



BIBLIOTHÈQUE *du* PARLEMENT

LIBRARY *of* PARLIAMENT

ÉTUDE GÉNÉRALE



L'obligation de consulter les peuples autochtones

Publication n° 2019-17-F
Le 12 juin 2019

Isabelle Brideau

Division des affaires juridiques et sociales
Service d'information et de recherche parlementaires

Les **études générales** de la Bibliothèque du Parlement sont des analyses approfondies de questions stratégiques. Elles présentent notamment le contexte historique, des informations à jour et des références, et abordent souvent les questions avant même qu'elles deviennent actuelles. Les études générales sont préparées par le Service d'information et de recherche parlementaires de la Bibliothèque, qui effectue des recherches et fournit des informations et des analyses aux parlementaires ainsi qu'aux comités du Sénat et de la Chambre des communes et aux associations parlementaires, et ce, de façon objective et impartiale.

© Bibliothèque du Parlement, Ottawa, Canada, 2019

L'obligation de consulter les peuples autochtones
(Étude générale)

Publication n° 2019-17-F

This publication is also available in English.

TABLE DES MATIÈRES

1	INTRODUCTION.....	1
2	APERÇU.....	1
2.1	La trilogie de la Cour suprême.....	2
2.2	Prescriptions légales et constitutionnelles, y compris le principe de « l'honneur de la Couronne ».....	3
2.2.1	Article 35 de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	3
2.2.2	« L'honneur de la Couronne ».....	3
3	L'OBLIGATION DE CONSULTER : POINTS ESSENTIELS	4
3.1	Qui a l'obligation de consulter?.....	4
3.2	À quel moment l'obligation de consulter prend-elle naissance?.....	5
3.3	Quelle est la portée de l'obligation de consulter?	5
3.4	Qu'arrive-t-il si la Couronne manque à son obligation de consulter?.....	7
3.5	Qu'est-ce que l'obligation d'accommoder?.....	7
3.6	Le consentement est-il nécessaire?	8
3.7	Le processus législatif comporte-t-il l'obligation de consulter?.....	8
4	POLITIQUES ET LIGNES DIRECTRICES EN MATIÈRE DE CONSULTATION	10
5	CONCLUSION	11

L'OBLIGATION DE CONSULTER LES PEUPLES AUTOCHTONES

1 INTRODUCTION

Au Canada, les Premières Nations, les Inuits et les Métis¹ ont des droits particuliers garantis par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, selon lequel les droits existants, tant ancestraux qu'issus de traités, des peuples autochtones² sont reconnus et confirmés. Comme mécanisme de protection de ces droits, les tribunaux canadiens ont établi la doctrine de l'obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder les groupes autochtones. De plus, la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, appuyée par le Canada en 2010, prescrit que les États membres se concertent et coopèrent avec les peuples autochtones sur certaines questions, comme « des mesures législatives ou administratives susceptibles de [les] concerner », afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause³.

Comme l'a déclaré la Cour suprême du Canada (Cour suprême), l'obligation de consulter a pour objectif général de favoriser une réconciliation⁴. Par conséquent, la doctrine de l'obligation de consulter revêt une importance capitale pour les collectivités et les gouvernements autochtones ainsi que pour les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux, le secteur privé et la société canadienne dans son ensemble.

Le présent document examine l'origine de l'obligation de consulter et son évolution au fil des décisions judiciaires. On y présente d'abord des renseignements généraux sur l'obligation de consulter et on y aborde ensuite des aspects plus concrets : les parties concernées par les consultations, les conditions et les circonstances qui donnent lieu à l'obligation de consulter, la portée et les exigences de la consultation et de l'accommodement ainsi que les circonstances exigeant le consentement. On y examine ensuite si l'obligation de consulter est applicable dans le contexte des processus législatifs. Enfin, on y fournit des renseignements sur les lignes directrices qui sont conçues ou actualisées par des collectivités et organisations autochtones et par les gouvernements fédéral et provinciaux en réponse à l'émergence de la jurisprudence et qui guident la mise en œuvre de l'obligation de consulter.

2 APERÇU

L'obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder les peuples autochtones requiert que les gouvernements fédéral et provinciaux entretiennent un dialogue avec les groupes autochtones lorsqu'ils envisagent des mesures ou des décisions gouvernementales susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur des droits ancestraux ou issus de traités⁵. L'objectif est d'entendre les points de vue et les préoccupations des groupes autochtones concernés et, lorsque cela s'avère nécessaire et possible, de modifier la mesure ou la décision envisagée en vue d'éviter une atteinte illicite à ces droits⁶.

La délivrance de permis et d'autorisations ainsi que l'approbation des projets de réglementation sont des exemples de mesures ou de décisions gouvernementales qui peuvent donner lieu à l'obligation de consulter⁷. Plus précisément, l'obligation de consulter peut survenir dans le contexte des évaluations environnementales, des processus de réglementation et des ressources naturelles; il peut s'agir, par exemple, d'une décision relative à un oléoduc qui pourrait avoir une incidence sur la disponibilité ou l'accessibilité d'une population animale par des groupes autochtones, ou de la modification d'une politique ou d'un règlement ayant pour effet de restreindre l'utilisation du territoire.

Par le passé, les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux ne prenaient pas systématiquement en compte les conséquences qu'ont certaines mesures ou décisions sur les collectivités autochtones. Ainsi, l'obligation de consulter peut être envisagée comme une réaction au déséquilibre des forces entre les gouvernements et les Premières Nations, les Inuits et les Métis au Canada⁸.

