

# **Les arrêts *Rio Tinto Alcan Inc.* et *Little Salmon/Carmacks* : précisions sur le principe de l'honneur de la Couronne et sur l'obligation de consulter les communautés autochtones**

**Natacha Lavoie et Sylvain Leboeuf\***

RÉSUMÉ. . . . .	209
INTRODUCTION . . . . .	211
1. Un résumé des arrêts <i>Rio Tinto Alcan Inc.</i> et <i>Little Salmon/Carmacks</i> . . . . .	212
1.1 L'arrêt <i>Rio Tinto Alcan Inc.</i> . . . . .	212
1.2 L'arrêt <i>Little Salmon/Carmacks</i> . . . . .	214
2. Le rôle du principe constitutionnel de l'honneur de la Couronne et de l'obligation de consulter qui en découle dans la réalisation de l'objectif fondamental de l'article 35 de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i> . . . . .	216
2.1 La raison d'être de l'obligation de consulter. . . . .	216

---

\* Avocats. Direction du droit public. Ministère de la Justice du Québec. Les propos contenus dans ce texte sont personnels aux auteurs et n'engagent aucunement leur employeur, le ministère de la Justice du Québec.

2.2 L'application du principe de l'honneur de la Couronne et de l'obligation de consulter dans le contexte d'un traité . . . . .	217
2.3 Le caractère constitutionnel du principe de l'honneur de la Couronne et de l'obligation de consulter. . . . .	220
3. Des précisions sur les éléments donnant ouverture à l'obligation de consulter. . . . .	221
3.1 Un intérêt issu d'un traité peut faire naître une obligation de consulter. . . . .	221
3.2 Une société d'État agissant au nom de la Couronne peut être tenue à l'obligation de consulter . . . . .	223
3.3 Une « mesure envisagée » s'entend également d'une décision stratégique prise en haut lieu . . . . .	224
3.4 Les effets préjudiciables potentiels ne doivent pas simplement être hypothétiques . . . . .	226
3.5 L'obligation de consulter se limite aux seuls effets préjudiciables de la mesure précise envisagée par la Couronne . . . . .	227
4. Divers moyens pour respecter l'honneur de la Couronne et satisfaire à l'obligation de consulter. . . . .	228
4.1 La délégation de certaines responsabilités à un tribunal administratif. . . . .	228
4.2 Les ententes entre la Couronne et les Autochtones pour établir des mécanismes qui permettent de préserver l'honneur de la Couronne . . . . .	229
CONCLUSION . . . . .	232

## RÉSUMÉ

La Cour suprême du Canada a rendu, en 2010, les arrêts *Rio Tinto Alcan Inc.* et *Little Salmon / Carmacks* dans lesquels elle fournit un éclairage quant à la portée du principe de l'honneur de la Couronne et de l'obligation de consulter les communautés autochtones qui en découle. Les précisions de la Cour suprême s'inscrivent dans le contexte où des droits ancestraux sont revendiqués et dans le contexte où un accord sur les revendications territoriales globales a été conclu.

Entre autres, la Cour suprême confirme que le principe constitutionnel de l'honneur de la Couronne et l'obligation de consulter qui en découle s'appliquent indépendamment de l'intention expresse ou implicite des parties à un traité. Elle précise également les éléments donnant ouverture à l'obligation de consulter et la manière dont la consultation doit être effectuée, le cas échéant. Malgré les précisions importantes de la Cour suprême sur divers aspects relatifs au principe de l'honneur de la Couronne et à l'obligation de consulter qui en découle, ces notions seront certainement appelées à évoluer et à se peaufiner dans les années à venir.



## INTRODUCTION

Depuis 2004, l'obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder les communautés autochtones<sup>1</sup> est un aspect incontournable dans le cadre des relations entre ces dernières et la Couronne. Cette obligation incombe à la Couronne lorsqu'elle a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence ou de la revendication d'un droit ancestral<sup>2</sup> ou issu de traité et qu'elle envisage une mesure susceptible d'avoir un effet préjudiciable à l'égard de celui-ci<sup>3</sup>.

Dans l'arrêt *Nation haïda*, la Cour suprême du Canada énonce les principes directeurs de l'obligation de consulter. Depuis, sa portée a fait l'objet d'interprétations diverses de la part des gouvernements et des groupes autochtones<sup>4</sup>, lesquelles ont donné lieu à plusieurs recours judiciaires. Bien que les décisions des tribunaux de première instance aient permis de dégager certaines tangentes en la matière, plusieurs éléments demeurent litigieux, particulièrement en ce qui concerne les circonstances pouvant donner ouverture à une telle obligation.

1. Dans le présent texte, nous utiliserons l'expression « obligation de consulter » pour faire référence à l'obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder les communautés autochtones.
2. Nous précisons que l'expression « droits ancestraux » fait référence, en l'espèce, au titre aborigène puisque ce dernier constitue une manifestation des droits ancestraux. Voir *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 138.
3. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 35 ; *Première nation crie de Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388, par. 4. Voir également *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550.
4. Voir, par exemple, GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Guide intérimaire en matière de consultation des communautés autochtones*, 2008, en ligne : <[http://www.autochtones.gouv.qc.ca/publications\\_documentation/publications/guide\\_inter\\_2008.pdf](http://www.autochtones.gouv.qc.ca/publications_documentation/publications/guide_inter_2008.pdf)> (page consultée le 19 janvier 2011) ; INSTITUT DE DÉVELOPPEMENT DURABLE DES PREMIÈRES NATIONS DU QUÉBEC ET DU LABRADOR, *Protocole de consultation des Premières Nations du Québec et du Labrador*, 2005, en ligne : <<http://www.iddpnql.ca/fichiers/protocole2005.pdf>> (page consultée le 19 janvier 2011).

Les arrêts *Rio Tinto Alcan Inc.*<sup>5</sup> et *Little Salmon / Carmacks*<sup>6</sup>, rendus en 2010, fournissent un éclairage quant à la portée de l'obligation de consulter et sur la façon dont celle-ci doit être effectuée. Dans le cadre du présent texte, nous examinerons de quelle manière ces décisions font ressortir le rôle du principe de l'honneur de la Couronne, et de l'obligation de consulter qui en découle, dans la réalisation de l'objectif fondamental de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>7</sup>. Nous examinerons également les précisions apportées par la Cour suprême relativement aux éléments donnant ouverture à l'obligation de consulter ainsi que les moyens à la disposition de la Couronne afin de satisfaire à son obligation de consulter.

## 1. Un résumé des arrêts *Rio Tinto Alcan Inc.* et *Little Salmon/Carmacks*

### 1.1 L'arrêt *Rio Tinto Alcan Inc.*

Dans les années 1950, un barrage et un réservoir hydroélectriques d'envergure ont été construits par la compagnie Alcan<sup>8</sup>. Les travaux de construction avaient nécessité l'inversion et le détournement permanents de la rivière Nechako et avaient provoqué des répercussions importantes sur l'environnement, notamment sur les stocks de poissons dans les terres revendiquées par les Premières nations du Conseil tribal Carrier Sekani<sup>9</sup>. En 2007, un contrat d'achat d'énergie est intervenu entre la British Columbia Hydro Corporation<sup>10</sup> et Alcan en vertu duquel B.C. Hydro s'engage à acheter d'Alcan l'électricité excédentaire produite par la centrale électrique. Le contrat prévoit également la création d'un comité conjoint d'exploitation afin de conseiller les parties sur l'administration du contrat et l'exploitation du réservoir hydroélectrique.

