note 14, p. 21.

⁴⁰⁹ Lavoie et Newman, ainsi, notent qu'en raison de l'incertitude qui caractérise le paragraphe 35(1), il est possible que les investisseurs préfèrent financer des projets qui n'ont pas d'impacts sur les droits que reconnaît cette disposition : D. G. NEWMAN et M. LAVOIE, préc., note 14, p. 21. Voir également : W. M. LAURIN et J. P. JAMIESON, préc., note 14, 466. Pour une description des effets que peut avoir l'instabilité de l'environnement quant aux investissements dans des projets de développement, voir : S. H. BAKER, préc., note 318, 670-671. Toutefois, la même auteure note qu'en pratique, dans plusieurs cas, les entreprises d'exploitation des ressources naturelles utilisent des montages financiers qui ont pour effet de réduire au minimum les risques commerciaux et politiques pour les parties impliquées : Shalanda H. BAKER, « Unmasking Project Finance : Risk Mitigation, Risk Inducement, and An Invitation to Development Disaster ? » (2010) 6 *Tx. J. Oil Gas & Energ. L.* 273, 314-326.

⁴¹⁰ J. LECLAIR et M. MORIN, préc., note 14, par. 150, citant D. G. NEWMAN, préc., note 272, p. 80 et 134-138.

⁴¹¹ Ken S. COATES, « Sharing the Wealth. How resource revenue agreements can honour treaties, improve communities, and facilitate Canadian development », Aboriginal Peoples and the Natural Resource Economy Series, Macdonald-Laurier Institute, janvier 2015, en ligne: <<https://www.macdonaldlaurier.ca/files/pdf/MLlresourcerevenueusharingweb.pdf>>, p. 12, 18.

bénéficiaire, notamment, de la possibilité d'embaucher des travailleurs qui résident déjà près du lieu où sera réalisé le projet et ainsi minimiser les coûts qui découlent du transport et de l'hébergement des employés⁴¹².

Quoi qu'il en soit, le fait de conclure une entente avec la communauté autochtone affectée par un projet d'exploitation des ressources naturelles ne peut assurer une certitude absolue quant à son déploiement harmonieux. En effet, il est possible que l'entente conclue ne bénéficie pas d'un soutien suffisant au sein de la communauté pour que les bénéfices que l'entreprise compte en tirer se matérialisent. Ce problème n'est pas unique aux projets d'exploitation des ressources naturelles impliquant des communautés autochtones⁴¹³, mais il est exacerbé par le statut constitutionnel dont bénéficient les droits qui leur sont reconnus. Nous avons déjà noté les questions que soulève la validité de ces ententes en ce qui concerne la renonciation aux droits protégés par le paragraphe 35(1) qu'elles emportent. La jurisprudence concernant l'obligation de consulter n'est d'aucun secours aux promoteurs, à l'État et aux communautés désireux de conclure de telles ententes, puisqu'elle n'établit pas de critères pouvant guider le promoteur (ou la communauté) quant à la validité de l'entente conclue⁴¹⁴.

Compte tenu des impacts parfois majeurs de projets d'exploitation des ressources naturelles pour le mode de vie de la communauté affectée, certains de ses membres peuvent être fortement opposés à l'entente. Ainsi, il arrive que des ententes conclues par les négociateurs représentant une communauté soient refusées par celle-ci lors d'un référendum⁴¹⁵. Même s'il semble improbable que des membres de la communauté, sans avoir reçu de mandat à cet effet, se voient reconnaître la capacité de contester la validité constitutionnelle de telles ententes⁴¹⁶, il demeure

⁴¹² Il est également possible qu'il soit préférable pour l'entreprise de faire affaire avec des fournisseurs dont les coûts de transport sont moins importants : S. GOGAL, R. REIGERT et J. JAMIESON, préc., note 14, 141.

⁴¹³ Jason PRNO et Scott D. SLOCOMBE, « Exploring the origins of 'social license to operate' in the mining sector: Perspectives from governance and sustainability theories » (2012) 37 *Resources Policy* 346, 348: « While company–community contracts like Impact and Benefit Agreements (IBAs) are steps towards greater certainty, this certainty is arguably never assured as community perspectives will not only vary internally but may change over time ».

⁴¹⁴ Les entreprises exigent parfois que les ententes soient approuvées par référendum : M. PAPILLON et T. RODON, préc., note 14, 220. Toutefois, un référendum où une majorité de membres d'une communauté politique expriment une volonté d'accepter une entente n'est pas garant de sa légitimité. En effet, malgré l'attrait indéniable d'une telle forme d'expression de la volonté populaire, les référendums peuvent se révéler imparfaits dans plusieurs circonstances. Ainsi, il demeure possible que certains membres de la communauté soient insatisfaits suite à la conduite d'un référendum et contestent l'entente conclue. Au sujet des travers dont est parfois affligé ce mode de prise de décision démocratique, voir : Stephen TIERNEY, *Constitutional Referendums: the Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 22-42.

⁴¹⁵ M. PAPILLON et T. RODON, préc., note 14, 221.

⁴¹⁶ Selon la décision *Jackman v. Kwikwetlem First Nation*, préc., note 329, par. 24, il semble que seule la bande signataire de l'entente soit habilitée à la contester.

possible que ceux-ci manifestent leur opposition au projet autrement, notamment en occupant son site ou en bloquant les routes permettant d'y accéder. Bien que de tels gestes puissent, aux termes de l'entente, être déclarés illicites⁴¹⁷, il n'en demeure pas moins que les activités de l'entreprise seront perturbées, ce qui lui occasionnera des coûts. L'entreprise peut tenter de s'assurer de la légitimité qu'ont les individus ou l'organisation qui signent l'entente au nom de la communauté afin de diminuer ce risque⁴¹⁸, mais elle ne peut acquérir une certitude totale que ses activités ne seront pas perturbées.

Malgré ce risque que certains membres de la communauté manifestent leur opposition au projet, la conclusion d'une entente permet à l'entreprise et à l'État de réduire les incidences que peut avoir l'incertitude entourant le paragraphe 35(1) sur la réalisation des projets. Toutefois, l'attrait qu'exerce cette option dépend des coûts liés aux négociations ainsi que, le cas échéant, des coûts qui découlent des concessions faites suite à ces négociations. Ces coûts seront comparés par ces deux acteurs à ceux que leur impose une exécution de leurs obligations qui n'outrepasse pas les exigences du paragraphe 35(1), compte tenu de l'incertitude que présente une telle option.

Suivant ce raisonnement, l'État ou l'entreprise déterminera le coût des concessions qu'il est disposé à effectuer en fonction du coût qu'il impute aux risques propres à la seconde option – la tentative de se conformer étroitement aux exigences du paragraphe 35(1) – que nous avons soulevée. Ainsi, un acteur qui peut subir d'importants coûts en raison de l'incertitude liée au paragraphe 35(1) – par exemple, une entreprise qui met de l'avant ses bonnes relations avec les peuples autochtones et qui estime qu'une contestation judiciaire causerait d'importants préjudices à sa réputation auprès du public et des investisseurs – pourrait faire des efforts importants en vue de la conclusion d'une entente. Inversement, un acteur qui considère qu'il fait face à un niveau de risque peu élevé (par exemple, dans le cas d'une entreprise, parce qu'elle sait qu'elle sera financée malgré les protestations des peuples autochtones ou parce que sa réputation lui importe peu ou, dans le cas d'un État, parce qu'il mise sur une politique axée sur les intérêts économiques de la population allochtone) pourrait abandonner plus facilement les négociations et se contenter de tenter de se conformer aux exigences des tribunaux.

⁴¹⁷ G. GIBSON et C. O'FAIRCHEALLAIGH, préc., note 322, p. 48; *Platinex Inc. v. Kitchenuhmaykoosib Inninuwug First Nation*, 2008 ONSC 11049.

⁴¹⁸ S. GOGAL, R. REIGERT et J. JAMIESON, préc., note 14, 155-156.

Notons que l'État ne peut négocier avec les communautés de la même manière que ne le fait l'entreprise. En effet, les deux acteurs ne peuvent offrir les mêmes types d'accommodements à la communauté autochtone. Une foule de mesures que peut offrir l'État, telles la création d'une réserve ou d'une aire de conservation naturelle, ou encore la surveillance de certains aspects de l'exécution du projet⁴¹⁹, ne peuvent être mises en place par le promoteur. De plus, nous l'avons vu, l'État peut imposer des conditions discrétionnaires à la réalisation de plusieurs types de projets, ce qui peut servir à accommoder de manière précise les intérêts d'une communauté affectée, par exemple en modifiant le tracé d'un chemin d'accès à un site. En revanche, l'entreprise peut offrir à la communauté autochtone affectée par le projet qu'elle réalise des opportunités d'emplois ou de formation⁴²⁰, ou encore des contrats de sous-traitance dans le cadre de la réalisation du projet⁴²¹. Cela dit, tant l'État que l'entreprise sont en mesure de proposer une compensation monétaire. Dans le cas de l'État, elle prendra la forme d'un accord de partage des revenus dans le but d'inciter la communauté à consentir à la réalisation du projet. Les fonds servent alors de moyen pour « acheter la paix »⁴²². Dans le cas des promoteurs, la compensation monétaire peut être versée de plusieurs manières⁴²³, que devront négocier la communauté et l'entreprise.

Les accommodements que peuvent consentir l'État et l'entreprise aux communautés autochtones dans le cadre de la réalisation de projets d'exploitation naturelles, hormis le partage des revenus qu'offre l'État, semblent plutôt imposer des coûts à l'entreprise qu'à l'État. Toutefois, comme nous l'avons mentionné à maintes reprises, ceux-ci peuvent avoir un effet dissuasif pour les promoteurs qui examineront la possibilité de mener des projets sur le territoire de l'État, puisqu'ils constituent une source d'incertitude. De plus, comme les gouvernements perçoivent une part des revenus émanant des projets d'exploitation des ressources naturelles⁴²⁴, les accommodements qui ont pour effet de diminuer la rentabilité du projet ont un impact pour

⁴¹⁹ Ces exemples sont tirés des demandes d'accommodements d'une communauté autochtone dans le cadre du développement d'un centre de ski : *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2014 BCSC 568, par. 85.

⁴²⁰ K. RITCHIE, préc., note 13, 417-418.

⁴²¹ S. GOGAL, R. REIGERT et J. JAMIESON, préc., note 14, 148. Voir, pour davantage d'exemples d'accommodements que peuvent consentir les entreprises : G. GIBSON et C. O'FAIRCHEALLAIGH, préc., note 322, p. 110.

⁴²² L'expression est empruntée à Ken Coates. Afin de rendre justice à ses propos, il importe de mentionner qu'il ne conçoit pas les accords de partage de revenus comme un moyen permettant simplement de protéger le projet contre toute contestation judiciaire, mais bel et bien comme des outils mutuellement bénéfiques, tant pour les communautés que l'État : K. S. COATES, préc., note 411, p. 11.

⁴²³ Notamment, la communauté peut désirer obtenir une part des profits que génère le projet, ou plutôt recevoir des sommes fixes à des intervalles déterminés. : S. GOGAL, R. REIGERT et J. JAMIESON, préc., note 14, 151-152.

⁴²⁴ K. S. COATES, préc., note 411, p. 10.

eux. Dans d'autres cas (la création d'une réserve, la surveillance de certains aspects du projet, la priorisation des droits d'accès des membres de la communauté), les coûts que doit assumer l'État découlent plutôt de l'allocation de ressources à la mise en place des mesures d'accommodement. Enfin, notons la possibilité que certains électeurs ne soient pas favorables à l'accommodement des intérêts autochtones et désirent que l'État privilégie plutôt l'accommodement des intérêts de la majorité allochtone. Ainsi, lorsque l'État examinera la possibilité de consentir ces accommodements, il devra comparer les coûts qui découlent de leur mise en place et la réduction de la possibilité qu'il subisse les coûts politiques découlant d'un litige qu'ils entraînent. Il procédera à l'accommodement dans la mesure où la réduction des coûts découlant d'un litige est supérieure aux coûts de la mise en place des accommodements. Mentionnons également que ces accommodements, lorsqu'ils démontrent une volonté de l'État d'accommoder lui-même les communautés autochtones sans que les entreprises en subissent de coûts, peuvent lui procurer des bénéfices politiques, les promoteurs et les autres communautés autochtones percevant favorablement cet engagement de l'État. Les impacts politiques d'un tel engagement dépendent cependant du contexte dans lequel il s'inscrit. En effet, il se peut que l'État subisse d'importants coûts politiques en attribuant une part des revenus provenant du projet à la communauté autochtone affectée au détriment des autres citoyens de l'État⁴²⁵.

Quant à l'entreprise, elle devra comparer les coûts monétaires qu'implique la mise en place des accommodements et la réduction des coûts associés au risque que la communauté autochtone affectée par le projet intente un litige. Elle sera disposée à conclure une entente dans la mesure où les premiers sont inférieurs aux seconds. Dans le cas inverse, l'entreprise rationnelle n'acceptera pas de conclure d'entente.

Il est toutefois possible que ce calcul auquel se livrent ces deux acteurs soit influencé par un biais cognitif. Ce biais, celui de l'aversion pour les risques, pourrait avoir pour effet de faire pencher pour la simple satisfaction des exigences du paragraphe 35(1), quand bien même il serait avantageux, pour elle, d'obtenir le consentement de la communauté affectée. Ce biais, dont la découverte est généralement attribuée à Daniel Kahneman et Amos Tversky, a un effet

⁴²⁵ Ken Coates (sans affirmer qu'il s'agissait du seul enjeu de la campagne) donne l'exemple de la campagne électorale de 2011 en Saskatchewan, où le parti victorieux s'opposait au partage de revenus visant spécifiquement les communautés autochtones et préconisait plutôt une approche qui permettrait à tous les Saskatchewanais de bénéficier des revenus découlant de l'exploitation des ressources naturelles de manière équitable : K. S. COATES, préc., note 411, p. 12.

sur les décideurs lorsque ceux-ci comparent des gains possibles à des gains certains ainsi que des pertes possibles à des pertes certaines.

Kahneman et Tversky ont mené une expérience dans laquelle ils présentaient à des individus des choix entre diverses options⁴²⁶. Voici deux des choix qui étaient offerts aux participants :

Choix 1 :

A. Un gain certain de 3 000\$

B. 80 % de probabilités de gagner 4 000 \$ et de 20 % de probabilités de ne rien gagner

Choix 2 :

A. Une perte certaine de 3 000 \$

B. 80% de probabilités de perdre 4 000 \$ et 20 % de probabilités de ne rien perdre

Les options 1A et 2B ont été favorisées par la majorité des participants à ces études. Pourtant, ce sont les options 1B et 2A qui offrent les meilleurs résultats. Selon les deux chercheurs, cela démontre que les individus ont un biais disproportionnellement favorable aux gains certains lorsqu'ils les comparent à des gains probables et un biais disproportionnellement favorable aux pertes incertaines lorsque celles-ci sont comparées à des pertes certaines.

Ainsi, si nous présumons que les entreprises et les gouvernements sont affectés par ce biais, ils pourraient favoriser les pertes incertaines, mais potentiellement plus importantes, liées à la tentative de se conformer étroitement aux exigences du paragraphe 35(1) aux dépens des pertes certaines, mais peut-être moins importantes, liées à la conclusion d'une entente. En effet, les pertes qu'encourent ces acteurs lorsqu'ils obtiennent le consentement de la communauté autochtone affectée sont définies avec davantage de précision, puisqu'ils acceptent de consentir des accommodements ou avantages à la communauté. Ces pertes sont certaines. L'autre option, quant à elle, implique des pertes potentiellement plus grandes, mais moins probables, puisqu'elles ne se concrétiseront pleinement que si la communauté conteste le projet devant les tribunaux et qu'elle a gain de cause. Toutefois, les coûts que peuvent subir l'État ou l'entreprise seront parfois plus onéreux que ceux encourus lors de la conclusion d'une entente avec la communauté. Bien entendu, cela ne signifie pas que ces deux acteurs préféreront

⁴²⁶ La description de l'expérience ainsi que de ses conclusions sont tirées de : Daniel KAHNEMAN et Amos TVERSKY, « Prospect Theory : An Analysis of Decision Under Risk », (1979) 47 :2 *Econometrica* 263.

systématiquement risquer de ne pas conclure une entente avec les communautés autochtones⁴²⁷. Toutefois, ce biais peut avoir pour effet de fausser leurs calculs.

L'effet de ce biais pourrait toutefois être inversé en raison d'un autre biais, celui des effets de cadrage⁴²⁸. Selon ce biais cognitif, la manière dont les choix sont présentés aux individus influent sur les choix qu'ils feront. Ici, si l'entreprise ou l'État perçoit le paragraphe 35(1) comme un gain, plutôt qu'une perte, le biais aura un effet différent. En effet, si un acteur considère le respect des exigences du paragraphe 35(1) non pas comme un coût qui lui est imposé, mais comme une condition lui permettant de réaliser un gain (en réalisant un projet d'exploitation des ressources naturelles), il pourrait alors privilégier la conclusion d'ententes aux dépens d'une tentative de se conformer étroitement aux exigences du paragraphe 35(1). La manière dont le décideur perçoit les exigences du paragraphe 35(1) pourrait donc avoir une influence importante sur le choix qu'il fera.

