

COUR SUPRÊME DU CANADA

Référence : Première nation crie Mikisew *c.* **Date :** 20051124
Canada (Ministre du Patrimoine canadien),
2005 CSC 69 **Dossier :** 30246

Première nation crie Mikisew

Appelante

c.

Sheila Copps, ministre du Patrimoine canadien, et

Thebacha Road Society

Intimées

et

Procureur général de la Saskatchewan, procureur général

de l'Alberta, Nation crie de Big Island Lake,

Lesser Slave Lake Indian Regional Council,

Premières nations de l'Alberta signataires du Traité n° 8,

Treaty 8 Tribal Association, Premières nations de Blueberry River

et Assemblée des Premières nations

Intervenants

Traduction française officielle

Coram : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron

Motifs de jugement :

(par. 1 à 70)

Le juge Binnie (avec l'accord de la juge en chef McLachlin et des juges Major, Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron)

Note : Ce document fera l'objet de retouches de forme avant la parution de sa version définitive dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*.

première nation crie mikisew c. canada

Première nation crie Mikisew

Appelante

c.

Sheila Copps, ministre du Patrimoine canadien, et

Thebacha Road Society

Intimées

et

Procureur général de la Saskatchewan, procureur général

de l'Alberta, Nation crie de Big Island Lake, Lesser Slave

Lake Indian Regional Council, Premières nations de

l'Alberta signataires du Traité n^o 8, Treaty 8 Tribal

Association, Premières nations de Blueberry River et

Assemblée des Premières nations

Intervenants

Répertorié : Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)

Référence neutre : 2005 CSC 69.

N^o du greffe : 30246.

2005 : 14 mars; 2005 : 24 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

en appel de la cour d'appel fédérale

pour répondre aux besoins régionaux en matière de transport – Route proposée réduisant le territoire sur lequel la Première nation crie Mikisew aurait le droit d'exercer ses droits de chasse, de pêche et de piégeage issus du traité – La Couronne avait-elle l'obligation de consulter les Mikisew? – Dans l'affirmative, la Couronne s'est-elle acquittée de cette obligation? – Traité n° 8 de 1899.

Couronne – Honneur de la Couronne – Obligation de consulter et d'accommoder les peuples autochtones.

Appel – Rôle de l'intervenant – Nouvel argument.

Aux termes du Traité n° 8 signé en 1899, les premières nations qui vivaient dans la région ont cédé à la Couronne 840 000 kilomètres carrés de terres situées dans ce qui est maintenant le nord de l'Alberta, le nord-est de la Colombie-Britannique, le nord-ouest de la Saskatchewan et la partie sud des Territoires du Nord-Ouest, une superficie de très loin supérieure à celle de la France, qui excède celle du Manitoba, de la Saskatchewan ou de l'Alberta et qui équivaut presque à celle de la Colombie-Britannique. En contrepartie de cette cession, on a promis aux premières nations des réserves et certains autres avantages, les plus importants pour eux étant les droits de chasse, de pêche et de piégeage sur tout le territoire cédé à la Couronne à l'exception de [traduction] « tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissements, de mine, d'opérations forestières, de commerce ou autres objets ».

La réserve des Mikisew se trouve sur le territoire visé par le Traité n° 8 dans ce qui est maintenant le parc national Wood Buffalo. En 2000, le gouvernement fédéral a approuvé la construction d'une route d'hiver, qui devait traverser la réserve des Mikisew, sans consulter ceux-ci. À la suite des protestations des Mikisew, le tracé de la route a été modifié (mais sans consultation) de manière à ce qu'il longe la limite de la réserve. La superficie totale du corridor de la route est d'environ 23 kilomètres carrés. L'objection des Mikisew à la construction de la route va au-delà de l'effet direct qu'aurait l'interdiction de chasser et de piéger dans le secteur visé par la route d'hiver et porte sur le préjudice causé au mode de vie traditionnel qui est essentiel à leur culture. La Section de première instance de la Cour fédérale a annulé l'approbation de la ministre en se fondant sur la violation de l'obligation de fiduciaire de la Couronne de consulter adéquatement les Mikisew et a accordé une injonction interlocutoire interdisant la construction de la route d'hiver. La cour a conclu que les avis publics types et la tenue de séances portes ouvertes n'étaient pas suffisants et que les Mikisew avaient droit à un processus de consultation distinct. La Cour d'appel fédérale a annulé cette décision et a conclu, en s'appuyant sur un argument présenté par un intervenant, que la route d'hiver constituait plus justement une « prise » de terres cédées effectuée conformément au traité plutôt qu'une violation de celui-ci. Cette décision a été rendue avant que notre Cour se prononce dans les affaires *Nation Haïda* et *Première nation Tlingit de Taku River*.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. L'obligation de consultation qui découle du principe de l'honneur de la Couronne n'a pas été respectée.

La démarche adoptée par le gouvernement a nui processus de réconciliation entre la Couronne et les premières nations signataires du Traité n° 8 plutôt que de le faire progresser. [4]

Lorsque la Couronne exerce son droit issu du Traité n° 8 de « prendre » des terres, son obligation d'agir honorablement dicte le contenu du processus. La question dans chaque cas consiste à déterminer la mesure dans laquelle les dispositions envisagées par la Couronne auraient un effet préjudiciable sur les droits de chasse, de pêche et de piégeage des Autochtones de manière à rendre applicable l'obligation de consulter. Par conséquent, dans les cas où la Cour est en présence d'une « prise » projetée, il n'est pas indiqué de passer directement à une analyse de la justification fondée sur l'arrêt *Sparrow* même si on a conclu que la mesure envisagée, si elle était mise en œuvre, porterait atteinte à un droit issu du traité de la première nation. La Cour doit d'abord examiner le processus et se demander s'il est compatible avec l'honneur de la Couronne. [33‑34] [59]

Même si le traité lui accorde un droit de « prendre » des terres cédées, la Couronne a néanmoins l'obligation de s'informer de l'effet qu'aura son projet sur l'exercice, par les Mikisew, de leurs droits de chasse, de pêche et de piégeage et de leur communiquer ses constatations. La Couronne doit alors s'efforcer de traiter avec les Mikisew de bonne foi et dans l'intention de tenir compte réellement de leurs préoccupations. L'obligation de consultation est vite déclenchée, mais l'effet préjudiciable et l'étendue du contenu de l'obligation de la Couronne sont des questions de degré. En vertu du Traité n° 8, les droits de chasse, de pêche et de piégeage issus du traité de la première nation sont par conséquent restreints non seulement par des limites géographiques et des mesures spécifiques de réglementation gouvernementale, mais aussi le droit pour la Couronne de prendre des terres aux termes du traité, sous réserve de son obligation de tenir des consultations et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux intérêts de la première nation. [55‑56]

En l'espèce, l'obligation de consultation est déclenchée. Les effets de la route proposée étaient clairs, démontrés et manifestement préjudiciables à l'exercice ininterrompu des droits de chasse et de piégeage des Mikisew sur les terres en question. Contrairement à ce qu'elle prétend, la Couronne ne s'est pas acquittée de l'obligation de consultation en 1899 lors des négociations qui ont précédé le traité. [54‑55]

Cependant, étant donné que la Couronne se propose de construire une route d'hiver relativement peu importante sur des terres cédées où les droits issus du traité des Mikisew sont expressément assujettis à la restriction de la « prise », le contenu de l'obligation de consultation de la Couronne se situe plutôt au bas du continuum. La Couronne doit aviser les Mikisew et nouer un dialogue directement avec eux. Ce dialogue devrait comporter la communication de renseignements au sujet du projet traitant des intérêts des Mikisew connus de la Couronne et de l'effet préjudiciable que le projet risquait d'avoir, selon elle, sur ces intérêts. La Couronne doit aussi demander aux Mikisew d'exprimer leurs préoccupations et les écouter attentivement, et s'efforcer de réduire au minimum les effets préjudiciables du projet sur les droits issus du traité des Mikisew. [64]

La Couronne n'a pas respecté ses obligations lorsqu'elle a déclaré unilatéralement que le tracé de la route serait déplacé de la réserve elle-même à une bande de terre à la limite de celle-ci. Elle n'a pas réussi à démontrer qu'elle avait l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des Autochtones dans le cadre d'un véritable processus de consultation. [64;67]

Le procureur général de l'Alberta n'a pas outrepassé le rôle d'un intervenant lorsqu'il a soulevé devant la Cour d'appel fédérale un nouvel argument pertinent à la question qui était au coeur du litige, à savoir si l'approbation de la route d'hiver par la ministre violait le Traité n° 8. Un intervenant peut toujours présenter un argument juridique à l'appui de ce qu'il prétend être la bonne conclusion juridique à l'égard d'une question dont la cour est régulièrement saisie pourvu que son argument juridique ne fasse pas appel à des faits additionnels qui n'ont pas été prouvés au procès, ou qu'il ne soulève pas un argument qui est par ailleurs injuste pour l'une des parties. [40]

Jurisprudence

Arrêts examinés : *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Nation Haida c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550, 2004 CSC 74; **distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43; *Halfway River First Nation c. British Columbia (Ministry of Forests)* (1999), 178 D.L.R. (4th) 666, 1999 BCCA 470; *R. c. Morgentaler*, [1993] 1 R.C.S. 462; *Lamb c. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 678, 2002 CSC 19; *Province of Ontario c. Dominion of Canada* (1895), 25 R.C.S. 434; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *R. c. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

Loi sur l'accord de 1986 concernant les terres indiennes, L.C. 1988, ch. 39.

Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (Alberta) (Loi constitutionnelle de 1930, ann. 2), art. 10, L.R.C. 1985, ann. n° 26.

Règlement sur le gibier du parc de Wood-Buffalo, DORS/78;830, art. 36(5).

Traités et Proclamations

Proclamation royale de 1763, L.R.C. 1985, ann. 1.

Traité n^o 8 (1899).

Doctrine citée

Mair, Charles. *Through the Mackenzie Basin : A Narrative of the Athabasca and Peace River Treaty Expedition of 1899*. Toronto : William Briggs, 1908.

Rapport des commissaires sur le Traité n^o 8 (1899), dans *Traité n^o 8 conclu le 21 juin 1899 et adhésions, rapports et autres documents annexés*. Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1981.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Rothstein, Sexton et Sharlow), [2004] 3 R.C.F. 436, (2004), 236 D.L.R. (4th) 648, 317 N.R. 258, [2004] 2 C.N.L.R. 74, [2004] A.C.F. n^o 277 (QL), 2004 CAF 66, qui a infirmé un jugement de la juge Hansen, (2001), 214 F.T.R. 48, [2002] 1 C.N.L.R. 169, [2001] A.C.F. n^o 1877 (QL), 2001 CFPI 1426. Pourvoi accueilli.

Jeffrey R. W. Rath et Allisun Taylor Rana, pour l'appelante.

Cheryl J. Tobias et Mark R. Kindrachuk, c.r., pour l'intimée Sheila Copps, ministre du Patrimoine canadien.

Personne n'a comparu pour l'intimée Thebacha Road Society.

P. Mitch McAdam, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Robert Normey et Angela J. Brown, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

James D. Jodouin et Gary L. Bainbridge, pour l'intervenante Nation crie de Big Island Lake.

C. Allan Donovan et Bram Rogachevsky, pour l'intervenant Lesser Slave Lake Indian Regional Council.

Robert C. Freedman et Dominique Nouvet, pour l'intervenante Premières nations de l'Alberta signataires du Traité n^o 8.

E. Jack Woodward et Jay Nelson, pour l'intervenante Treaty 8 Tribal Association.

Thomas R. Berger, c.r., et *Gary A. Nelson*, pour l'intervenante Premières nations de Blueberry River.

Jack R. London, c.r., et *Bryan P. Schwartz*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières

nations.

Version française du jugement de la Cour rendu par

1 Le juge Binnie – L'objectif fondamental du droit moderne relatif aux droits ancestraux et issus de traités est la réconciliation entre les peuples autochtones et non autochtones et la conciliation de leurs revendications, intérêts et ambitions respectifs. La gestion de ces rapports s'exerce dans l'ombre d'une longue histoire parsemée de griefs et d'incompréhension. La multitude de griefs de moindre importance engendrés par l'indifférence de certains représentants du gouvernement à l'égard des préoccupations des peuples autochtones, et le manque de respect inhérent à cette indifférence, ont causé autant de tort au processus de réconciliation que certaines des controverses les plus importantes et les plus vives. Et c'est le cas en l'espèce.

2 Le Traité n^o 8 est l'un des plus importants traités conclus après la Confédération. Les premières nations qui l'ont signé en 1899 ont cédé à la Couronne une superficie de 840 000 kilomètres carrés de terres situées dans ce qui est maintenant le nord de l'Alberta, le nord-est de la Colombie-Britannique, le nord-ouest de la Saskatchewan et la partie sud des Territoires du Nord-Ouest. Pour donner une idée de l'étendue du territoire cédé, sa superficie est de très loin supérieure à celle de la France (543 998 kilomètres carrés), elle excède celle du Manitoba (650 087 kilomètres carrés), de la Saskatchewan (651 900 kilomètres carrés) et de l'Alberta (661 185 kilomètres carrés), et elle équivaut presque à celle de la Colombie-Britannique (948 596 kilomètres carrés). En contrepartie de cette cession, on a promis aux premières nations des réserves et certains autres avantages, y compris, ce qui leur importait le plus, les droits de chasse, de piégeage et de pêche suivants :

[traduction] Et Sa Majesté la Reine convient par les présentes avec les dits sauvages qu'ils auront le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche dans l'étendue de pays cédée telle que ci-dessus décrite, subordonnées à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement du pays agissant au nom de Sa Majesté et sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissements, de mine, d'opérations forestières, de commerce ou autres objets. [Je souligne.]

(Rapport des commissaires sur le Traité n^o 8 (1899), p. 15)

3 En fait, pour diverses raisons (y compris un manque d'intérêt de la part des Autochtones), on n'a pas mis de côté suffisamment de terres aux fins d'établissement de réserves pour la Première nation crie Mikisew (« les Mikisew ») avant l'adoption du Treaty Land Entitlement Agreement (entente sur les droits fonciers issus de traités) de 1986; soit 87 ans après la signature du Traité n^o 8. Moins de 15 ans plus tard, le gouvernement fédéral a approuvé la construction d'une route d'hiver de 118 kilomètres qui, selon le plan original, traversait la

nouvelle réserve de la Première nation Mikisew à Peace Point. Le gouvernement n'a pas jugé nécessaire de consulter directement les Mikisew avant de prendre cette décision. À la suite des protestations de ces derniers, le tracé de la route d'hiver a été modifié de manière à longer la limite de la réserve de Peace Point plutôt que de la traverser, toujours sans que les Mikisew aient été consultés. Le tracé modifié de la route traversait les lignes de piégeage d'environ 14 familles Mikisew vivant dans le secteur voisin de la route projetée, et ceux d'autres personnes pouvant installer des pièges dans ce secteur sans y vivre, ainsi que les territoires de chasse d'une centaine de Mikisew dont les activités de chasse (principalement à l'original) risquaient, selon les Mikisew, d'être perturbées. Le fait que la route d'hiver projetée ne nuise directement qu'à environ 14 trappeurs Mikisew et quelque 100 chasseurs peut ne pas sembler très dramatique (sauf si vous êtes vous-même un des trappeurs ou des chasseurs en question), mais dans le contexte d'une collectivité éloignée du nord composée d'un nombre relativement restreint de familles, ce fait a de l'importance. Au-delà de tout cela, le principe de tenir des consultations avant de porter atteinte à des droits issus de traités existants constitue néanmoins une question qui revêt une importance générale en ce qui concerne les rapports entre les peuples autochtones et non autochtones. Ce principe touche au cœur de ces rapports et concerne non seulement les Mikisew, mais aussi d'autres premières nations et les gouvernements non autochtones.

4 En l'espèce, les rapports n'ont pas été bien gérés. Aucune consultation adéquate n'a été tenue avant l'approbation de la ministre. La démarche adoptée par le gouvernement a nui processus de réconciliation plutôt que de le faire progresser. L'obligation de consultation qui découle du principe de l'honneur de la Couronne, ainsi que l'obligation de celle-ci de respecter les droits issus de traités existants des peuples autochtones (maintenant reconnus à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) ont été violées. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi des Mikisew, d'annuler l'approbation de la ministre et de lui renvoyer le dossier pour qu'elle tienne des consultations et qu'elle en poursuive l'examen.

I. Faits

5 Environ 5 pour cent du territoire cédé en vertu du Traité n° 8 a été réservé en 1922 pour la création du parc national Wood Buffalo. Le parc a été créé principalement pour protéger les derniers troupeaux de bisons des bois du nord du Canada et il occupe une superficie de 44 807 kilomètres carrés de part et d'autre de la frontière entre le nord de l'Alberta et la partie du sud des Territoires du Nord-Ouest. Il a été désigné site du patrimoine mondial par l'UNESCO. Le parc est lui-même plus grand que la Suisse.