2.1 LA TRILOGIE DE LA COUR SUPRÊME

Dans la jurisprudence des années 1980 et 1990 concernant les droits ancestraux protégés par l'article 35, les tribunaux ont reconnu que la consultation était un élément de l'obligation de fiduciaire de la Couronne⁹. Par exemple, en 1990, l'obligation de consulter comme mesure protectrice potentielle a été mentionnée dans l'affaire *R. c. Sparrow*. Dans cette affaire, la Cour suprême a déclaré que la question de savoir si un groupe autochtone avait été consulté au sujet d'une mesure mise en œuvre constituait l'un des facteurs à considérer pour évaluer si l'atteinte à un droit ancestral ou issu d'un traité est justifiée¹⁰.

Cependant, ce n'est que dans les années 2000 qu'a été développée la notion fondamentale de l'obligation de consulter telle que nous la connaissons aujourd'hui. En 2004 et en 2005, la Cour suprême a rendu un ensemble de trois décisions : *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) (Nation haïda)*; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*¹¹, et *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*. Ces trois causes ont permis d'établir certaines protections procédurales des droits ancestraux et des droits issus de traités. Elles ont aussi clarifié le fondement de l'obligation de consulter de la Couronne et établi un cadre général pour sa mise en œuvre. La décision charnière de cette trilogie est le jugement unanime dans l'affaire *Nation haïda*, dans lequel la Cour suprême a établi que la Couronne avait l'obligation de consulter les peuples autochtones lorsqu'elle envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur des droits ancestraux ou issus de traités, que ceux-ci soient établis ou potentiels.

Avant cette trilogie, les questions liées aux consultations se limitaient aux affaires concernant l'atteinte aux droits établis prévus par l'article 35¹². De plus, il incombait aux groupes autochtones de prouver d'abord l'existence de leurs droits et l'atteinte à ces droits. Souvent, les demandeurs autochtones devaient tenter une poursuite et demander une injonction comme recours temporaire pendant que l'instance était portée devant les tribunaux. Il était souvent difficile d'obtenir une telle injonction, et

la procédure légale pouvait se révéler longue¹³. Dans le cas des négociations visant à établir les droits en question, le processus pouvait s'échelonner sur plusieurs années.

2.2 PRESCRIPTIONS LÉGALES ET CONSTITUTIONNELLES, Y COMPRIS LE PRINCIPE DE « L'HONNEUR DE LA COURONNE »

Bien que l'obligation de consulter ne soit pas expressément prévue dans les documents constitutionnels ou dans la loi, il s'agit néanmoins d'une exigence constitutionnelle. Elle découle de la proclamation de la souveraineté de la Couronne sur des terres et ressources autrefois détenues par des peuples autochtones. Cette obligation, qui ne peut être supprimée ou limitée par voie législative, est une prescription jurisprudentielle en common law fondée sur le principe du respect de l'honneur de la Couronne et est enchâssée, à l'article 35, dans la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁴.

2.2.1 ARTICLE 35 DE LA LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1982

Pour être valides et exécutoires, toutes les lois canadiennes doivent être conformes aux lois constitutionnelles. Pour les lois susceptibles d'avoir une incidence sur des droits ancestraux ou issus de traités, le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît et confirme « [l]es droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada ».

Au fil des ans, la Cour suprême a interprété les droits protégés par l'article 35 comme un moyen de faire progresser la réconciliation. Elle reconnaît aussi l'importance de la consultation dans la protection de ces mêmes droits. À ce sujet, la Cour suprême a énoncé : « [L]es deux parties [les groupes autochtones et la Couronne] doivent collaborer pour concilier leurs intérêts au lieu de s'opposer dans un litige¹⁵. » L'obligation doit aussi être interprétée dans le contexte général des obligations de la Couronne à l'égard des peuples autochtones au Canada¹⁶. Dans l'affaire *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique (Nation Tsilhqot'in)*, la Cour suprême a affirmé que l'article 35 et les limites que celui-ci impose aux gouvernements « pro[tègent] les droits ancestraux et issus d'un traité tout en permettant la conciliation des intérêts autochtones avec ceux de la société en général¹⁷ ».

2.2.2 « L'HONNEUR DE LA COURONNE »

L'honneur de la Couronne¹⁸ est un principe constitutionnel découlant « de l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur un peuple autochtone et par l'exercice de fait de son autorité sur des terres et ressources qui étaient jusque-là sous l'autorité de ce peuple¹⁹ ». L'honneur de la Couronne n'est pas un concept nouveau en droit autochtone. Par exemple, en 1895, la Cour suprême a expliqué que l'honneur de la Couronne « est fidèlement respecté en tant qu'obligation de la Couronne issue d'un traité²⁰ ».

L'honneur de la Couronne, tout comme l'objectif de réconciliation, est au cœur de la relation entre la Couronne et les peuples autochtones et peut exiger d'elle qu'elle consulte des groupes autochtones et, s'il y a lieu, qu'elle prenne en compte leurs intérêts. L'honneur de la Couronne exige que celle-ci agisse de bonne foi et honorablement dans tous ses rapports avec les peuples autochtones, « qu'il s'agisse de l'affirmation de sa souveraineté, du règlement de revendications ou de la mise en œuvre de traités²¹ ». La Cour suprême a déclaré que « [l']honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsque cette dernière transige avec les peuples autochtones » et que « la Couronne doit agir avec honneur et intégrité, et éviter la moindre apparence de “manœuvres malhonnêtes”²² ».