Que ce soit en raison de l'effet du biais cognitif de l'aversion pour les risques ou de l'effet de cadrage, les acteurs rationnels qui, confrontés aux contraintes du paragraphe 35(1), choisissent d'outrepasser ses exigences, le feront en raison de leur caractère incertain⁴²⁹. Si les coûts qu'ils associent à ces sources d'incertitudes ne sont pas suffisamment élevés, l'entreprise et l'État se contenteront de tenter de se conformer aux exigences du paragraphe 35(1). Ainsi, les exigences du paragraphe 35(1) constituent un seuil minimal que ces deux acteurs, rationnellement, tenteront à tout le moins de respecter, sauf dans le cas où l'entreprise chargée par l'État d'effectuer la consultation conclue, avec un niveau de certitude suffisant, que la communauté affectée ne fera pas valoir ses droits. Les concessions qu'elle pourra faire qui outrepasseront ces exigences ne dépendront que des coûts que l'entreprise associera à la possibilité que la communauté affectée intente un recours compte tenu des exigences incertaines du paragraphe 35(1).

⁴²⁷ Ainsi, il serait possible de croire qu'une entreprise qui est impliquée dans un petit nombre de projets puisse avoir une aversion pour le risque plus importante qu'une entreprise qui est en mesure de diversifier les risques auxquels elle fait face : John C. COFFEE Jr., « Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter Is Not Working », (1983) 42 *Md. L. Rev.* 215, 279-283.

⁴²⁸ C. JOLLS, C. R. SUNSTEIN et R. THALER, préc., note 66, 1536-1537; A.-L. SIBONY, G. HELLERINGER et A. ALEMANNINO, préc., note 67, 324.

⁴²⁹ Le professeur Newman note également que l'incertitude entourant l'interprétation du paragraphe 35(1) peut inciter les acteurs impliqués dans la réalisation de projets d'exploitation des ressources naturelles à négocier des ententes, et que certaines communautés autochtones bénéficient de l'incertitude qui entoure l'interprétation du paragraphe 35(1) : D. G. NEWMAN, préc., note 8, p. 13.

4.1.3. La communauté autochtone en tant qu'individu rationnel

Nous avons vu que, selon la jurisprudence, les communautés autochtones qui revendiquent un droit aux termes du paragraphe 35(1) bénéficient du droit d'être consultées lorsque l'État considère une mesure qui pourrait porter atteinte à ce droit. En cas de contravention à cette obligation, les tribunaux se sont montrés plutôt timides dans l'octroi de réparations, accordant aux communautés des jugements déclaratoires ou, parfois, l'annulation de décisions administratives autorisant les mesures qui pourraient porter atteinte à leurs droits.

La possible suspension du projet et l'annulation de décisions administratives peuvent être, pour la communauté, des incitatifs puissants à intenter un recours. Elle peut opter pour l'investissement de sommes considérables dans un procès de manière à obtenir cette annulation et ne pas voir l'exercice de son droit revendiqué être réduit à néant en raison du projet. De plus, la suspension du projet entraîne des coûts pour l'entreprise et pourrait la mener à tenter d'accommoder les intérêts de la communauté afin de poursuivre le processus de réalisation du projet. En effet, si l'entreprise désire poursuivre le projet, et que l'accommodement des intérêts de la communauté peut être fait à un coût qui n'enlève pas toute viabilité économique au projet et qui est inférieur aux pertes qu'elle estime subir pendant que le projet est suspendu, l'entreprise devrait accommoder les intérêts de la communauté. De la même manière, les impacts négatifs auprès de l'électorat qu'ont un jugement reconnaissant une contravention de l'obligation de consulter pour l'État peuvent le mener à accommoder les intérêts de la communauté avant que le litige soit entendu ou à tenter de redorer son image auprès des communautés autochtones et de l'électorat en accommodant généreusement les intérêts de la communauté affectée suite au litige.

Notons avant tout que, si la communauté autochtone estime que les obligations constitutionnelles incombant à l'État ont été exécutées, elle n'aura d'autre choix que, le cas échéant, d'accepter l'entente qui lui est proposée⁴³⁰. Si aucune entente ne lui est proposée, et que l'État, avec ou sans l'aide d'un tiers, a satisfait aux exigences du paragraphe 35(1), elle n'aura pas avantage à contester la réalisation du projet devant les tribunaux.

⁴³⁰ Elle peut également contribuer à augmenter le niveau de risque que perçoit la compagnie, par exemple en publicisant son désaccord quant au projet, afin d'inciter l'entreprise à lui offrir des concessions qui augmentent les bénéfices qu'elle retire de l'entente.

Si la communauté autochtone estime plutôt que l'obligation de consulter n'a pas été exécutée, elle devra soupeser deux options : accepter d'accueillir le projet sur le territoire qui fait l'objet de sa revendication et se satisfaire de la consultation – et, le cas échéant, des accommodements qui en résultent – de l'État et de l'entreprise ou tenter un recours afin de faire valoir son droit d'être consultée. Cette seconde option, même en présence d'une violation évidente de l'obligation de consultation, ne sera toutefois pas toujours avantageuse pour la communauté. En effet, de tels litiges peuvent être longs et coûteux. En outre les réparations accordées par les tribunaux n'intéresseront pas toujours les communautés autochtones⁴³¹. De même, les sources d'incertitudes quant aux critères déterminant le niveau de consultation requis – présentées en détail à la section 4.1.1.2.2. – auront une influence sur la décision de la communauté, puisqu'elles l'empêcheront de déterminer avec certitude l'intensité et l'étendue de la consultation à laquelle elle avait droit.

La communauté qui désire tenter un recours fait face à une source d'incertitude supplémentaire. En effet, le niveau de consultation auquel elle aura droit dépendra des impacts du projet sur sa revendication. Or, les entreprises qui mènent des projets d'exploitation des ressources naturelles doivent, dans toutes les juridictions canadiennes, mener des études quant aux impacts environnementaux qu'auront leurs projets et soumettre de volumineux documents qui détaillent la manière dont se déroulera le projet. Quoiqu'elle ne soit peut-être pas en mesure d'évaluer les effets néfastes de son projet tels que les perçoit la communauté affectée, l'entreprise connaît tout de même les effets environnementaux de son projet, tout comme l'État, qui a accès à ces documents. Or, au moment où elle apprend qu'un projet se déroulera sur un territoire où elle revendique un droit, la communauté affectée n'a pas accès à toute cette information. Avant de décider si elle doit contester ou non le projet, la communauté devra se familiariser avec l'ensemble de ces documents, processus qui peut être complexe en raison de leur important volume⁴³². De même, l'étude de tels documents exige une expertise scientifique qui n'est parfois pas disponible pour les communautés qui doivent les examiner⁴³³. Enfin, la

⁴³¹ Un conseiller juridique, dans le cadre d'une entrevue menée par deux chercheurs, affirme ainsi que : « Most indigenous Métis communities recognize that the regulatory process is biased in favour of extractive industry development, and communities seek economic and contracting benefits because the choices they are faced with are either having development proceed and receiving some benefit from it, or having development proceed and receiving no benefit at all from it. » (Tarje Iversen WANVIK et Ken J. CAINE, « Understanding indigenous strategic pragmatism: Métis engagement with extractive industry developments in the Canadian North », (2017) 4:3 *The Extractive Industries & Society* 595, 601).

⁴³² Ainsi, dans une affaire récente, les documents pertinents, transmis par internet, n'ont pu être téléchargés par la communauté affectée en raison de leur trop important volume : *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, préc., note 268, par. 49.

⁴³³ G. GIBSON et C. O'FAIRCHEALLAIGH, préc., note 322, p. 65.

langue dans laquelle ils sont rédigés est parfois un obstacle à leur compréhension par l'ensemble des membres de la communauté⁴³⁴. Il est possible que ces facteurs aient pour effet de donner à la communauté un portrait incomplet ou erroné des effets du projet, ce qui peut fausser son interprétation de l'étendue de la consultation à laquelle elle a droit. Avant de prendre une décision, la communauté devra assumer ces coûts afin d'être en mesure d'avoir une idée de l'étendue du droit qu'elle détient selon les impacts du projet.

Dans certains cas, il pourrait également être nécessaire que la communauté tente d'effectuer des recherches avant de revendiquer un droit en vertu du paragraphe 35(1). Nous avons mentionné à de nombreuses reprises la complexité de la preuve requise afin d'établir un titre ou un droit ancestral. Quoique les communautés, selon leurs propres systèmes de validation de faits historiques⁴³⁵, puissent détenir ces preuves, il sera nécessaire de les corroborer au moyen d'analyses d'experts afin qu'elles aient une force probante tant à l'égard de l'entreprise que dans le cadre d'un éventuel procès. Ce processus peut nécessiter des investissements considérables⁴³⁶.

Certaines communautés ont pu bénéficier de financement afin d'être en mesure d'évaluer l'impact qu'ont les projets d'exploitation des ressources naturelles sur leurs droits. Ce financement peut provenir tant de l'État⁴³⁷ que de l'entreprise qui réalise les consultations⁴³⁸. Dans la mesure où, comme le souligne la Cour supérieure de l'Ontario, l'intensité de la consultation requise peut exiger que l'État finance la participation de la communauté⁴³⁹, il est possible que l'entreprise fournisse d'elle-même des fonds si elle craint que l'État ne le fasse

⁴³⁴ *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, préc., note 268, par. 49. Dans cet arrêt, la Cour reproche à l'entreprise le fait que seule une petite partie des documents ait été traduite en inuktitut.

⁴³⁵ A. J. RAY, préc., note 164, p. 29.

⁴³⁶ Sans se prononcer de manière définitive sur le montant exact reçu par la communauté qui intentait le recours, une décision de la Cour fédérale fait ainsi état de paiements totalisant plus de 420 000 \$ lors de la phase précédant les audiences devant une commission d'examen du projet : *Nunatukavut Community Council Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 981, par. 151-164. Dans le cadre de la construction d'un barrage hydroélectrique, une nation a conclu une entente avec le gouvernement de la Colombie-Britannique qui prévoyait l'octroi d'une somme de 550 000 \$ en vue des consultations préalables à la réalisation du projet : *Prophet River First Nation c. British Columbia (Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, préc., note 231, par. 65.

⁴³⁷ *Prophet River First Nation v. British Columbia (Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, préc., note 231, par. 66 ; *Saugeen First Nation v. Ontario* 2017 préc., note 344, par. 109-112.

⁴³⁸ G. GIBSON et C. O'FAIRCHEALLAIGH, préc., note 322, p. 80. Voir, également, *Sapotaweyak Cree Nation v. Manitoba*, 2015 MBQB 35 (où une entreprise d'État a accepté de financer un rapport sur le savoir traditionnel de la communauté affectée) ; *Nunatukavut Community Council Inc. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 436, par. 132 (où tant l'État que l'entreprise ont accordé des fonds à une communauté dans le cadre de la réalisation d'un barrage hydroélectrique).

⁴³⁹ *Platinex Inc v. Kitchenuhmaykoosib Inninuwag First Nation*, 2007 ONSC 20790, par. 27 ; *Saugeen First Nation v. Ontario (MNR)*, préc., note 344, par. 141.

pas et qu'elle estime que cela constitue un risque important que la communauté intente une poursuite. L'entreprise et/ou l'État auront intérêt à financer la communauté dans la mesure où les fonds qu'ils lui accordent permettent une réduction de coûts découlant du risque que leur conduite ne soit contestée qui est supérieure au montant du financement ou, dans le cas de l'État, aux coûts politiques qu'occasionne ce financement.

Ce financement n'est qu'une mesure parmi d'autres⁴⁴⁰ que peuvent tenter d'obtenir les communautés. Ainsi, les ententes que concluent les entreprises et les communautés incluent souvent des mesures de compensation financière, des clauses garantissant l'emploi des membres de la communauté et des clauses prévoyant une contribution à l'éducation des membres de la communauté⁴⁴¹. Afin de se soustraire à l'incertitude qui caractérise le recours aux tribunaux, il est possible qu'une communauté préfère accepter l'entente offerte par l'entreprise ou l'État en échange de son soutien au projet. Dans la mesure où ces accommodements procurent des bénéfices plus importants à la communauté autochtone que la réparation qui serait prononcée à l'issue d'un procès, compte tenu de son caractère incertain, elle devrait accepter de conclure une entente.

Les biais cognitifs dont nous avons traité un peu plus haut pourraient également influencer les communautés affectées lorsqu'elles soupèsent les options de recourir aux tribunaux ou de conclure une entente⁴⁴². Si une communauté perçoit le paragraphe 35(1) comme une source de bénéfices, elle devrait être portée à survaloriser les bénéfices certains que lui procurerait la conclusion d'une entente. Si elle voit plutôt le paragraphe 35(1) comme un instrument permettant de limiter les pertes que le projet lui cause, elle attribuera plutôt une valeur plus importante aux réparations qui découlent d'un recours aux tribunaux (qui, dans cette hypothèse, auraient une valeur plus grande pour elle que la consultation et, le cas échéant, les accommodements que lui ont consenti l'entreprise et/ou l'État).

Bref, les communautés affectées qui désirent avoir une idée précise du type de consultation auquel elles ont droit devront assumer des coûts parfois élevés. Une entreprise qui, dès les

⁴⁴⁰ Voir, pour une typologie des accommodements souvent consentis par les entreprises : G. GIBSON et C. O'FAIRCHEALLAIGH, préc., note 322, p. 110.

⁴⁴¹ S. GOGAL, R. REIGERT et J. JAMIESON, préc., note 14, 147-152.

⁴⁴² Un auteur affirme que le biais de l'aversion pour les risques influence les gouvernements, et tout particulièrement les gouvernements de petites municipalités : Christopher SERKIN, « Big Differences for Small Governments: Local Governments and the Takings Clause », (2006) 81 *N.Y.U. L. Rev.* 1624, 1666-1669.

premiers échanges qu'elle a avec la communauté, lui fait une offre d'accommodement peut la dissuader d'assumer de tels coûts. En effet, la communauté devra alors soupeser les avantages associés à un gain certain, découlant de l'entente, et un gain potentiellement plus élevé – découlant d'un éventuel jugement imposant, par exemple, une injonction, ou une consultation plus soutenue – mais auquel est associé à un coût supplémentaire pour la communauté et dont les chances de concrétisation sont inconnues.

4.1.4. Résumé de la section 4.1.

Après avoir présenté au chapitre précédent les tenants et aboutissants du cadre juridique du paragraphe 35(1), le présent mémoire a, dans la première section de ce chapitre IV, tenté de formuler des hypothèses quant à la manière dont ce cadre juridique agit sur le comportement des entreprises, de l'État et de la communauté autochtone qui revendique un droit et bénéficie de l'obligation de consulter dans le cadre de la réalisation de projets d'exploitation des ressources naturelles.

D'abord, nous avons vu que, si cette disposition constitutionnelle ne s'applique qu'à l'État et ne peut donner lieu à des sanctions qu'à l'égard de son comportement, ces sanctions auront également des impacts sur l'entreprise. C'est donc dire que l'obligation de consulter a des répercussions sur les comportements de ces deux acteurs.

Ces deux acteurs peuvent, dans un premier temps, ignorer les exigences qu'impose cette disposition constitutionnelle et réaliser le projet d'une manière qui ne tient pas compte des droits de la communauté affectée. Or, comme l'État bénéficie de la possibilité de déléguer l'obligation de consultation qui lui incombe, les cas où il privilégiera la première option seront peu fréquents : il faudrait qu'il attribue un si faible coût au risque de contestation judiciaire qu'il juge préférable de ne pas encourir les coûts qu'implique la délégation. L'entreprise, quant à elle, peut refuser de mener toute consultation et espérer que l'État, qui est le débiteur ultime de l'obligation, consulte la communauté de manière à réaliser le projet. Toutefois, compte tenu des préférences particulières de l'acteur étatique, l'entreprise aura intérêt à procéder elle-même à la consultation lorsqu'elle estime que les coûts associés au risque que la consultation menée par l'État lui cause des pertes, que ce soit en raison de son insuffisance au regard des exigences du paragraphe 35(1) ou en raison des délais plus longs qui y sont liés, seront supérieurs aux coûts que lui impose cette consultation.

Dans les cas où l'entreprise juge opportun d'accepter la délégation qui lui est faite par l'État, nous avons vu que, compte tenu des sanctions que peuvent prononcer les tribunaux en cas de contravention au paragraphe 35(1), il est nécessaire qu'elle acquière une certitude suffisante que la communauté affectée ne fera pas valoir son droit pour que le choix de l'ignorance soit avantageux. Toutefois, une telle certitude est difficile à acquérir, puisqu'elle requiert que l'entreprise ait une bonne connaissance des motivations et ressources de ces deux acteurs. De plus, les moyens dont elle dispose afin de tenter d'empêcher la communauté de faire valoir son droit sont de légalité douteuse. C'est donc dire que, tant pour l'entreprise que l'État, il se présentera peu de situations où il sera avantageux de faire fi de la revendication de la communauté autochtone affectée par le projet d'exploitation des ressources naturelles.