5. *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43.

6. *Beckman c. Première nation de Little Salmon / Carmacks*, 2010 CSC 53.

7. Partie II de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi sur le Canada* (1982, R.-U., ch. 11). L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* énonce :

(1) Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

(2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada », s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

(3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur les revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

8. Il s'agit maintenant de Rio Tinto Alcan Inc.

9. Cité ci-après : « CTCS ».

10. Cité ci-après : « B.C. Hydro ».

Conformément à la *Utilities Commission Act*, le contrat a été soumis pour approbation à la British Columbia Utilities Commission, un tribunal quasi-judiciaire ayant compétence pour statuer sur des questions de droit. Le CTCS est intervenu, tardivement, devant la British Columbia Utilities Commission et lui a demandé de réviser sa décision, rendue au terme des conférences préparatoires, selon laquelle la question de l'obligation de consulter les communautés autochtones n'avait pas à être examinée lors de l'audience pour l'approbation du contrat. Le CTCS soutenait que l'approbation du contrat risquait d'avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux et le titre aborigène revendiqués. Il a aussi demandé à la British Columbia Utilities Commission d'examiner la question à savoir si l'obligation de consultation avait été respectée. La Commission a rejeté la requête en révision au motif que le contrat ne créerait pas de nouveaux effets défavorables sur les intérêts du CTCS. La British Columbia Utilities Commission a approuvé le contrat d'achat d'énergie.

La décision de la British Columbia Utilities Commission a été portée en appel. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que la Commission avait la compétence pour trancher des questions constitutionnelles, dont celle de déterminer si l'obligation de consultation de la Couronne a été respectée. Elle a ajouté que la Commission avait l'obligation d'aborder cette question, en raison du principe de l'honneur de la Couronne. Selon la Cour d'appel, la Commission a manqué à son obligation, car la question à savoir si le contrat avait fait naître une obligation de consultation aurait dû être réglée lors de l'audience au fond et non lors des conférences préparatoires.

La Cour suprême, sous la plume de la juge en chef McLachlin, confirme que la British Columbia Utilities Commission avait compétence pour se prononcer sur la question de la consultation, conformément à sa loi constitutive, mais n'avait pas l'obligation de trancher cette question. Cette compétence ne va pas jusqu'à l'autoriser à mener elle-même la consultation puisque cela ne ressort pas de l'intention du législateur. La Cour confirme également que la Commission a raisonnablement établi, lors des conférences préparatoires, que l'obligation de consulter n'avait pas pris naissance dans les circonstances, compte tenu de l'absence d'effets préjudiciables de la mesure envisagée sur les droits revendiqués par le CTCS.

## 1.2 *L'arrêt Little Salmon/Carmacks*

Les faits à l'origine de l'affaire *Little Salmon/Carmacks* mettent en cause une demande de concession de 65 hectares de terres agricoles soumise à la Direction de l'agriculture du ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources du Yukon par Larry Paulsen. Les terres visées par la demande sont situées à l'intérieur des limites d'une concession de piégeage, d'une superficie d'environ 21 435 hectares, délivrée par le gouvernement du Yukon à Johnny Sam, un bénéficiaire de l'Accord définitif de la Première nation *Little Salmon/Carmacks*<sup>11</sup> conclu en 1997. Le Traité PNLSC, qui constitue un accord sur les revendications territoriales globales au sens du paragraphe 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, prévoit que les membres de la Première nation *Little Salmon/Carmacks*<sup>12</sup> ont accès aux terres de la Couronne à des fins de récolte et de subsistance, sauf lorsque les terres publiques font l'objet d'un contrat de vente, ce qui serait le cas si la demande de concession de terres de Larry Paulsen était approuvée.

La demande de concession de terres a été examinée conformément à la politique agricole du Yukon, qui est antérieure au Traité PNLSC. Dans le cadre du processus d'examen, le Comité d'examen des demandes concernant des terres agricoles<sup>13</sup>, formé de fonctionnaires du Yukon, a recommandé à Larry Paulsen de présenter une nouvelle délimitation de la parcelle de terre visée par la demande de concession en raison, entre autres, de préoccupations relatives à l'environnement, à la faune, à la flore et au piégeage. Le CEDTA a également recommandé que la demande soit soumise au Comité d'examen des demandes concernant les terres<sup>14</sup> sur lequel siègent des représentants des premières nations, dont ceux de la PNLSC<sup>15</sup>.

La PNLSC a reçu une lettre et une trousse d'information du CEDT. Elle a été invitée à présenter ses observations avant la tenue d'une réunion et à participer à la discussion en sa qualité de membre du CEDT. La PNLSC a fait parvenir une lettre faisant part de ses préoccupations, mais aucun de ses représentants ne s'est présenté à la réunion. Le CEDT, lors de la réunion, a pris en considération les préoccupations exprimées par la PNLSC. Le CEDT a conclu que la

---

11. Cité ci-après : « Traité PNLSC ».

12. Cité ci-après : « PNLSC ».

13. Cité ci-après : « CEDTA ».

14. Cité ci-après : « CEDT ».

15. Selon le juge Binnie, dans l'arrêt *Little Salmon/Carmacks*, précité, note 6, par. 18-19, le CEDTA et le CEDT n'ont aucun lien avec le Traité PNLSC.

perte des 65 hectares aurait une incidence minime sur le territoire de piégeage de Johnny Sam et a recommandé qu'une reconnaissance archéologique soit effectuée. Le CEDT a également recommandé l'approbation de principe de la demande de concession de terres présentée par Larry Paulsen, laquelle a été approuvée le 18 octobre 2004 par le directeur de la Direction de l'agriculture.

À la suite de cette approbation, la PNLSC a demandé le contrôle judiciaire de cette décision en soutenant que la Couronne a manqué à son obligation de consulter. En première instance, la Cour suprême du Yukon a conclu que l'obligation de consulter a pris naissance dans le cadre du Traité PNLSC et qu'elle se situe à un haut niveau du spectre dont fait état la Cour suprême dans l'arrêt *Nation haïda*. Cette obligation n'a pas été remplie par la Couronne dans les circonstances. Par la suite, la Cour d'appel du Yukon a confirmé que l'obligation de consulter a pris naissance dans le contexte du Traité PNLSC. Cependant, la Cour d'appel a conclu que l'obligation se situait au bas du spectre et qu'elle a été remplie par la Couronne.

La décision de la Cour d'appel du Yukon a été portée en appel par le gouvernement du Yukon quant à savoir si une obligation de consulter avait pris naissance. La PNLSC a également déposé un appel incident afin de déterminer, dans la mesure où une obligation de consulter aurait pris naissance, si cette obligation avait été remplie en l'espèce.

