

CHRONIQUE

DROIT DES AUTOCHTONES

Maxime SAINT-HILAIRE et Sophie THÉRIAULT*

Les arrêts *Taku River* et *Haida Nation* devant la Cour suprême: des précisions imminentes concernant la mise en œuvre du droit qu'ont les Autochtones d'être consultés?

Le 24 mars 2004, la Cour suprême du Canada entendra les affaires *Taku River Tlingit First Nation c. Tulsequah Chief Mine Project*¹ et *Haida Nation c. British Columbia (Minister of Forests)*². Elle sera ainsi appelée à fournir une réponse à une question qui, jusqu'à maintenant, a été posée en les termes suivants: l'État a-t-il l'obligation constitutionnelle de consulter les Autochtones lorsque leurs droits n'ont toujours pas été prouvés³?

L'obligation constitutionnelle de l'État de consulter spécialement les Autochtones est apparue comme l'un des critères de vérification du caractère justifié des atteintes qu'il a pu porter à leurs

droits constitutionnels. Le processus qui a donné naissance, la genèse, de cette obligation a débuté avec l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Sparrow*⁴, affaire pénale dans laquelle un droit ancestral était invoqué en défense et à l'encontre de la mesure sur laquelle se fondait l'accusation. L'arrêt de la même cour dans l'affaire *R. c. Badger*⁵ a étendu le test de l'arrêt *R. c. Sparrow* à la vérification du caractère justifié des atteintes qui ont été portées aux droits issus de traités des peuples autochtones. Dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*⁶, la Cour suprême du Canada, après avoir précisé les paramètres du titre aborigène, s'est certes livrée à des développe-

* Doctorants à la Faculté de droit de l'Université Laval. Nous tenons à remercier tout particulièrement M^e Paul Dionne, qui fut à l'origine de notre réflexion.

1. (2002) 211 D.L.R. (4th) 89, 2002 BCCA 59; permission d'appel accordée [2002] S.C.C.A. No. 148 (QL).
2. (2002) 99 B.C.L.R. (3d) 209, 2002 BCCA 147; permission d'appel accordée [2002] S.C.C.A. No. 417 (QL).
3. P. DIONNE, «La revendication de droits ancestraux entraîne-t-elle pour la Couronne une obligation constitutionnelle de consulter?», *Recherches amérindiennes au Québec*, 2002, vol. 32, n^o 1, p. 100.
4. [1990] 1 R.C.S. 1075.
5. [1996] 1 R.C.S. 771.
6. [1997] 3 R.C.S. 1010.

ments sur l'obligation de consulter les Autochtones. Or l'obligation en question était encore appréhendée en tant qu'un des éléments qu'il faut prendre en considération lors de la vérification du caractère justifié des atteintes aux droits constitutionnels des peuples autochtones.

Les gouvernements, et notamment celui de la Colombie-Britannique, ont souvent plaidé devant les tribunaux que l'obligation de consulter les Autochtones au sujet de l'adoption de mesures portant atteinte à leurs droits ancestraux ne prenait naissance qu'avec la détermination judiciaire ou par traité de tels droits. Nous n'exposerons pas ici toutes les causes dans lesquelles un tel argument a été mis de l'avant⁷. À notre avis, cet argument attestait une mauvaise compréhension d'un problème qui, pour être bien circonscrit, exigeait un peu plus de finesse. Comme l'a bien expliqué la juge Rowles, qui a rendu les motifs majoritaires de l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Taku River Tlin-*

*git First Nation c. Tulsequah Chief Mine Project*⁸, un tel argument est symptomatique d'un «misreading of the decisions of the Supreme Court of Canada»⁹.

Dans l'arrêt *Sparrow*, par exemple, la Cour suprême du Canada, devant qui venait d'être établie pour la première fois l'existence du droit ancestral invoqué par l'accusé, a renvoyé l'affaire en première instance pour qu'y soit tranchée la question du caractère justifié de l'atteinte que lui portait la mesure contestée. À cette fin, la Cour suprême du Canada a donc notamment demandé au juge de première instance de vérifier si la mesure avait été l'objet d'une consultation avant d'être adoptée, donc à un moment où le droit ancestral n'avait toujours pas été déterminé ni judiciairement ni par voie de traité. Qui plus est, c'est toute la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en matière de droits ancestraux qui interdit de ne considérer comme «existants» que les droits ancestraux qui ont été reconnus dans un jugement ou un traité¹⁰. Cette même juris-