Si l'entreprise ou l'État tente plutôt de se conformer aux exigences du paragraphe 35(1), chacun de ces acteurs devra assumer les coûts que lui impose l'obligation de consultation. Cela implique qu'il encoure des coûts en rencontrant la communauté affectée ainsi qu'en évaluant la force du droit revendiqué par celle-ci et en procédant à une consultation proportionnée eu égard à la force de cette revendication et aux impacts du projet. Ici, le paragraphe 35(1) agit directement sur les acteurs en leur imposant un seuil minimal à respecter dans la prise en compte des intérêts de la communauté autochtone.

Nous avons vu que l'État bénéficie de la possibilité de déléguer son obligation de consulter et, ainsi, d'imposer à un tiers d'assumer les coûts de la consultation. En revanche, lorsque l'État délègue son obligation, il court le risque que l'entité qu'il charge d'effectuer la consultation ne la mène pas dans les meilleurs intérêts de l'État, que ce soit en raison de ses préférences différentes ou tout simplement parce qu'elle interprète de manière erronée les exigences floues de l'obligation de consulter. Afin d'atténuer les risques découlant de la possibilité que l'entité priorise ses préférences aux dépens de celles de l'État, l'État peut – soit en usant du pouvoir que lui accordent certaines dispositions législatives ou de manière informelle – imposer des conditions supplémentaires à l'octroi d'une autorisation. L'État peut également prendre part à la consultation afin de s'assurer qu'elle n'est pas insuffisante au regard de l'interprétation qu'il fait lui-même du paragraphe 35(1). Il ne sera rationnel pour lui de prendre de tels moyens que lorsqu'il estime que leurs coûts d'exécution sont inférieurs à ceux qui découlent du risque qu'il subisse des préjudices en raison des actes que poseraient les organes administratifs et les entreprises s'ils étaient laissés à eux-mêmes.

Si les exigences du paragraphe 35(1) étaient nettes et précises, l'entreprise et/ou l'État n'auraient qu'à assumer les coûts (ou, dans le cas de l'État, à les transférer en partie à des tiers) associés à la consultation de la communauté autochtone affectée par le projet afin de s'assurer de se mettre à l'abri de la pluie d'inconvénients que peut leur causer un litige. Toutefois, nous avons relevé plusieurs sources d'incertitudes quant à la portée des droits protégés par le paragraphe 35(1). Ainsi, il est difficile d'évaluer la force de la revendication d'une communauté lorsqu'un droit est allégué, ce qui rend incertaine la détermination du niveau de consultation requis. De même, lorsqu'un droit est allégué, il se peut qu'il soit reconnu par la suite et qu'un projet d'exploitation des ressources naturelles s'avère y contrevenir de manière injustifiée. Il est également ardu d'évaluer l'ampleur des impacts que peut avoir une activité sur la communauté affectée. En outre, le caractère collectif des droits reconnus par le paragraphe 35(1), et l'incertitude quant aux interlocuteurs autochtones qui doivent être consultés ajoutent une autre difficulté. Enfin, les exigences de l'obligation de consulter sont ambiguës et varient selon les circonstances. Toutes ces sources d'incertitude ajoutent un coût aux exigences que pose de manière directe le paragraphe 35(1) puisque, même en assumant les coûts associés au respect des exigences du paragraphe 35(1), il demeure une possibilité que l'entreprise et l'État voient le projet être déclaré contraire au paragraphe 35(1). Chacun de ces acteurs doit donc ajouter aux coûts que lui impose directement le paragraphe 35(1) les coûts découlant de la possibilité que, malgré ses actions, le projet soit déclaré inconstitutionnel.

L'entreprise et l'État disposent cependant d'une troisième option qui leur permet de réduire grandement ce risque qu'ils subissent des coûts en raison d'un litige. En effet, en concluant une entente avec la communauté, ils peuvent obvier aux obstacles constitutionnels pouvant se dresser devant la réalisation du projet. L'entreprise et l'État seront disposés à offrir des accommodements à la communauté dont les coûts – monétaires dans le cas de l'entreprise, monétaires et politiques dans le cas de l'État – sont moindres que celui que chacun de ces acteurs attribue à la possibilité que la réalisation du projet fasse l'objet d'un litige. Dès lors que le coût des accommodements nécessaires afin d'obtenir le consentement de la communauté affectée outrepassa celui associé aux incertitudes quant aux exigences du paragraphe 35(1), un acteur rationnel ne désirera pas conclure d'entente avec la communauté affectée.

Néanmoins, malgré le fait que la conclusion d'ententes soit parfois préférable pour l'État ou l'entreprise, un biais cognitif pourrait avoir pour effet de diminuer l'attrait qu'exercent les

ententes auprès de ces acteurs. En effet, nous avons vu que les individus ont tendance à surévaluer les pertes certaines et sous-évaluer les pertes qui ne sont que probables. Or, la conclusion d'une entente impose à ces acteurs des pertes certaines, et la tentative de se conformer étroitement aux exigences du paragraphe 35(1) leur impose plutôt des pertes probables, puisqu'il n'est pas certain que la communauté intente un recours.

Toutefois, un effet de cadrage pourrait modifier l'effet de ce biais cognitif. Si un acteur examine les bénéfices qu'il tire du projet dans son ensemble plutôt que les seuls coûts que lui impose le paragraphe 35(1), l'effet du biais pourrait être inversé. En effet, dans ce cas, la conclusion d'une entente lui procure des gains certains, alors que la tentative de se conformer aux exigences du paragraphe 35(1) lui permet de réaliser des gains plus importants, mais qui ne sont pas certains (puisque'ils seront diminués si la communauté intente une action).

La communauté qui revendique un droit et qui subit des impacts en raison d'un projet d'exploitation des ressources naturelles, quant à elle, devra d'abord déterminer si l'obligation de consultation qui lui est due a été exécutée. Dans ce cas, elle n'aura pas intérêt à intenter de recours.

Si, au contraire, elle estime que l'obligation de consultation et d'accommodement qui incombe à l'État n'a pas été satisfaite, elle devra évaluer la possibilité d'intenter un recours. Toutefois, la communauté, tout comme l'État et l'entreprise, est affectée par l'incertitude qui caractérise la portée des droits que reconnaît le paragraphe 35(1). L'attrait que pourraient avoir pour elle les bénéfices associés aux réparations que pourrait accorder un tribunal est donc diminué en raison de leur caractère incertain. C'est donc dire que, si l'entreprise et/ou l'État proposent à la communauté une entente prévoyant certains accommodements, la communauté aura intérêt à accepter de conclure cette entente dès lors que les bénéfices que procurent ces accommodements sont plus importants que ceux qui découlent d'un recours aux tribunaux, compte tenu de leur caractère incertain.

En examinant l'impact du paragraphe 35(1) sur le comportement des entreprises, de l'État et des communautés autochtones dans le cadre de projets d'exploitation des ressources naturelles au moyen de la théorie du choix rationnel, l'énoncé du juge en chef Dickson et du juge Laforest selon lequel cette disposition constitue « un fondement constitutionnel solide à partir duquel

des négociations ultérieures peuvent être entreprises »⁴⁴³ prend tout son sens. En effet, les entreprises et l'État n'auront que rarement intérêt à réaliser des projets qui contreviennent à cette disposition juridique, puisque les communautés n'accepteront pas qu'elles le fassent et contesteront leurs actions. Ainsi, le paragraphe 35(1) représente bel et bien un fondement, en ce qu'il édicte les conditions minimales qu'auront le plus souvent intérêt à tenter de respecter l'État et l'entreprise lorsqu'ils réalisent des projets d'exploitation des ressources naturelles en ce qui a trait à la prise en compte des droits des communautés autochtones. En outre, l'incertitude qui caractérise l'interprétation de cette disposition favorise la négociation d'ententes entre les entreprises et/ou l'État et les communautés autochtones. En effet, dans le cas de ces deux premiers acteurs, la conclusion d'ententes permet d'éviter de subir les coûts qui peuvent découler de la nature incertaine du paragraphe 35(1) et de la possibilité que leur conduite n'y soit pas conforme. Pour la communauté autochtone, la signature d'une entente permet d'être assurée de tirer des bénéfices de la réalisation d'un projet plutôt que d'avoir à espérer avoir gain de cause devant un tribunal.

Dans les prochaines sections du chapitre, nous verrons que le paragraphe 35(1) agit de la même manière à l'égard des trois acteurs que nous avons étudiés et ce, peu importe le droit qu'invoque la communauté. Seulement, les coûts que doivent considérer l'État et l'entreprise ne sont pas les mêmes, tout comme les bénéfices que considère la communauté autochtone affectée varient en fonction du droit qu'elle invoque. La prochaine section traitera des cas où une communauté autochtone bénéficie d'un droit *reconnu* en vertu du paragraphe 35(1).

4.2. Les droits reconnus

4.2.1. L'État et l'entreprise en tant qu'individus rationnels

Rappelons ce que nous avons expliqué à la section 3.5. : les peuples autochtones dont les droits ont été reconnus bénéficient, en plus de l'obligation de consulter, de l'obligation de fiduciaire qui incombe à l'État lorsqu'il porte atteinte à leurs droits. En revanche, les recours visant à faire sanctionner le respect de ces deux obligations ne sont pas les mêmes. En effet, nous avons vu que les tribunaux ont refusé de confirmer des manquements à l'obligation de fiduciaire dans le cadre de recours en révision judiciaire de décisions administratives. Dans de tels contextes,

⁴⁴³ Sparrow, 1105.

c'est plutôt l'obligation de consulter qui sera brandie par les communautés bénéficiant de droits reconnus aux termes du paragraphe 35(1) qui sont affectées par des projets d'exploitation des ressources naturelles. S'agissant de l'obligation de fiduciaire, le véhicule procédural approprié est le recours civil, où les demandeurs sont libres de choisir les réparations qu'ils désirent obtenir. Dans le contexte de projets d'exploitation des ressources naturelles, il peut s'agir tant d'une compensation monétaire que de l'annulation d'une décision.

Ainsi, les commentaires que nous avons émis en ce qui concerne les droits allégués sont également applicables dans le cas des droits reconnus. Seulement, l'incertitude quant à l'impact de la portée du droit sera quelque peu diminuée. En effet, le texte d'un traité, ou la description de la portée d'un droit ancestral reconnu par un tribunal permettra à l'entreprise d'évaluer avec davantage d'acuité l'impact que le projet cause au droit en question. Toutefois, la reconnaissance du droit n'a pas pour effet d'éliminer les risques que court l'entreprise en tentant de se conformer étroitement aux exigences de l'obligation de consulter dans ces circonstances. En effet, comme nous l'avons montré, la portée des droits issus de traités, particulièrement les traités conclus avant la phase moderne, est parfois nébuleuse. De même, les incertitudes liées à l'assise territoriale des droits reconnus ainsi qu'à la difficulté pour le promoteur de quantifier les impacts qu'a son projet pour la communauté demeurent. L'entreprise ou l'État qui ne tente que de se conformer étroitement aux exigences de l'obligation de consultation là où une communauté autochtone bénéficie d'un droit reconnu courra donc un risque que cette communauté conteste ses actions devant un tribunal, imposant ainsi des coûts à ces deux acteurs, comme nous l'avons déjà décrit. Cela dit, il demeure possible qu'un acteur choisisse tout de même cette option et ne conclue pas d'entente avec la communauté affectée par le projet. En effet, s'il juge préférable de courir le risque de subir des coûts importants liés à un litige concernant la conformité du projet à l'obligation de consulter que d'assumer les coûts qu'exigerait l'obtention du consentement de la communauté, il privilégiera cette option.

En ce qui concerne la seconde obligation qui incombe à l'État lorsqu'une communauté autochtone bénéficie d'un droit reconnu, les sanctions pouvant résulter d'une contravention à l'obligation de fiduciaire ont des impacts plus importants que celles associées à l'obligation de consulter. En effet, l'annulation d'une autorisation accordée par un gouvernement peut lui imposer des coûts plus importants qu'une simple déclaration l'obligeant à consulter davantage la communauté autochtone affectée en raison de l'effet que la première de ces sanctions peut avoir sur d'éventuels promoteurs et des électeurs favorables à la croissance économique que

promet le projet. Une telle sanction laisse entendre qu'il est possible que certains projets soient incompatibles avec l'obligation de fiduciaire de l'État. La possibilité qu'un jugement requière de l'État qu'il verse une compensation monétaire à une communauté autochtone affectée par un projet, quant à elle, peut avoir des impacts néfastes auprès de l'électorat, qui n'apprécie sans doute pas que l'État puise dans les poches des citoyens afin d'indemniser des demandeurs autochtones, et impose des coûts monétaires à l'État. Pensons également aux retards dans l'exécution du projet ainsi qu'à l'allocation de ressources de l'État à la préparation et la supervision du projet.

En ce qui concerne l'entreprise, elle ne subira guère de contrecoups d'un jugement imposant à l'État de verser une compensation monétaire à la communauté affectée par le projet. En revanche, elle doit prendre acte de la possibilité que les autorisations liées au projet soient annulées si elles ont pour effet de contrevenir à l'obligation de fiduciaire qui incombe à l'État lorsqu'il porte atteinte à des droits reconnus⁴⁴⁴. Le projet pourrait ainsi être retardé. Cette sanction imposera de plus à l'entreprise de franchir à nouveau les étapes administratives permettant la réalisation du projet.

Ces impacts plus importants des sanctions qui peuvent être imposées en cas de contravention à l'obligation de fiduciaire n'ont cependant pas pour effet de modifier la manière dont l'État et l'entreprise pourront être menés à choisir la première option qui s'offre à eux, c'est-à-dire l'ignorance des exigences de l'obligation de fiduciaire. De la même manière que dans le cas où la communauté n'est en mesure que de revendiquer un droit, ces deux acteurs doivent acquérir un niveau de certitude suffisant que la communauté ne sera pas en mesure de faire valoir son droit. Ce niveau de certitude doit être plus élevé que dans le cas où un droit n'est que revendiqué, puisque l'État et l'entreprise assumeront un coût plus onéreux en cas de contravention à l'obligation de fiduciaire.

C'est donc dire que, dans la plupart des cas, les entreprises et l'État auront à choisir entre les accommodements ne permettant que de respecter les exigences de l'obligation de fiduciaire, et ceux permettant d'obtenir le consentement de la communauté autochtone affectée.

⁴⁴⁴ « [T]here can be little question that the exercise of ministerial discretion cannot stand if constitutionally impaired »: *Prophet River First Nation v. British Columbia (Environment)*, préc., note 280, par. 29.

Tout comme lorsqu'ils tentent de se conformer aux exigences de l'obligation de consulter, l'État et l'entreprise feront face à plusieurs sources d'incertitudes en ce qui concerne celles de l'obligation de fiduciaire. En effet, les contours de l'obligation de fiduciaire sont aussi flous qu'on puisse l'imaginer. Les tribunaux ont indiqué qu'elles varieront selon le but du droit auquel il est porté atteinte : s'il s'agit d'un droit ancestral de nature commerciale, les restrictions pouvant y être apportées pourront être importantes et servir plusieurs objectifs⁴⁴⁵. À cet égard, la Cour précise seulement que la prise de décision doit refléter une prise en compte « de l'existence et de l'importance du droit en question. »⁴⁴⁶. Dans le cas où le droit permet le prélèvement d'une ressource à des fins de subsistance, les atteintes devront être limitées et accorder une priorité de prélèvement aux détenteurs du droit⁴⁴⁷. Cette dernière exigence de l'obligation de fiduciaire, toutefois, semble mieux à même d'être utilisée dans l'évaluation de la constitutionnalité de régimes législatifs établissant des quotas de prélèvement d'une ressource que celle d'une activité qui a pour effet d'en diminuer la disponibilité. En effet, il serait pour le moins incongru qu'un tribunal valide la réalisation d'un projet qui réduit presque à néant la quantité de poissons que peut pêcher une nation, malgré que la réalisation du projet soit assortie d'exigences visant à assurer une priorité de prélèvement de la quantité infime de ressources halieutiques à une communauté autochtone détenant un droit de pêche à des fins de subsistance. Dans ces cas, il serait sans doute davantage à propos d'accorder une indemnité à la communauté autochtone⁴⁴⁸, mais il serait pour le moins hasardeux de tenter d'en prévoir le montant.

Un autre courant jurisprudentiel préconise d'effectuer une analyse semblable à celle applicable dans le cas d'une atteinte à un droit protégé par la Charte. Cette approche nous semble plus facilement applicable à un tel projet. Toutefois, le test n'est pas suffisamment précis pour permettre de déterminer la mesure dans laquelle un projet peut porter atteinte aux droits reconnus à une communauté en respectant les limites que fixe le cadre constitutionnel. Il est particulièrement ardu de savoir quelle analyse sera faite du critère de la proportionnalité des effets du projet, puisque les effets néfastes pour la communauté autochtone sont difficiles à

⁴⁴⁵ *R. c. Gladstone*, préc., note 116, par. 62-63.

⁴⁴⁶ *Id.*, par. 63.

⁴⁴⁷ *Sparrow*, 1119.