La Cour suprême rejette le pourvoi et le pourvoi incident. La majorité de la Cour suprême<sup>16</sup>, sous la plume du juge Binnie, estime qu'une obligation de consulter découlant du principe de l'honneur de la Couronne a pris naissance en l'espèce, indépendamment de l'intention expresse ou implicite des parties au Traité PNLSC. En l'espèce, la majorité conclut que les dispositions du Traité PNLSC ne prévoient pas l'application d'un mécanisme de consultation dans les circonstances de l'affaire. Il est impossible pour les parties à un traité d'écarter l'application du principe de l'honneur de la Couronne. La majorité précise qu'elles peuvent tout de même être pertinentes pour

16. Des motifs concordants ont été rendus par la juge Deschamps (avec l'appui du juge LeBel). Essentiellement, la juge Deschamps soutient que l'obligation constitutionnelle de consulter les communautés autochtones s'applique aux parties à un traité uniquement lorsque celles-ci ont été silencieuses relativement au droit que la Couronne cherche à exercer en vertu du traité. Elle sert à combler les lacunes du traité. La juge Deschamps est d'avis qu'en l'espèce, le Traité PNLSC prévoit une obligation de consulter et que cette obligation a été respectée par la consultation qui a été effectuée par le gouvernement du Yukon.

contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Yukon, à l'instar d'autres principes du droit administratif et du droit des Autochtones. En l'espèce, à la lumière des dispositions relatives à la consultation prévues au traité, l'honneur de la Couronne a été préservé et l'obligation de consulter de même que l'équité procédurale ont été respectées.

## **2. Le rôle du principe constitutionnel de l'honneur de la Couronne et de l'obligation de consulter qui en découle dans la réalisation de l'objectif fondamental de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982***

### ***2.1 La raison d'être de l'obligation de consulter***

Les décisions *Rio Tinto Alcan Inc.* et *Little Salmon / Carmacks* ont réitéré le rôle de l'obligation de consulter dans la poursuite de l'objectif fondamental de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de son corollaire, le principe de l'honneur de la Couronne<sup>17</sup>. La juge en chef McLachlin, pour la Cour dans l'arrêt *Rio Tinto Alcan Inc.*, mentionne :

Elle [l'obligation de consulter] vise la protection des droits ancestraux et issus de traités, ainsi que la réalisation de l'objectif de conciliation des intérêts des Autochtones et de ceux de la Couronne. Elle reconnaît que les deux parties doivent collaborer pour concilier leurs intérêts au lieu de s'opposer dans un litige. Elle tient aussi compte du fait que les peuples autochtones participent souvent à l'exploitation des ressources.<sup>18</sup>

Même si l'obligation de consulter s'applique en présence de droits dont l'existence n'a pas encore été démontrée, elle constitue un

17. Dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, le juge en chef Lamer mentionne, pour la majorité de la Cour, au paragraphe 31, que l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* a pour objectif de « [...] reconnaître que les autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres cultures, pratiques et traditions, et de concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté ». L'obligation d'agir honorablement qui incombe à la Couronne constitue le « [...] minimum requis pour parvenir à « concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté » [...] » : *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, précité, note 3, par. 17 (la juge en chef McLachlin pour la majorité de la Cour).

18. *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, précité, note 5, par. 34. Au sujet des objectifs recherchés par l'obligation de consulter, voir également *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, précité, note 3, par. 33, 38, 50 et 53. Ces propos rejoignent les motifs concordants de la juge Deschamps dans l'arrêt *Beckman c. Première nation de Little Salmon / Carmacks*, précité, note 6, par. 103.

maillon essentiel permettant à la Couronne de s'acquitter de son obligation d'arriver à un règlement équitable des revendications autochtones, au terme d'un processus de négociation de traité<sup>19</sup>.

Cette obligation continue de s'appliquer au-delà de la conclusion d'un traité, que celui-ci soit « ancien » ou « moderne ». Selon le juge Binnie dans l'arrêt *Little Salmon / Carmacks*, même si un traité moderne a été conclu dans ce territoire, « [l]a réconciliation, au Yukon comme ailleurs, n'est pas un fait accompli, mais un chantier permanent. La thèse du « code complet » avancée par le gouvernement territorial est, à mon avis, mal fondée »<sup>20</sup>. La conclusion d'un traité n'est qu'une étape, bien qu'importante, dans la réalisation de l'objectif de réconciliation auquel participe également l'obligation de consulter.

## **2.2 L'application du principe de l'honneur de la Couronne et de l'obligation de consulter dans le contexte d'un traité**

L'arrêt *Little Salmon / Carmacks* s'est avéré, pour la Cour suprême, une occasion de clarifier la prépondérance de l'honneur de la Couronne et de l'obligation de consulter qui en découle sur l'intention des parties à un traité. En effet, le juge Binnie, pour la majorité de la Cour, souligne que l'honneur de la Couronne « [...] s'applique indépendamment de l'intention expresse ou implicite des parties »<sup>21</sup>. Malgré le consensus pouvant se dégager lors de la négociation d'un traité, il n'est pas possible pour les parties d'écarter l'application des obligations découlant du principe de l'honneur de la Couronne, comme l'obligation de consulter.

Au regard de l'interprétation et de la mise en œuvre des ententes récentes sur les revendications territoriales globales, également appelées « traités modernes », depuis le prononcé de l'arrêt *Mikisew*, une problématique a subsisté quant aux implications du principe de l'honneur de la Couronne et de l'obligation de consulter qui en découle. Dans cet arrêt, la Cour suprême devait déterminer si la Couronne était tenue de consulter la Première nation crie Mikisew avant de prendre des terres comme le prévoit le Traité n° 8 signé à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, même si ce dernier ne prévoit aucun mécanisme de nature procédurale, y compris de consultation. Au regard de cette

19. *Ibid.*, par. 32 et 35. Voir également *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, précité, note 3, par. 20.

20. *Beckman c. Première nation de Little Salmon / Carmacks*, précité, note 6, par. 52.

21. *Ibid.*, par. 61.

problématique, la Cour suprême, à l'unanimité, est d'avis que la Couronne est tenue de mener une consultation auprès des communautés autochtones signataires lorsqu'elle envisage une mesure susceptible d'avoir des effets préjudiciables sur leurs droits issus de traités<sup>22</sup>. Un élément primordial justifie la position de la Cour suprême dans l'arrêt *Mikisew*, soit le principe de l'honneur de la Couronne :

L'honneur de la Couronne existe également en tant que source d'obligation indépendante des traités, bien entendu. Dans les arrêts *Sparrow*, *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, *Nation Haida* et *Taku River*, l'« honneur de la Couronne » a été invoqué à titre de principe central du règlement des demandes de consultation des Autochtones, et ce, même en l'absence d'un traité.<sup>23</sup>

Pourtant, après avoir mentionné que le principe de l'honneur de la Couronne et l'obligation de consulter qui en découle prend sa source à l'extérieur des traités, le juge Binnie affirme que le Traité n° 8 prévoit implicitement l'existence de l'obligation de consultation :

Comme je l'ai affirmé au début, l'honneur de la Couronne imprègne chaque traité et l'exécution de chaque obligation prévue au traité. En conséquence, le Traité n° 8 est à l'origine des droits de nature procédurale des Mikisew (p. ex. la consultation) ainsi que de leurs droits substantiels (p. ex. les droits de chasse, de pêche et de piégeage). Si la Couronne avait foncé pour mettre en œuvre le projet de route d'hiver sans consultation adéquate, elle aurait violé ses obligations *procédurales*, outre le fait que les Mikisew auraient peut-être pu établir que la route d'hiver violait en plus les obligations *substantielles* que le traité impose à la Couronne.<sup>24</sup>

En l'espèce, les propos du juge Binnie dans l'arrêt *Mikisew* expriment deux positions pouvant entraîner des approches distinctes quant à l'interprétation et la mise en œuvre des traités. Effectivement, dans l'arrêt *Little Salmon / Carmacks*, la Cour a eu à examiner des arguments militant dans les deux directions. Le juge Binnie, pour la majorité, précise que le principe de l'honneur de la Couronne, et l'obligation de consulter qui en découle, prennent leur source à l'extérieur des traités et s'appliquent indépendamment de l'intention expresse ou implicite des parties.