7. À ce sujet, on pourra se reporter notamment aux textes suivants: R.F. DEVLIN et R. MURPHY, «Contextualizing the Duty to Consult: Clarification or Transformation?», (2003) 14 *National Journal of Constitutional Law* 167; S. LAWRENCE et P. MACKLEM, «From Consultation to Reconciliation: Aboriginal Rights and the Crown's Duty to Consult», (2000) 79 *Canadian Bar Review* 252, aux pages 261-262; J.J.L. HUNTER, «Consultation With First Nations Prior to Natural Resource Development», dans Pacific Business & Law Institute, *Environmental Law and Canada's First Nations*, Conference Proceedings, November 18-19, 1999; J. WOODWARD, «First Nation Empowerment Over Traditional Territories: An End to False Consultation», *ibid.*; J. WOODWARD et R.J.M. JANES, «Fulfilling the Promise of Consultation: Strategies and Tactics», dans *First Nations, The Environment and Development: The Emerging Duty to Consult*, Canadian Bar Association, Institute of Continuing Legal Education (dir.), Conference Proceedings, January 28-30, 1999.

8. *Supra*, note 1.

9. *Ibid.*, par. 194.

10. Voir notamment *R. c. Sparrow*, *supra*, note 4; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507 et *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, *supra*, note 6.

prudence a d'ailleurs posé que les droits ancestraux «existants» des peuples autochtones sont ceux qui n'ont jamais été éteints par traité ou, mais seulement avant l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹¹, par une loi fédérale témoignant d'une intention claire et expresse à cet effet¹².

Au demeurant, c'est l'essentiel de la politique judiciaire de la plus haute juridiction au pays que d'indiquer aux gouvernements que les droits ancestraux des peuples autochtones sont *reconnus* par la Constitution. Les gouvernements doivent donc, étant donné la relation de nature fiduciaire qui les lie aux Autochtones, s'efforcer de respecter ces droits à la faveur d'un dialogue avec leurs titulaires plutôt que de continuer de les méconnaître pour que les Autochtones n'aient d'autre choix que celui de recourir aux tribunaux. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada ne peut être, et n'est en rien, une invitation lancée aux Autochtones à entreprendre des procédures judiciaires pour se faire octroyer des droits spéciaux; elle exhorte plutôt les gouverne-

ments à éviter les litiges en *reconnaissant* les droits ancestraux et en en négociant les modalités d'exercice avec leurs titulaires¹³. À l'occasion de l'affaire *Taku River*, la juge Rowles a bien expliqué que:

[w]hile it is so that the onus of proving a *prima facie* infringement of an aboriginal right under s. 35(1) of the Constitution Act, 1982 lies on the individual or group challenging legislation or regulations, it does not logically follow that until an aboriginal right has been established in court proceedings, the right does not exist.¹⁴

Si par la suite le gouvernement de la Colombie-Britannique a, dans l'affaire *Haida Nation c. British Columbia (Minister of Forests)*¹⁵, de nouveau et sans plus de succès invoqué devant la Cour d'appel l'argument selon lequel l'obligation de consultation n'existe qu'à l'égard de droits déterminés judiciairement ou par traité, il ne l'a pas fait devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Heiltsuk Nation c. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*¹⁶, par exemple. Ce gouvernement a alors

11. L.R.C. (1985), app. II, n° 44 (Can.).

12. *Calder c. P.G. Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, p. 404 (j. Hall); *R. c. Sparrow*, *supra*, note 4, p. 1099; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, p. 748-755; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, *supra*, note 6, p. 1120-1122.

13. L'ex-juge en chef du Canada, Antonio Lamer, qui a rédigé les motifs principaux du jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, s'est expliqué au sujet de la politique judiciaire de la Cour en matière de droits ancestraux: «L'essentiel de ma conclusion [dans l'arrêt *Delgamuukw*] est l'avertissement que je donnais au gouvernement: laissez [tomber le recours aux] tribunaux et procédez donc par négociation» (A. LAMER, cité dans A.-R. NADEAU, «Le juge Lamer sur...», *Le Devoir*, 11 janvier 2000). L'ex-juge en chef du Canada tenait ainsi les politiques pour responsables, en partie du moins, de l'importance du nombre des litiges portant sur les droits des Autochtones qui sont soumis aux tribunaux.

14. *Supra*, note 1, par. 183.

15. *Supra*, note 2.

16. (2003) 19 B.C.L.R. (4th) 107, 2003 BCSC 1422.

plutôt choisi, même en présence de droits ancestraux revendiqués mais non établis judiciairement ou par traité, d'admettre son obligation de consultation. Le litige se situait donc là où il s'agissait de savoir si ce gouvernement s'était acquitté de cette obligation.