⁴⁴⁸ Cette possibilité, évoquée dans l'arrêt *Sparrow*, à la page 1119, semble davantage appropriée dans les cas (tel celui donné en exemple) où la communauté autochtone subit un dommage auquel il n'est pas possible de remédier autrement. Le professeur Newman suggère une approche semblable dans le cas de contraventions à l'obligation de consulter : D. G. NEWMAN, préc., note 272, p. 78.

quantifier⁴⁴⁹ et les bénéfices du projet à l'échelle de la société, principalement à caractère économique, ne peuvent qu'être supputés.

Une chose est cependant certaine : l'obligation de fiduciaire exige des actes d'une nature autre que l'obligation de consulter. En effet, si l'on accepte l'analogie faite avec les droits protégés par la Charte, il ne suffira pas de simplement consulter la communauté affectée. Le projet doit être réalisé d'une manière qui porte une atteinte minimale aux droits de la communauté, et ses effets bénéfiques pour l'économie canadienne ainsi que ses effets néfastes sur l'exercice du droit par la communauté doivent être proportionnés. C'est donc dire qu'afin de se conformer aux exigences de l'obligation de fiduciaire, l'entreprise sera parfois forcée de modifier la manière dont elle comptait réaliser le projet. À titre d'exemple, il se pourrait que l'entreprise se voie forcée de limiter l'ampleur territoriale du projet, ou encore de ne pas exploiter de ressources pendant une période importante pour l'exercice du droit invoqué par la communauté autochtone affectée. Ces mesures impliquent des coûts pour l'entreprise, puisque l'exploitation de la ressource qu'elle peut réaliser est réduite. L'État pourrait quant à lui devoir imposer des restrictions quant à la réalisation du projet, ce qui peut lui imposer des coûts politiques découlant du mécontentement de l'électorat favorable à la croissance économique et de l'effet que cela peut avoir auprès d'autres promoteurs. Il serait également concevable que l'État soit forcé à mettre en place un mécanisme de surveillance des effets environnementaux du projet, ce qui lui imposerait des coûts qui découlent principalement, dans ce cas, des employés et ressources qu'il devra déployer.

Ces coûts qu'assument l'État et l'entreprise contribuent à réduire la probabilité que leur conduite soit contestée devant un tribunal. Ces acteurs rationnels, examinant les accommodements qu'ils peuvent consentir afin de respecter l'obligation de fiduciaire, examineront les coûts qu'ils leur imposent et mettront en œuvre les accommodements dont les coûts de mise en place sont moindres que la réduction des coûts associés au risque que leur conduite soit contestée qu'ils permettent. Dans certains cas, ces accommodements pourront être suffisants pour que la communauté autochtone affectée consente au projet. Toutefois, si la communauté ne consent pas au projet, l'État et l'entreprise, compte tenu de la nature incertaine des exigences de l'obligation de fiduciaire, ne seront pas à l'abri d'une contestation judiciaire de leurs actions, ce qui peut leur imposer des coûts. Ainsi, ces deux acteurs auront parfois intérêt

⁴⁴⁹ R. GREGORY et W. TROUSDALE, préc., note 395.

à outrepasser les exigences de l'obligation de fiduciaire telles qu'ils les perçoivent afin d'obtenir le consentement de la communauté autochtone qui détient des droits auxquels le projet porte atteinte.

Toutefois, ni le gouvernement ni l'entreprise ne seront disposés à mettre en œuvre des mesures d'accommodement qui impliquent des coûts qui excèdent la réduction des risques qui y correspond. Ainsi, la mesure dans laquelle ces acteurs acceptent de consentir des accommodements à une communauté affectée par un projet dépend des coûts qu'il attribue au risque que survienne un litige lié au projet et des coûts de mise en place de ces accommodements, lesquels ont été décrits à la section 4.1.1.3.

Nous verrons dans la prochaine sous-section que, pour la communauté autochtone affectée par un projet d'exploitation des ressources naturelles, le paragraphe 35(1) agit d'une manière similaire dans le cas où elle bénéficie d'un droit reconnu et dans le cas où elle n'est en mesure que de revendiquer un droit.

4.2.2. La communauté autochtone en tant qu'individu rationnel

Nous l'avons vu, la communauté autochtone affectée par un projet d'exploitation des ressources naturelles qui détient un droit reconnu bénéficie de deux recours. Lorsqu'elle sera mise au courant d'un projet devant se dérouler sur son territoire, elle devra d'abord déterminer si ce projet contrevient de manière injustifiée aux droits qui lui sont reconnus. Si elle estime que cela n'est pas le cas, la communauté n'aura pas intérêt à intenter de recours contestant la conformité du projet aux exigences de l'obligation de fiduciaire, mais elle bénéficiera tout de même de l'obligation procédurale de consultation, car même si elle peut être justifiée, l'atteinte n'en a pas moins déclenché cette obligation, qui, rappelons-le, prend naissance dès lors que l'État considère des mesures pouvant porter atteinte à des droits que protège le paragraphe 35(1). À cet égard, ses choix devraient être effectués de la même manière que celle que nous avons décrite à la section 4.1.3., en tenant compte de l'incertitude qui caractérise l'intensité de la consultation qui lui est due même dans les cas où elle bénéficie d'un droit reconnu.

Toutefois, si la communauté autochtone estime que l'État a porté atteinte à ses droits de manière injustifiée, elle pourrait voir un intérêt à intenter un recours. Pour une communauté qui ne désire pas voir le territoire qui fait l'objet de son droit ancestral être exploité, l'annulation d'une

autorisation peut constituer une réparation attrayante, tout comme la communauté qui désire obtenir une compensation monétaire pour la violation de ses droits peut trouver le recours aux tribunaux intéressant. Il est également possible que la communauté conçoive le litige comme un moyen d'inciter l'État ou l'entreprise à lui offrir des accommodements plus avantageux dans le cadre de pourparlers subséquents.

Cependant, ces bénéfices que peut tirer la communauté autochtone des sanctions pouvant être prononcées à l'endroit de l'État impliquent également, de la même manière que lorsqu'elle invoque l'obligation de consulter, que la communauté encoure les coûts liés au procès. De même, le caractère mal défini des exigences de l'obligation de fiduciaire, présenté à la sous-section précédente, rend incertaine la concrétisation de ces bénéfices. En effet, bien que la Cour suprême du Canada ait soulevé la possibilité que des dommages monétaires soient accordés dans le cas de contraventions à l'obligation de fiduciaire s'apparentant à une expropriation⁴⁵⁰, de tels dossiers ne se sont pas présentés devant les tribunaux dans le contexte d'un seul projet. Plutôt, ils impliquent des violations qui perdurent depuis plusieurs années et qui résultent de plusieurs projets⁴⁵¹. Ainsi, s'il semble possible pour une communauté de se voir octroyer des dommages compensatoires dans le cas de préjudices causés par une atteinte aux droits dont bénéficie une nation en vertu du paragraphe 35(1) causée par un seul projet d'exploitation d'une ressource naturelle, la jurisprudence n'a pas établi de principes directeurs quant à la manière de quantifier ces dommages. De plus, l'évaluation que feront les tribunaux du montant approprié pourrait différer grandement de celle que ferait une communauté affectée par un projet⁴⁵². Ces incertitudes quant aux bénéfices que peut tirer la communauté d'un recours aux tribunaux

⁴⁵⁰ *Sparrow*, 1119.

⁴⁵¹ Une telle affaire devrait être entendue par la Cour suprême de la Colombie-Britannique en juillet 2018 : *Yahey v. British Columbia*, 2018 BCSC 829, par. 2; *Yahey v. British Columbia*, 2017 BCSC 899, par. 20-23 (mais voir : Chris NEWTON, « Provincial Government and Blueberry First Nations Negotiate Trial Adjournment », *Energetic City*, 29 juin 2018, en ligne : <<https://www.energeticcity.ca/2018/06/provincial-government-and-blueberry-river-first-nations-negotiate-trial-adjournment/>> (page consultée le 30 juin 2018), où il est affirmé que les parties impliquées tentent de négocier une transaction hors-cour). La Cour du banc de la Reine de l'Alberta a également rejeté une demande semblable: *Lameman v. Alberta*, 2012 ABQB 195, par. 65-67, conf. par 2013 ABCA 148. (Le rejet de cet aspect de la demande de la communauté, qui alléguait plusieurs contraventions à ses droits issus d'un traité, n'était pas en litige en appel). La Cour d'appel de la Saskatchewan a quant à elle rejeté une demande d'indemnisation afin de compenser l'inondation d'une partie d'une terre de réserve dans le cadre de la construction de deux barrages : *Peter Ballantyne Cree Nation v. Canada (Attorney General)*, 2016 SKCA 124; 2017 SKCA 5 (requête pour permission d'appeler rejetée, CSC, 22-06-2017, no 37485). Les nations West Moberly et Prophet River, dans le cadre du recours fondé sur la contravention à l'obligation de fiduciaire qu'elles intentent à l'encontre de la construction du Barrage du Site C, ne réclament pas de dommages monétaires : WEST MOBERLY FIRST NATION, *Notice of Civil Claim*, Cour suprême de la Colombie-Britannique, Victoria, numéro 18-0247, 15 janvier 2018, en ligne : <<https://justice.gov.bc.ca/cso/eseach/civil/searchFileResult.do?serviceId=47038317>> [en possession de l'auteur].

⁴⁵² R. GREGORY et W. TROUSDALE, préc., note 395.

s'ajoutent à celles qui concernent la portée de son droit. À ce titre, la communauté est dans une situation identique à celle de l'entreprise. Les bénéfices qu'elle peut tirer d'un recours, s'ils peuvent lui sembler plus avantageux que les accommodements que lui propose l'entreprise dans le cadre de la négociation d'une entente, ne sont pas certains.

Compte tenu du caractère incertain des bénéfices, la communauté jugera peut-être plus opportun d'accepter les accommodements que propose l'État ou l'entreprise sans recourir aux tribunaux. En revanche, nous l'avons mentionné plus haut, il ne sera pas rationnel pour un acteur d'offrir des accommodements qui lui imposent davantage de coûts que ne le ferait un litige. À l'inverse, pour qu'une communauté accepte une entente, les accommodements proposés doivent dépasser les bénéfices qu'elle espère tirer d'un recours aux tribunaux, compte tenu de leur incertitude. Ainsi, si une communauté attribue une valeur importante à l'annulation d'une décision administrative ou à l'obtention de dommages monétaires, il pourra être difficile de conclure une entente. Inversement, une entreprise qui perçoit qu'un litige lui imposerait des coûts moindres (par exemple, parce que les délais affectent peu les retombées économiques du projet, ou parce qu'elle perçoit une probabilité minimale qu'une communauté intente un recours) sera moins disposée à offrir des accommodements généreux.

À cet égard, les biais cognitifs de l'aversion pour les risques et des effets de cadrage pourraient jouer un rôle semblable à celui que nous avons décrits lorsque nous examinons les effets du paragraphe 35(1) sur les comportements des entreprises et des communautés qui ne sont en mesure que d'alléguer des droits, c'est-à-dire qu'ils pourraient mener la communauté à valoriser différemment les effets de la conclusion d'une entente ou d'un recours aux tribunaux selon qu'elle perçoit la mobilisation des droits qui lui sont reconnus comme lui procurant des gains ou comme limitant ses pertes.

Bref, lorsque l'obligation de fiduciaire est applicable et que l'État et/ou l'entreprise désirent satisfaire à ses exigences, ces deux acteurs devront mettre en place des mesures d'accommodement qui leur imposent à chacun des coûts. Ici, les exigences du paragraphe 35(1) agissent de manière directe sur l'État et l'entreprise, les contraignant à prendre en compte les droits de la communauté affectée par le projet. Toutefois, le paragraphe 35(1) n'exige pas que la communauté autochtone affectée consente au projet. Plutôt, il établit un seuil minimal que doivent respecter l'entreprise et l'État dans leur prise en compte des droits de la communauté dans le cadre de la réalisation d'un projet. En revanche, en raison de l'incertitude qui caractérise

l'obligation de fiduciaire, ces deux acteurs jugeront parfois opportun d'offrir à la communauté autochtone affectée par le projet des accommodements qui lui procurent suffisamment de bénéfices pour qu'elle donne son consentement au projet. À cet égard, la manière dont agit le paragraphe 35(1) sur l'entreprise et l'État est similaire lorsqu'un droit n'est qu'allégué et lorsqu'un droit est reconnu. Seulement, les coûts qu'impose de manière directe le paragraphe 35(1) à ces acteurs sont plus onéreux dans le cas d'un droit reconnu (puisque à l'obligation de consulter s'ajoute l'obligation de fiduciaire), et les coûts associés à un litige que doivent évaluer les acteurs lorsqu'ils examinent la possibilité de consentir des accommodements à la communauté affectée sont plus onéreux (vu qu'en cas d'atteinte injustifiée à un droit reconnu, des autorisations pourront être annulées et des dommages compensatoires accordés). De plus, comme l'État et l'entreprise n'ont pas les mêmes préférences et que l'entreprise, au contraire de l'État, ne peut être forcée à verser des dommages monétaires par un tribunal, les coûts que doivent considérer ces deux acteurs dans la mise en place d'accommodements ne sont pas les mêmes.

La manière dont le paragraphe 35(1) agit à l'égard d'une communauté autochtone qui détient un droit reconnu est similaire à ce que nous avons décrit à section 4.1.3, concernant le cas où une communauté ne fait que revendiquer un droit. En effet, la communauté qui détient un droit reconnu aura également à choisir entre les bénéfices que procurent les accommodements que proposent l'entreprise et l'État et ceux découlant d'un recours aux tribunaux. Ces derniers bénéfices, dans le cas où la communauté jouit d'un droit reconnu, sont toutefois plus importants que lorsque la communauté ne bénéficie que d'un droit allégué, puisque la communauté autochtone affectée par le projet pourra possiblement obtenir une compensation monétaire ainsi que provoquer l'annulation d'une décision administrative. De même, les accommodements offerts par l'État et l'entreprise seront souvent plus généreux, compte tenu des exigences plus onéreuses de l'obligation de fiduciaire et du peu d'intérêt qu'ils ont à y contrevenir.

Nous montrerons maintenant la mesure dans laquelle la reconnaissance d'un titre ancestral à la communauté autochtone affectée par le projet peut modifier la manière dont les acteurs percevront les coûts que leur impose le paragraphe 35(1). Nous verrons qu'encore une fois, le paragraphe 35(1) agit sur l'État et l'entreprise de deux manières, soit en leur imposant des coûts découlant de restrictions à leurs comportements dans le cadre de la réalisation de projets d'exploitation des ressources naturelles et, en raison de l'incertitude qui caractérise cette disposition constitutionnelle, en les menant parfois à aller au-delà de ses exigences. De même,

la communauté autochtone affectée bénéficiera de la possibilité de choisir entre deux types de bénéfiques, soit ceux découlant des accommodements que consentent l'entreprise et l'État, de même que ceux découlant d'un recours aux tribunaux.

4.3. Le titre ancestral

4.3.1. L'État et l'entreprise en tant qu'individus rationnels

Il est difficile pour les acteurs impliqués de prévoir les effets juridiques de leurs comportements lorsqu'un projet d'exploitation des ressources naturelles a un impact sur un territoire grevé par un titre. En effet, nous le verrons, le cadre juridique élaboré par les tribunaux en ce qui concerne le titre ancestral comporte plusieurs incertitudes, notamment quant aux exigences à respecter lorsqu'il est porté atteinte au titre ainsi qu'en ce qui a trait aux sanctions pouvant être prononcées dans le cas d'une atteinte injustifiée au titre.

Dans un premier temps, rappelons qu'il est toujours possible que ces deux acteurs choisissent de se comporter en ignorant les exigences qu'impose le paragraphe 35(1) dans les cas où un titre est reconnu. À cet égard, de la même manière que lorsque la communauté s'est vu reconnaître un autre droit ou lorsqu'elle ne bénéficie que de l'obligation de consulter, il leur est nécessaire d'acquérir une certitude suffisante que la communauté ne fera pas valoir son droit. Cette certitude, comme nous l'avons vu, est toutefois difficile à acquérir.

Si l'entreprise et l'État tentent plutôt de se conformer aux exigences du titre ancestral, ils feront face à de nombreuses sources d'incertitudes. En effet, si l'éventail de droits que confère le titre est bien défini⁴⁵³, la mesure dans laquelle il est permis d'y porter atteinte ainsi que les sanctions pouvant être prononcées en cas d'atteinte injustifiée sont mal définies.