22. *Première nation crie de Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, précité, note 3, par. 55.

23. *Ibid.*, par. 51 (le juge Binnie pour la Cour).

24. *Ibid.*, par. 57 (pour la Cour). Les italiques sont dans l'original.

Par ailleurs, selon l'arrêt *Little Salmon / Carmacks*, le caractère « moderne » d'un traité n'exempte pas l'application indépendante du principe de l'honneur de la Couronne et de l'obligation de consulter. Auparavant, dans l'arrêt *Mikisew*, la Cour suprême a examiné le contexte entourant la conclusion du Traité n° 8, signé en 1899, et son contenu avant de conclure à l'existence d'une obligation de consulter, malgré le silence du traité à cet égard. Toutefois, la Cour n'a pas précisé si la portée juridique de son raisonnement se limite aux traités « anciens » ayant un contenu et un contexte similaire à celui du Traité n° 8.

L'affaire *Little Salmon / Carmacks*, où il est question d'un traité moderne conclu à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, s'est avérée l'occasion de faire valoir que le contexte juridique et politique contemporain<sup>25</sup> entourant la conclusion des traités modernes entraîne une distinction avec les traités anciens quant à l'application du principe de l'honneur de la Couronne. À cet égard, le juge Binnie, dans l'arrêt *Little Salmon / Carmacks*, précise qu'un traité moderne constitue, du point de vue de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un traité au même sens qu'un traité ancien<sup>26</sup>. La conclusion d'un traité « moderne » n'empêche pas l'application de l'honneur de la Couronne comme source d'obligation indépendante aux traités :

La différence entre le traité PNLSC et le Traité n° 8 ne tient pas uniquement au fait que le premier est un « traité récent global » tandis que le second a été conclu il y a plus d'un siècle. Le traité récent d'aujourd'hui deviendra le traité historique de demain. La distinction réside plutôt dans la précision et la complexité relatives du document récent. Lorsque des parties bénéficiant de ressources suffisantes et de l'aide de professionnels ont tenté de mettre de l'ordre dans leurs propres affaires et ont donné forme à l'obligation de consulter en incorporant dans un traité la procédure de consultation, il convient d'encourager leurs efforts et, sous réserve des limitations constitutionnelles comme le principe de l'honneur de la Couronne, la Cour devrait essayer de respecter le fruit de leur travail : *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557.<sup>27</sup>

25. Voir *Bande d'Eastmain c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1993] 1 C.F. 501, 515 (C.A.). Voir également *Québec (Procureur général) c. Moses*, [2010] 1 R.C.S. 557, par. 108-111.

26. *Beckman c. Première nation de Little Salmon / Carmacks*, précité, note 6, par. 62.

27. *Ibid.*, par. 54 (le juge Binnie pour la majorité de la Cour).

### 2.3 *Le caractère constitutionnel du principe de l'honneur de la Couronne et de l'obligation de consulter*

La portée constitutionnelle de l'obligation de consulter a été confirmée et précisée dans l'arrêt *Rio Tinto Alcan Inc.* Auparavant, celle-ci avait fait l'objet de questionnements et de réserves de la part des tribunaux<sup>28</sup>. Puis, dans l'arrêt *Kapp*<sup>29</sup>, la Cour suprême a affirmé, dans une remarque incidente, qu'« [...] il s'agit là d'une obligation constitutionnelle qui concorde avec le principe de l'honneur de la Couronne [...] »<sup>30</sup>.

Dans l'arrêt *Rio Tinto Alcan Inc.*, la Cour suprême précise que l'obligation de consultation revêt à la fois un caractère juridique et constitutionnel<sup>31</sup>. Cette obligation vise, d'une part, la protection des droits reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, d'autre part, la réalisation de l'objectif de conciliation des intérêts des Autochtones avec ceux de la Couronne<sup>32</sup>. Elle s'inscrit dans ce qui peut être qualifié d'ordre constitutionnel génératif, où l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* a une fonction dynamique et non purement statique<sup>33</sup>.

Par la suite, dans l'arrêt *Little Salmon/Carmacks*, la Cour suprême ajoute que le principe de l'honneur de la Couronne, et l'obligation de consulter qui en découle, sont des limitations constitutionnelles qui vont jusqu'à s'appliquer de façon extrinsèque à un traité<sup>34</sup>. Elle précise également les origines et la portée constitutionnelles du principe de l'honneur de la Couronne qui, jusqu'à cette décision, demeuraient imprécises :

L'obligation de se conduire honorablement a été reconnue dès le départ par la Couronne elle-même dans la *Proclamation royale de 1763*

28. *Little Salmon/Carmacks First Nation c. Yukon (Minister of Energy, Mines and Resources)*, 2008 YKCA 13, par. 88 ; *Tsuu T'ina Nation c. Alberta (Environment)*, 2008 ABCA 137, par. 141 ; *Première nation Ka'a'Gee Tu c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2007 CF 764, par. 60 et 65.

29. *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483.

30. *Ibid.*, par. 6 (la juge en chef McLachlin et la juge Abella pour la majorité de la Cour). Les soulignements sont ajoutés.

31. Dans l'arrêt *Nation haida c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, précité, note 3, le gouvernement de la Colombie-Britannique soutenait que la Couronne n'avait pas l'obligation *légale* de consulter les communautés autochtones avant que leurs droits ancestraux soient prouvés. Au paragraphe 34 de cet arrêt, la Cour suprême précise qu'il s'agit effectivement d'une obligation *légale*.

32. *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, précité, note 5, par. 34-35.

33. *Ibid.*, par. 38. Voir, à cet effet, Brian SLATTERY, « Aboriginal Rights and the Honour of the Crown », (2005) 29 *S.C.L.R.* (2d) 433, 440.

(L.R.C. 1985, App. II, n° 1). La Couronne s’y engageait sur l’honneur à protéger les peuples autochtones contre l’exploitation de la part des peuples non autochtones. L’honneur de la Couronne est devenu depuis lors un important point d’ancrage dans ce domaine du droit [...].<sup>35</sup>

La confirmation de la source et de la nature constitutionnelles du principe de l’honneur de la Couronne, et de l’obligation de consulter qui en découle, consacrent l’importance de celles-ci dans l’action gouvernementale et dans la poursuite de l’objectif de réconciliation. Toutefois, en ce qui concerne l’obligation de consulter, cela ne signifie pas que les Autochtones peuvent exercer un droit de veto au moment de l’exercice d’un pouvoir décisionnel par une autorité administrative<sup>36</sup> ou qu’ils puissent participer à tous les types de décisions prises par l’État, peu importe leurs effets contraignants. Au moment d’examiner les éléments donnant ouverture à une obligation de consulter, tels qu’établis dans l’arrêt *Nation haïda*, il importe de se rappeler qu’il s’agit d’un outil contributif à la réalisation de l’objectif de concilier la préexistence des sociétés autochtones avec l’affirmation de la souveraineté de la Couronne.