À notre sens, et sur un plan surtout théorique, il faut répondre par l'affirmative à la question de savoir si les Autochtones doivent être l'objet d'une consultation distincte même si leurs droits n'ont pas encore été prouvés. Or il est une « sous-question » sensiblement plus délicate en la circonstance, soit celle de savoir s'il est possible pour les Autochtones d'obtenir la sanction judiciaire, notamment par un recours en contrôle judiciaire, du défaut de la part de l'État de les consulter sans avoir à faire la preuve d'une atteinte à un droit ancestral ou issu de traité. On comprend en effet que, si la consultation préalable est l'une des conditions de justification d'une atteinte à un droit constitutionnel autochtone, conclure à l'obligation de consultation sans avoir constaté une telle atteinte tient de la pétition de principe. Pour le juge, se demander ainsi si l'État s'est acquitté de son obligation de consulter un groupe autochtone en particulier signifie qu'il reconnaît l'existence en faveur de ce groupe d'un droit ancestral ou issu de traité et qu'il a une connaissance suffisante de la portée de ce droit pour avoir jugé que l'État lui avait porté atteinte. On comprend également que, si cela est moins vrai

dans les cas de droits issus de traités, les magistrats puissent hésiter à reconnaître des droits ancestraux et à se prononcer sur leur portée dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire. De fait, c'est la question plus délicate de savoir si les Autochtones peuvent, sans établir devant le tribunal l'existence, la teneur et la portée d'un droit ancestral de même qu'une atteinte à ce droit, obtenir par un recours en contrôle judiciaire l'annulation d'une décision ou d'un processus décisionnel pour le motif qu'ils n'ont pas été, ne sont pas ou ne seront pas consultés.

Ce sont les réponses différentes que l'un et l'autre entendaient donner à cette question qui expliquent la concurrence que se livrent les motifs respectifs des juges Finch et Huddart dans l'arrêt *Halfway River First Nation c. British Columbia (Ministry of Forests)*¹⁷. Dans cette affaire qui portait sur des droits issus de traité, à la différence du juge Finch avec qui elle s'est du reste entendue sur les conclusions, la juge Huddart a considéré qu'il était précipité de procéder au test du caractère justifié des atteintes aux droits constitutionnels des peuples autochtones pour décider si le défaut de consultation devait emporter l'annulation de la décision contestée¹⁸. Sans davantage de précisions sur ce point, elle a jugé que les circonstances imposaient au décideur un devoir de consulter la première nation de Halfway River au sujet de ses

17. (1999) 178 D.L.R. (4th) 666, 1999 BCCA 470.

18. *Ibid.*, par. 178-185.

droits issus de traité, devoir dont le défaut d'accomplissement devait entraîner l'annulation de sa décision sans que la première nation n'ait à établir avec précision, dans un cadre qui, a-t-elle indiqué, ne s'y prêtait pas, comment cette décision leur portait atteinte.

Le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Ontario (Minister of Municipal Affairs and Housing) c. Transcanada Pipelines Ltd.*¹⁹, dont les motifs ont été rendus par le juge Borins, se rattachait quant à lui au courant jurisprudentiel selon lequel les Autochtones devaient, s'ils voulaient obtenir l'annulation de mesures au sujet desquelles ils n'avaient pas été consultés, faire d'abord la preuve du fait que la mesure en question portait atteinte à au moins un de leurs droits ancestraux ou issus de traités.

De la même manière, dans le jugement qu'elle a rendu dans l'affaire *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Minister of Canadian Heritage)*²⁰ sous la plume de la juge Hansen, la section de première instance de la Cour fédérale a bien vérifié, de manière subsidiaire, si la nation autochtone avait été consultée au sujet de la décision dont elle demandait la révision judiciaire, mais ce, dans le strict cadre du test du caractère justifié des atteintes aux droits issus de traités.

Lorsque l'affaire *Taku River Tlingit First Nation c. Tulsequash Chief Mine Project* s'est retrouvée

devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique²¹ cependant, la juge Huddart n'a eu aucun mal à se rallier aux motifs de la juge Rowles, qui comme les siens dans l'affaire *Halfway River* postulaient entre autres que, dans le cadre du contrôle judiciaire, les Autochtones n'avaient pas à prouver une atteinte à un droit ancestral ou issu de traité pour faire sanctionner le défaut de les avoir consultés. Il convient de reproduire ici les extraits les plus pertinents de ces motifs:

¶ 190 In the case before us, the chambers judge was not required to make a specific determination of the nature of specific aboriginal rights the Tlingits claimed to have or the boundaries of any lands over which they might be found to have aboriginal title. Instead, the question was whether the Ministers of the Crown "had effectively addressed the substance of the Tlingits' concerns with respect to when, and on what terms and conditions, the mineral rights to be exploited by Redfern should be developed."