6 Il abrite actuellement le plus grand troupeau de bisons en liberté et à reproduction autonome du monde, et on y trouve la dernière aire de nidification naturelle des grues blanches, une espèce menacée, ainsi que de vastes forêts boréales naturelles intactes. Point plus pertinent encore, des Autochtones y habitent depuis plus de 8 000 ans et certains d'entre eux tirent encore leur subsistance de la chasse, de la pêche et du piégeage commercial pratiqués dans les limites du parc. Les terres ancestrales des Mikisew se trouvent dans le parc. Par l'effet du Treaty Land Entitlement Agreement, la réserve de Peace Point a été formellement exclue du parc en 1988, mais évidemment celui-ci entoure la réserve.

7 Les membres de la Première nation crie Mikisew sont des descendants des Cris de Fort Chipewyan qui ont signé le Traité n^o 8 le 21 juin 1899. Il est établi que ses membres ont droit aux avantages conférés par le Traité n^o 8.

A. Le projet de route d'hiver

8 La promotrice de la route d'hiver est l'intimée Thebacha Road Society, dont les membres comprennent la ville de Fort Smith (située dans les Territoires du Nord-Ouest, à la limite nord-est du parc national Wood Buffalo, où se trouve le centre administratif du parc), le Conseil des Métis de Fort Smith, la Première nation de Salt River et la Première nation crie de Little Red River. Pour ces gens, la route d'hiver présente l'avantage d'offrir un accès hivernal direct à un certain nombre de collectivités nordiques isolées et au réseau routier de l'Alberta au sud. La juge de première instance a reconnu que l'objectif du gouvernement était de répondre à des « besoins régionaux en matière de transport » : (2001), 214 F.T.R. 48, 2001 CFPI 1426, par. 115.

B. Le processus de consultation

9 Selon la juge de première instance, pour démontrer qu'une consultation appropriée avait été tenue, la ministre s'est appuyée sur le fait que la plupart des communications avec les Mikisew consistaient à leur fournir les mêmes renseignements généraux concernant le projet de route que ceux distribués à l'ensemble des parties intéressées, et ce, tant sur le plan de la forme que du contenu. Le 19 janvier 2000, Parcs Canada a ainsi remis aux Mikisew, pour le compte de la ministre, le cadre de référence pour l'évaluation environnementale. Les Mikisew ont été informés que des séances portes ouvertes seraient tenues au cours de l'été 2000. La ministre affirme n'avoir reçu aucune réponse officielle des Mikisew avant le 10 octobre 2000, soit environ deux mois après l'expiration du délai qu'elle avait fixé pour la présentation des commentaires « publics ». Le chef Poitras a déclaré que les Mikisew n'avaient pas participé officiellement aux séances portes ouvertes parce que [traduction] « . . . les séances portes ouvertes ne sont pas un moyen adéquat de nous consulter ».

10 Apparemment, Parcs Canada n'a pas mis la promotrice Thebacha Road Society dans le coup non plus. À la fin de janvier 2001, cette dernière a informé le chef Poitras qu'elle venait juste d'apprendre que les Mikisew n'appuyaient pas le projet de route. Jusque-là, on avait donné à entendre à Thebacha Road Society que les Mikisew ne s'opposaient pas à ce que la route traverse la réserve. Le 29 janvier 2001, le chef Poitras a écrit une autre lettre à la ministre et a reçu du cabinet de la ministre une réponse type disant [traduction] qu'« il sera[it] donné suite à la lettre avec toute l'attention requise ».

11 Finalement, le 30 avril 2001, après plusieurs autres malentendus, Parcs Canada a écrit au chef Poitras une lettre où on pouvait lire notamment ce qui suit : [traduction] « Je vous fais, à vous et à votre peuple, mes excuses pour la façon dont s'est déroulé le processus de consultation relatif au projet de route d'hiver et pour toute perception publique négative de la [Première Nation crie Mikisew] ». En fait, la décision d'approuver une route au tracé modifié avait déjà été prise à ce moment-là.

12 Le 25 mai 2001, la ministre a annoncé sur le site Web de Parcs Canada que Thebacha Road Society était autorisée à construire une route d'hiver d'une largeur de 10 mètres dont les vitesses limites affichées seraient de 10 à 40 kilomètres à l'heure. Selon cette annonce, l'autorisation était conforme [traduction] « aux plans et politiques de Parcs Canada » et à « d'autres lois et règlements fédéraux ». Il n'était aucunement fait mention d'une quelconque obligation envers les Mikisew.

13 La ministre affirme maintenant que les Mikisew sont mal venus de se plaindre du processus de consultation puisqu'ils ont refusé de participer au processus public qui a été mis en place. La consultation, affirme-t-elle, doit se faire dans les deux sens. Il n'en tenait qu'à eux de profiter de ce qu'on leur offrait. Ils ne l'ont pas fait. À son avis, elle s'est acquittée de son obligation.

14 La route d'hiver projetée est suffisamment large pour permettre le passage de deux véhicules. Par application du par. 36(5) du *Règlement sur le gibier du parc de Wood‑Buffalo*, DORS/78‑830, l'aménagement de la route aurait pour effet de créer un corridor de 200 mètres de large à l'intérieur duquel il serait interdit d'utiliser des armes à feu. Ce corridor aurait une superficie totale d'environ 23 kilomètres carrés.

15 L'objection des Mikisew va bien au-delà de l'effet direct qu'aurait l'interdiction de chasser et de piéger dans le secteur visé par la route d'hiver. Selon la conclusion de la juge de première instance, le secteur environnant subirait un effet préjudiciable. Le maintien d'un mode de vie traditionnel, lequel est, au dire des Mikisew, essentiel à leur culture, dépend de la conservation des terres entourant la réserve de Peace Point dans leur état naturel, ce qui, soutiennent-ils, est nécessaire pour leur permettre de transmettre leur culture et leur savoir à la prochaine génération. L'effet préjudiciable de la route sur la chasse et le piégeage, affirment-ils, pourrait s'avérer constituer, pour leurs jeunes, une incitation de plus à abandonner leur mode de vie traditionnel pour se tourner vers d'autres modes de vie du sud.

16 Les Mikisew ont demandé à la Cour fédérale d'annuler l'approbation de la ministre en se fondant sur leur conception de l'obligation de fiduciaire de la Couronne, faisant valoir que la ministre est tenue à [traduction] « une obligation fiduciaire et [constitutionnelle] de consulter [adéquatement] la Première nation crie Mikisew au sujet de la construction de la route » (la juge de première instance, par. 26).

17 Le 27 août 2001, la Section de première instance de la Cour fédérale a accordé une injonction interlocutoire interdisant la construction de la route d'hiver .

II. Dispositions pertinentes

18 *Loi constitutionnelle de 1982*

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du

Canada sont reconnus et confirmés.

III. Historique judiciaire

A. *Section de première instance de la Cour fédérale* ((2001), 214 F.T.R. 48, 2001 CFPI 1426)

19 La juge Hansen a conclu que les terres comprises dans le parc national de Wood Buffalo n'avaient pas été « prises » par la Couronne au sens du Traité n° 8 puisque l'utilisation de ces terres comme parc national ne constituait pas une « utilisation visible » non compatible avec le droit de chasser et de piéger existant (*R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025). La route d'hiver projetée et son corridor de 200 mètres « [sans] armes à feu » aurait un effet préjudiciable sur les droits issus du traité des Mikisew. Ces droits ont reçu une protection constitutionnelle en 1982, et toute atteinte à ces droits doit être justifiée conformément au critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Selon la juge Hansen, la décision de la ministre d'approuver la route portait atteinte aux droits issus du Traité n° 8 des Mikisew et ne pouvait être justifiée suivant le critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*.

20 Plus particulièrement, la juge de première instance a conclu que les avis publics types et la tenue de séances portes ouvertes n'étaient pas suffisants. Les Mikisew avaient droit à un processus de consultation distinct. Elle a affirmé ce qui suit (par. 170‑171) :

La demanderesse critique les mesures d'atténuation accompagnant la décision de la Ministre parce qu'elles n'ont pas été élaborées en consultation avec les Mikisews et qu'elles n'étaient pas conçues pour minimiser les empiétements sur leurs droits. Je partage ce point de vue. Même la bifurcation du tracé, apparemment adoptée par suite des objections élevées par les Mikisews, n'a pas été faite en consultation avec la Première nation. La preuve n'établit pas qu'on ait pris le moins possible atteinte aux droits issus de traité des Mikisews. La déposition du chef Poitras met en évidence l'atmosphère de secret qui entourait le tracé de la bifurcation, alors que ce processus aurait dû comporter l'examen, en toute transparence, des préoccupations des Mikisews.