### **3. Des précisions sur les éléments donnant ouverture à l’obligation de consulter**

#### **3.1 *Un intérêt issu d’un traité peut faire naître une obligation de consulter***

Les propos du juge Binnie dans l’arrêt *Little Salmon / Carmacks* amènent un éclairage sur le sens à donner à l’expression « intérêt » lorsqu’elle est utilisée dans le contexte de la consultation des Autochtones. Dans ses décisions antérieures, la Cour suprême fait généralement référence à la notion de droits, revendiqués ou établis, des communautés autochtones, mais elle utilise aussi à quelques reprises l’expression « intérêts »<sup>37</sup>.

34. *Beckman c. Première nation de Little Salmon / Carmacks*, précité, note 6, par. 12, 54, 61 et 62.

35. *Ibid.*, par. 42 (le juge Binnie pour la majorité de la Cour). Il est à noter que la juge Deschamps, dans ses motifs concordants, aux paragraphes 97-98, situe l’honneur de la Couronne comme étant le cinquième principe sous-jacent de la Constitution, porté par un des trois pactes fondamentaux, soit le pacte entre la population allochtone et les peuples autochtones sur le respect de leurs droits ancestraux et des traités conclus avec eux.

36. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, précité, note 3, par. 48.

37. À titre d’illustration, voir *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, précité, note 3, par. 16 et 18 ; *Première nation crie de Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, précité, note 3, par. 64.

En l'espèce, la PNLSC rejetait toute allégation selon laquelle la concession de terres à Larry Paulsen violerait le Traité PNLSC. En effet, le Traité PNLSC prévoit que les terres ayant été cédées à la Couronne par la PNLSC, dont font partie les terres visées par la demande de concession de Larry Paulsen, peuvent être prises pour d'autres fins, y compris pour l'agriculture. La PNLSC faisait toutefois valoir que ses membres « [...] conservent un intérêt issu d'un traité relativement aux terres de la Couronne cédées (dont les 65 hectares forment une petite partie), à l'égard desquelles ils ont un droit d'accès issu d'un traité à des fins de chasse et de pêche de subsistance »<sup>38</sup>. La PNLSC estimait que le gouvernement du Yukon aurait dû les consulter avant d'approuver la concession de terres à Larry Paulsen.

Le juge Binnie détermine qu'une obligation de consulter a pris naissance dans les circonstances, même si aucun droit de la PNLSC n'était directement en cause. Sans clairement distinguer entre ce qui constitue un droit et un intérêt issu d'un traité, le juge Binnie conclut :

La PNLSC avait des droits existants issus d'un traité à l'égard de la parcelle visée par la demande de M. Paulsen, comme l'indique l'art. 16.4.2 du traité PNLSC :

Les Indiens du Yukon ont le droit de récolter, à des fins de subsistance, dans les limites de leur territoire traditionnel [...] toute espèce de poisson et d'animal sauvage, pour eux-mêmes et pour leur famille, en toute saison et sans limite de prises, sur des terres visées par un règlement et sur des terres de la Couronne où ils bénéficient d'un droit d'accès conformément à la section 6.2.0, sous réserve seulement des limites prévues par les ententes portant règlement.

Les terres de la Couronne pouvaient être prises à d'autres fins (comme dans *Première nation crie Mikisew*) et notamment à des fins d'agriculture, mais entre-temps, la première nation conservait un intérêt issu d'un traité sur les terres de la Couronne à l'égard desquelles ses membres avaient toujours un droit d'accès issu d'un traité (y compris la parcelle de M. Paulsen). La possibilité que cet intérêt soit supprimé n'en faisait pas moins un intérêt issu d'un traité.<sup>39</sup>

Les propos du juge Binnie indiquent que, même si une mesure de la Couronne n'est pas susceptible d'entraîner la violation d'un traité, une obligation de consulter peut tout de même prendre nais-

---

38. *Beckman c. Première nation de Little Salmon / Carmacks*, précité, note 6, par. 4.

39. *Ibid.*, par. 56.

sance lorsqu'un intérêt issu d'un traité est susceptible d'être affecté. Toutefois, son analyse suggère que, pour qu'un tel intérêt puisse faire naître une obligation de consulter, celui-ci doit être lié aux droits, établis ou revendiqués, qui sont protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>40</sup>. Si le gouvernement devait consulter les communautés autochtones sur leurs intérêts en général, sans égard à la nature de ceux-ci, cela aurait pour effet de banaliser la raison d'être de l'obligation de consulter et, par conséquent, de créer un déséquilibre dans le processus de conciliation. L'interprétation selon laquelle un intérêt doit être lié au contenu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour faire naître une obligation de consulter permet de préserver un équilibre entre les droits des Autochtones et ceux du reste de la population canadienne dans l'application de celle-ci.

### **3.2 Une société d'État agissant au nom de la Couronne peut être tenue à l'obligation de consulter**

Relativement au titulaire de l'obligation de consultation, la Cour suprême établit, dans l'arrêt *Rio Tinto Alcan Inc.*, que la notion de Couronne peut comprendre une société d'État « [...] qui agit au nom de la Couronne »<sup>41</sup>. En l'espèce, B.C. Hydro s'est vue reconnaître une obligation d'agir honorablement dans ses relations avec les Autochtones et, le cas échéant, de les consulter<sup>42</sup>.

La Cour suprême n'a pas élaboré sur les raisons pour lesquelles la notion de Couronne, lorsqu'elle est utilisée dans le contexte de l'obligation de consultation, reçoit une portée plus large que celle qui est traditionnellement acceptée. La « Couronne » peut être définie comme l'entité qui détient ou incarne le pouvoir exécutif, laquelle exclut généralement les organismes publics investis d'une personnalité juridique distincte<sup>43</sup>. Pourtant, dans ses décisions relatives à la portée du terme « gouvernement » afin de déterminer l'applicabilité de la *Charte canadienne des droits et libertés* à certaines entités, la Cour suprême a précisé qu'une définition large doit être donnée à ce terme pour protéger les droits garantis par la *Charte canadienne* contre toute tentative visant à en réduire indûment la portée ou à

40. Voir également Jack WOODWARD, *Native Law*, vol. 1, Carswell, Toronto, feuilles mobiles, à jour en décembre 2010, par. 5§1310.

41. *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, précité, note 5, par. 81.

42. *Ibid.*, par. 2, 81, 91 et 92.

43. Voir notamment Patrice GARANT, *Droit administratif*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 31-32; Peter W. HOGG et Patrick J. MONAHAN, *Liability of the Crown*, 3<sup>e</sup> éd., Scarborough, Carswell, 2000, p. 11.

échapper complètement aux obligations qui en découlent<sup>44</sup>. Elle a également établi les principes permettant de déterminer si une entité est soumise à la *Charte canadienne*, par exemple en examinant le degré de contrôle exercé par le gouvernement sur l'entité en question ou la nature des activités qu'elle exerce<sup>45</sup>.