3 L'OBLIGATION DE CONSULTER : POINTS ESSENTIELS

3.1 QUI A L'OBLIGATION DE CONSULTER?

L'obligation de consulter doit être respectée à l'égard des collectivités des Premières Nations, inuites et métisses dont les droits, potentiels ou établis, sont susceptibles d'être touchés par la conduite que l'État envisage d'adopter. Un groupe autochtone peut désigner une personne pour le représenter dans les consultations, mais les particuliers n'ont généralement pas droit à des consultations individuelles. Cette distinction prend sa source dans la décision *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks (Little Salmon/Carmacks)*, dans laquelle la Cour suprême a établi qu'un membre de cette Première Nation « n'était pas, à titre individuel, une partie nécessaire à la consultation », bien qu'il ait détenu un avantage dérivé des intérêts collectifs de la Première Nation²³.

L'obligation de consulter les peuples autochtones incombe à la Couronne, qui est le pouvoir exécutif des gouvernements fédéral et provinciaux²⁴. Les sociétés d'État peuvent aussi avoir à s'acquitter de l'obligation de consulter²⁵. Dans l'arrêt *Little Salmon/Carmacks*, la Cour suprême a déclaré que la Couronne « ne peut pas se soustraire à son obligation de traiter honorablement avec les Autochtones ». Cependant, l'organe législatif peut déléguer certains aspects des consultations à un tribunal administratif autorisé ou à un organisme constitué par une loi et détenant les pouvoirs requis. La compétence d'un tribunal administratif ou d'un organisme dépend de la loi qui lui confère ses attributions²⁶. Par exemple, des consultations peuvent être menées dans le cadre d'un processus réglementaire (comme une évaluation environnementale) par un organisme de réglementation (p. ex. l'Office national de l'énergie). La Couronne peut utiliser des processus semblables pour s'acquitter de son obligation, partiellement ou entièrement²⁷.

Les promoteurs de projets sont considérés comme de tierces parties aux consultations, et ils ne sont pas légalement tenus de consulter les groupes autochtones. Cependant, la Couronne peut leur déléguer certains aspects procéduraux du processus de consultation²⁸. Si elle entend s'appuyer sur le processus réglementaire d'un organisme de réglementation ou sur la consultation des groupes autochtones menée par le promoteur, la Couronne doit communiquer clairement son intention aux groupes autochtones touchés²⁹. C'est toujours à la Couronne « qu'incombe la responsabilité ultime de veiller au caractère adéquat de la consultation³⁰ ».

3.2 À QUEL MOMENT L'OBLIGATION DE CONSULTER PREND-ELLE NAISSANCE?

En général, l'obligation de consulter « prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci³¹ ».

Les termes utilisés par la Cour suprême semblent indiquer que l'obligation de consulter peut être facilement déclenchée : l'obligation peut naître non seulement à l'égard de droits établis, mais aussi lorsque des droits sont revendiqués et n'ont pas encore été réglés au moyen de la négociation ou confirmés par voie judiciaire. Dans l'affaire *Nation haïda*, la Cour suprême a expliqué que le fait de limiter l'application de l'obligation de consulter aux « revendications prouvées » entraîne le risque de freiner la réconciliation et peut, par exemple, mettre en péril des terres traditionnelles pendant que se règle une revendication³².

Les motifs énoncés par la Cour suprême supposent aussi l'existence d'une obligation proactive de la Couronne de collaborer avec les groupes autochtones concernés avant de prendre une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur les droits ou les titres ancestraux établis ou revendiqués.

Dans l'arrêt *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani (Carrier Sekani)*, la Cour suprême a précisé les conditions de déclenchement de l'obligation de consulter telles qu'énoncées dans l'affaire *Nation haïda* et a formulé le test à trois volets suivant :

- La Couronne a « la connaissance [...], réelle ou imputée, de l'existence possible d'une revendication autochtone ou d'un droit ancestral ».
- La Couronne envisage une mesure pouvant mettre en jeu un droit ancestral potentiel.
- La décision ou la mesure envisagée risque d'avoir un effet préjudiciable sur une revendication ou un droit ancestral³³.

Dans l'arrêt *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, la Cour suprême a confirmé que l'obligation de consulter ne naît pas de répercussions historiques ni n'a pour objectif de régler des griefs antérieurs. Elle concerne plutôt les conséquences éventuelles d'un projet proposé en cours³⁴.

3.3 QUELLE EST LA PORTÉE DE L'OBLIGATION DE CONSULTER?

L'obligation de consulter ayant été établie, sa teneur doit être déterminée, de même que le degré de consultation nécessaire. Chaque cas est évalué selon son bien-fondé et est étroitement lié au contexte. La portée des consultations nécessaires peut donc varier considérablement.

C'est dans cet esprit que la Cour suprême a établi un « continuum » d'obligations ayant pour objectif de guider les exigences en matière de consultation. Certains éléments doivent être pris en compte pour déterminer le degré de

consultation requis : la solidité de la revendication, la nature du droit et la gravité de l'atteinte potentielle de la décision ou de la mesure de la Couronne sur le droit ancestral ou issu d'un traité.