Parcs Canada a reconnu qu'il n'avait pas consulté les Mikisews au sujet du tracé de la bifurcation et qu'il n'avait pas non plus pris en considération les incidences du nouveau tracé sur les droits des trappeurs mikisews.

21 La juge de première instance a donc accueilli la demande de contrôle judiciaire et annulé l'approbation de la ministre.

B. *Cour d'appel fédérale* ([2004] 3 R.C.F. 436, 2004 CAF 66)

22 Le juge Rothstein, avec l'accord du juge Sexton, a accueilli l'appel et rétabli l'approbation de la ministre. Il s'est appuyé sur un argument présenté par le procureur général de l'Alberta, intervenant dans l'appel. Selon cet argument, le Traité n° 8 prévoyait expressément la « prise » de terres cédées pour différentes fins, y compris la construction de

routes. Il était plus juste de considérer la route d'hiver comme une « prise » effectuée en application du traité plutôt que comme une violation de celui-ci. Selon la conclusion du juge Rothstein :

Lorsqu'une limitation expressément prévue par un traité s'applique, le traité n'est pas violé et l'article 35 n'est donc pas non plus violé. Il faut faire la distinction avec le cas où les limitations prévues par le traité ne s'appliquent pas, mais où le gouvernement cherche néanmoins à limiter le droit issu du traité. En pareil cas, il faut satisfaire au critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow* pour que l'atteinte soit permise sur le plan constitutionnel. [par. 21]

Le juge Rothstein a également conclu que la ministre n'était tenue à aucune obligation de consulter les Mikisew au sujet de la route, bien qu'il soit de « bonne pratique » de le faire (par. 24). (Cette décision a été rendue avant que notre Cour se prononce dans les affaires *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73 et *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550, 2004 CSC 74.)

23 En dissidence, la juge Sharlow a souscrit à l'opinion de la juge de première instance selon laquelle l'approbation de la route d'hiver constituait une atteinte *prima facie* aux droits issus du Traité n° 8 et que l'atteinte n'avait pas été justifiée selon le critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*. L'obligation de fiduciaire de la Couronne doit être prise en compte. L'omission du personnel de la ministre travaillant pour Parcs Canada de procéder à une réelle consultation a été fatale à la tentative de justification de la Couronne. Elle a écrit ce qui suit :

Dans ce cas-ci, rien ne montre que la ministre ait de bonne foi fait des efforts pour comprendre ou examiner les préoccupations que la Première nation crie Mikisew entretenait au sujet de l'effet possible de la route sur l'exercice du droit de chasse et de piégeage qui lui était reconnu par le Traité n° 8. À mon avis, il importe de noter que l'on a informé la Première nation crie Mikisew du nouveau tracé du corridor routier destiné à éviter la réserve de Peace Point qu'une fois qu'il a été conclu que ce nouveau tracé était réalisable et raisonnable, en ce qui concerne les répercussions sur l'environnement, et que la route a été approuvée. On peut en inférer que les représentants responsables de la Couronne croyaient que, dans la mesure où la route d'hiver ne traversait pas la réserve de Peace Point, il était possible de ne faire aucun cas des autres objections soulevées par la Première nation crie Mikisew. Cela est bien loin d'indiquer une consultation réelle, mais indique plutôt que l'on a fait aucun cas des préoccupations qu'entretenait la Première nation crie Mikisew au sujet de l'atteinte aux droits qui lui étaient reconnus par le Traité n° 8. [par. 152]

La juge Sharlow aurait rejeté l'appel.

IV. Analyse

24 Les traités numérotés conclus après la Confédération visaient à permettre la colonisation et le développement de l'Ouest et du Nord-Ouest canadiens. Le Traité n° 8

lui-même précise que [traduction] « lesdits sauvages ont été notifiés et informés par les dits commissaires de Sa Majesté que c'est le désir de Sa Majesté d'ouvrir à la colonisation, à l'immigration, au commerce, aux voyages, aux opérations minières et forestières et à telles autres fins que Sa Majesté pourra trouver convenables ». Cet énoncé de l'objet se reflète dans une limitation corrélative aux droits de chasse, de pêche et de piégeage issus du Traité n° 8 visant à exclure tels [traduction] « terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissements, de mine, d'opérations forestières, de commerce, ou autres objets ». Les « autres objets » seraient au moins aussi généraux que les fins mentionnées dans le préambule susmentionné, y compris les « voyages ».

25 On a donc pu observer, dès le départ, qu'il existait une tension entre l'exigence essentielle posée par les premières nations voulant qu'elles demeurent libres de vivre de la terre autant après qu'avant la signature du traité et le désir de la Couronne d'augmenter le nombre de non-autochtones s'établissant dans le territoire cédé. Comme les commissaires l'ont reconnu au début des négociations du Traité n° 8 au Petit lac des Esclaves en juin 1899, ces rapports sont apparus d'entrée de jeu comme des rapports permanents qu'il serait difficile de gérer :

[traduction] L'homme blanc viendra peupler cette partie du pays et nous venons avant lui pour vous expliquer comment les choses doivent se passer entre vous et pour éviter tout problème.

(C. Mair, *Through the Mackenzie Basin: A Narrative of the Athabasca and Peace River Treaty Expedition of 1899* (p. 61)

Comme le juge Cory l'a expliqué dans l'arrêt *Badger*, par. 57, « [l]es Indiens comprenaient que des terres seraient prises pour y établir des exploitations agricoles ou pour y faire de la prospection et de l'exploitation minières, et qu'ils ne seraient pas autorisés à y chasser ou à tirer sur les animaux de ferme et les bâtiments des colons ».

26 Les droits de chasse, de pêche et de piégeage ne servaient pas que les intérêts des peuples des premières nations. Comme l'ont reconnu les commissaires eux-mêmes dans leur rapport sur le Traité n° 8 en date du 22 septembre 1899 (p. 6), la Couronne avait intérêt à laisser les peuples autochtones vivre de la terre :

[traduction] Nous leur fîmes comprendre que le gouvernement ne pouvait entreprendre de faire vivre les sauvages dans l'oisiveté, qu'ils auraient après le traité les mêmes moyens qu'auparavant de gagner leur vie, et qu'on espérait que les sauvages s'en serviraient.

27 Aucune des parties signataires ne s'attendait donc en 1899 que le Traité n° 8 constitue un plan définitif d'utilisation des terres. Ce traité marquait l'aube d'une période de transition. Il fallait, comme l'ont souligné les commissaires, [traduction] « expliquer comment les choses [devaient] se passer » à l'avenir [traduction] « pour éviter tout problème » (Mair, p. 61).

A. *Interprétation du traité*

28 L'interprétation du traité « doit être réaliste et refléter l'intention des deux parties et non seulement celle [de la première nation] » (*Sioui*, p. 1069). Comme une majorité de notre Cour l'a affirmé dans l'arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 14 :

Les parties indiennes n'ont à toutes fins pratiques pas eu la possibilité de créer leurs propres comptes rendus écrits des négociations. Certaines présomptions sont donc appliquées relativement à l'approche suivie par la Couronne dans la conclusion des traités (conduite honorable), présomptions dont notre Cour tient compte dans son approche en matière d'interprétation des traités (souplesse) pour statuer sur l'existence d'un traité . . . le caractère exhaustif de tout écrit, . . . et l'interprétation des conditions du traité, une fois qu'il a été conclu à leur existence. En bout de ligne, la Cour a l'obligation « de choisir, parmi les interprétations de l'intention commune [au moment de la conclusion du traité] qui s'offrent à [elle], celle qui concilie le mieux » les intérêts [de la première nation] et ceux de la Couronne . . . [Souligné dans l'original.]

Voir également *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, la juge en chef McLachlin, par. 22 et 24 et le juge LeBel, par. 115.