Au niveau pratique, l'assujettissement d'entités étatiques investies d'une personnalité juridique distincte à l'obligation de consultation entraîne plusieurs questionnements. Il est notamment difficile d'établir quelles sont les entités étatiques susceptibles d'être assujetties à une obligation de consultation, puisque la seule indication fournie par la Cour pour déterminer que B.C. Hydro doit agir honorablement et est tenue de consulter les communautés autochtones, dans certaines circonstances, est que celle-ci « [...] est une société d'État qui agit au nom de la Couronne »<sup>46</sup>. Il faudra vraisemblablement attendre les développements futurs de la jurisprudence avant d'être fixés sur ce point.

### **3.3 Une « mesure envisagée » s'entend également d'une décision stratégique prise en haut lieu**

La plupart des décisions judiciaires rendues depuis les décisions *Nation haïda* et *Taku River* s'intéressent à l'application de l'obligation de consulter dans le contexte où une décision à portée individuelle qui aura un impact direct sur les terres et les ressources est prise en vertu d'un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi, tel l'octroi d'un permis de coupe de bois. Toutefois, l'expression « mesure envisagée » utilisée dans le test de l'arrêt *Nation haïda* ne se limite pas nécessairement à ce type d'actes.

Dans l'arrêt *Rio Tinto Alcan Inc.*, la Cour précise ce qu'elle avait affirmé dans l'arrêt *Nation haïda*, à savoir qu'il n'est pas nécessaire que la mesure envisagée ait un effet immédiat sur les terres et les ressources pour qu'une obligation de consulter prenne naissance. Une décision stratégique prise en haut lieu peut avoir un certain impact sur des revendications autochtones lorsqu'elle ouvre la voie à d'autres décisions qui elles, auront un effet préjudiciable direct sur les

---

44. *Godbout c. Ville de Longueuil*, [1997] 3 R.C.S. 844, par. 48. Voir aussi *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants – Section Colombie-Britannique*, [2009] 2 R.C.S. 295, par. 17-24.

45. *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 44.

46. *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, précité, note 5, par. 81.

terres et les ressources<sup>47</sup>. Cette interprétation s'inscrit dans l'approche généreuse et téléologique qui est commandée par l'obligation de consulter.

La Cour précise qu'un changement organisationnel, politique ou de gestion de la ressource peut être considéré comme une décision stratégique prise en haut lieu et être susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur les droits revendiqués ou établis des Autochtones. Par exemple, elle rappelle que dans l'arrêt *Nation haïda*, le contrat de ferme forestière, par lequel la Couronne cédait à une partie privée la maîtrise de la ressource forestière, risquait de supprimer ou de réduire le pouvoir de la Couronne de faire en sorte que la ressource soit exploitée dans le respect des droits revendiqués par les Autochtones, conformément au principe de l'honneur de la Couronne. À sa manière, cette décision stratégique était susceptible d'avoir un effet sur les droits revendiqués par les Autochtones<sup>48</sup>. Dans l'arrêt *Rio Tinto Alcan Inc.*, la Cour donne aussi d'autres exemples de décisions stratégiques prises en haut lieu, dont l'approbation d'un plan pluriannuel de gestion forestière visant un vaste secteur, la création d'un processus d'examen relativement à un important gazoduc, etc.<sup>49</sup>. Toutefois, elle laisse ouverte la question à savoir si une mesure gouvernementale s'entend aussi d'une mesure législative<sup>50</sup>.

En affirmant qu'une obligation de consulter peut prendre naissance au niveau de la planification stratégique, la Cour confirme certains développements survenus dans la jurisprudence des tribunaux inférieurs depuis 2004. Le fait que l'obligation de consulter puisse prendre naissance au niveau de la planification stratégique ne signifie toutefois pas que tous les actes pris en amont dans un processus décisionnel peuvent faire naître une obligation de consulter. Il ne faut pas perdre de vue que la mesure envisagée, même si elle est située au niveau stratégique, doit être susceptible d'avoir un effet préjudiciable, même s'il est indirect, sur les droits revendiqués par une communauté autochtone. Pour qu'une mesure soit susceptible d'entraîner un tel effet, elle doit nécessairement, de par sa nature, avoir une portée contraignante. Ainsi, les actes situés au niveau pré-décisionnel qui n'ont pas d'effets contraignants, tel un énoncé de poli-

47. *Ibid.*, par. 44 et 47. Voir également J. WOODWARD, *op. cit.*, note 41, par. 5§1340 et 5§1880.

48. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, précité, note 3, par. 75-76.

49. Pour d'autres exemples, voir J. WOODWARD, *op. cit.*, note 40, par. 5§1860 à 5§1880.

50. *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, précité, note 5, par. 44.

tique ou d'orientation, ne seraient pas, à notre avis, susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits établis ou revendiqués d'une communauté autochtone. Pour qu'une obligation de consulter prenne naissance, les effets préjudiciables ne doivent pas être fondés sur des suppositions.

### **3.4 Les effets préjudiciables potentiels ne doivent pas simplement être hypothétiques**

En pratique, il est souvent difficile d'évaluer si une mesure envisagée est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur un droit établi ou revendiqué. Le caractère subjectif et général de cet élément emporte qu'il est souvent difficile, pour les différentes entités qui constituent la Couronne, d'appliquer des critères comparables lors de l'analyse préliminaire qu'elles doivent mener pour déterminer si une obligation de consulter a pris naissance dans l'exercice de leurs fonctions.

L'arrêt *Rio Tinto Alcan Inc.* apporte certaines précisions sur ce qui peut constituer un effet préjudiciable potentiel aux fins de l'application du test énoncé dans l'arrêt *Nation haïda*. Bien qu'une approche généreuse et téléologique soit de mise, la Cour suprême souligne qu'il doit tout de même exister un effet préjudiciable important sur la possibilité qu'une communauté autochtone puisse exercer le droit qu'elle revendique. De simples répercussions hypothétiques sur l'existence potentielle d'un droit ne suffisent pas. De même, le préjudice doit toucher l'exercice futur du droit lui-même et ne doit pas simplement avoir une répercussion négative sur la position de négociation d'un groupe autochtone<sup>51</sup>. Plus loin, la Cour suprême affirme également que « [l]a consultation porte principalement sur la façon dont la ressource doit être exploitée pour qu'un préjudice irréparable ne soit pas infligé aux intérêts autochtones »<sup>52</sup>.

Les propos de la Cour sont cohérents avec la justification de l'obligation de consulter, soit la nécessité de protéger les droits ancestraux et de préserver l'utilisation ultérieure des ressources revendiquées par les peuples autochtones. En mettant l'emphase sur l'existence d'un effet préjudiciable important et même, irréparable, sur la possibilité pour une communauté autochtone d'exercer les droits qu'elle revendique, la Cour laisse entendre que, dans le cas où

51. *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, précité, note 5, par. 46 et 50.

52. *Ibid.*, par. 83 (la juge en chef McLachlin pour la Cour). Les soulignements sont ajoutés.

l'effet d'une mesure serait réversible, l'obligation de consulter n'aurait pas nécessairement raison d'exister<sup>53</sup>.

### **3.5 L'obligation de consulter se limite aux seuls effets préjudiciables de la mesure précise envisagée par la Couronne**

Il est intéressant de noter que la Cour suprême circonscrit, dans l'arrêt *Rio Tinto Alcan Inc.*, la portée de l'obligation de consulter en précisant que celle-ci s'intéresse à l'effet sur les droits revendiqués de la décision actuellement considérée. Plus particulièrement, la Cour insiste sur le lien de causalité qui doit exister entre la mesure envisagée par la Couronne et l'effet préjudiciable potentiel<sup>54</sup>. Ainsi, une atteinte antérieure et continue ne constitue pas un effet préjudiciable, lorsqu'il s'agit de déterminer si une décision gouvernementale particulière emporte l'obligation de consulter<sup>55</sup>.