Les revendications jugées peu solides, dans lesquelles le droit peut être considéré comme limité, et le risque d'atteinte, faible, se situent au plus bas du continuum. Ces revendications exigent simplement que la Couronne donne un avis aux intéressés, leur divulgue des renseignements et discute des questions soulevées en réponse à l'avis³⁵. Les cas où la revendication repose sur une preuve à première vue solide ou déjà établie et où l'atteinte potentielle est d'une haute importance, comme lorsque le risque de préjudice non indemnisable est élevé, se trouvent à l'autre extrémité du continuum et nécessitent la tenue d'une consultation plus approfondie. Une telle consultation pourrait comporter la possibilité de présenter des observations, la participation officielle à la prise de décisions et la présentation d'un énoncé des motifs montrant que les préoccupations des participants autochtones ont été prises en compte³⁶. Elle pourrait même nécessiter l'obtention du consentement du groupe autochtone concerné avant la prise d'une décision par la Couronne³⁷.

Depuis la trilogie de décisions rendues en 2004 et en 2005, les tribunaux canadiens, y compris la Cour suprême, appliquent la doctrine de l'obligation de consulter dans leurs décisions, précisant de ce fait les exigences relatives aux consultations et aux accommodements véritables dans diverses circonstances. Dans l'affaire *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc. (Clyde River)*, la Cour suprême a clarifié la définition de « consultation approfondie ». Tout en rappelant les exigences définies dans l'affaire *Nation haïda*, la Cour suprême a expliqué que, dans certains cas, il peut être nécessaire de verser un financement pour permettre aux titulaires de droits autochtones de participer au processus (par exemple, pour présenter des éléments de preuve scientifique) et garantir que les groupes autochtones concernés reçoivent des réponses satisfaisantes à leurs questions.

Quel que soit le degré de solidité des intérêts ou des droits ancestraux ou de la gravité de l'atteinte potentielle de la décision ou de la mesure du gouvernement sur ces intérêts ou ces droits, les consultations doivent toujours être menées de bonne foi, « dans l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des peuples autochtones dont les terres sont en jeu³⁸ ». De plus, ces consultations doivent être abordées avec souplesse, car les circonstances peuvent changer, et de nouveaux renseignements peuvent être mis au jour au cours du processus³⁹.

L'obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder ne dicte pas un résultat particulier, et la Couronne n'est pas tenue à un degré de perfection en ce qui a trait à celle-ci, « [d]ans la mesure où tous les efforts raisonnables ont été déployés pour informer et consulter⁴⁰ ». Cependant, il convient de noter que, dans certains cas, l'absence de certaines exigences procédurales, comme des audiences et de l'aide financière pour la participation, peut « [réduire] de façon importante la qualité de la consultation⁴¹ » et mener à un manquement à l'obligation de la part de la Couronne.

3.4 QU'ARRIVE-T-IL SI LA COURONNE MANQUE À SON OBLIGATION DE CONSULTER?

Comme c'est le cas pour la détermination de la portée de l'obligation de consulter, les ordonnances des tribunaux pour remédier à un manquement à cette obligation varient considérablement selon la situation. Le manquement par la Couronne à son obligation de consulter peut donner lieu à différentes mesures de réparation, comme l'injonction (interdiction de poursuivre l'activité), l'indemnisation (compensation pécuniaire) ou l'ordonnance de mener d'autres consultations (ou de mener des consultations plus approfondies⁴²).

S'il y a lieu, un tribunal peut rendre un jugement déclaratoire portant que la Couronne n'a pas satisfait à son obligation de consulter une collectivité autochtone donnée dans un contexte particulier. De plus, un tribunal peut ordonner à la Couronne d'entamer (ou de poursuivre) des consultations avec une collectivité autochtone donnée et prescrire des exigences particulières pour le processus de consultation⁴³.

Dans l'arrêt *Clyde River*, la Cour suprême a déclaré que, « puisque l'obligation de consulter doit être respectée avant la prise de mesures susceptibles d'avoir des effets préjudiciables sur le droit en question », les tribunaux annuleront souvent les décisions gouvernementales prises sans consultation adéquate⁴⁴. La Cour suprême livre tout de même une mise en garde, en indiquant que « le contrôle judiciaire ne saurait remplacer une consultation adéquate » et qu'une consultation adéquate menée avant la prise d'une décision est préférable « à des remontrances judiciaires formulées après le fait, au terme d'une procédure contradictoire⁴⁵ ».

3.5 QU'EST-CE QUE L'OBLIGATION D'ACCOMMODER?

Une consultation de bonne foi peut également comprendre la prise en compte des préoccupations exprimées par les groupes autochtones touchés par la mesure de la Couronne dans l'attente du règlement définitif de la revendication. L'accommodement peut prendre différentes formes, comme la modification de la portée, de l'emplacement ou des délais d'exécution d'un projet. Il peut aussi supposer la modification des énoncés stratégiques de la Couronne. À cet égard, la recherche de solutions provisoires dans le cadre du processus de consultation peut permettre d'éviter un préjudice irréparable ou d'atténuer les conséquences de l'atteinte⁴⁶. La Cour suprême a aussi déclaré qu'à l'étape de l'accommodement, il convient de rechercher un équilibre entre les droits des groupes autochtones et les autres intérêts sociétaux⁴⁷. À l'instar de l'obligation de consulter, l'obligation d'accommoder les intérêts des peuples autochtones découle du respect du principe de l'honneur de la Couronne, et il n'est pas possible de la déléguer⁴⁸.

Tout comme la portée de la consultation, le degré d'accommodement varie selon les circonstances de chaque cas. La consultation ne se traduit pas toujours par l'accommodement⁴⁹. Lorsque la revendication repose sur une preuve à première vue solide et que l'atteinte potentielle est importante, des consultations adéquates pourraient nécessiter des accommodements.