29 La ministre a donc raison d'insister sur le fait que la disposition régissant la chasse, la pêche et le piégeage ne peut être dissociée du traité dans son ensemble, mais doit être interprétée en fonction de son objectif sous-jacent, visé tant par la Couronne que par les peuples des premières nations. Comme l'a fait remarquer le juge Cory dans l'arrêt *Badger*, dans ce contexte :

. . . le texte d'un traité ne doit pas être interprété suivant son sens strictement formaliste, ni se voir appliquer les règles rigides d'interprétation modernes. Il faut plutôt lui donner le sens que lui auraient naturellement donné les Indiens à l'époque de sa signature. [par. 52]

30 Dans le cas du Traité n° 8, toutes les parties signataires envisageaient que « de temps à autre » des terres cédées seraient « prises » de l'ensemble des terres sur lesquelles les premières nations avaient des droits de chasse, de pêche et de piégeage issus du traité et seraient transférées à l'ensemble des terres sur lesquelles elles n'avaient pas un tel droit. Les terres visées par le Traité n° 8 se trouvent dans le nord du Canada et ne se prêtent pas, pour la plupart, à l'agriculture. Les commissaires qui ont négocié le Traité n° 8 pouvaient donc, comme je l'ai déjà mentionné, assurer aux premières nations qu'elles [traduction] « auraient après le traité les mêmes moyens qu'auparavant de gagner leur vie » (p. 6).

31 Je suis d'accord avec le juge Rothstein pour dire que les « prises » effectuées subséquemment par la Couronne ne constituaient pas toutes une atteinte au Traité n° 8 devant être justifiée conformément au critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*. Dans cet arrêt, on s'en souviendra, la réglementation sur les pêches du gouvernement fédéral portait atteinte au droit de pêche autochtone et devait être strictement justifiée. La situation n'est pas la même en l'espèce où les droits autochtones ont été cédés et sont éteints, et où les droits issus du Traité n°

8 se limitent expressément aux terrains qui n'ont pas [traduction] « de temps à autre [. . .] [été] requis ou pris pour des fins d'établissements, de mine, d'opérations forestières, de commerce, ou autres objets ». (Je souligne.) Le libellé du traité ne peut annoncer plus clairement des changements à venir. Néanmoins, la Couronne était et est encore censée gérer le changement de façon honorable.

32 Il s'ensuit que je ne peux souscrire à la démarche axée sur le critère énoncé dans *Sparrow* retenue en l'espèce par la juge de première instance, qui s'est fondée à cet égard sur l'arrêt *Halfway River First Nation c. British Columbia (Ministry of Forests)* (1999), 178 D.L.R. (4th) 666, 1999 BCCA 470. Dans cette affaire, les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont conclu que le droit du gouvernement de prendre des terres était [traduction] « limité de par sa nature même » (par. 138) et [traduction] « que toute entrave au droit de chasse constitu[ait] une atteinte *prima facie* au droit issu d'un traité des Indiens protégé par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* » (par. 144 (en italique dans l'original)) qui devait être justifiée selon le critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*. Les Mikisew appuient fortement le critère appliqué dans l'arrêt *Halfway River First Nation*, mais en toute déférence, je ne puis accepter leur interprétation dans la mesure où ils affirment que cet arrêt a fixé en 1899 les limites géographiques du droit de chasse prévu au Traité n° 8, et que tout empiètement sur ces limites géographiques après 1899 exige une justification comme celle requise par l'arrêt *Sparrow*. L'argument des Mikisew suppose que l'on promettait, au Traité n° 8, le maintien des modes d'utilisation des terres établis au dix-neuvième siècle. Tel n'est pas le cas, comme l'indiquent clairement tant le contexte historique dans lequel le Traité n° 8 a été conclu que la période de transition qu'il annonçait.

B. *Le processus de mise en œuvre du traité*

33 Tant le contexte historique que les inévitables tensions sous-jacentes à la mise en œuvre du Traité n° 8 commandent un *processus* par lequel des terres peuvent être transférées d'une catégorie (celle des terres sur lesquelles les premières nations conservent des droits de chasse, de pêche et de piégeage) à l'autre (celle des terres sur lesquelles elles n'ont pas ces droits). Le contenu du processus est dicté par l'obligation de la Couronne d'agir honorablement. Même si aucun traité n'était en cause dans l'affaire *Nation Haïda*, la juge en chef McLachlin a souligné ce qui suit aux par. 19 et 35 :

L'honneur de la Couronne imprègne également les processus de négociation et d'interprétation des traités. Lorsqu'elle conclut et applique un traité, la Couronne doit agir avec honneur et intégrité, et éviter la moindre apparence de « manœuvres malhonnêtes » (*Badger*, par. 41). Ainsi, dans *Marshall*, précité, par. 4, les juges majoritaires de la Cour ont justifié leur interprétation du traité en déclarant que « rien de moins ne saurait protéger l'honneur et l'intégrité de la Couronne dans ses rapports avec les Mi'kmaq en vue d'établir la paix avec eux et de s'assurer leur amitié . . . ».

. . .

Mais à quel moment, précisément, l'obligation de consulter prend-elle naissance?

L'objectif de conciliation ainsi que l'obligation de consultation, laquelle repose sur l'honneur de la Couronne, tendent à indiquer que cette obligation 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-ci.

34 Dans le cas d'un traité, la Couronne, en tant que partie, a toujours connaissance de son contenu. La question dans chaque cas consiste donc à déterminer la mesure dans laquelle les dispositions envisagées par la Couronne auraient un effet préjudiciable sur ces droits de manière à rendre applicable l'obligation de consulter. Le critère retenu dans les arrêts *Nation Haïda* et *Taku River* est peu rigoureux. La souplesse ne réside pas tant dans le fait que l'obligation devient applicable (on envisage des mesures « susceptibles d'avoir un effet préjudiciable » sur un droit) que dans le contenu variable de l'obligation une fois que celle-ci s'applique. Au minimum, « les seules obligations qui pourraient incomber à la Couronne seraient d'aviser les intéressés, de leur communiquer des renseignements et de discuter avec eux des questions soulevées par suite de l'avis » (*Nation Haïda*, par. 43). Les Mikisew affirment que l'on a pas respecté même le contenu minimum de l'obligation en l'espèce.

C. *L'argument juridique des Mikisew*

35 Les appelants, les Mikisew, ont essentiellement rappelé à la Cour ce qu'elle a dit dans les arrêts *Nation Haïda* et *Taku River*. La preuve en l'espèce, affirment-ils, est plus solide. Dans ces affaires, contrairement au présent pourvoi, l'intérêt autochtone sur les terres était revendiqué mais n'était pas encore prouvé. En l'espèce, les intérêts des Autochtones sont protégés par le Traité n° 8. Ces intérêts constituent un fait juridique établi. Comme dans l'affaire *Nation Haïda*, la juge de première instance a estimé que le droit des Autochtones était menacé par le développement projeté. Si on a conclu à l'existence d'une obligation de consultation dans les affaires *Nation Haïda* et *Taku River*, les Mikisew soutiennent qu'à plus forte raison, cette obligation doit exister en l'espèce, et que les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont eu bien tort de considérer la consultation entre les gouvernements et les peuples autochtones comme rien de plus qu'une « bonne pratique » (par. 24).

D. *La réponse de la ministre*

36 La ministre intimée tente d'établir une distinction entre la présente affaire et les affaires *Nation Haïda* et *Taku River*. Pour justifier l'approbation qu'elle a donnée au projet de route d'hiver, son avocat avance trois propositions générales.

1. En « prenant » les 23 kilomètres carrés à des fins de construction de la route d'hiver, la Couronne ne faisait que ce que le Traité n° 8 l'autorisait à faire. La Couronne, comme les premières nations, a des droits en vertu du Traité n° 8. L'exercice par la Couronne de son droit issu du traité de « prendre » des terres ne constitue pas une violation du traité, mais une exécution de celui-ci.

2. La Couronne a procédé à de vastes consultations auprès des premières nations au moment de la négociation du Traité n^o 8 en 1899. Quelle que soit la nature de l'obligation d'accommodement envers les premières nations, elle s'est acquittée de cette obligation à ce moment-là. Les modalités du traité n'exigent pas que l'on procède à de nouvelles consultations chaque fois qu'une « prise » est effectuée.

3. S'il fallait tenir d'autres consultations, le processus suivi en l'espèce par la ministre, par l'intermédiaire de Parcs Canada, était suffisant.

37 Pour les motifs qui suivent, j'estime que chacune de ces propositions doit être rejetée.

i. En « prenant » des terres pour construire la route d'hiver, la Couronne ne faisait que ce que le traité l'autorisait à faire

38 La Cour d'appel fédérale a conclu à la majorité qu'« [à] l'exception des cas dans lesquels la Couronne a pris des terres de mauvaise foi ou a pris tant de terres qu'il ne reste aucun droit réel de chasse, la prise de terres dans un but expressément prévu dans le traité lui-même ou dans un but nécessairement implicite ne peut pas être considérée comme une atteinte au droit de chasse issu du traité » (par. 18).