Un processus de consultation commandé par le principe de l'honneur de la Couronne n'est pas le forum approprié pour régler les revendications autochtones, passées et à venir. Bien qu'elle contribue à la réalisation de l'objectif de conciliation commandé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'obligation de consultation n'est pas le remède à toutes les problématiques qui teintent les relations entre la Couronne et les Autochtones. Selon les circonstances, d'autres mécanismes pourront être plus appropriés. Parmi ceux-ci, la Cour indique qu'un manquement à l'obligation de consulter pourra donner ouverture à diverses réparations, y compris l'indemnisation<sup>56</sup>.

La possibilité d'accorder une indemnisation dans une telle situation soulève des questionnements. Nous pouvons nous interroger quant aux raisons pour lesquelles une indemnisation serait attribuée lorsque des droits sont revendiqués, et non prouvés, ou encore sur les critères qui devront guider les tribunaux dans la détermination de l'indemnisation dans le cas d'un droit revendiqué. À cet égard, nous sommes d'avis que l'indemnisation qui serait octroyée ne devrait pas occasionner des disparités de traitements entre les communautés autochtones ayant été consultées relativement à des pro-

53. Un raisonnement similaire est adopté dans Dwight G. NEWMAN, *The Duty to Consult : New Relationships with Aboriginal Peoples*, Saskatoon, Purich, Aboriginal Issues Series, 2009, p. 29-32.

54. *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, précité, note 5, par. 45 et 51.

55. *Ibid.*, par. 48-49 et 83-84.

56. *Ibid.*, par. 37, 48-50, 54 et 83.

jets ayant entraîné des effets préjudiciables similaires. Par ailleurs, il nous semble impératif que l'indemnisation pouvant être octroyée en cas de manquement à une obligation de consultation ne soit pas supérieure à celle qui pourrait être accordée en cas d'atteinte à un droit ancestral établi par prépondérance des probabilités ou reconnu dans un traité.

#### **4. Divers moyens pour respecter l'honneur de la Couronne et satisfaire à l'obligation de consulter**

##### **4.1 *La délégation de certaines responsabilités à un tribunal administratif***

Dans l'arrêt *Rio Tinto Alcan Inc.*, la Cour a indiqué qu'un législateur peut déléguer à un tribunal administratif l'obligation de consulter de la Couronne, ou lui confier le pouvoir de décider si une consultation adéquate a eu lieu et d'accorder la réparation appropriée, le cas échéant. En vertu des principes établis en droit administratif, la Cour indique que le rôle d'un tribunal administratif dans la consultation dépend de la mission, des obligations et des attributions que lui confie sa loi constitutive. Cette position comporte cependant le risque qu'un gouvernement se soustraie en pratique à l'obligation de consulter en limitant le mandat d'un tribunal administratif :

On peut craindre en effet qu'en privant un tribunal administratif du pouvoir d'examiner les questions relatives à la consultation ou en répartissant le pouvoir de statuer en la matière entre plusieurs tribunaux administratifs de manière qu'aucun d'eux ne puisse se pencher sur l'obligation de consulter que font naître certaines mesures gouvernementales, le gouvernement se soustraie de fait à cette obligation.<sup>57</sup>

À cet égard, la Cour suprême précise qu'il demeure possible pour les groupes autochtones de s'adresser à une cour de justice pour obtenir la réparation appropriée s'ils considèrent que le régime administratif mis en place par le législateur ne permet pas de remédier aux effets préjudiciables potentiels d'une décision sur les droits revendiqués<sup>58</sup>.

L'arrêt *Rio Tinto Alcan Inc.* permet d'illustrer ce que la Cour suprême avait énoncé dans l'arrêt *Nation haïda*. En effet, les propos de la Cour s'inscrivent en continuité avec ce qu'elle avait alors

---

57. *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, précité, note 5, par. 62.

58. *Ibid.*, par. 55-63.

affirmé, à savoir que « [d]ans les affaires complexes ou difficiles, le gouvernement peut décider de recourir à un mécanisme de règlement des différends comme la médiation ou un régime administratif mettant en scène des décideurs impartiaux »<sup>59</sup>. De même, la Cour suprême a précisé dans l'arrêt *Nation haïda* qu'« [i]l est loisible aux gouvernements de mettre en place des régimes de réglementation fixant les exigences procédurales applicables aux différents problèmes survenant à différentes étapes, et ainsi de renforcer le processus de conciliation et réduire le recours aux tribunaux »<sup>60</sup>. Elle a ensuite reconnu que le pouvoir de légiférer constitue un outil puissant pour satisfaire aux obligations légales qui prennent naissance<sup>61</sup>.

La portée constitutionnelle de l'obligation de consultation emporte que la Couronne doit s'assurer du respect de celle-ci, lorsque les circonstances l'exigent. La Cour suprême reconnaît une discrétion à la Couronne dans les moyens qui lui sont disponibles pour arriver à ses fins. Il convient d'ailleurs de rappeler que le processus de consultation n'a pas à être parfait pour satisfaire à l'obligation de consulter, la norme de contrôle applicable étant celle de la décision raisonnable<sup>62</sup>. L'essentiel est que les préoccupations des communautés autochtones soient véritablement tenues en considération lors de l'exercice d'un pouvoir décisionnel par la Couronne.

#### ***4.2 Les ententes entre la Couronne et les Autochtones pour établir des mécanismes qui permettent de préserver l'honneur de la Couronne***

En confirmant la prépondérance du principe de l'honneur de la Couronne sur l'intention, expresse ou implicite, des parties à un traité, la majorité de la Cour suprême semble remettre en doute la valeur du consentement que les parties peuvent donner dans un traité. Dans une opinion concordante, la juge Deschamps souligne que la position exprimée par la majorité de la Cour suprême dans

59. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, précité, note 3, par. 44. Les soulignements sont ajoutés.

60. *Ibid.*, par. 51. Nous soulignons que ce paragraphe réfère à l'arrêt *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, par. 54, où le juge en chef Lamer, pour la majorité de la Cour, indique que le gouvernement « [...] ne peut pas se contenter d'établir un régime administratif fondé sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire non structuré et qui, en l'absence d'indications explicites, risque de porter atteinte aux droits ancestraux dans un nombre considérable de cas ».

61. *Ibid.*, par. 55.