¶ 191 The footing on which the learned chambers judge proceeded in arriving at her decision to quash the Project Approval Certificate is clear from her reasons, the relevant portions of which I have reproduced above. The chambers judge stated (in paragraph 130) that the federal government had agreed to negotiate land claims with the Tlingits in 1984 on the basis of a preliminary determination that they had aboriginal rights in their territory flowing from their pre-existing

19. [2000] O.J. No. 1066 (Q.L.).

20. [2002] 1 C.N.L.R. 169, 2001 FCT 1426.

21. [2002] 2 C.N.L.R. 312, 2002 BCCA 59.

use and occupation of the land and resources of the area. That fact, together with the fact that the federal government had accepted the Tlingits' claim under the Comprehensive Land Claims Policy, was known to the provincial government when it entered into a framework agreement to negotiate with the Tlingits under the B.C. treaty process.

¶ 192 The chambers judge also pointed out (in paragraph 70) that the Tlingits, throughout the environmental review process, had emphasized their reliance on their system of land use to support their domestic economy and their social and cultural life and all of the experts who prepared reports for the environmental assessment recognized that reliance. That approval of the project would have a profound impact on the Tlingits' way of life and their ability to sustain themselves in their traditional territory was not disputed.

¶ 193 In my opinion, the jurisprudence supports the view taken by the chambers judge that, prior to the issuance of the Project Approval Certificate, the Ministers of the Crown had to be "mindful of the possibility that their decision might infringe aboriginal rights" and, accordingly, to be careful to ensure that the substance of the Tlingits' concerns had been addressed.

¶ 194 In summary, I am of the view that the Crown's argument that any obligation to consult the Tlingits would arise only after there had been a determination that the Tlingits had aboriginal rights or aboriginal title which could be infringed by issuance of the Project Approval Certificate

rests on a misreading of the decisions of the Supreme Court of Canada. To accept the appellants' proposition would largely negate the purpose of the constitutional protection provided by s. 35(1) of the Constitution Act, 1982.

On remarquera que la juge Rowles précisait ainsi un peu plus les circonstances dans lesquelles, sans que les Autochtones n'aient à faire la preuve qu'elle porte atteinte à un droit ancestral ou issu de traité, une mesure au sujet de laquelle ils n'ont pas été consultés au préalable pouvait faire l'objet d'une révision judiciaire.

Moins d'un mois plus tard, le juge Lambert rendait les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Haida Nation c. British Columbia (Minister of Forests)*²². Bien qu'il ait tenté de démentir qu'il y ait quelque divergence entre la jurisprudence de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et celle de la Cour d'appel de l'Ontario au sujet de l'obligation constitutionnelle de l'État de consulter les Autochtones, le juge Lambert n'a pu faire autrement que de se délier du principe de l'arrêt *Transcanada Pipelines* pour s'inscrire plutôt dans le prolongement de l'arrêt *Taku River* et se livrer à des développements sur une obligation autonome incombant à l'État – et à certaines conditions aux tiers – de consulter les Autochtones, obligation dont le défaut d'exécution peut être sanctionné par les tribunaux sans qu'il soit nécessaire que les Autochtones fassent la preuve de l'existence, de la teneur et de la

22. *Supra*, note 2.

portée d'un droit ancestral ou issu de traité et d'une atteinte à ce droit. Encore ici, il convient de reproduire les extraits pertinents des motifs du juge Lambert:

¶ 46 [...] In a court proceeding by the aboriginal people to establish aboriginal rights and allege an infringement, the first step is to consider whether aboriginal title or aboriginal rights have been established, on a balance of probabilities, and to decide on the nature and scope of the title and rights; the second step is to determine whether the particular title and rights have been infringed by a specific action; and the third step is to ask whether the Crown has discharged its onus to show justification including “whether it has fulfilled its duty to consult with a First Nation”. But the Ontario Court of Appeal is not saying that the duty to consult does not arise until the court considers whether it has been discharged. What the Ontario Court of Appeal is saying is that the duty to consult arises “as a prelude to a potential infringement” and should be assessed in relation to “the severity of the proposed Crown action”. So, in factual terms the consultation ought to precede the infringement, and both are likely to precede the court determination of the existence of aboriginal title and aboriginal rights, but as a matter of logical progression in court then, first the title is proved, then the infringement is proved, and then the onus shifts to the Crown to establish that there was justification for the infringement at and before the time when the infringement occurred.

¶ 47 I do not consider that there is any divergence of views bet-

ween this Court and the Ontario Court of Appeal on the question of consultation. [...]