39 L'argument fondé sur les « droits de la Couronne » a été présenté pour la première fois devant la Cour d'appel fédérale par le procureur général de l'Alberta qui agissait à titre d'intervenant. La ministre intimée a informé la Cour d'appel fédérale que, même si elle ne contestait pas cet argument, « [elle] ne se fondait tout simplement pas sur cette question » (par. 3). Soulevant une objection préliminaire, les Mikisew affirment qu'il n'est pas permis à un intervenant « d'élargir la portée des questions en litige ou d'y ajouter quoi que ce soit » : *R. c. Morgentaler*, [1993] 1 R.C.S. 462, p. 463. Il n'était donc pas loisible à la Cour d'appel fédérale (ou à notre Cour) de trancher l'affaire en se fondant sur cet argument.

a) *Objection préliminaire : le procureur général de l'Alberta a-t-il outrepassé le rôle d'un intervenant?*

40 En toute déférence, ce volet de l'argument des Mikisew est mal fondé. Dans leur demande de contrôle judiciaire, les Mikisew ont fait valoir que l'approbation ministérielle de la route d'hiver violait le Traité n^o 8. La question de la violation est au cœur de l'instance. Un intervenant peut toujours présenter un argument juridique à l'appui de ce qu'il prétend être la bonne conclusion juridique à l'égard d'une question dont la Cour est régulièrement saisie pourvu que son argument juridique ne fasse pas appel à des faits additionnels qui n'ont pas été prouvés au procès, ou qu'il ne soulève pas un argument qui est par ailleurs injuste pour l'une des parties. L'intervenant n'est pas plus mal placé qu'une partie qui se rend tardivement compte qu'elle aurait dû soulever un argument juridique plus tôt dans l'instance mais qui ne l'a pas fait, comme ce fut le cas dans *Lamb c. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516, où le juge Duff a affirmé ce qui suit, à la p. 539 :

[traduction] Selon moi, un tribunal d'appel ne devrait pas recevoir un tel argument soulevé pour la première fois en appel, à moins qu'il ne soit clair que, même si la question avait été soulevée en temps opportun, elle n'aurait pas été éclaircie davantage.

Voir également *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458, par. 51‑52.

41 Même en admettant que les Mikisew puissent à juste titre affirmer que le procureur général de l'Alberta formule l'argument de l'absence de violation d'une manière différente de celle employée par la ministre fédérale en première instance, il reste que les Mikisew n'ont établi aucun préjudice. Si l'argument avait été formulé de la même manière au procès, en quoi aurait-il pu être « éclairci davantage » par des éléments de preuve additionnels? Le dossier historique a été étudié à fond au procès. À ce stade‑ci, la question relève des règles d'interprétation des traités, non des règles de preuve. Elle est donc visée par la règle énoncée dans l'arrêt *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 678, 2002 CSC 19, selon laquelle « [i]l est loisible à la Cour, dans le cadre d'un pourvoi, d'examiner une nouvelle question de droit dans les cas où elle peut le faire sans qu'il en résulte de préjudice d'ordre procédural pour la partie adverse et où son refus de le faire risquerait d'entraîner une injustice » (par. 33). En l'espèce, le procureur général de l'Alberta a pris le dossier factuel dans l'état où il se trouvait. La question de la violation du traité est au cœur du litige depuis le début. L'argument juridique de l'Alberta n'est pas de nature à prendre les Mikisew par surprise. Dans ces circonstances, on ne saurait tolérer que les tribunaux soient empêchés de donner effet à une analyse juridique correcte simplement parce qu'elle a été présentée un peu tard et par un intervenant plutôt que par une partie. Fermer les yeux sur l'argument « risquerait d'entraîner une injustice ».

b) *Le contenu du Traité n° 8*

42 La disposition du Traité n° 8 qui traite de « la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche » a été examinée en profondeur par notre Cour dans *Badger*. Dans cette affaire, le juge Cory a signalé que « même suivant les termes du Traité n° 8, le droit des Indiens de chasser pour se nourrir était circonscrit par des limites géographiques et des mesures spécifiques de réglementation gouvernementale » (par. 37). Les membres de la première nation, a‑t‑il ajouté, « comprenaient que des terres étaient 'requisies ou prises' si elles étaient utilisées à des fins [visibles] incompatibles avec l'exercice du droit de chasse » (par. 53).

[I]l ressort des promesses verbales faites par les représentants de la Couronne et de l'histoire orale des Indiens que ceux‑ci comprenaient que des terres seraient prises et occupées d'une manière qui les empêcherait d'y chasser, lorsqu'elles feraient l'objet d'une utilisation visible et incompatible avec la pratique de la chasse. Pour ce qui est de la jurisprudence, il est évident que les tribunaux ont souscrit à cette interprétation et conclu que la question de savoir si une terre est oui ou non prise ou occupée est une question de fait, qui doit être tranchée au cas par cas. (par. 58)

43 Bien qu'il soit fait état, dans l'arrêt *Badger*, des « limites géographiques » circonscrivant les droits de chasse, de pêche et de piégeage, on n'y a pas traité (puisqu'il n'était pas nécessaire) du processus par lequel « de temps à autre » des terres seraient « prises » et donc soustraites à l'exercice de ces droits. Selon la conclusion précisément tirée dans l'arrêt *Badger*, le régime de délivrance de permis de l'Alberta que l'on cherchait à imposer à tous les chasseurs autochtones se trouvant sur les terres de l'Alberta visées par le Traité n° 8 violait ce traité, même si le droit issu du traité était expressément subordonné à [traduction] « tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement ». Le régime de délivrance de permis de l'Alberta privait les « personnes qui sont titulaires de droits issus de traité modifiés par la *Convention [sur le transfert des ressources naturelles de 1930]* des moyens mêmes d'exercer ces droits » (par. 94). On avait ainsi tenté d'exercer un pouvoir de réglementation qui allait au-delà de ce qu'avaient raisonnablement prévu les signataires du traité en 1899. (Je signale en passant que la *Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930* (CTRN) n'est pas en cause en l'espèce puisque la réserve Mikisew appartient à la Couronne du chef du Canada. L'article 10 de la *Convention* prévoit que les réserves créées ultérieurement « seront dans la suite administrées par le Canada de la même manière à tous égards que si elles n'étaient jamais passées à la province en vertu des dispositions des présentes ».)

44 La Cour d'appel fédérale entendait suivre l'arrêt *Badger* en concluant qu'il n'est porté atteinte aux droits de chasse, de pêche et de piégeage que dans les « cas dans lesquels la Couronne a pris des terres de mauvaise foi ou a pris tant de terres qu'il ne reste aucun droit réel de chasse » (par. 18). En toute déférence, je ne peux souscrire à ce rejet implicite des droits de nature procédurale des Mikisew. À ce stade-ci, la route d'hiver n'est rien de plus qu'un projet de changement d'utilisation. L'utilisation proposée, si elle est mise en oeuvre, réduirait le territoire sur lequel les Mikisew peuvent exercer leurs droits issus du Traité n° 8. Essentiellement, il n'y aurait plus du tout de chasse dans le corridor routier de 200 mètres. De façon plus générale, comme l'a conclu la juge de première instance, la route nuirait à l'exercice de ces droits dans la forêt environnante. Comme l'a reconnu Josie Weninger, témoin de Parcs Canada, en contre-interrogatoire :

[traduction]

Q: Mais dans les faits, les routes modifient les habitudes des orignaux et des autres animaux sauvages dans le parc, et c'est ce que Parcs Canada a constaté auparavant dans le cas d'autres routes, n'est-ce pas?

R: On a constaté que les routes ont des répercussions. Il serait absurde de prétendre le contraire.

Dans la version préliminaire du rapport d'évaluation environnementale, on a reconnu que la route pourrait entraîner une diminution quantitative des récoltes fauniques des Mikisew du fait qu'il y aurait moins d'animaux à fourrure (notamment le pékan, le rat musqué, la martre, le carcajou et le lynx) dans leurs pièges. Deuxièmement, sur le plan qualitatif, la population des espèces d'animaux à fourrure les plus précieuses ou les plus rares pourrait décliner. Les autres

répercussions possibles comprennent la fragmentation des habitats fauniques, la perturbation des habitudes migratoires, le dépérissement de la végétation, l'augmentation du braconnage parce que le territoire est plus accessible par véhicule et l'augmentation du nombre d'animaux tués par suite de collisions. Alors que l'affaire *Nation Haïda* a été tranchée après le prononcé de la décision de la Cour d'appel fédérale en l'espèce, il est manifeste que le projet de route aura un effet préjudiciable sur les droits de chasse et de piégeage existants des Mikisew et que, par conséquent, l'obligation de consultation définie dans *Nation Haïda* devient « applicable ».