Nous avons vu, à la section précédente, que l'obligation de fiduciaire, que doit respecter l'État lorsqu'il porte atteinte à des droits reconnus, a des contours vagues. Toutefois, dans le cas d'un titre, celle-ci, de plus, emporte l'obligation de ne pas agir de manière à priver « de façon

⁴⁵³ Le titre ancestral, rappelons-le, permet à la communauté qui se l'est vu reconnaître de gérer les terres et d'en bénéficier d'une manière similaire à celle d'un propriétaire : *Tsilhqot'in*, par. 73.

substantielle les générations futures des avantages que procurent les terres [grevées du titre ancestral]. »⁴⁵⁴

Cette limite intrinsèque qu'a imposée la Cour suprême du Canada aux usages pouvant être faits du territoire lorsqu'il est grevé d'un titre dans l'arrêt *Tsilhqot'in*⁴⁵⁵ est une source majeure d'incertitude quant à la réalisation d'un projet d'exploitation des ressources naturelles. Dans un arrêt antérieur, où cette limite a pour la première fois été évoquée, le juge en chef Lamer avait, dans ses motifs majoritaires, cité l'exploitation d'une mine à ciel ouvert sur un territoire ancestral comme exemple d'utilisation qui y contreviendrait⁴⁵⁶, mais n'avait pas étendu cette limite aux actions étatiques. Or, dans l'arrêt *Tsilhqot'in*, qui précise la portée du titre ancestral, la juge en chef McLachlin affirme que l'obligation de fiduciaire interdit également à l'État de porter atteinte au titre en privant « substantiellement les générations futures des avantages que procurent les terres »⁴⁵⁷, tout en citant avec approbation le passage de l'arrêt *Delgamuukw* où le juge en chef Lamer, énumérant certains objectifs dont la poursuite peut fonder une justification de l'atteinte au titre, donne les exemples de « l'extension de l'agriculture, de la foresterie, de l'exploitation minière et de l'énergie hydroélectrique, le développement économique général de l'intérieur de la Colombie-Britannique [...] »⁴⁵⁸. Ces passages des deux arrêts peuvent être réconciliés si l'on admet qu'un projet d'exploitation minière ou de développement hydroélectrique pourra être réalisé sans priver les générations futures des avantages que procurent les terres, par exemple s'il ne porte que sur une infime parcelle du territoire grevé par le titre, mais la Cour est avare de précisions quant aux critères permettant de déterminer en quoi consisterait un tel développement. Les décisions rendues dans le cadre du récent conflit entre une entreprise minière et la seule nation qui bénéficie d'un titre au Canada ne précisent ni la manière dont il est permis de porter atteinte au titre, ni la manière dont un projet d'exploitation des ressources naturelles peut être concilié avec la limite intrinsèque du titre⁴⁵⁹.

⁴⁵⁴ *Tsilhqot'in.*, par. 86.

⁴⁵⁵ *Id.*, par. 74.

⁴⁵⁶ *Delgamuukw*, par. 128.

⁴⁵⁷ *Tsilhqot'in*, par. 86.

⁴⁵⁸ *Id.*, par. 83, citant *Delgamuukw*, par. 165.

⁴⁵⁹ Une entreprise minière tente actuellement d'ouvrir une mine aurifère près du territoire grevé du titre ancestral de la nation *Tsilhqot'in*. S'étant vu refuser un certificat d'autorisation par le gouvernement fédéral, elle a été déboutée en Cour fédérale lorsqu'elle a tenté de contester cette décision. Les deux décisions rendues par la Cour fédérale ne font toutefois pas mention des impacts qu'a le projet sur le titre ancestral de la nation *Tsilhqot'in*, traitant plutôt des impacts environnementaux néfastes du projet. La seconde décision de la Cour aborde brièvement l'obligation de consulter qui incombe à l'État, mais seulement pour affirmer que celle-ci n'a pas préséance sur l'obligation d'équité procédurale due à l'entreprise. L'entreprise se pourvoit cependant quant aux deux décisions:

En ce qui concerne les sanctions pouvant être prononcées en cas d'atteintes injustifiées à un titre ancestral, la jurisprudence donne plusieurs indices, mais ne permet pas de cerner avec précision la manière dont les atteintes au titre seront sanctionnées :

« [89] Le niveau de consultation et d'accommodement requis varie en fonction de la solidité de la revendication du groupe autochtone et de la gravité de l'effet préjudiciable éventuel sur l'intérêt revendiqué. Le manquement par la Couronne à son obligation de consultation peut donner lieu à diverses mesures de réparation, notamment une injonction, des dommages-intérêts ou une ordonnance enjoignant la tenue de consultations ou la prise de mesures d'accommodement

[90] Une fois l'existence du titre ancestral sur des terres établie par un jugement déclaratoire ou une entente, le gouvernement doit demander le consentement du groupe autochtone titulaire du titre pour ses projets d'aménagement du territoire. En l'absence de consentement, les projets d'aménagement sur les terres assujetties au titre ne peuvent aller de l'avant si le gouvernement ne s'est pas acquitté de son obligation de consultation et ne peut justifier une atteinte à ce titre aux termes de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les mesures de réparation habituelles en cas d'atteinte à des intérêts sur des terres sont disponibles, en les adaptant au besoin en fonction de la nature particulière du titre ancestral et de l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les titulaires du titre ancestral.

[...]

[92] Une fois l'existence du titre établie, il peut être nécessaire pour le gouvernement de réévaluer sa conduite passée compte tenu de cette nouvelle réalité afin de s'acquitter fidèlement par la suite de son obligation fiduciaire envers le groupe titulaire du titre. Par exemple, si, avant que le titre ancestral soit établi, le gouvernement a entrepris un projet sans le consentement du groupe autochtone, il peut être tenu de l'annuler une fois l'existence du titre établie si la poursuite du projet porte indûment atteinte aux droits des Autochtones. De même, si une loi a été valablement adoptée avant que l'existence du titre soit établie, elle pourra être déclarée inapplicable pour l'avenir dans la mesure où elle porte injustement atteinte au titre ancestral. »⁴⁶⁰ (Nous soulignons, référence omise.)

La Cour s'attribue une large discrétion afin de déterminer les sanctions qu'elle peut imposer dans le cas d'atteintes au titre. Bien qu'elle énumère trois possibilités qui semblent les plus probables, elle n'indique pas les facteurs qui favoriseront l'attribution de l'une ou l'autre des sanctions nommées. Si la question a donné lieu à quelques développements doctrinaux⁴⁶¹, les tribunaux n'y ont pas répondu de manière claire. L'entreprise et l'État, ne seront donc pas en mesure de prévoir avec précision les coûts pouvant découler d'un litige concernant la conformité d'une atteinte que porte un projet à un titre ancestral. Notons cependant que la Cour,

Taseko Mines Limited v. Canada (Environment), 2017 FC 1099; 2017 FC 1100; *Taseko Mines Limited v. Canada (Canadian Environmental Assessment Agency)*, 2018 BCSC 417, par. 9 (où le tribunal confirme que l'entreprise a interjeté appel des décisions de la Cour fédérale).

⁴⁶⁰ *Tsilhqot'in*, par. 89, 90, 92.

⁴⁶¹ Voir les textes cités à la note 292.

en laissant planer la possibilité de prononcer des sanctions à portée rétroactive et d'octroyer des dommages, évoque des sanctions qui peuvent imposer d'importants coûts à ces deux acteurs.

Mentionnons également que, tout comme dans le cas des autres droits reconnus par le paragraphe 35(1), le problème déjà soulevé de la représentation de la communauté aux fins de l'exercice des droits qui lui sont reconnus en vertu du paragraphe 35(1) sera une source de risque importante pour l'entreprise, puisque le titre ancestral confère à ses bénéficiaires le droit collectif de gérer le territoire. L'entreprise doit donc prendre connaissance des modes de gestion établis par la communauté et s'assurer de les respecter afin de prendre en compte les intérêts de l'ensemble des membres de la communauté et éviter que des individus contestent sa conduite au motif que les consultations menées avant de réaliser le projet étaient illégitimes. Se pose en outre la question que nous avons évoquée plus haut, concernant les effets de projets se déroulant hors du territoire grevé par le titre, mais qui l'affectent. De plus, les promoteurs sont laissés sans indication quant aux moyens qu'ils peuvent prendre afin d'empêcher qu'une entente qu'ils signent avec la communauté bénéficiaire du titre soit contestée sur la base de sa limite intrinsèque par un de ses membres⁴⁶².

Conformément à ce que nous avons montré aux sections précédentes, lorsque l'entreprise ou l'État tentent de respecter les exigences du paragraphe 35(1), ces deux acteurs encourent des coûts que leur impose directement le paragraphe 35(1) en édictant un seuil minimal selon lequel ils doivent prendre en compte les droits des peuples autochtones. Ici, ces coûts découlent, en plus des mesures exigées par le test de proportionnalité qui découle de l'obligation de fiduciaire, des moyens que doivent prendre l'État et l'entreprise afin de se conformer à la limite intrinsèque, qui pourront impliquer une réduction de l'intensité de l'exploitation des ressources, ou la mise en place de mesures de préservation de la zone grevée par le titre ancestral qui est affectée par le projet.

⁴⁶² Tom FLANAGAN, « Clarity or Confusion ? The New Jurisprudence on Aboriginal Title », Fraser Institute, avril 2015, en ligne: <<https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/clarity-and-confusion-new-jurisprudence-of-aboriginal-title.pdf>>, p. 19. Le professeur Flanagan affirme que cette limite compliquera la tâche des promoteurs. Voir, également : D. G. NEWMAN, préc., note 14, 456; N. BANKES, préc., note 14, 206. Peut-être serait-il possible de voir en la signature d'une telle entente une renonciation contractuelle à ce droit (s'il en est un) que confère le paragraphe 35(1) aux individus qui s'opposeraient à un projet qui empêche les générations futures de bénéficier des avantages. Toutefois, les problèmes découlant de la nature collective des droits que protège le paragraphe 35(1) ainsi que de la possibilité d'y renoncer demeurent. De plus, il semble pour le moins problématique que ces individus renoncent à un droit qui a pour but de protéger les membres des générations futures. Ainsi, une entente emportant renonciation à l'application de la limite intrinsèque du titre, quand bien même elle serait approuvée par référendum par la communauté, bénéficie d'un statut juridique douteux.

Toutefois, nous avons également vu que l'incertitude qui caractérise l'interprétation du paragraphe 35(1) impose des coûts à ces deux acteurs, puisqu'il demeure possible que, malgré leurs efforts en vue de respecter ses exigences, leur conduite soit jugée attentatoire à cette disposition constitutionnelle et qu'ils subissent les coûts associés à une contestation judiciaire de la réalisation du projet. Dans le cas du titre, les sanctions sont imprécises, mais potentiellement onéreuses tant pour l'État que l'entreprise. Ce faisant, il pourra parfois être plus avantageux pour ces deux acteurs de mettre en place des mesures d'accommodement qui permettent d'obtenir le consentement de la communauté affectée afin de se mettre à l'abri de toute contestation judiciaire de leurs actions⁴⁶³.

Lorsqu'un projet d'exploitation des ressources naturelles porte atteinte à un titre ancestral, tant l'entreprise que l'État ne disposent que de peu d'indications leur permettant d'estimer ces deux types de coûts que cause le paragraphe 35(1). Dans ce contexte où l'incertitude est importante, il est possible que l'aversion pour les risques et l'effet de cadrage jouent un rôle important dans la prise de décision de ces deux acteurs, et les mènent à favoriser un comportement plus risqué afin de limiter ses pertes, ou, inversement, un comportement moins téméraire leur permettant de garantir leurs gains en obtenant le consentement de la communauté affectée.

Bref, toutes les sources d'incertitude propres au titre ancestral ont un impact sur la capacité de l'entreprise et de l'État à évaluer la conformité de leurs actions aux exigences de l'obligation de consulter et à l'obligation de fiduciaire, compte tenu de la portée particulière que lui ont donnée les tribunaux en affirmant qu'elle emportait une limite intrinsèque à l'utilisation du territoire grevé du titre. L'entreprise et l'État, lorsqu'ils se demandent s'il est opportun de tenter d'obtenir le consentement de la communauté, devront estimer les coûts qu'ils encourront s'ils tentent de se conformer aux exigences de l'obligation de consulter et de l'obligation de fiduciaire. Ils doivent ajouter à ces coûts ceux qui pourraient découler d'un litige, coûts qui, quoique leur survenance soit incertaine, peuvent être onéreux. Si les accommodements que requiert la communauté afin de donner son consentement au projet imposent des coûts moindres à l'entreprise et/ou à l'État, ils seront disposés à conclure une entente.

⁴⁶³ C'est d'ailleurs ce que recommande la Cour suprême du Canada : *Tsilhqot'in*, par. 97. En effet la Cour affirme que : « [L]es gouvernements et particuliers qui proposent d'utiliser ou d'exploiter la terre, que ce soit avant ou après une déclaration de titre ancestral, peuvent éviter d'être accusés de porter atteinte aux droits ou de manquer à l'obligation de consulter adéquatement le groupe en obtenant le consentement du groupe autochtone en question. »

4.3.3. La communauté autochtone en tant qu'individu rationnel

Les bénéficiaires du titre, quant à eux devront décider, le cas échéant, entre l'entente proposée par l'entreprise et le recours aux tribunaux. Comme nous l'avons mentionné, les bénéfices d'un recours aux tribunaux sont incertains, compte tenu de l'imprécision concernant la mesure dans laquelle il est permis de porter atteinte au titre. De plus, les sanctions en ce qui concerne l'atteinte à un titre ancestral sont si nébuleuses qu'il est impossible pour la communauté de faire un choix éclairé et d'estimer les bénéfices qu'elle peut tirer d'un recours aux tribunaux. Toutefois, la communauté attribuera tout de même une valeur aux bénéfices qu'elle espère tirer d'un recours aux tribunaux, compte tenu de leur caractère incertain, et les comparera à ceux qui proviennent des accommodements offerts par l'entreprise et/ou l'État. Elle choisira, entre ces deux options, celle qui maximise ses bénéfices.

Ce calcul rationnel, dans ce contexte où l'incertitude est omniprésente (encore davantage que dans le cas des autres droits allégués et des droits reconnus) pourrait toutefois être influencé par l'aversion pour les risques de la communauté. Cela pourrait modifier la manière dont la communauté autochtone évalue l'attrait que présente chaque option, selon à la manière dont elle conçoit le choix qui s'offre à elle: si elle perçoit le paragraphe 35(1) comme un bouclier lui permettant de limiter les pertes globales que lui causent le projet, elle privilégiera un comportement risqué en recourant aux tribunaux, alors que si elle perçoit le paragraphe 35(1) comme une source de bénéfices, elle sera portée à surévaluer les bénéfices certains que peut lui procurer l'entreprise si la communauté accepte de conclure une entente.

4.4. Les traités modernes

Nous n'aborderons que brièvement le cas où une communauté autochtone et l'État sont parties à un traité moderne afin d'illustrer la mesure dans laquelle ces traités modifient quelque peu la manière dont le paragraphe 35(1) influence le comportement des acteurs impliqués dans la réalisation de projets d'exploitation des ressources naturelles.

En effet, nous avons vu, dans les trois cas examinés jusqu'à présent, que le paragraphe 35(1) impose deux types de coûts à l'État et à l'entreprise. D'abord, il édicte un seuil minimal auquel sont tenus ces deux acteurs quant à la prise en compte des droits de la communauté, lequel varie selon le droit que fait valoir la communauté. De plus, en raison de l'incertitude qui caractérise

cette disposition, les acteurs qui n'obtiennent pas le consentement de la communauté autochtone affectée par le projet assument également des coûts associés au risque que cette communauté conteste le projet en invoquant le paragraphe 35(1) et, en cas de contravention à cette disposition constitutionnelle, qu'une sanction soit prononcée.

Certains traités modernes conclus réduisent grandement ce second type de coûts en prévoyant parfois de manière détaillée la manière dont peuvent être réalisés des projets d'exploitation des ressources naturelles sur le territoire qui fait l'objet du traité, et parfois, les conditions dans lesquelles doivent être conclues des ententes visant à accommoder les intérêts de la communauté autochtone affectée par un projet⁴⁶⁴. Dans de tels cas, l'État et les entreprises n'auront guère intérêt à aller au-delà des exigences du traité, compte tenu des coûts moindres qu'ils attribuent à la possibilité que la communauté intente un recours s'ils s'efforcent de respecter les exigences du traité.

L'État et l'entreprise, tout comme dans les trois autres cas examinés, n'auront pas davantage intérêt à contrevenir au traité d'une manière qui leur permet d'assumer des coûts moindres que s'ils se comportaient de manière à s'y conformer. En effet, les tribunaux, lorsque le traité est silencieux à cet égard, prévoient des sanctions qui ont pour effet de forcer les parties à se conformer au traité. De telles sanctions empêchent la partie récalcitrante de bénéficier de sa conduite, et les litiges impliqueront des coûts pour l'État et l'entreprise, qui verra ses activités retardées. Dans le cas de l'État, des contraventions répétées aux traités modernes pourraient diminuer l'attrait que ceux-ci exercent pour les communautés autochtones. Or, la conclusion de ces traités procure plusieurs avantages à l'État, notamment en raison de la certitude qu'ils procurent quant à la réalisation de projets d'exploitation des ressources naturelles⁴⁶⁵. De plus, la conclusion de ces traités est sans doute accueillie favorablement par une partie de l'électorat, qui y voit un signe de la volonté de l'État à favoriser la conciliation de ses intérêts et ceux des peuples autochtones. En revanche, des contraventions répétées à ces traités peuvent avoir un impact négatif sur ces membres de l'électorat et peuvent mener la communauté internationale à dénoncer sa conduite⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ C. ALCANTARA, préc., note 23, p. 15. Voir, à titre d'exemple : *Accord sur les revendications territoriales du Nunavut*, Ottawa, 1993, en ligne : <http://webarchive.bac-lac.gc.ca:8080/wayback/20051222234340/http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/pdf/nunav_f.pdf>, art. 26.1.1-26.11.5; *Entente définitive des Tr'ondëk Hwëch'in*, Ottawa, 1998, en ligne : <<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1297209099174/1297209186151>>, art. 10.4.0.