¶ 51 The strength of the Haida case gives content to the obligation to consult and the obligation to seek an accommodation. I am not saying that if there is something less than a good *prima facie* case then there is no obligation to consult. I do not have to deal with such a case on this appeal. But certainly the scope of the consultation and the strength of the obligation to seek an accommodation will be proportional to the potential soundness of the claim for aboriginal title and aboriginal rights.

¶ 52 In my opinion, the obligations to consult and seek an accommodation with the Haida people were enforceable, legal and equitable duties at the relevant times in 1999 and 2000 of the Crown Provincial, MacMillan Bloedel, and its successor, Weyerhaeuser. The chambers judge has found as a fact that the Haida people were not consulted when the replacement of T.F.L. 39 and its transfer to Weyerhaeuser occurred, and that the Haida people objected to the replacement and to the transfer. No accommodation with the Haida people was sought by the Crown, by MacMillan Bloedel, or by Weyerhaeuser. In my opinion, the Crown Provincial and Weyerhaeuser were in breach of these enforceable, legal and equitable duties to the Haida people.

¶ 53 I consider that the courts have considerable discretion in shaping the appropriate remedy in this judicial review proceeding taken before any final determination of the title and rights of the Haida people by a court of competent jurisdiction. [...]

¶ 58 As I have said, the Crown Provincial and Weyerhaeuser were in breach of an enforceable, legal and equitable duty to consult with the Haida people and to seek an accommodation with them at the time when the processes were under way for a replacement of T.F.L. 39 and Block 6 and for a transfer of T.F.L. 39 from MacMillan Bloedel to Weyerhaeuser in the year 2000. That enforceable legal and equitable duty has continued from then until the present time and will continue until the Haida title and rights are determined by treaty or by a Court of competent jurisdiction. But it does not necessarily follow that the replacement of T.F.L. 39 in 2000 and the transfer to Weyerhaeuser are either invalid or void. That question was not, in my opinion, sufficiently fully argued on this appeal. And it could much more readily be argued after the extent of any infringement of aboriginal title and rights by T.F.L. 39 has been determined by a Court of competent jurisdiction.

¶ 59 For those reasons I would not now make an order about the validity, invalidity, or partial validity of T.F.L. 39 and Block 6. That does not mean that, if circumstances change, there cannot be consideration of that question as an interim matter in these proceedings on the basis of proper argument and full facts. But it seems to me that the proper time to determine that question would be at the same time as the determination of aboriginal title, aboriginal rights, *prima facie* infringement, and justification, by a Court of competent jurisdiction. At that time also the question of whether the Provincial Crown title is encumbered by abo-

original title and rights is likely to be determined and argument could be directed to the effect of any such encumbrance on T.F.L. 39.

Avec l'arrêt *Haida Nation*, l'obligation de consultation veut s'émanciper du test du caractère justifié des atteintes aux droits constitutionnels des peuples autochtones. Mais les motifs du juge Lambert apportent un éclairage plutôt faible sur la question des circonstances dans lesquelles, sans que les Autochtones n'aient à faire la preuve d'une atteinte à un droit ancestral ou issu de traité, le défaut de les consulter peut être sanctionné par les tribunaux. Et il n'en va pas autrement de ce que nous disent ces mêmes motifs au sujet des formes qu'une telle sanction peut prendre, sinon que les tribunaux possèdent un pouvoir discrétionnaire plutôt large à cet égard. N'empêche qu'en ce qui a trait à la première question, l'idée d'un «good *prima facie* case» était lancée.

Comme il fallait s'y attendre, l'arrêt *Haida Nation* a rapidement fait jurisprudence en Colombie-Britannique. Peu de temps après qu'il eut été rendu, en effet, des Autochtones ont demandé, en entamant une procédure de contrôle judiciaire, à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une injonction interlocutoire devant empêcher le ministre de prendre la décision qui devait clore le processus décisionnel qu'ils contestaient. Il s'agit de l'affaire *Skeena Cellulose Inc.*²³. Les requérants, dont les

23. La référence du jugement sur la demande d'injonction interlocutoire est: *Skeena Cellulose Inc. (Re)*, (2002) 34 C.B.R. (4th) 298, 2002 BCSC 597.

droits ancestraux n'avaient jamais été établis judiciairement ou par traité, invoquaient le fait qu'ils n'avaient pas été convenablement consultés. Il vaut d'être souligné que, dans le contexte de la demande de contrôle judiciaire, l'existence de l'obligation de consultation n'était pas en litige²⁴. C'était plutôt sur la question de savoir si le ministre s'était acquitté de cette obligation que portait le différend. Nous sommes tentés d'y voir une suite de l'arrêt *Haida Nation*. Le 30 avril 2002, le juge Brenner a rejeté la demande d'injonction interlocutoire sur la base de la prépondérance des inconvénients. Or ses motifs, rendus oralement à l'origine, indiquent que l'arrêt *Haida Nation* représentait pour lui l'essentiel du droit applicable à la demande de contrôle judiciaire des Gitanyow²⁵.