45 La ministre cherche à étendre la portée de la remarque faite par le juge Rothstein en affirmant, au par. 96 de son mémoire, que le critère doit consister à [traduction] « se demander si, après la prise, il demeure encore raisonnablement possible pour les Indiens de pratiquer, dans l'ensemble de la province, la chasse, la pêche et le piégeage de subsistance autant qu'ils veulent le faire » (je souligne). Cela ne saurait être exact. Cette affirmation donne à penser qu'une interdiction de chasser à Peace Point serait acceptable dès lors qu'une chasse décente peut encore être pratiquée dans le secteur du Traité n^o 8 qui se trouve au nord de Jasper, soit à l'autre extrémité de la province à environ 800 kilomètres de distance, ce qui équivaut à se déplacer de Toronto à Québec (809 kilomètres) ou d'Edmonton à Regina (785 kilomètres). Autant demander aux cueilleurs de truffes du sud de la France de tenter leur chance dans les Alpes autrichiennes, ce déplacement couvrant environ la même distance que la traversée de l'Alberta que la ministre considère comme une façon acceptable de tenir les promesses faites dans le Traité n^o 8.

46 Au paragraphe 49 de son mémoire, le procureur général de l'Alberta propose un argument légèrement différent, ajoutant un élément *de minimis* à l'approche fondée sur l'ensemble des terres visées par le traité :

[traduction] En l'espèce, les terres qui doivent être prises pour construire la route d'hiver représentent 23 kilomètres carrés des 44 807 kilomètres carrés qu'occupe le parc national Wood Buffalo et des 840 000 kilomètres carrés visés par le Traité n^o 8. Comme l'a dit le juge Rothstein, il ne s'agit pas d'un cas où il ne reste aucun droit réel de chasse.

47 Les arguments du gouvernement fédéral et de l'Alberta ne tiennent tout simplement pas compte de l'importance et des aspects pratiques du territoire traditionnel des premières nations. L'argument de l'Alberta concernant les 23 kilomètres carrés est contraire à l'existence d'un effet préjudiciable sur les terres environnantes à laquelle a conclu la juge de première instance. Qui plus est, pour les peuples autochtones, comme pour les peuples non autochtones, le lieu importe. Une superficie de seulement 23 kilomètres carrés est importante si elle comprend le territoire de chasse ou les lignes de piégeage des demandeurs. Si le Traité n^o 8 confère aux Mikisew les droits de chasse, de pêche et de piégeage dans tout le territoire visé par le traité, il n'est pas logique d'un point de vue pratique de dire aux chasseurs et trappeurs Mikisew que, bien que leurs propres territoires de chasse et lignes de piégeage soient maintenant mis en péril, il leur est permis d'envahir les territoires traditionnels d'autres premières nations loin de leur propre terrain (une suggestion qui aurait été encore plus irréalisable en 1899). Comme l'ont fait observer les commissaires du Traité n^o 8 dans leur rapport (p. 5), les

négociateurs chipewyans étaient, en 1899, des gens très pratiques :

[traduction] Les Chipewyans se confinent à poser des questions et à les discuter brièvement. Ils paraissent plus portés à contre-interroger qu'à faire des discours, et le chef au Fort Chipewyan a fait preuve d'une vive intelligence et de beaucoup de sens pratique en présentant les prétentions de sa bande.

Dans *Badger*, on a noté qu'un élément important des négociations du Traité n^o 8 tenait aux assurances de *continuité* des modes traditionnels d'activité économique. La continuité respecte les modes d'activité et d'occupation traditionnels. La Couronne a promis aux Indiens que leurs droits de chasse, de pêche et de piégeage leur apporteraient [traduction] « après le traité les mêmes moyens qu'auparavant » de gagner leur vie (p. 5). Ce n'est pas honorer cette promesse que d'expédier les Mikisew dans des territoires éloignés de leurs territoires de chasse et de leurs lignes de piégeage traditionnels.

48 Le juge Rothstein a en fait affirmé ceci au par. 18 :

À l'exception des cas dans lesquels la Couronne a pris des terres de mauvaise foi ou a pris tant de terres qu'il ne reste aucun droit réel de chasse, la prise de terres dans un but expressément prévu dans le traité lui-même ou dans un but nécessairement implicite ne peut pas être considérée comme une atteinte au droit de chasse issu du traité. [Je souligne.]

Le « droit réel de chasse » n'est pas établi en fonction de toutes les terres visées par le traité (la totalité des 840 000 kilomètres carrés) mais par rapport aux territoires sur lesquels les premières nations avaient l'habitude de chasser, de pêcher et de piéger, et sur lesquels elles le font encore aujourd'hui. S'il advenait que pour une première nation signataire du Traité n^o 8 en particulier, il ne reste « aucun droit réel de chasse » sur *ses* territoires traditionnels, l'importance de la promesse verbale qu'ils « auraient après le traité les mêmes moyens qu'auparavant de gagner leur vie » serait clairement remise en question, et la première nation aurait raison de répondre par une action en violation du traité comportant une demande de justification selon le critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*.

c) *Action unilatérale de la Couronne*

49 L'argument de la ministre renferme un ardent plaidoyer en faveur de l'action unilatérale de la Couronne (une approche du genre « il s'agit de terres cédées et nous pouvons en faire ce que nous voulons ») qui non seulement fait fi des promesses réciproques, tant verbales qu'écrites, faites lors de la signature du traité, mais qui constitue également l'antithèse de la réconciliation et du respect mutuel. Cela est d'autant plus surprenant que la ministre a reconnu, au par. 41 de son mémoire, que [traduction] « [d]ans la plupart, voire la totalité, des cas, le gouvernement n'est pas en mesure d'apprécier l'effet qu'aura une prise projetée sur l'exercice, par les Indiens, de leurs droits de chasse, de pêche et de piégeage sans procéder à une consultation ».

50 Le procureur général de l'Alberta nie qu'il soit possible d'inférer une obligation de consultation des modalités du Traité n^o 8. Selon lui :

[traduction] Étant donné qu'une obligation de consultation exigerait de la Couronne qu'elle procède à une consultation réelle de tous les Indiens touchés, c'est-à-dire de tous les nomades dispersés sur un vaste territoire, chaque fois qu'elle entend utiliser une parcelle de terrain ou en modifier l'utilisation, une telle exigence ne s'inscrirait pas dans la gamme des possibilités prévues selon l'intention commune des parties. [par. 27]

Les parties *ont* effectivement prévu une période de transition difficile, et ont tenté d'en atténuer le plus possible les effets, et toute défense fondée sur les inconvénients administratifs découlant de la gestion du processus a été rejetée dans les arrêts *Nation Haïda* et *Taku River*. Nul n'est besoin de répéter en l'espèce ce qui a été dit dans ces arrêts au sujet de l'objectif primordial de réconciliation plutôt que de confrontation.

d) *Honneur de la Couronne*

51 L'obligation de consultation repose sur l'honneur de la Couronne, et il n'est pas nécessaire pour les besoins de l'espèce d'invoquer les obligations de fiduciaire. L'honneur de la Couronne est elle-même une notion fondamentale en matière d'interprétation et d'application des traités que le juge Gwynne de notre Cour avait déjà qualifiée d'*obligation découlant d'un traité* en 1895, soit quatre ans avant la conclusion du Traité n^o 8 : *Province of Ontario c. Dominion of Canada* (1895), 25 R.C.S. 434, p. 511-512, le juge Gwynne (dissident). Même si son opinion, voulant que l'obligation découlant d'un traité de verser des rentes aux Indiens crée une fiducie à l'égard des terres provinciales, était minoritaire, les juges majoritaires n'ont rien dit dans cette affaire qui permette de douter que l'honneur de la Couronne garantissait l'exécution de ses obligations envers les Indiens. La Couronne en avait fait sa politique au moins depuis la *Proclamation royale de 1763*, et cette notion ressort clairement des promesses consignées dans le rapport des commissaires. 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 Haïda* 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.