⁴⁶⁵ C. ALCANTARA, préc., note 23, p. 21.

⁴⁶⁶ S. J. ANAYA, préc., note 314, p. 17.

Bien entendu, tout traité, même méticuleusement rédigé, peut être interprété de différentes manières par ses parties. Lorsque la communauté autochtone et l'État ou l'entreprise n'attribuent pas la même signification aux dispositions du traité, il est possible que des litiges s'ensuivent⁴⁶⁷. Dans de tels cas, la communauté autochtone qui intente le recours estime que les bénéfices qui y sont liés (compte tenu de leur caractère, encore une fois, incertain, et des coûts qu'impose un litige) sont supérieurs aux bénéfices que lui procure l'exécution des obligations du traité, telles que les a comprises la partie qui les exécute.

⁴⁶⁷ Voir, pour trois exemples: *Beckman c. Première Nation de Little Salmon/Carmacks*, préc., note 150; *First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon*, préc., note 291; *Nunatsiavut v. Newfoundland and Labrador (Department of Environment and Conservation)*, préc., note 393.

CHAPITRE V : CONCLUSION

Le paragraphe 35(1) est une disposition complexe dont plusieurs paramètres sont imprécis, ce qui génère de l'incertitude. Nous avons tenté, dans le cadre de cette recherche, d'illustrer les effets qu'elle pourrait avoir sur les comportements des parties impliquées dans des projets d'exploitation des ressources naturelles. Pour ce faire, nous avons emprunté à la science économique le modèle de l'individu rationnel. Aux termes de celui-ci, les individus ont des préférences, ont une capacité infaillible à faire les choix permettant de les maximiser et agissent de manière à maximiser leurs préférences. Toutefois, certains biais cognitifs peuvent mener les individus à adopter des comportements qui s'écartent de l'idéal rationnel. Nous avons, dans la présente recherche, examiné les effets que pourraient avoir deux de ces biais, soit l'aversion pour les risques et l'effet de cadrage.

Rappelons ici que le modèle du choix rationnel ne permet cependant pas de brosser un portrait exact quant à l'influence qu'exerce le paragraphe 35(1) à l'égard des communautés autochtones, de l'État et des entreprises. Plutôt, en mobilisant cette théorie, et en nuancant ses postulats au moyen de deux biais cognitifs, nous avons formulé des hypothèses quant à la manière dont le paragraphe 35(1) influence les comportements de ces acteurs dans le cadre de la réalisation de projets d'exploitation des ressources naturelles. Les hypothèses qu'a permis de formuler le présent mémoire sont les suivantes :

- Le paragraphe 35(1) agit sur l'État et l'entreprise impliqués dans la réalisation de projets d'exploitation des ressources naturelles de trois manières. D'abord, les sanctions à sa contravention incitent l'État et les entreprises à tenter de se conformer à ses exigences et à ne pas faire fi des droits que cette disposition reconnaît aux communautés autochtones. De plus, les exigences de respect du paragraphe 35(1) imposent à ces acteurs d'assumer des coûts afin de s'y conformer. Enfin, l'incertitude qui caractérise son interprétation peut mener l'État ou l'entreprise à outrepasser les exigences du paragraphe 35(1).
- Bien que le paragraphe 35(1) n'impose des sanctions qu'à l'État, ces sanctions peuvent avoir pour effet de mener une entreprise à s'assurer elle-même du respect des exigences constitutionnelles de cette disposition. En effet, si les coûts découlant des risques que l'État ne satisfasse pas à ses obligations lui semblent plus onéreux que de les exécuter elle-même, l'entreprise choisira de s'assurer elle-même du respect des obligations de l'État.

- L'État bénéficie de la possibilité de déléguer l'obligation de consultation qui lui incombe à des tiers, qu'il s'agisse d'entreprises ou d'entités administratives. L'État ne procédera à une telle délégation que dans la mesure où le coût associé au risque que le tiers se comporte d'une manière qui porte préjudice à ses intérêts est inférieur à la diminution de coûts qui découle de la délégation.
- Lorsque l'État ou l'entreprise désireront autoriser ou réaliser un projet se déroulant sur un territoire qui fait l'objet d'un droit reconnu ou revendiqué, ces acteurs auront trois options : ils pourront ignorer les exigences de cette disposition, tenter de s'y conformer étroitement ou encore outrepasser ses exigences en tentant d'obtenir le consentement de la communauté affectée par le projet.
- L'entreprise n'ignorera les exigences du paragraphe 35(1) que si elle acquiert un degré de certitude suffisant que la communauté ne contestera pas sa conduite devant les tribunaux.
- L'État ou l'entreprise tenteront de se conformer aux exigences du paragraphe 35(1) lorsqu'ils estiment que les coûts liés à l'exécution de ces exigences ainsi que les coûts associés au risque que leur conduite soit contestée et sanctionnée sont moindres que ceux exigés par les accommodements que requerrait l'obtention du consentement de la communauté.
- Dans certains cas, les accommodements que proposent l'État et l'entreprise pourront être suffisants afin que la communauté autochtone affectée par le projet y consente. Toutefois, celle-ci n'acceptera pas de consentir à un projet lorsque l'État ou l'entreprise lui proposent des accommodements qui lui procurent moins de bénéfices que ceux qu'elle espère tirer d'un recours aux tribunaux, compte tenu, toutefois, du caractère incertain des bénéfices que procure un recours judiciaire.
- Si l'entreprise ou l'État sont affectés par le biais cognitif d'aversion pour les risques et qu'ils perçoivent le paragraphe 35(1) comme un coût qui leur est imposé, ils privilégieront le recours aux tribunaux aux dépens de la conclusion d'ententes. La communauté qui perçoit le paragraphe 35(1) comme une source de bénéfices privilégiera quant à elle les gains certains associés à une entente aux dépens des gains probables que pourrait lui procurer un procès.
- En revanche, l'effet de cadrage pourrait également faire en sorte que ce biais ait l'effet contraire. Ainsi, si l'entreprise ou l'État perçoivent plutôt les exigences du paragraphe 35(1) comme une condition à satisfaire afin de réaliser un gain, ces acteurs survaloriseront la conclusion d'une entente aux dépens de l'incertitude qui

caractérise un procès. De la même manière, une communauté qui perçoit le paragraphe 35(1) comme un outil lui permettant de limiter les pertes que lui cause un projet sera tentée d'adopter un comportement plus risqué et tenter un recours plutôt que de conclure une entente.

- Bref, le paragraphe 35(1) représente, comme l'écrivent le juge en chef Dickson et le juge Laforest dans l'arrêt *Sparrow*, « un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises »⁴⁶⁸. En effet, les coûts liés à ses sanctions dissuadent les entreprises et l'État d'aller en deçà de ses exigences. De plus, l'incertitude qui caractérise son interprétation encourage les parties à négocier des ententes dans le cadre de projets d'exploitation des ressources naturelles.

La théorie du choix rationnel nous a permis de comprendre que le paragraphe 35(1) constitue un seuil minimal pour l'entreprise et l'État quant à la prise en compte des droits reconnus ou allégués dans le cadre de la réalisation d'un projet d'exploitation des ressources naturelles. Toutefois, l'incertitude qui caractérise ses exigences peut mener l'État et l'entreprise à offrir à la communauté des ententes qui comprennent des accommodements qui iront au-delà de ce seuil.

En ce sens, l'incertitude qui entoure le paragraphe 35(1) avantage parfois les communautés autochtones, en ce qu'elles profitent de la crainte qu'ont les entreprises et l'État de voir leur conduite être contestée s'ils n'obtiennent pas le consentement des communautés autochtones affectées par des projets d'exploitation des ressources naturelles. Elles peuvent ainsi obtenir des bénéfices que ne seraient peut-être pas disposés à consentir ces deux acteurs si les exigences du paragraphe 35(1) étaient suffisamment claires pour que les entreprises et l'État connaissent avec certitude la nature des actes permettant de s'y conformer⁴⁶⁹.

Toutefois, le présent mémoire émet également l'hypothèse que l'incertitude affecte de la même manière les communautés affectées par des projets d'exploitation des ressources naturelles. Elles devront faire le choix d'accepter, le cas échéant, les accommodements qu'offre l'entreprise et la possibilité de contester son comportement. Ce faisant, elles seront également

⁴⁶⁸ *Sparrow*, 1105.

⁴⁶⁹ Le professeur Newman soutient que les communautés seront parfois favorisées par l'incertitude qui entoure l'interprétation du paragraphe 35(1) : D. G. NEWMAN, préc., note 8, p. 26; préc., note 14, 466-467.

confrontées à l'incertitude qui caractérise le paragraphe 35(1). Une mauvaise évaluation de la portée de leur droit ou de sa force probante les mènera à refuser ou accepter des accommodements alors que la décision inverse aurait présenté davantage d'intérêt. Il est de plus possible qu'elles acceptent des accommodements qui sont peu bénéfiques pour elles, compte tenu de l'incertitude qui caractérise les recours judiciaires.

Retenons cependant que le paragraphe 35(1) est une disposition dont l'application est complexe et incertaine. La présente recherche permet de formuler certaines hypothèses quant à la manière dont cette disposition influence les comportements des parties impliquées dans la réalisation de projets d'exploitation des ressources naturelles en contexte autochtone. Toutefois, plusieurs lacunes demeurent. En effet, comme nous le soulignons à la section 2.4., en traitant les entités collectives que nous avons étudiées comme des acteurs unitaires, la présente recherche ne permet pas de savoir de quelle manière ces entités s'organisent, en leur sein, pour répondre aux incitatifs que crée le paragraphe 35(1) dans le contexte de la réalisation de projets d'exploitation des ressources naturelles. Des études de cas ciblées sur un nombre restreint de projets permettraient peut-être d'analyser de manière plus détaillée cet aspect des effets du paragraphe 35(1)⁴⁷⁰.

De manière générale, toutefois, un manque subsiste au sein de la littérature juridique canadienne quant aux effets empiriques du paragraphe 35(1) sur la réalisation de projets d'exploitation des ressources naturelles. Le présent mémoire, en formulant certaines hypothèses à cet égard, pourrait servir de point de départ à des recherches futures visant à déterminer de quelle manière le paragraphe 35(1) influence le comportement des acteurs participant à la réalisation de projets d'exploitation des ressources naturelles.

La question des effets empiriques du paragraphe 35(1) mérite plus d'attention. Le droit, malgré ses nombreuses vertus, « ne produit pas de réalité sociale »⁴⁷¹. Une analyse du cadre juridique posé par l'interprétation judiciaire paragraphe 35(1), même dans ses subtilités les plus obscures,

⁴⁷⁰ Sans cibler précisément les projets d'exploitation des ressources naturelles affectant des communautés autochtones, une étude aborde la manière dont la structure interne des entreprises peut avoir un impact sur la manière dont celles-ci perçoivent les coûts associés aux risques de relations tendues avec les communautés locales: Rachel DAVIS et Daniel FRANKS, « Costs of Company-Community Conflict in the Extractive Sector », Harvard Kennedy School, Corporate Social Responsibility Initiative, 2014, en ligne: <<https://www.csr.uq.edu.au/publications/costs-of-company-community-conflict-in-the-extractive-sector>>.

⁴⁷¹ Cette expression est empruntée au professeur Leclair, qui l'a répétée à maintes reprises au cours des discussions que nous avons eues dans le cadre de la rédaction du présent mémoire.

ne permettra pas d'appréhender avec certitude la manière dont cette disposition affecte le comportement des justiciables qui y sont confrontés. Les jugements normatifs posés quant à la réalité sociale produite par le paragraphe 35(1), soient-ils sévères, indulgents, conservateurs, contestataires, pleins d'espoir ou fatalistes, gagneraient à être examinés à la lumière de ces investigations empiriques.

TABLE DE LA LEGISLATION

Textes constitutionnels

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., c. 3, 1867, (R-U).

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, c. 11 (R-U).

Lois et règlements

Environmental Assessment Act, S.B.C. 2002, c. 43.

Loi canadienne sur l'évaluation environnementale 2012, L.C. 2012, c. 19, art. 52.

Loi concernant les Indiens, S.R.C. 1927, c. 98.

Loi concernant les Indiens, L.C. 1951, c. 29.

Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, c. I-5.

Loi sur l'Office National de l'Énergie, L.R.C. 1985, c. N-7.

Règlement sur les études d'impact sur l'environnement - Loi sur l'assainissement de l'environnement, Règl. 87/83 (N-B).

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

Jurisprudence canadienne

- Ahousaht Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2009 BCSC 1494
- Ahousaht v. Canada (Attorney General)*, 2018 BCSC 633
- Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56
- Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245
- Beckman c. Première Nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53
- Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 CSC 26
- Buffalo River Dene Nation v. Saskatchewan (Energy and Resources)*, 2015 SKCA 31
- Buffalo c. Canada*, 2005 CF 1622
- Calder c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1973] R.C.S. 313
- Chartrand v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2015
BCCA 345
- Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, 2017 CSC 41
- Chow v. Mobil Oil Canada*, 1999 ABQB 1026
- Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40
- Conseil de la bande dénée de Ross River c. Canada*, 2002 CSC 54
- Conseil des Innus de Ekuanitshit c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 189
- Da'naxda'xw/Awaetlala First Nation v. British Columbia (Minister of Environment)*, 2011
BCSC 620
- Delgamuukw v. British Columbia*, 1991 BCSC 2372
- Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010
- Dene Tha' First Nation v. British Columbia (Minister of Energy and Mines)*, 2013 BCSC 977
- Enge c. Canada (Affaires autochtones et Nord)*, 2017 CF 932
- First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon*, 2017 CSC 58
- Gamlaxyeltxw v. British Columbia (Minister of Forests, Lands & Natural Resource
Operations)*, 2018 BCSC 440
- Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335
- Haida Nation v. British Columbia (Forests)*, 2002 BCCA 462
- Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, 1999 BCCA 470
- Hupacasath First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2005 BCSC 1712
- Hupacasath First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1505

Huron-Wendat Nation of Wendake c. Canada (Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development) 2014 CF 1154

Huu-Ay-Aht First Nation v. British Columbia (Minister of Forests), 2005 BCSC 697

Jackman v. Kwikwetlem First Nation, 2016 BCSC 229

Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations), 2014 BCSC 568

Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resources Operations), 2015 BCCA 352

Ktunaxa Nation c. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resources Operations), 2017 CSC 54

Kruger c. Première Nation des Betsiamites, 2006 QCCA 569

Liidlil Kue First Nation c. Canada (Procureur général), [2000] 4 C. N. L. R. 123

Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général), 2013 CSC 14

Musqueam v. Richmond (City), 2005 BCSC 1069

Musqueam Indian Band v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management), 2005 BCCA 128

Lameman v. Alberta, 2012 ABQB 195

Lameman v. Alberta, 2013 ABCA 148

Nalcor Energy v. NunatuKavut Community Council Inc., 2012 NLTD(G) 175

Nation Gitxaala c. Canada (Procureur général), 2016 CAF 187.

Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts), 2004 CSC 73

Nation Tsilhqot'in c. Canada 2014 CSC 44

Nations Indiennes Ahousaht c. Canada (Pêches et Océans), 2015 CF 327

Native Council of Nova Scotia c. Canada, 2007 CF 45

Newfoundland and Labrador v. Labrador Métis Nation, 2007 NLCA 75

Nlaka'pamux Nation Tribal Council v. British Columbia (Environmental Assessment Office), 2011 BCCA 78

Northern Superior Resources v. Ontario, 2016 ONSC 3161

Nunatsiavut v. Newfoundland and Labrador (Department of Environment and Conservation), 2015 NLTD(G) 1

Nunatukavut Community Council Inc. c. Canada (Procureur général), 2015 CF 981

Petahtegoose v. Eacom Timber, 2016 ONSC 2481

Peter Ballantyne Cree Nation v. Canada (Attorney General), 2016 SKCA 124

Platinex v. Kitchenuhmaykoosib Inninuwug First Nation, 2006 ONSC 26171

Platinex Inc v. Kitchenuhmaykoosib Inninuwig First Nation, 2007 ONSC 20790

Platinex Inc. v. Kitchenuhmaykoosib Inninuwig First Nation, 2008 ONSC 11049.