Par exemple, dans l'affaire *Nation haïda*, le gouvernement de la Colombie-Britannique a remplacé une concession de ferme forestière (permis) et en a autorisé la cession d'une société forestière à une autre sur les terres des îles Haida Gwaii (autrefois les îles de la Reine-Charlotte), qui faisaient l'objet d'une revendication du titre ancestral. Malgré la revendication, la Couronne provinciale n'a pas consulté les Haïdas avant le remplacement et la cession du permis. Estimant que la revendication du titre ancestral des Haïdas sur Haida Gwaii reposait sur une preuve solide et que l'octroi de la concession constituerait une atteinte importante, la Cour suprême a conclu que la Couronne provinciale n'avait pas satisfait à ses obligations, et qu'elle devait consulter les Haïdas au sujet des projets de concession et envisager des mesures d'accommodement en réponse à leurs préoccupations.

3.6 LE CONSENTEMENT EST-IL NÉCESSAIRE ?

La Cour suprême a précisé que l'obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder ne confère pas aux groupes autochtones un droit de veto sur les décisions définitives de la Couronne⁵⁰. Cependant, le consentement des groupes autochtones peut être nécessaire pour certaines mesures ou décisions gouvernementales. Par exemple, l'obtention du consentement peut être requise dans le contexte de mise en œuvre de règlements provinciaux de pêche et de chasse visant des territoires traditionnels⁵¹, ou lorsque la Couronne souhaite utiliser des terres au regard desquelles le titre ancestral a été établi⁵². En pareil cas, en l'absence de consentement, le seul recours de la Couronne est de démontrer que l'atteinte au droit est justifiée⁵³.

Dans le cas du titre ancestral revendiqué, mais non encore prouvé, les tribunaux ne se sont pas prononcés sur la nécessité d'obtenir le consentement. Cependant, la consultation pourrait être nécessaire, et le degré de l'obligation pourrait varier selon le continuum dégagé dans l'arrêt *Nation haïda*. De plus, dans l'affaire *Nation Tsilhqot'in*, la Cour suprême a souligné 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 question⁵⁴ ».

3.7 LE PROCESSUS LÉGISLATIF COMPORTE-T-IL L'OBLIGATION DE CONSULTER ?

Tel qu'il est indiqué plus haut, l'obligation de consulter peut découler de mesures prises par l'organe exécutif du gouvernement. La question de savoir si une mesure législative (processus parlementaire) donne naissance à l'obligation de consulter a été laissée en suspens dans l'arrêt *Carrier Sekani* de la Cour suprême, en 2010.

Cependant, cette question a été reprise le 11 octobre 2018 dans l'arrêt *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*⁵⁵. Dans cette affaire, la Cour suprême a examiné l'appel interjeté par la Première Nation crie Mikisew d'une décision de 2016 de la Cour d'appel fédérale⁵⁶. Les questions abordées par la Cour d'appel fédérale étaient les suivantes : la Couronne avait-elle une obligation de consulter avant d'adopter des projets de loi omnibus modifiant plusieurs lois

environnementales et, dans l'affirmative, avait-elle manqué à son obligation dans cette affaire? Les Mikisew avaient demandé un contrôle judiciaire concernant l'élaboration et le dépôt d'un projet de loi, alléguant que la Couronne avait l'obligation de consulter en ce qui concerne l'élaboration de mesures législatives susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ses droits de chasse, de piégeage et de pêche en vertu du Traité n° 8.

La Cour d'appel fédérale a déclaré que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour entendre la demande des Mikisew, étant donné que la source du pouvoir exercé par les ministres dans le dépôt du projet de loi omnibus était de nature législative, et que la prise de mesures législatives ne se prêtait pas au contrôle judiciaire. Elle a ajouté que l'introduction de l'obligation de consulter dans le cadre du processus législatif « va à l'encontre de la doctrine de la séparation des pouvoirs et du principe du privilège parlementaire⁵⁷ ».

Les juges de la Cour suprême ont rejeté à l'unanimité l'appel, pour le motif que la question (qui porte sur l'élaboration de projets de loi par les ministres fédéraux) ne relève pas de la compétence de la Cour fédérale. Cependant, ils étaient divisés en ce qui concerne les questions suivantes :

- Le processus législatif est-il assujéti à l'obligation de consulter et d'accommoder les peuples autochtones?
- Le principe de l'honneur de la Couronne s'applique-t-il au processus législatif?

En réponse à la première question, une majorité de sept juges contre deux a déterminé que l'obligation de consulter et d'accommoder les peuples autochtones ne s'applique pas au processus législatif, ce qui, autrement, constituerait une ingérence indue dans les activités parlementaires, en contravention des principes constitutionnels de la séparation des pouvoirs et de la souveraineté parlementaire⁵⁸. Deux juges (Abella et Martin) étaient d'avis que l'obligation de consulter « se rapporte à tout exercice des pouvoirs de la Couronne, y compris aux mesures législatives⁵⁹ ».