62. *Ibid.*, par. 62.

l'arrêt *Little Salmon / Carmacks* peut être perçue comme étant un obstacle futur au déroulement des négociations territoriales :

Ces ententes constituent la concrétisation de la prise en charge par les premières nations concernées de leur destinée. Il va de soi que tout n'est pas prévu dans ces ententes, qui portent tout particulièrement sur les terres et les ressources. En revanche, ce qui l'est lie les parties. L'exercice par la Couronne des droits qui lui sont conférés par le traité fait l'objet dans celui-ci de dispositions concernant la consultation. C'est faire affront à l'objectif même de la négociation d'un traité que d'ajouter à ces dispositions une obligation additionnelle de consultation. Une telle approche constitue un recul, qui a pour effet de saper les engagements pris par les parties l'une à l'égard de l'autre et de miner l'objectif de réconciliation par la négociation. Cet affront met en péril les processus de négociation actuellement en cours d'un bout à l'autre du pays.<sup>63</sup>

Il est vrai que le rejet, dans l'arrêt *Little Salmon / Carmacks*, de la thèse du « code complet » qui était avancée par le gouvernement du Yukon, emporte qu'il est impossible pour les parties d'écarter l'application du principe de l'honneur de la Couronne. Dans ce contexte, l'existence d'obligations découlant du principe de l'honneur de la Couronne à l'extérieur du traité semble compromettre la recherche de la certitude juridique associée à la conclusion d'un traité. Pourtant, il demeure possible pour les parties à une telle entente de poursuivre la recherche d'une certitude sur le plan juridique en définissant autant que possible les droits et obligations respectifs de chaque partie en conformité avec le principe de l'honneur de la Couronne. Cependant, la certitude juridique recherchée ne pourra vraisemblablement pas être absolue.

Par exemple, dans l'arrêt *Little Salmon / Carmacks*, le juge Binnie convient que les parties à un traité peuvent dicter le contenu de la consultation véritable qui est appropriée, eu égard aux circonstances. Les parties peuvent également décider d'exclure la consultation dans des situations précises. Cependant, le juge Binnie précise que les dispositions dictant un mécanisme de consultation ou excluant celle-ci seront jugées satisfaisantes par les tribunaux seulement si elles sont compatibles avec le maintien de l'honneur de la Couronne<sup>64</sup>. Étant donné que ce principe, et l'obligation de consulter qui en découle, s'appliquent indépendamment de l'intention expresse ou implicite des parties, la Couronne ne peut pas se soustraire à cel-

63. *Beckman c. Première nation de Little Salmon / Carmacks*, précité, note 6, par. 91 (la juge Deschamps avec l'appui du juge LeBel).

64. *Ibid.*, par. 46.

les-ci<sup>65</sup>. Le juge Binnie ajoute que l'honneur de la Couronne n'exige pas une consultation dans tous les cas. Dans certaines circonstances, des mécanismes autres que la consultation pourront préserver son honneur<sup>66</sup>. Le juge Binnie s'abstient toutefois de préciser quels sont ces mécanismes et quels critères devront être appliqués pour en déterminer le caractère adéquat. Lorsque de telles situations se présentent, nous estimons qu'il convient de se référer, même si le juge Binnie n'y fait pas expressément référence dans l'arrêt *Little Salmon / Carmacks*, à ce que la Cour suprême affirme dans l'arrêt *Nation haïda*, à savoir que « [l]a décision décisive dans toutes les situations consiste à déterminer ce qui est nécessaire pour préserver l'honneur de la Couronne et pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones »<sup>67</sup>.

Divers traités déjà conclus peuvent présenter des problématiques similaires au Traité PNLSC dans leur mise en œuvre et exclure expressément ou implicitement l'honneur de la Couronne en ne prévoyant aucun mécanisme procédural, y compris de consultation. Également, des questionnements quant aux implications du principe de l'honneur de la Couronne et de l'obligation de consulter qui en découle se poseront probablement lors des négociations de futurs traités. Au regard de l'arrêt *Little Salmon / Carmacks*, nous estimons que cette décision ne doit pas être perçue comme diminuant la valeur du dialogue entre les parties et l'importance de celui-ci dans la réalisation de l'objectif fondamental de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* : la réconciliation. D'ailleurs, le juge en chef Lamer mentionne dans l'arrêt *Delgamuukw* :

En outre, la Couronne a l'obligation morale, sinon légale, d'entamer et de mener des négociations de bonne foi. En fin de compte, c'est au moyen de règlements négociés – toutes les parties négociant de bonne foi et faisant les compromis qui s'imposent – processus renforcé par les arrêts de notre Cour, que nous pourrions réaliser ce que, dans *Van der Peet*, précité, au par. 31, j'ai déclaré être l'objet fondamental du par. 35(1), c'est-à-dire « concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté ». Il faut se rendre à l'évidence, nous sommes tous ici pour y rester.<sup>68</sup>

65. *Ibid.*, par. 61.

66. *Ibid.*, par. 61 et 71.

67. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, précité, note 3, par. 45 (la juge en chef McLachlin pour la Cour).

68. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, précité, note 2, par. 186 (pour la majorité de la Cour).

Lorsque des problématiques liées à la prépondérance du principe de l'honneur de la Couronne et de l'obligation de consulter qui en découle surviennent, la tenue de négociations entre les parties impliquées demeure la solution à privilégier plutôt qu'un recours aux tribunaux. La négociation, tout comme l'obligation de consulter, est un outil permettant de contribuer à la réalisation de l'objectif de conciliation commandé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en mettant en balance les intérêts autochtones et non-autochtones<sup>69</sup>.

## CONCLUSION

En rendant les arrêts *Rio Tinto Alcan Inc. et Little Salmon/Carmacks*, la Cour suprême a précisé la portée du principe de l'honneur de la Couronne, et de l'obligation de consulter qui en découle, dans le contexte où des droits ancestraux sont revendiqués et dans celui où un traité moderne a été conclu. Ses propos renforcent le rôle de l'honneur de la Couronne et de l'obligation de consulter dans la réalisation de l'objectif de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, soit la conciliation entre les intérêts des Autochtones et ceux de la Couronne. D'une part, la Cour suprême confirme que le principe constitutionnel de l'honneur de la Couronne, et l'obligation de consulter qui en découle, s'appliquent indépendamment de l'intention expresse ou implicite des parties à un traité. D'autre part, les précisions apportées par la Cour suprême sur les éléments donnant ouverture à l'obligation de consulter, par exemple sur ce qui constitue un effet préjudiciable ou un intérêt autochtone, permettent de mieux comprendre dans quelles circonstances une obligation de consulter prend naissance. Enfin, les décisions de la Cour suprême reconnaissent que la Couronne dispose de différents moyens pour satisfaire à son obligation de consulter, tels la délégation de certaines responsabilités à des tribunaux administratifs ou la conclusion d'ententes avec les communautés autochtones. Toutefois, la Cour précise que ces outils ne seront avalisés par les tribunaux que s'ils sont compatibles avec le respect du principe de l'honneur de la Couronne.

Malgré les précisions importantes que ces arrêts apportent au principe de l'honneur de la Couronne, et à l'obligation de consulter qui en découle, ces derniers seront certainement appelés à évoluer et à se peaufiner dans les années à venir. Par exemple, la question de l'application de l'obligation de consulter au processus législatif et la question de l'étendue de la notion de Couronne, utilisée dans le

---

69. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, précité, note 3, par. 14.

contexte de la consultation, sont des éléments qui devront être résolus. De même, la possibilité d'obtenir une indemnisation pour des manquements à l'obligation de consulter pourra être soulevée dans de nombreux litiges. Pour clarifier ce genre de questions liées à l'interprétation du principe de l'honneur de la Couronne et de l'obligation de consulter qui en découle, la tenue de négociations entre les parties impliquées demeure la solution à privilégier pour régler des situations conflictuelles dans un esprit de réconciliation, plutôt que le recours systématique aux tribunaux.