Pimicikamak v. Manitoba, 2016 MBQB 128

Pimicikamak v. Manitoba, 2018 MBCA 49

Première Nation Crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine Canadien), 2005 CSC 69

Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles), 2014 CSC 48

Première Nation de Prophet River c. Canada (Procureur général), 2015 CF 1030

Première Nation de Prophet c. Canada (Procureur général), 2017 CAF 15

Première Nation Denesuline de Fond du Lac c. Canada (Procureur général), 2010 CF 948

Première nation des Dénés Yellowknives c. Canada (Procureur général), 2010 CF 1139

Première Nation des Hupacasath c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada), 2015 CAF 4

Première Nation de Ka'a'gee Tu c. Canada (Procureur général), 2007 CF 763

Première Nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet), 2004 CSC 74

Prophet River First Nation v. British Columbia (Environment), 2015 BCSC 1682

Prophet River First Nation v. British Columbia (Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations), 2016 BCSC 2007

Prophet River First Nation v. British Columbia (Environment), 2017 BCCA 58

Québec (Procureur général) c. Moses, 2010 CSC 17

R. c. Adams, [1996] 3 R.C.S. 101

R. c. Badger, [1996] 1 R.C.S.771

R. c. Côté, [1996] 3 R.C.S. 139

R. c. Gladstone, [1996] 2 R.C.S. 723

R. v. Horner, 2013 SKQB 340

R. c. Marshall, [1999] 3 R.C.S. 456

R. c. Marshall, [1999] 3 R.C.S. 533

R. c. Morris, 2006 CSC 59

R. c. Nikal, [1996] 1 R.C.S. 1013

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103, 138-139

R. c. Pamajewon, [1996] 2 R.C.S. 821

R. v. Perry, [1998] 2 C. N. L. R. 79

R. c. Powley, [2003] 2 R.C.S. 207

R. v. Reynolds, 2017 NBCA 36

R. v. Sappier, 2004 NBCA 56
R. c. Sappier; R. c. Gray, 2006 CSC 54
R. c. Sioui, [1990] 1 R.C.S. 1025
R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075
R. c. Sundown, [1999] 1 R.C.S. 393
R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507
R. v. White and Bob, [1964] 50 D. L. R. 613
Rice c. Agence du revenu du Québec, 2016 QCCA 666
Rio Tinto Alcan inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani, 2010 CSC 43
RJR MacDonald c. Canada (Procureur général), [1994] 1 R.C.S. 311
Ross River Dena Council v. Government of Yukon, 2012 YKCA 14
Sapotaweyak Cree Nation v. Manitoba, 2015 MBQB 35
Saugeen First Nation v. Ontario (MNR), 2017 ONSC 3456
Simon c. La Reine, [1985] 2 R.C.S., 387
Southwind c. Canada, 2017 CF 906
Squamish Nation v British Columbia (Environment), 2018 BCSC 844
Taseko Mines Ltd. v. Phillips, 2011 BCSC 167
Taseko Mines Limited v. Canada (Environment), 2017 FC 1099
Taseko Mines Limited v. Canada (Environment), 2017 FC 1100
Taseko Mines Limited v. Canada (Canadian Environmental Assessment Agency), 2018 BCSC
417
Tlicho Government v. Canada (Attorney General), 2015 NWTSC 9
Wabauskang First Nation v. Ontario (Minister of Northern Development and Mines), 2014
ONSC 4424
Wahgoshig First Nation v. Ontario, 2011 ONSC 7708
West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines), 2011 BCCA 247
West Moberly First Nations v. British Columbia (Energy and Mines), 2014 BCSC 924
West Moberly First Nation v. British Columbia 2018 BCSC 730
Yahey v. British Columbia, 2017 BCSC 899
Yahey v. British Columbia, 2018 BCSC 829

Jurisprudence américaine

Worcester v. Georgia, 31 U.S. 515 (1832)

BIBLIOGRAPHIE

Monographies et ouvrages collectifs

- ALCANTARA, C., *Negotiating the Deal. Comprehensive Land Claims Agreements in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2013.
- ANDERSON, T. L., (dir.) *Unlocking the Wealth of First Nations*, Lanham, Lexington Books, 2016.
- BORROWS, J. et M. COYLE (dir.) *The Right Relationship. Reimagining the Implementation of Historical Treaties*, University of Toronto Press, Toronto, 2017.
- COLEMAN, J. S., *Foundations of Social Theory*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University, 1994.
- DAVIS, J. B., A. MARCIANO et J. RUNDE (dir.), *The Elgar Companion on Economics and Philosophy*, Cheltenham, Edwin Elgar Publishing, 2010.
- DEPASQUALE, P. (dir.), *Natives & Settlers. Now & Then. Historical Issues and Current Perspectives on Treaties and Land Claims in Canada*, Edmonton, University of Alberta Press, 2007.
- DICKSON, J. D., *The Honour and Dishonour of the Crown. Making Sense of Aboriginal Law in Canada*, Saskatoon, Purich Publishing, 2015.
- FARNSWORTH, W., *The Legal Analyst. A Toolkit for Thinking About the Law*, Chicago/London, University of Chicago Press, 2007.
- FEREY, S., *Une histoire de l'analyse économique du droit. Calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- FLANAGAN, T., C. ALCANTARA et A. LE DRESSAY *Beyond the Indian Act: Restoring Aboriginal Property Rights*, Montréal/Ithaca, McGill/Queen's University Press, 2010.
- FLYVBJERG, B., *Making Social Science Matter. Why Social Inquiry Fails and How It Can Succeed Again*, New York, Cambridge University Press, 2001.
- HOGARTH, R. M. et M. W. REDER (dir.), *Rational Choice. The Contrast Between Economy and Psychology*, Chicago/Londres, University of Chicago Press, 1986.
- LÉVESQUE, C., D. SALÉE et I. RADU, (dir.), *Les peuples autochtones et le Plan Nord: Éléments pour un débat*, Montréal, Cahier Dialog, 2012.
- MACKAAY, E. et A. PARENT, *Précis d'analyse économique du droit*, Sainte-Julie, La grande école de la francophonie, 2015.

- MACKLEM, P. et D. SANDERSON (dir.), *From Recognition to Reconciliation. Essays on the Constitutional Entrenchment of Aboriginal and Treaty Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 2016.
- MAINVILLE, R., *An Overview of Aboriginal and Treaty Rights and Compensation for Their Breach*, Saskatoon, Purich Publishing, 2001.
- MCKENZIE, R. B., *Predictably Rational? In Search of Defenses for Rational Behavior in Economics*, Heidelberg, Springer, 2010.
- MILLER, J. R., *Compact, Contract, Covenant. Aboriginal Treaty-Making in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2009.
- NEWMAN, D. G., *Revisiting the Duty to Consult*, Saskatoon, Purich Publishing, 2014.
- OLIVER, P., P. MACKLEM et N. DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook on the Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017.
- RAY, A. J., *Telling it to the Judge. Taking Native History to Court*, Montréal, McGill/Queen's University Press, 2012.
- ROACH, K., *Constitutional Remedies in Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 2013, feuilles mobiles, à jour novembre 2017.
- SWEDBERG, R., (dir.), *Economics and Sociology*, Princeton, Princeton University Press, 1990.
- THALER, R. H. et C. R. SUNSTEIN, *Nudge*, New Haven/London, Yale University Press, 2008.
- TIERNEY, S., *Constitutional Referendums: the Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- UDEHN, L., *Methodological Individualism. Background, history and meaning*, Londres/New York, Routledge, 2001.
- WITTEK, R., T.A.B. SNIJDERS et V. NEE (dir.), *The Handbook of Rational Choice Social Research*, Stanford, Stanford University Press, 2013.
- YOUNGBLOOD HENDERSON, J., *Treaty Rights in the Constitution of Canada*, Toronto, Thomson Carswell, 2007.
- E. N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016, en ligne: <<https://plato.stanford.edu/entries/arrows-theorem/>>.

Articles de revues

- ADKINS, B. et S. R. PAUL, « Compensation or Damages as a Remedy for Breaches of Indigenous Rights », texte présenté à la Manitoba Bar Association, 2012, en ligne: <<https://www.tdslaw.com/resource/compensation-or-damages-as-a-remedy-for-breaches-of-indigenous-rights/>>.
- ADKINS, S., B. GRAY, K. MACNAB et G. NETTLETON, « Calculating the Incalculable: Principles for Compensating Impacts to Aboriginal Title », (2016) 54 *Alta. L. Rev.* 35.
- ADIEH, R., « Beyond Individualism in Law and Economics », (2011) 91 *B. U. L. Rev.* 4.
- ALCANTARA, C., « Reduce transaction costs? Yes. Strengthen property rights? Maybe: The First Nations Land Management Act and economic development on Canadian Indian reserves », (2007) 132 *Public Choice* 42.
- ALCANTARA, C., « Explaining Aboriginal Treaty Negotiation Outcomes in Canada: The Cases of the Inuit and the Innu in Labrador », (2007) 40 :1 *Can. J. Pol. Sc.* 185.
- ALCANTARA, C., « To Treaty or Not to Treaty? Aboriginal Peoples and Comprehensive Land Claims Negotiations in Canada », (2008) 38:2 *Publius J. Federalism* 34.
- ALCANTARA, C., « Old Wine in New Bottles? Instrumental Policy Learning and the Evolution of the Certainty Provision in Comprehensive Land Claims Agreements », (2009) 3:3 *Canadian Public Policy* 326.
- ALCANTARA, C. et A. DAVIDSON, « Negotiating Aboriginal Self-Government Agreements in Canada: An Analysis of the Inuvialuit Experience » (2016) 48:3 *Can. J. Pol. Sc.* 553.
- ANDERSON, T. L. et D. P. PARKER, « Economic Development Lessons from and for North American Indian Economies », (2009) 53 *Australian Journal of Agricultural and Resources Economics* 105.
- ARISS, R., C. MACCALLUM Fraser et D. NAZNEEN SOMANI « Crown Policies on the Duty to Consult and Accommodate: Towards Reconciliation », (2017) 13 *McGill J. Sust. Dev. L.* 1.
- ARROW, K. J., « Methodological Individualism and Social Knowledge », (1994) 84:2 *Am. Econ. Rev.* 1.
- BAKER, S. H., « Unmasking Project Finance: Risk Mitigation, Risk Inducement, and An Invitation to Development Disaster ? » (2010) 6 *Tx. J. Oil Gas & Energ. L.* 273.
- BAKER, S. H., « Why The IFC's Free, Prior and Informed Consent Does Not Matter (Yet) To Indigenous Communities Affected by Development Projects », (2012) 30:3, *Wisc. Int'l L. J.*, 668.

- BANKES, N., « The implications of the *Tsilhqot'in (William)* and *Grassy Narrows (Keewatin)* decisions of the Supreme Court of Canada for the natural resources industries », (2015) 33:3, *Journal of Energy & Natural Resources Law* 188.
- BORROWS, J., « Frozen Rights: Constitutional Interpretation and the Trickster », (1997) 22 :1 *Am. Indian L. Rev.* 37.
- BORROWS, J., « Sovereignty's Alchemy: An Analysis of *Delgamuukw v. British Columbia* », (1998) 37:3 *Osgoode Hall L. J.* 537.
- BORROWS, J., « The Durability of Terra Nullius : *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* », (2015) 48 :3 *U. B. C. L. R.* 701.
- BOUDON, R., « Théorie du choix rationnel ou individualisme méthodologique? », (2002) 34 :1 *Sociologie et Sociétés* 9
- BROUDE, T., « Behavioral International Law », (2015) 163:4 *U. Pa. L. Rev.* 1099.
- CAINE, K. J. et N. KROGMAN, « Powerful or Just Plain Power-Full? A Power Analysis of Impact and Benefit Agreements in Canada's North », (2010) 23:1 *Organization & Environment* 76.
- CAMERON, E. et T. LEVITAN, « Impact and Benefit Agreements and the Neoliberalization of Resource Governance and Indigenous-State Relations in Northern Canada », (2014) 93 *Studies in Political Economy* 25.
- CHAROWSKY, Z., « The Aboriginal Law Duty to Consult: An Introduction for Administrative Tribunals », (2011) 74 *Sask. L. Rev.* 213, 221.
- CHRISTIE, G., « A Colonial Reading of Recent Jurisprudence: *Sparrow*, *Delgamuukw* and *Haida Nation* », (2005) 23:1 *Windsor Yearbook of Access to Justice* 17.
- CHRISTIE, G., « Developing Case Law : The Future of Consultation and Accommodation », (2006) 39 *U. B. C. L. R.* 139.
- CHRISTIE, G., « Who Makes Decisions over Aboriginal Title Lands? », (2015) 48 *U. B. C. L. R.* 743.
- COFFEE Jr., J. C., « Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter Is Not Working », (1983) 42 *Md. L. Rev.* 215.
- COYLE, M., « From Consultation to Consent : Squaring the Circle », (2016) 67 *U. N. B. L. J.* 235.
- CRAIK, D., « Process and Reconciliation: Integrating the Duty to Consult with Environmental Assessment », (2016) 53 *Osgoode Hall L. J.* 632.
- FLANAGAN, T. et C. ALCANTARA, « Individual Property Rights on Canadian Indian Reserves », (2004) 29:2 *Queen's L. J.* 489.

- FLANAGAN, T. et C. ALCANTARA, « Individual Property Rights on Canadian Indian Reserves: A Review of the Jurisprudence », (2005) 42:4 *Alta. L. R.* 1019.
- GILLES, M. E., « In Defense of Making Government Pay : the Deterrent Effect of Constitutional Tort Remedies », (2001) 65 *U Ga. L. Rev.* 845.
- GILMOUR, B. et B. MELLETT, « The Role of Impact and Benefits Agreements in the Resolution of Project Issues with First Nations », (2013) 51 *Alta. L. R.* 385.
- GOGAL, S., R. REIGERT et J. JAMIESON, « Aboriginal Impact and Benefits Agreements: Practical Considerations », (2005) 43 *Alta. L. Rev.* 129.
- GRABEN, S., « Rationalizing Risks to Cultural Loss in Resources Development », (2013) 26:1 *Can J. L. & Juris.* 83.
- GRABEN, S., « Resourceful Impacts: Harm and Valuation of the Sacred », (2014) 64:1 *U. T. L. J.* 64.
- GREGORY, R. et W. TROUSDALE, « Compensating aboriginal cultural losses: An alternative approach to assessing environmental damages », (2009) 90:8 *J. Env. Management.* 1.
- GUNN, B. L., « More than Money: Using International Law of Reparations to Determine Fair Compensation for Infringements of Aboriginal Title », (2013) 46 *U.B.C.L.R.* 299.
- HILL, C., « The Rhetoric of Negative Externalities », (2016) 39 *Seattle U. L. Rev.* 517.
- ISAAC, T. et A. KNOX, « The Crown's Duty to Consult Aboriginal Peoples », (2003) 41 :1 *Alta L. Rev.* 49.
- JAI, J., « The Interpretation of Modern Treaties and the Honour of the Crown: Why Modern Treaties Deserve Judicial Deference », (2009), 26 *Nat'l J. Const. L.* 25.
- JOLLS, C., C. R. SUNSTEIN et R. THALER, « A Behavioral Approach to Law and Economics », (1998) 41 *Stan. L. Rev.* 1471.
- KEAY, I. et C. METCALF, « Aboriginal Rights, Customary Law and the Economics of Renewable Resource Exploitation », (2004) 24 *Can. Pub. Pol.* 1.
- KEAY, I. et C. METCALF, « Property Rights, Resource Access, and Long-Run Growth » (2011) 8 :4 *Journal of Empirical Legal Studies* 792.
- KEAY, I. et C. METCALF, « The Supreme Court's Aboriginal Rights Cases & Canada's Resource Industries : Estimating the Economic Effects », 1^{er} janvier 2016 en ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2876942>.
- KAHNEMAN, D. et A. TVERSKY, « Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk », (1979) 47 :2 *Econometrica* 263.
- KOLSTAD, I., « Why Firms Should Not Always Maximize Profits », (2007) 37 *Journal of Business Ethics* 137.

- LAURIN, W. M. et J. P. JAMIESON, « Aligning Energy Development with the Interests of Aboriginal Peoples in Canada », (2015) 53 *Alta L. Rev.* 453.
- LECLAIR, J., « Of Grizzlies and Landslides : the use of archaeological and anthropological evidence in Canadian Aboriginal rights cases », (2005) 4 *Public Archaeology* 109.
- LECLAIR, J., « Les périls du totalisme conceptuel en droit et en sciences humaines », (2009) 14 :1 *Lex Electronica*.
- LECLAIR, J., « Vive le Québec Libre ! Liberté(s) et fédéralisme », (2010) 3 *Revue québécoise de droit constitutionnel* 23.
- LEVINSON, D. J., « Making Government Pay: Markets, Politics, and the Allocation of Constitutional Costs », (2000) 67 *U. Chi. L. Rev.* 345.
- MCNEIL, K., « Aboriginal Title and Indigenous Governance: Identifying the Holders of Rights and Authority », (2016) 12 :14 *Osgoode Legal Studies Research Paper Series* 50, en ligne : <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/olsrps/182/>>.
- METCALF, C., « Compensation as Discipline in the Justified Limitation of Aboriginal Rights: The Case of Forest Exploitation », (2008) 33 *Queen's L. J.* 385.
- METCALF, C., « Introduction: Emerging Paradigms of Rationality - Theory and Application », (2009) 35 *Queen's L. J.* 1.
- MORIN, M., « “Manger avec le même micoine à la même gamelle” : à propos des traités conclus avec les Amérindiens au Québec, 1665-1760 », (2003) 33 :1 *R. G. D.* 93.
- NEWMAN, D. G., « The Economic Characteristics of Indigenous Property Rights: A Canadian Case Study » (2016) 95:2 *Nebraska L. Rev.* 453.
- OTIS, G., « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones », (1999) 40:3 *C. de. D.* 591.
- OTIS, G., « Le titre aborigène : émergence d'un figure nouvelle et durable du foncier autochtone? », (2005) 46 *C. de. D.* 795.
- PAPILLON, M. et T. RODON, « Proponent-Indigenous agreements and the implementation of the right to free, prior, and informed consent in Canada », (2017) 62 *Environmental Impact Assessment Review* 216.
- POLIQUIN, G., « La protection d'une vitalité fragile : les droits linguistiques autochtones en vertu de l'article 35 », (2013) 58 : 3 *McGill L. J.* 573.
- PRNO, J. et S. D. SLOCOMBE, « Exploring the origins of 'social license to operate' in the mining sector: Perspectives from governance and sustainability theories » (2012) 37 *Resources Policy* 346.
- PROMISLOW, J., « Treaties in History and Law » (2014) 47 *U. B. C. L. R.* 1085.