Les juges étaient aussi divisés sur la seconde question, à savoir si le principe de l'honneur de la Couronne s'applique au processus législatif (autrement dit, si le Parlement doit respecter le principe de l'honneur de la Couronne). À une majorité de cinq juges contre quatre, ils ont estimé que le principe de l'honneur de la Couronne s'appliquait aux deux organes (l'exécutif et le Parlement). Les motifs des juges se résument ainsi :

- Les juges Abella et Martin ont déclaré que le principe de l'honneur de la Couronne existait dans l'exercice des pouvoirs législatif et exécutif, et que « le principe de l'honneur de la Couronne ne saurait être miné, et encore moins écarté, par l'affirmation de la souveraineté parlementaire du législateur⁶⁰ ».
- Le juge en chef Wagner et les juges Karakatsanis et Gascon estimaient aussi que le principe de l'honneur de la Couronne s'appliquait à l'organe exécutif et au Parlement, mais ont indiqué que « l'obligation de consulter n'est pas le seul moyen de donner effet au principe de l'honneur de la Couronne quand une loi est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux ou issus de

traités ». Ils ont ajouté que de nouvelles approches pourraient être mises de l'avant pour assurer la protection des droits prévus par l'article 35 et pour préserver l'honneur de la Couronne⁶¹.

- Les juges Brown, Moldaver, Côté et Rowe ont affirmé que l'honneur de la Couronne ne s'appliquait pas au processus législatif, estimant que ce principe se rapporte à sa conduite (quand celle-ci exerce des fonctions exécutives), et que les mesures législatives, n'étant pas une conduite de l'exécutif, ne sont pas liées par l'honneur de la Couronne⁶².

Cette décision montre clairement qu'à présent, l'obligation de consulter s'applique à la conduite de la Couronne sous le régime des lois établies, mais non au processus d'adoption des lois. Cependant, les différents motifs invoqués par la Cour suprême peuvent introduire une incertitude juridique quant à l'application du principe de l'honneur de la Couronne au processus législatif et à la pertinence de la consultation et de l'accommodement comme moyens de respecter ce principe. La Cour suprême pourrait être appelée à clarifier ces questions dans les instances à venir.

Il convient de remarquer que, dans le contexte de l'élaboration et de la promulgation des lois, la consultation des groupes autochtones peut avoir lieu en dehors des exigences en vertu de l'obligation légale de consulter. Par exemple, les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux peuvent avoir pour politique de solliciter l'avis des groupes autochtones, comme dans le cadre de consultations publiques incluant des représentants autochtones.

4 POLITIQUES ET LIGNES DIRECTRICES EN MATIÈRE DE CONSULTATION

Les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux ont établi des politiques de consultation pour guider l'application de l'obligation de consulter dans leurs champs de compétence, dans lesquels les droits ancestraux ou issus de traités sont susceptibles d'être touchés. Afin de garantir le respect de l'obligation définie dans l'arrêt *Nation haïda*, les gouvernements fédéral et provinciaux ont produit des documents de politiques provisoires. Depuis, des politiques nouvelles ou actualisées ont vu le jour à la suite d'événements marquants dans la jurisprudence, et les provinces et les territoires canadiens ont tous adopté une politique ou une directive approuvée par le Cabinet concernant l'obligation de consulter.

En 2008, le gouvernement fédéral a produit des directives provisoires sur la consultation pour guider les ministères et les organismes fédéraux lors de la préparation de consultations véritables avec les peuples autochtones. À la suite des consultations avec des représentants de groupes autochtones, des gouvernements provinciaux et territoriaux et des représentants de l'industrie, ces lignes directrices ont été actualisées en 2011 pour refléter l'évolution de la jurisprudence sur l'obligation de consulter. Les nouvelles lignes directrices fédérales comprennent des principes directeurs complémentaires et fournissent des directives plus détaillées sur la consultation et l'accommodement⁶³. Ces lignes directrices n'ont toutefois pas été actualisées depuis. En 2016, Bryn Gray, représentant spécial de la ministre d'Affaires autochtones et Développement du Nord Canada, a déposé un rapport

dans lequel il recommandait des améliorations à l'approche du gouvernement fédéral en matière de consultation et d'accommodement. Notamment, il invitait ce dernier à améliorer la transparence et la consultation en matière de modifications aux politiques, aux règlements et aux lois, ainsi qu'à renforcer les capacités des groupes autochtones tout au long du processus de consultation⁶⁴.

Parallèlement, des ministères et des organismes fédéraux ont produit leurs propres lignes directrices sur la consultation, que l'on peut appliquer dans certains domaines spécifiques. Par exemple, l'Agence canadienne d'évaluation environnementale a intégré une approche de consultation avec les peuples autochtones dans ses processus d'évaluation environnementale et de prise de décisions⁶⁵.

Des organisations autochtones et certaines collectivités autochtones ont aussi mis au point leurs propres politiques, lignes directrices et protocoles de consultation⁶⁶. Par exemple, en septembre 2018, la Première Nation des Mississaugas de New Credit a signé, avec le gouvernement du Canada, un protocole de consultation qui définit un processus par lequel le Canada s'acquitte de son obligation de consultation et détermine les obligations respectives des parties⁶⁷.

5 CONCLUSION

L'obligation de consulter les peuples autochtones au sujet des mesures prises par la Couronne susceptibles de les toucher est essentielle à la protection et à la promotion des droits ancestraux ou issus de traités qui sont reconnus et confirmés dans la Constitution. Sous sa forme actuelle, l'obligation de consulter et d'accommoder vise à garantir, à l'intérieur d'un cadre juridique, la réalisation de consultations efficaces et adéquates.

Toutefois, en plus d'être largement contextuelle, l'obligation légale qu'a la Couronne de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder les peuples autochtones peut soulever des questions complexes. Les tribunaux canadiens sont régulièrement saisis de questions associées à cette obligation. Les principaux paramètres de la doctrine de l'obligation de consulter sont généralement constants dans la jurisprudence canadienne, mais ses exigences évoluent, et de nouvelles questions liées à cette obligation seront probablement soulevées sur les plans politique et judiciaire. De nouvelles décisions judiciaires portant sur les paramètres de l'obligation de consultation et d'accommodement sont à prévoir et pourraient en éclairer la nature légale et constitutionnelle, la portée et les exigences.