En janvier 2003, la section d'appel de la Cour fédérale rendait jugement dans l'affaire *Pictou c. Canada*²⁶, qui ne consistait pas en une demande de révision judiciaire. La Cour d'appel fédérale devait plutôt disposer de pourvois contre:

la décision du juge Bowie de la Cour de l'impôt de rejeter des arguments selon lesquels les Indiens inscrits ne sont pas tenus de percevoir et de verser la taxe sur les produits et services (TPS) (Loi sur la taxe d'accise, partie IX)

à l'égard des ventes à des clients non indiens dans des points de vente au détail situés dans des réserves en Nouvelle-Écosse. Les appelants soutiennent que certains traités conclus en 1760-1761 entre les autorités britanniques et les Mi'kmaq les dispensaient de l'obligation prévue par la loi de percevoir et de verser les taxes à l'égard de telles ventes²⁷.

Or les appelants présentaient entre autres arguments celui selon lequel découlait des traités de 1760-1761 «une relation *sui generis* [...] en vertu de laquelle l'intimée avait envers les appelants l'obligation fiduciaire de procéder à des négociations de bonne foi en vue de concilier les intérêts divergents avant que toute charge ou obligation nouvelle puisse être valablement imposée aux Mi'kmaq»²⁸. Voici comment le juge Stone, qui a rendu les motifs de la cour, a disposé de cet argument:

Les appelants font valoir deux décisions des tribunaux de la Colombie-Britannique à l'appui de leurs prétentions, soit *Westbank First Nation v. British Columbia* (2000), 191 D.L.R. (4th) 180 (C.S.C.-B.), et *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 1 (C.A.C.-B.). L'une des questions en litige dans *Westbank First Nation* concernait la question de savoir si le chef de district du ministère provincial des forêts était tenu de consulter les Indiens

24. *Ibid.*, par. 10.

25. Le 26 juin de la même année, le juge Rowles, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, leur a accordé la permission de se pourvoir à l'encontre de la décision du juge Brenner: *Skeena Cellulose Inc. (Re)*, (2002) 36 C.B.R. (4th) 101, 2002 BCCA 403.

26. [2003] 2 F.C. 737, 2003 CAF 9.

27. *Ibid.*, extrait du résumé.

28. *Ibid.*, par. 26.

avant que des arbres puissent être coupés dans une région visée par une revendication du titre aborigène. Le juge Sigurdson a rejeté cet argument en prenant appui sur la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Transcanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403, où l'on a statué, au paragraphe 119, que «[TRADUCTION] l'obligation de la Couronne de consulter les premières nations est une obligation légale qui aide le tribunal à décider si la Couronne est justifiée ou non au plan constitutionnel de prendre une mesure particulière jugée enfreindre *prima facie* un droit ancestral ou issu de traité existant d'une première nation». Dans *Haida Nation*, précitée, les Haïdas prétendaient que la Couronne avait l'obligation légale de les consulter avant d'autoriser des opérations forestières dans les îles de la Reine-Charlotte à l'égard desquelles ils revendiquaient un titre aborigène. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait droit à cette prétention. Comme semble l'indiquer le paragraphe 50 de *Haida Nation*, la Cour d'appel a été influencée par la conclusion tirée au procès selon laquelle la prétention des Haïdas «[TRADUCTION] concernant un titre aborigène et des droits ancestraux était établie *prima facie*». La conclusion selon laquelle il restait peu de vieilles forêts de cèdre était d'égale importance. Malgré que le bien-fondé de la revendication n'avait pas encore été établi par un tribunal, il ressort implicitement de la dernière conclusion que permettre à la coupe de continuer jusqu'à ce qu'un tribunal se prononce sur l'existence du titre

aborigène ne ferait qu'accentuer la pénurie existante d'un bien, soit un élément qu'on ne rencontre pas dans la présente affaire. En l'espèce, les appelants ne disposent pas d'un droit issu de traité établi de faire le commerce des produits à l'égard desquels ils ont été imposés, ni n'ont solidement établi *prima facie* l'existence soit d'un droit de commercer qui viserait ces produits, soit d'une obligation fiduciaire de la Couronne de consulter les Mi'kmaq avant d'adopter les dispositions relatives à la perception et au versement d'une taxe de la partie IX de la Loi sur la taxe d'accise ou avant de les imposer par suite du défaut de procéder à une telle perception et à un tel versement.²⁹

L'arrêt *Pictou* semble donc importer depuis l'arrêt *Haida Nation* vers un cadre autre que celui du contrôle judiciaire l'exigence diminuée qu'est celle d'établir un «good *prima facie* case». Mais le juge Stone veut ajouter une autre condition pour que les tribunaux puissent sanctionner le défaut de consulter les Autochtones alors que ceux-ci n'ont pas établi l'atteinte à un droit ancestral ou issu de traité: que la mesure contestée soit susceptible de causer un tort irréparable.