- RITCHIE, K., « Issues Associated with the Implementation of the Duty to Consult and Accommodate Aboriginal Peoples: Threatening the Goals of Reconciliation and Meaningful Consultation », (2013) 46 *U. B. C. L. R.* 397.
- ROSENTHAL, L., « A Theory of Governmental Damages Liability: Torts, Constitutional Torts, and Takings », (2007) 9 *U. Pa. J. Const. L.* 797.
- RUBIN, E., « Rational States ? », (1997) 83 :7 *Va. L. Rev.* 1433.
- SAINT-HILAIRE, M., « *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique* : bonne décision, mauvaises raisons », (2014) 44 *R. G. D.* 445.
- SATZ, D. et J. FERREJOHN, « Rational Choice and Social Theory », (1994) 91:2 *J. Philosophy* 71.
- SERKIN, C., « Big Differences for Small Governments: Local Governments and the Takings Clause », (2006) 81 *N.Y.U. L. Rev.* 1624.
- SIBONY, A.-L., G. HELLERINGER et A. ALEMANNI, « L'analyse comportementale du droit. Manifeste pour un nouveau champ de recherche en Europe », (2016) 3 *Revue Internationale de droit Économique* 315.
- SIMPSON, L., « Looking after Gdoo-naaganinaa: Precolonial Nishnaabeg Diplomatic and Treaty Relationships » (2008) 23:2 *Wicazo Sa Review* 29.
- SOSSIN, L., « The Duty to Consult and Accommodate: Procedural Justice as Aboriginal Rights » (2010) 23:1 *Can J Admin L & Prac* 93.
- UDEHN, L., « The Changing Face of Methodological Individualism », (2002) *Annual Socio. Rev.* 479.
- TOR, A., « The Methodology of the Behavioral Analysis of Law », (2008) 4 *Haifa L. R.*, 237.
- WANVIK, T. I. et K. J. CAINE, « Understanding indigenous strategic pragmatism: Métis engagement with extractive industry developments in the Canadian North », (2017) 4:3 *The Extractive Industries & Society* 595
- WILKINS, K. « Reasoning with the Elephant. The Crown, Its Counsel and Aboriginal Law in Canada », (2016) 13 *Indigenous L. J.* 27.
- WILKINS, K., « Life Among the Ruins: Section 91(24) After *Tsilhqot'in* and *Grassy Narrows* », (2017) 55:1 *Alta. L. Rev.* 91.

Études d'ouvrages collectifs

- ALLODI-ROSS, F., « Who Calls the Shots? Balancing Individual and Collective Interests in the Assertion of Aboriginal and Treaty Harvesting Rights », dans J. BORROWS et M. COYLE (dir.) *The Right Relationship. Reimagining the Implementation of Historical Treaties*, Toronto, University of Toronto Press, 2017, p. 149
- ANDERSON, T. L., B. LEONARD, D. P. PARKER et S. REAGAN, « Natural Resources on Indian Reservations: Blessing or Curse », dans T. L. ANDERSON (dir.) *Unlocking the Wealth of First Nations*, Lanham, Lexington Books, 2016, p. 18
- BRYANT, M. J., « The State of the Crown-Aboriginal Fiduciary Duty: The Case for an Aboriginal Veto », dans P. MACKLEM et D. SANDERSON (dir.), *From Recognition to Reconciliation. Essays on the Constitutional Entrenchment of Aboriginal and Treaty Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 2016, p. 223
- COLEMAN, J. S., « Interview with James S. Coleman », dans R. SWEDBERG (dir.), *Economics and Sociology*, Princeton, Princeton University Press, 1990, p. 47
- HOGARTH, R. M. et M. W. REDER, « Introduction », dans R. M. HOGARTH et M. W. REDER (dir.), *Rational Choice. The Contrast Between Economy and Psychology*, Chicago/Londres, University of Chicago Press, 1986, p. 1
- JAI, J., « Bargains Made in Bad Times », dans John BORROWS et Michael COYLE (dir.), *The Right Relationship. Reimagining the Implementation of Historical Treaties*, Toronto, University of Toronto Press, 2017, p. 105.
- KINCAID, H. « Methodological Individualism and Economics », dans J. B. DAVIS, A. MARCIANO et J. RUNDE (dir.), *The Elgar Companion on Economics and Philosophy*, Cheltenham, Edwin Elgar Publishing, 2010, p. 299
- LECLAIR, J., « L'effet structurant des droits reconnus aux peuples autochtones sur le débat entourant le Plan Nord », dans C. LÉVESQUE, D. SALÉE et I. RADU, (dir.) *Les peuples autochtones et le Plan Nord: Éléments pour un débat*, Montréal, Cahier Dialog, 2012, p. 65.
- LECLAIR, J. et M. MORIN,, « Peuples autochtones et droit constitutionnel », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit public », *Droit constitutionnel*, fasc. 15, Montréal, LexisNexis Canada, 2011, feuilles mobiles (à jour au 30 août 2017)
- LECLAIR, J., « Military Historiography, Warriors and Soldiers: The Normative Impact of Epistemological Choices », dans P. MACKLEM et D. SANDERSON (dir.), *From*

- Recognition to Reconciliation. Essays on the Constitutional Entrenchment of Aboriginal and Treaty Rights*, Toronto, University of Toronto Press, Toronto, 2016, p. 179.
- MORREAU, M., « Arrow's Theorem », dans E. N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016, en ligne: <<https://plato.stanford.edu/entries/arrows-theorem/>>
- NEWMAN, D .G., « The Section 35 Duty to Consult », dans P. OLIVER, P. MACKLEM et N. DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook on the Canadian Constitution*, 2017, New York, Oxford University Press, p. 349.
- THALER, R. H., « The Psychology and Economics Conference Handbook: Comments on Simon, Einhorn and Hogarth, and on Tversky and Kahneman », dans R. M. HOGARTH et M. W. REDER, (dir.), *Rational Choice. The Contrast Between Economy and Psychology*, Chicago/Londres, University of Chicago Press, 1986, p. 95
- VENNE, S., « Treaties Made in Good Faith », dans P. DEPASQUALE (dir.), *Natives & Settlers. Now & Then. Historical Issues and Current Perspectives on Treaties and Land Claims in Canada*, Edmonton, University of Alberta Press, 2007, p. 1.
- WITTEK, R., T. A. B. SNIJDERS, V. NEE, « Introduction: Rational Choice Social Research », dans R. WITTEK, T.A.B. SNIJDERS et V. NEE (dir.), *The Handbook of Rational Choice Social Research*, Stanford, Stanford University Press, 2013, p. 1.

Rapports de recherche

- ANAYA, J. S., *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples*, Doc. N.U. A/HRC/27/52/Add. 2, (4 juillet 2014), en ligne : <<http://unsr.jamesanaya.org/docs/countries/2014-report-canada-a-hrc-27-52-add-2-en.pdf>>.
- BAINS, R. et K. ISHKANIAN, « The Duty to Consult With Aboriginal Peoples. A Patchwork of Canadian Policies », Fraser Institute, mai 2016, en ligne : <<https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/duty-to-consult-with-aboriginal-peoples-a-patchwork-of-canadian-policies.pdf>>.
- COATES, K., « Sharing the Wealth. How resource revenue agreements can honour treaties, improve communities, and facilitate Canadian development », Aboriginal Peoples and the Natural Resource Economy Series, Macdonald-Laurier Institute, janvier 2015, en ligne: <<https://www.macdonaldlaurier.ca/files/pdf/MLIresourcerevenuesharingweb.pdf>>.
- COATES, K. et B. L. CROWLEY « New Beginnings. How Canada's Resource Wealth Could Re-Shape its Relation with Indigenous Peoples », Aboriginal Peoples and the Natural Resource Economy Series, Macdonald-Laurier Institute, mai 2013, en ligne: <http://www.macdonaldlaurier.ca/files/pdf/2013.01.05-MLI-New_Beginnings_Coates_vWEB.pdf>.
- COATES, K. et D. G. NEWMAN « The End is not Nigh: Reasons Over Alarmism in Analyzing the *Tsilhqot'in* Decision », Aboriginal Canada and the Natural Resource Economy Series, Macdonald-Laurier Institute, septembre 2014, en ligne <<http://www.macdonaldlaurier.ca/files/pdf/MLITheEndIsNotNigh.pdf>>.
- DAVIS, R., et D. FRANKS, « Costs of Company-Community Conflict in the Extractive Sector », Harvard Kennedy School, Corporate Social Responsibility Initiative, 2014, en ligne: <<https://www.csr.uq.edu.au/publications/costs-of-company-community-conflict-in-the-extractive-sector>>.
- FLANAGAN, T., « Clarity or Confusion ? The New Jurisprudence on Aboriginal Title », Fraser Institute, avril 2015, en ligne: <<https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/clarity-and-confusion-new-jurisprudence-of-aboriginal-title.pdf>>.
- GIBSON, G. et C. O'FAIRCHEALLAIGH, *IBA Community Toolkit. Negotiation and Implementation of Impact and Benefit Agreements*, Toronto, Walter and & Duncan

- Gordon Foundation, 2010, en ligne: <https://www.foa.ca/afoadocs/L3/L3a%20-%20IBA_toolkit_March_2010_low_resolution.pdf>.
- HALL, H. et K. S. COATES, « Missed Opportunities, Glimmers of Hope. Aboriginal Communities and mineral development in Northern Ontario », Macdonald Laurier Institute, mai 2017, Aboriginal Canada and the Natural Resource Economy Series, en ligne: <https://macdonaldlaurier.ca/files/pdf/MLIAboriginalResources12-HallCoatesWeb_F.pdf>.
- LANDMANN, P., « Crown Delegation of Consultation Responsibilities », *Ontario Bar Association*, décembre 2012, en ligne: <http://www.oba.org/en/pdf/sec_news_abo_dec12_con_lan.pdf>.
- LEHR, A. K. et G. A. SMITH, *Implementing a Corporate Free, Prior, and Informed Consent Policy: Benefits and Challenges*, Washington, Foley Hoag LLP, 2010, en ligne: <<http://solutions-network.org/site-fpic/files/2012/09/Implementing-a-Corporate-Free-Prior-Informed-Consent-Foley-Hoag.pdf>>.
- NEWMAN, D. G., « Is the sky the limit: Following the trajectory of Aboriginal legal rights in the resource developments », Aboriginal Canada and the Natural Resource Economy Series, Macdonald-Laurier Institute, juin 2015, en ligne: <<http://www.macdonaldlaurier.ca/files/pdf/MLIAboriginalResourcesNo7-06-15-WebReady-V3.pdf>>.
- NEWMAN, D. G., « The Rule and Role of Law. The Duty to Consult, Aboriginal Communities, and the Canadian Natural Resource Sector », Aboriginal Canada and the Natural Resource Economy Series, Macdonald-Laurier Institute, mai 2014, en ligne: <<http://www.macdonaldlaurier.ca/files/pdf/DutyToConsult-Final.pdf>>.
- NEWMAN, D. G. et M. LAVOIE, « Mining and Aboriginal Rights in Yukon: How Certainty Affects Investor Confidence », Fraser Institute, 2015, en ligne: <<https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/mining-and-aboriginal-rights-in-yukon-how-certainty-affects-investor-confidence.pdf>>.
- STAVENHAGEN, R., *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*, E/CN.4/2005/88/Add.3, (2 décembre 2004) en ligne : <http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=10620>.

Documents gouvernementaux

-----, *Accord sur les revendications territoriales du Nunavut*, Ottawa, 1993, en ligne :
<http://webarchive.bac-lac.gc.ca:8080/wayback/20051222234340/http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/pdf/nunav_f.pdf>.

-----, *Entente définitive des Tr'ondëk Hwëch'in*, Ottawa, 1998, en ligne :
<<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1297209099174/1297209186151>>

ALBERTA GOVERNMENT, *The Government of Alberta's Guidelines on Consultation with First Nations on Land and Natural Resource Management, July 28, 2014*, en ligne :
<http://www.indigenous.alberta.ca/documents/First_Nations_Consultation_Guidelines_LNLN.pdf.pdf?0.25212830859755586>.

BRITISH COLUMBIA GOVERNMENT, *Updated Procedures for Meeting Legal Obligations when Consulting with First Nations, Interim, 2010*, en ligne:
<<https://www2.gov.bc.ca/gov/content/environment/natural-resource-stewardship/consulting-with-first-nations>>.

COMMISSION VERITE ET RECONCILIATION DU CANADA, *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir. Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, 2015, en ligne:
<http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/French_Exec_Summary_web_revised.pdf>.

EYFORD, D. R., *Une nouvelle orientation : Faire avancer les droits ancestraux et issus de traités des Autochtones*, Rapport au Ministère des Affaires Autochtones et du Développement du Nord du Canada, 2015, en ligne, <<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1426169199009/1426169236218>>.

GOUVERNEMENT DU CANADA, *Consultation et accommodement des Autochtones. Lignes directrices actualisées à l'intention des fonctionnaires fédéraux pour respecter l'obligation de consulter*, 2011, en ligne : <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/intgui_1100100014665_fra.pdf>.

Autres documents

Articles de journaux

- FOWLER, S., « Protest camp built on proposed site of Sisson mine project », *CBC News*, 18 juillet 2017, en ligne, <<http://www.cbc.ca/news/canada/new-brunswick/sisson-mine-protest-camp-1.4209673>>.
- FOWLER, S., « One year later: First Nations life at the proposed Sisson mine site », *CBC News*, 28 juin 2018, en ligne : <<https://www.cbc.ca/news/canada/new-brunswick/sisson-mine-first-nations-camp-1.4725477>>.
- JONES, R., « Sisson mine approval triggers \$3M bonus for 6 Maliseet First Nations », *CBC News*, 26 juin 2017, en ligne, <<http://www.cbc.ca/news/canada/new-brunswick/sisson-mine-stanley-1.4177724>>.
- JONES, R., « Maliseet chiefs stress opposition to Sisson mine, despite deal with government », *CBC News*, 30 juin 2017, en ligne, <<http://www.cbc.ca/news/canada/new-brunswick/maliseet-first-nations-new-brunswick-government-chiefs-support-tungsten-mine-fredericton-agreement-threats-1.4185929>>.
- MEYER, C., « Chiefs from 133 First Nations join fight against Kinder Morgan pipeline and oilsands expansion », *National Observer*, 2 mai 2018 <<https://www.nationalobserver.com/2018/05/02/news/chiefs-133-first-nations-join-fight-against-kinder-morgan-pipeline-and-oilsands>>.
- NEWTON, C., « Provincial Government and Blueberry First Nations Negotiate Trial Adjournment », *Energetic City*, 29 juin 2018, en ligne : <<https://www.energeticcity.ca/2018/06/provincial-government-and-blueberry-river-first-nations-negotiate-trial-adjournment/>>.
- PAUL, C., S. SABBATUIS, G. ATWIN, R. PERLEY et P. BERNARD, « Response to CBC Article “Sisson mine approval triggers \$3M bonus for 6 Maliseet First Nations” », *Conservation Council*, 29 juin 2017, en ligne, <<http://www.conservationcouncil.ca/en/maliseet-chiefs-respond-to-cbc-story-on-sisson/>>.
- TURNBULL, G., « What the Trans Mountain Pipeline Battle is Really About », *The Walrus*, 8 juin 2018, en ligne : <<https://thewalrus.ca/what-the-trans-mountain-pipeline-battle-is-really-about/>>.

WHITE, A., « 5 Maliseet chiefs want Sisson mine rejected », [cbc.ca/news](http://www.cbc.ca/news), 21 avril 2017, en ligne, <<http://www.cbc.ca/news/canada/new-brunswick/maliseet-chiefs-sisson-mine-reaction-1.3546347>>.

Carte

TERRITOIRE TRADITIONNEL, -----, en ligne : <<http://territoire-traditionnel.ca/>> (page consultée le 30 juin 2018).

Demande introductive d'instance

WEST MOBERLY FIRST NATION, *Notice of Civil Claim*, Cour suprême de la Colombie-Britannique, Victoria, numéro 18-0247, 15 janvier 2018 en ligne : <<https://justice.gov.bc.ca/cso/eseach/civil/searchFileResult.do?serviceId=47038317>>.

Protocole de consultation

CHIPPEWAS OF THE THAMES FIRST NATION, *Deshkan Ziibiing/Chippewas of the Thames First Nation Wiindmaagewin Consultation Protocol*, 2016, en ligne : <<https://www.cottfn.com/wp-content/uploads/2016/02/Wiindmaagewin-CONSULTATION-PROTOCOL-Final-Nov-2016-2.pdf>>, p .7-11.

Source de l'épigraphe

TOLSTOÏ, L., *La Guerre et la Paix*, tome II, Paris, Gallimard, 2002.