NOTES

1. Selon le par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les « peuples autochtones du Canada » sont, collectivement, définis comme étant les « Indiens, [I]es Inuits et [I]es Métis du Canada ». La terminologie ayant évolué au cours des dernières décennies, dans le présent document, l'expression « peuples autochtones » désigne les Premières Nations, les Inuits et les Métis, et l'expression « droits ancestraux » est associée aux droits reconnus et confirmés par l'art. 35. Voir « [Droits des peuples autochtones du Canada](#) », Partie II de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11, art. 35.
2. Les droits ancestraux découlent des pratiques, des traditions et des coutumes des sociétés ancestrales qui existaient avant le contact avec les Européens, alors que les droits issus de traités sont particuliers, et seuls les groupes autochtones qui sont signataires des traités peuvent les exercer. Voir les par. 35(1) et 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les traités conclus entre des peuples autochtones et le Canada comprennent les traités historiques (signés entre 1701 et 1923) et les traités modernes conclus à l'issue d'ententes sur les revendications territoriales globales. La *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît et confirme les droits issus de traités qui existaient en 1982 et de traités ultérieurs. Voir gouvernement du Canada, [Traités et ententes; Première nation crie Mikisew c. Canada \(Ministre du Patrimoine canadien\)](#), 2005 CSC 69, par. 3 et 4; et [Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks](#), 2010 CSC 53.
3. Nations Unies, [Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones](#), Doc. NU A/RES/61/295, 13 septembre 2007, art. 19.
4. Voir, par exemple, [Nation haïda c. Colombie-Britannique \(Ministre des Forêts\)](#), 2004 CSC 73, par. 32.
5. *Ibid.*, par. 35.
6. Voir, par exemple, [Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani](#), 2010 CSC 43.
7. Gouvernement du Canada, « [À propos de l'obligation de consulter](#) », *Le gouvernement du Canada et l'obligation de consulter*.
8. Dwight G. Newman, *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples*, Purich Publishing Limited, Saskatoon, 2014, p. 15.
9. Voir, par exemple, [Guerin c. La Reine](#), [1984] 2 R.C.S. 335; [R. c. Sparrow](#) [1990] 1 R.C.S. 1075; et [Delgamuukw c. Colombie-Britannique](#), [1997] 3 R.C.S. 1010.
Pour s'acquitter de son obligation de fiduciaire envers les peuples autochtones, « la Couronne doit agir dans le meilleur intérêt du groupe autochtone lorsqu'elle exerce des pouvoirs discrétionnaires à l'égard des intérêts autochtones en jeu ». Voir [Nation haïda c. Colombie-Britannique \(Ministre des Forêts\)](#), par. 18. La jurisprudence relative à l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones a été établie dans cinq principales causes : [Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique](#), [1973] R.C.S. 313; [Guerin c. La Reine](#); [R. c. Sparrow](#); [Nation haïda c. Colombie-Britannique \(Ministre des Forêts\)](#); et [Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique](#), 2014 CSC 44.
10. Le fait pour le gouvernement d'empiéter sur les droits ancestraux et issus de traités peut être justifiable. Dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour suprême du Canada (Cour suprême) a établi un critère en deux volets pour justifier une atteinte aux droits. Le gouvernement doit prouver que l'atteinte sert un objectif législatif valable, auquel cas il doit démontrer qu'elle est réalisée de manière compatible avec l'honneur de la Couronne.
11. [Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique \(Directeur d'évaluation de projet\)](#), 2004 CSC 74.

L'OBLIGATION DE CONSULTER LES PEUPLES AUTOCHTONES

12. Voir *R. c. Sparrow*.
13. Voir *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*.
14. *Ibid.*; [R. c. Kapp](#), 2008 CSC 41 et *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*. Au par. 61 de l'arrêt *Little Salmon/Carmacks* (premier jugement de la Cour suprême relatif à l'obligation de consulter dans le contexte d'un traité moderne), la Cour a affirmé que « [les] parties ont la possibilité de s'entendre sur les modalités de la consultation, mais la Couronne ne peut pas se soustraire à son obligation de traiter honorablement avec les Autochtones ».
15. *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, par. 34.
16. [Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada \(Procureur général\)](#), 2013 CSC 14, par. 76.
17. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, par. 139.
18. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, par. 16 et 17.
19. *Ibid.*, par. 32.
20. [Province of Ontario v. The Dominion of Canada and Province of Quebec. In re Indian Claims](#), [1895] 25 SCR 434 [TRADUCTION].
21. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, par. 17.
22. *Ibid.*, par. 16 et 19. Voir aussi [R. c. Badger](#), [1996] 1 R.C.S. 771, par. 41; et *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, par. 68-72. Aux par. 74 et 75 de l'affaire *Manitoba Metis Federation*, la Cour suprême déclare que l'obligation découlant du principe de l'honneur de la Couronne « variera selon les circonstances », mais force tout de même la Couronne « (1) à adopter une approche libérale et téléologique dans l'interprétation de la promesse [et] (2) à agir avec diligence pour s'acquitter de la promesse ».
23. *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, par. 35. L'obligation de consulter ne vise généralement pas les personnes, mais la Cour suprême a affirmé, dans l'arrêt *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, que certains droits peuvent posséder des attributs à la fois collectifs et individuels :

Il est possible que des membres de la collectivité possèdent à titre individuel un intérêt acquis dans la protection de ces droits. Comme certains intervenants l'ont fait valoir, il se peut fort bien 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.