En juin 2003, la section de première instance de la Cour fédérale décidait de l'affaire *Premières nations du Traité n° 8 c. Canada (Procureur général)*³⁰. Il s'agissait d'un recours en contrôle judiciaire qu'avaient intenté les premières nations en question à l'encontre de règlements fédéraux relatifs aux

29. *Ibid.*, par. 34.

30. [2003] F.C.J. No. 1009 (QL), 2003 CFPI 782.

élections et aux référendums qui sont tenus au sein des «bandes d'Indiens». Les premières nations du Traité n° 8 demandaient:

un jugement déclarant que les Règlements contreviennent aux droits ancestraux et issus de traités garantis par le paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 parce qu'ils ont été rédigés et adoptés sans qu'on ait préalablement procédé à une consultation véritable des membres des Premières nations, en particulier sans que les demandeurs aient été véritablement consultés.³¹

La juge Dawson paraît avoir estimé qu'il était nécessaire pour les premières nations du Traité n° 8 d'établir l'existence non seulement d'un droit ancestral ou issu de traité à la gouvernance, mais également d'un droit ancestral d'être consulté³² ! Elle a conclu qu'elles avaient échoué à ces deux exigences³³. Or voici comment la juge Dawson a composé avec le fait que les premières nations s'appuyaient sur l'arrêt *Haida Nation*:

Les demandeurs s'appuient sur l'arrêt qu'a prononcé la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, (2002) 6 W.W.R. 243, pour soutenir qu' [TRADUCTION] «il n'est pas nécessaire de prouver qu'il y a eu atteinte dans le contexte de ces affaires de consultation». Dans l'arrêt *Haida*, la question en litige était de savoir si la Couronne avait l'obligation de consulter un peuple autoch-

tone, qui revendiquait expressément un droit ancestral, au sujet des risques d'atteinte, avant que le tribunal compétent ait reconnu l'existence d'un tel droit ancestral. À mon avis, cette décision n'a pas eu pour effet de créer une nouvelle obligation de consultation lorsqu'un titre aborigène ou des droits ancestraux ou autres reconnus par le paragraphe 35(1) de la Charte ne sont pas en litige.³⁴

Enfin, le 18 septembre 2003, la Cour suprême de la Colombie-Britannique rendait jugement dans l'affaire *Heiltsuk Nation c. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)*³⁵. Cette affaire consistait en une demande de la part de la nation Heiltsuk de contrôle judiciaire de l'octroi d'une série de permis qui devait rendre possibles des activités piscicoles dans un territoire où cette nation revendiquait des droits ancestraux. La demande se fondait notamment sur le défaut des décideurs de les avoir convenablement consultés. Le jugement du juge Gerow prend appui sur l'arrêt *Haida Nation*, dont il a estimé que les motifs lui reconnaissaient une discrétion suffisamment large pour lui permettre de décider de l'affaire en se posant notamment les questions suivantes: les Heiltsuk ont-ils établi un «*prima facie* claim» de titre aborigène ou de quelque droit ancestral portant sur les terres et les eaux couvertes par les permis en question?; dans l'affirmative, les Heiltsuk ont-ils établi un «*prima facie* infringe-

31. *Ibid.*, par. 3.

32. *Ibid.*, par. 43-44.

33. *Ibid.*, par. 79.

34. *Ibid.*, par 80.

35. *Supra*, note 16.

ment» sur au moins un de ces droits? Le juge Gerow en est venu à la conclusion que les Heiltsuk n'avaient fait la preuve d'un «strong *prima facie* claim» qu'à l'égard d'un droit ancestral d'utilisation non exclusive du territoire ainsi que d'un droit ancestral de pêche. Cependant, il fut d'avis que les Heiltsuk n'avaient pas réussi à établir devant lui un «*prima facie* infringement» sur l'un de ces deux droits. Or, étant donné que la Couronne avait reconnu avoir en la circonstance une obligation de consultation à l'endroit des Heiltsuk, le juge Gerow a néanmoins conclu à l'existence d'une telle obligation. Mais il a enfin jugé que tant la Couronne que la société Omega Salmon s'étaient acquittées de leur obligation de consulter les Heiltsuk.