Voir [Behn c. Moulton Contracting Ltd.](#), 2013 CSC 26, par. 33.
24. [Loi constitutionnelle de 1867](#), 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.-U.), art. 9.
25. *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, par. 81.
26. *Ibid.*, par. 56, 60 et 74.
27. [Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.](#), 2017 CSC 41, par. 5; et [Clyde River \(Hameau\) c. Petroleum Geo-Services Inc.](#), 2017 CSC 40, par. 1 et 22.
28. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, par. 53.
29. *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, par. 44.
30. *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, par. 22.
31. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, par. 35.
32. *Ibid.*, par. 33.
33. *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, par. 31.

L'OBLIGATION DE CONSULTER LES PEUPLES AUTOCHTONES

34. *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, par. 41.
35. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, par. 43.
36. *Ibid.*, par. 44.
37. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, par. 168.
38. *Ibid.*
39. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, par. 45.
40. *Ibid.*, par. 62, citant [R. c. Nikal](#), [1996] 1 R.C.S. 1013, par. 110.
41. *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, par. 49.
42. *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, par. 37; et *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, par. 89.
43. Voir *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*; [Hupacasath First Nation v. British Columbia \(Minister of Forests\) et al.](#), 2005 BCSC 1712 [DISPONIBLE EN ANGLAIS SEULEMENT]; et [Ke-Kin-Is-Uqs v. British Columbia \(Minister of Forests\)](#), 2008 BCSC 1505 [Ke-Kin-Is-Uqs] [DISPONIBLE EN ANGLAIS SEULEMENT]. Dans les arrêts *Hupacasath* et *Ke-Kin-Is-Uqs*, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a ordonné aux parties d'échanger leurs points de vue ainsi que l'information nécessaire pour pouvoir mener des consultations. Dans l'arrêt *Ke-Kin-Is-Uqs*, la Cour a ordonné que soit nommé un médiateur, aux frais de la Couronne, pour diriger certains aspects du processus de consultation.
44. *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, par. 39 et 53.
45. *Ibid.*, par. 24.
46. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, par. 47.
47. *Ibid.*, par. 50; et *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, par. 59.
48. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, par. 10 et 53.
49. *Première nation crie Mikisew c. Canada (ministre du Patrimoine canadien)*, par. 66.
50. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, par. 48; et *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, par. 59.
51. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, par. 168.
52. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, par. 76.
53. *R. c. Sparrow*, p. 1113 et 1114.
54. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, par. 97.
55. [Mikisew Cree First Nation c. Canada \(Gouverneur général en conseil\)](#), 2018 CSC 40.
56. [Canada \(Gouverneur général en conseil\) c. Première Nation Crie Mikisew](#), 2016 CAF 311 (CanLII).
57. *Ibid.*, par. 3. Dans un jugement concordant, le juge Pelletier de la Cour d'appel fédérale a établi que les lois d'application générale ne font pas jouer l'obligation de consulter (comme c'était le cas en l'espèce). Il a indiqué que « [l']obligation de consulter doit se trouver dans les décisions de mise en œuvre d'une telle loi » (par. 97), ajoutant que l'obligation de consulter peut jouer si un projet de loi est susceptible de porter atteinte aux intérêts d'une Première Nation donnée d'un territoire déterminé.

L'OBLIGATION DE CONSULTER LES PEUPLES AUTOCHTONES

58. La séparation des pouvoirs exige que chacun des organes du gouvernement (législatif, exécutif et judiciaire) remplisse ses fonctions indépendamment l'un de l'autre. Elle évite, par exemple, que l'organe exécutif du gouvernement ne compromette l'indépendance de l'organe judiciaire, ou peut-être que les tribunaux ne « s'ing[èrent] indûment dans la sphère du législateur ». Par ailleurs, selon le principe de la souveraineté parlementaire, elle impose que « l'Assemblée législative p[uisse] adopter ou abroger une loi à son gré, dans les limites des pouvoirs que lui confère la Constitution ». Voir *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)* (2018), par. 35 et 36.
59. *Ibid.*, par. 75.
60. *Ibid.*, par. 55 et 56.
61. *Ibid.*, par. 45.
62. *Ibid.*, par. 135.
63. Affaires autochtones et du Nord Canada, [Consultation et accommodement des Autochtones – Lignes directrices actualisées à l'intention des fonctionnaires fédéraux pour respecter l'obligation de consulter – Mars 2011](#).
64. Bryn Gray, [Développer des relations et faciliter la conciliation grâce à un processus de consultation véritable](#), Rapport à la ministre des Affaires autochtones et du Nord, 30 mai 2016.
65. Agence canadienne d'évaluation environnementale, [Consultation des Autochtones dans le cadre des évaluations environnementales](#).
66. Voir, par exemple, Federation of Sovereign Indigenous Nations [autrefois Federation of Saskatchewan Indian Nations], [Federation of Saskatchewan Indian Nations: Consultation Policy](#) [DISPONIBLE EN ANGLAIS SEULEMENT].
67. Relations Couronne-Autochtones et Affaires du Nord Canada, [Le gouvernement du Canada et la Première Nation des Mississaugas de New Credit tissent une nouvelle relation avec la signature d'un protocole de consultation](#), communiqué, 6 septembre 2018.