De cette analyse, on peut se sentir autorisé à conclure que la réponse à la question de savoir s'il est possible pour les Autochtones d'obtenir la sanction judiciaire, notamment par un recours en contrôle judiciaire, du défaut de la part de l'État de les consulter sans avoir à faire la preuve d'une atteinte à un droit ancestral ou issu de traité doit recevoir une réponse affirmative. L'arrêt *Haida Nation* semble bien faire jurisprudence, et ce, notamment à la faveur des efforts qu'a déployés à cette occasion le juge Lambert pour résoudre l'antinomie entre les arrêts *Taku River* et *Transcanada Pipelines*. Du reste, le fait que, depuis, le gouvernement de la Colombie-Britannique soit disposé à admettre – officiellement du moins – qu'il a – ou avait – l'obli-

gation de consulter les Autochtones au sujet de leurs droits ancestraux même lorsque ces droits n'ont pas été – ou ne sont pas – établis judiciairement ou par traité doit retenir l'attention. Pour autant, il ne faut pas présenter l'état du droit sur la question sous un jour meilleur qu'il ne l'est en réalité. On sait que, particulièrement en droit des Autochtones, la jurisprudence n'a qu'une autorité bien précaire tant qu'elle n'a pas été avalisée par la Cour suprême du Canada. L'audition devant elle des affaires *Taku River* et *Haida Nation* sera tenue en mars. En attendant qu'elle rende jugement dans ces affaires, on sait que la réception de l'arrêt *Haida Nation* dans la jurisprudence de la Cour fédérale n'a pas été parfaite. En appel dans l'affaire *Pictou*, par exemple, cette cour a suggéré qu'un «good *prima facie* case» devait être accompagné d'un risque de préjudice irréparable ou gravissime pour justifier la révision judiciaire d'une décision qui n'a pas été précédée d'une consultation des Autochtones sans que ceux-ci n'aient à prouver l'atteinte à un droit ancestral ou issu de traité.

L'innovation que veut apporter l'arrêt *Haida Nation* soulève certaines questions auxquelles il faut espérer que la Cour suprême du Canada sera suffisamment attentive. Nous nous contenterons en l'occurrence d'en mentionner deux.

Premièrement, on peut se demander, s'il devient possible pour les Autochtones, par une

demande de contrôle judiciaire, de faire sanctionner par les tribunaux le défaut de la Couronne de les consulter sans avoir à faire la preuve d'une atteinte à un droit ancestral ou issu de traité, ce qui pourra les empêcher d'ainsi faire sanctionner un tel défaut par d'autres avenues judiciaires, par exemple en défense dans le cadre d'une poursuite pénale. Au cours des années 1990, la Cour suprême du Canada s'est attachée à un important travail de développement du droit substantif relatif aux droits constitutionnels des peuples autochtones. Le défi est maintenant celui de s'assurer, notamment par le truchement de précisions relevant du partage constitutionnel des compétences, du droit administratif et du droit judiciaire, que les Autochtones disposent de moyens efficaces pour mettre en œuvre, là où ils sont bafoués, les droits que cette cour leur a reconnus. Les arrêts qu'elle rendra dans les affaires *Taku River* et *Haida Nation* pourraient bien être significatifs à cet égard. Rappelons au passage que, depuis le récent arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*³⁶, on sait que même les tribunaux administratifs, lorsqu'ils sont habilités, que ce soit explicitement ou implicitement, à se prononcer sur toute

question de droit, sont compétents pour trancher des questions relatives aux droits constitutionnels des peuples autochtones³⁷.

Deuxièmement, la question suivante se pose également: s'il n'est pas choquant à l'esprit que, à la suite d'une révision judiciaire consacrant une obligation de consulter une communauté autochtone au sujet de droits qu'elle n'a établis que «*prima facie*», un procès se termine avec le constat que cette communauté n'a pas réussi à faire la preuve de ces droits, en est-il autrement de la situation inverse? Dans la mesure où certains des principes de l'arrêt *Haida Nation* seront avalisés par la Cour suprême du Canada, il est vraisemblable que, dans les cas où la demande de contrôle judiciaire pour défaut de consultation aura échoué avant qu'un procès ne finisse par établir l'atteinte tant redoutée à un droit ancestral ou issu de traité, le droit d'être indemnisé pour une telle atteinte sera d'autant réduit.

Ce ne sont là que deux questions parmi une pléthore d'autres, dont celle de l'extension de l'obligation constitutionnelle de consulter les Autochtones à d'autres titulaires que la «Couronne», sur lesquelles la Cour suprême du Canada sera convoquée à se prononcer.

36. 2003 CSC 55.

37. *Ibid.*, par. 39.