52 Ce n'est pas comme si les premières nations signataires du Traité n^o 8 n'avaient pas payé chèrement leur droit à un comportement honorable de la part de la Couronne; la cession des intérêts autochtones sur un territoire plus grand que la France constitue un prix d'achat très élevé.

2. La tenue de vastes consultations auprès des premières nations au moment de la négociation du Traité n^o 8 en 1899 a-t-elle libéré la Couronne de son obligation de consultation et d'accommodement?

53 La deuxième réponse générale de la Couronne à la revendication des

Mikisew est que ce qui devait être fait a été fait en 1899. La ministre soutient ce qui suit :

[traduction] Bien que le gouvernement doive tenir compte des incidences sur le droit issu du traité, il n'existe aucune obligation d'accommodement dans ce contexte. Le traité lui-même constitue l'accommodement aux intérêts autochtones; la prise de terres, telle qu'elle est définie ci-dessus, ne touche aucunement à la capacité fondamentale des Indiens de continuer à chasser, à pêcher et à piéger. Dans la mesure où cette promesse est honorée, le traité n'est pas violé, et aucune obligation d'accommodement distincte ne prend naissance. [Je souligne.]

54 Cet argument n'est pas fondé. La consultation qui excluait dès le départ toute forme d'accommodement serait vide de sens. Le processus envisagé ne consiste pas simplement à donner aux Mikisew l'occasion de se défouler avant que la ministre fasse ce qu'elle avait l'intention de faire depuis le début. La conclusion de traités est une étape importante du long processus de réconciliation, mais ce n'est qu'une étape. Ce qui s'est passé à Fort Chipewyan en 1899 ne constituait pas un accomplissement parfait de l'obligation découlant de l'honneur de la Couronne, mais une réitération de celui-ci.

55 Le traité accorde à la Couronne un droit de « prendre » des terres cédées à des fins de transport régional, mais elle n'en est pas moins tenue de s'informer de l'effet qu'aura son projet sur l'exercice par les Mikisew de leurs droits de chasse et de piégeage, et de leur communiquer ses constatations. La Couronne doit alors s'efforcer de traiter avec les Mikisew « de bonne foi, dans l'intention de tenir compte réellement » de leurs préoccupations (*Delgamuukw*, par. 168). Cela ne signifie pas que le gouvernement doit consulter toutes les premières nations signataires du Traité n° 8 chaque fois qu'il se propose de faire quelque chose sur les terres cédées visées par ce traité, même si l'effet est peu probable ou peu important. L'obligation de consultation, comme il est précisé dans l'arrêt *Nation Haïda*, est vite déclenchée, mais l'effet préjudiciable, comme l'étendue de l'obligation de la Couronne, est une question de degré. En l'espèce, les effets étaient clairs, démontrés et manifestement préjudiciables à l'exercice ininterrompu des droits de chasse et de piégeage des Mikisew sur les terres en question.

56 En résumé, les négociations menées en 1899 constituaient la première étape d'un long voyage qui n'est pas à la veille de se terminer. À la lumière des faits de la présente affaire, nous devons ajouter aux deux restrictions inhérentes aux droits de chasse, de pêche et de piégeage que le Traité n° 8 accorde aux Indiens qui ont été dégagées dans l'arrêt *Badger* (limites géographiques et mesures spécifiques de réglementation gouvernementale), une troisième restriction, soit le droit pour la Couronne de prendre des terres aux termes du traité, un droit qui est lui-même assujéti à l'obligation de tenir des consultations et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux intérêts des premières nations avant de réduire le territoire sur lequel leurs membres peuvent continuer à exercer leurs droits de chasse, de pêche et de piégeage. Comme nous l'avons vu, cette troisième restriction (qui n'était pas en cause dans *Badger*) est tout à fait justifiée par l'historique des négociations qui ont mené à la signature du Traité n° 8 ainsi que par l'honneur de la Couronne.

57 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^o 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 oeuvre 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.

58 Selon l'arrêt *Sparrow*, non seulement les droits protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle* ne sont pas absolus, mais leur violation peut être justifiée par la Couronne dans certaines circonstances précises. Les droits que le Traité n^o 8 confère aux Mikisew sont protégés par l'art. 35. La Couronne ne cherche pas à justifier au sens de l'arrêt *Sparrow* les lacunes de sa consultation en l'espèce. Il reste donc à répondre à la question de savoir si, dans les mesures qu'elle a prises, la Couronne a respecté son obligation de consulter honorablement la Première nation Mikisew.

3) Le processus suivi en l'espèce par la ministre, par l'intermédiaire de Parcs Canada, était-il suffisant?

59 Dans les cas où, comme en l'espèce, la Cour est en présence d'une « prise » projetée, il n'est pas indiqué (même si on a conclu que la mesure envisagée, si elle était mise en oeuvre, porterait atteinte aux droits de chasse et de piégeage issus du traité) de passer directement à une analyse fondée sur l'arrêt *Sparrow*. La Cour doit d'abord examiner le processus selon lequel la « prise » doit se faire, et se demander si ce processus est compatible avec l'honneur de la Couronne. Dans la négative, la première nation peut obtenir l'annulation de l'ordonnance de la ministre en se fondant sur le motif relatif au processus, peu importe que les faits de l'affaire justifient par ailleurs une conclusion que les droits de chasse, de pêche et de piégeage ont été violés.

60 Je précise d'entrée de jeu que la construction de la route d'hiver proposée par la ministre est une fin qui lui permettait de « prendre » des terres aux termes du Traité n^o 8. Il est évident que les fins [traduction] « d'établissements, de mine, d'opérations forestières » et de [traduction] « voyages » nécessitent toutes un transport convenable. Le traité ne définit pas les [traduction] « autres objets » qui permettent de prendre des terres, mais cette expression ne doit pas recevoir une interprétation restrictive : *R. c. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (C.A. Sask.), p. 440-41. Quoi qu'il en soit, comme je l'ai déjà mentionné, on parle de « voyages » dans le préambule du Traité n^o 8.

61 La question est de savoir si la ministre et son personnel ont tenté de parvenir à la fin autorisée que constituent les besoins en matière de transport régional en respectant l'obligation de consultation de la Couronne. La réponse dépend du contenu de cette obligation, lequel est tributaire des circonstances de l'espèce. Dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour a examiné l'obligation de consultation et d'accommodement dans le contexte d'une atteinte au

titre aborigène (par. 168) :

Occasionnellement, lorsque le manquement est moins grave ou relativement mineur, il ne s'agira de rien de plus que la simple obligation de discuter des décisions importantes qui seront prises au sujet des terres détenues en vertu d'un titre aborigène. Évidemment, même dans les rares cas où la norme minimale acceptable est la consultation, celle-ci doit être menée de bonne foi, dans l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des peuples autochtones dont les terres sont en jeu. Dans la plupart des cas, l'obligation exigera beaucoup plus qu'une simple consultation. Certaines situations pourraient même exiger l'obtention du consentement d'une nation autochtone, particulièrement lorsque des provinces prennent des règlements de chasse et de pêche visant des territoires autochtones. [Je souligne.]

62 Dans l'arrêt *Nation Haïda*, la Cour a examiné les types d'obligations qui peuvent découler de différentes situations dans le contexte de revendications non encore prouvées, et la juge en chef McLachlin a utilisé la notion de continuum comme fondement de son analyse (par. 43-45) :

À une extrémité du continuum se trouvent les cas où la revendication de titre est peu solide, le droit ancestral limité ou le risque d'atteinte faible. Dans ces cas, les seules obligations qui pourraient incomber à la Couronne seraient d'aviser les intéressés, de leur communiquer des renseignements et de discuter avec eux des questions soulevées par suite de l'avis. ...

À l'autre extrémité du continuum on trouve les cas où la revendication repose sur une preuve à première vue solide, où le droit et l'atteinte potentielle sont d'une haute importance pour les Autochtones et où le risque de préjudice non indemnisable est élevé. Dans de tels cas, il peut s'avérer nécessaire de tenir une consultation approfondie en vue de trouver une solution provisoire acceptable. Quoique les exigences précises puissent varier selon les circonstances, la consultation requise à cette étape pourrait comporter la possibilité de présenter des observations, la participation officielle à la prise de décisions et la présentation de motifs montrant que les préoccupations des Autochtones ont été prises en compte et précisant quelle a été l'incidence de ces préoccupations sur la décision. Cette liste n'est pas exhaustive et ne doit pas nécessairement être suivie dans chaque cas. ...

Entre les deux extrémités du continuum décrit précédemment, on rencontrera d'autres situations. Il faut procéder au cas par cas. Il faut également faire preuve de souplesse, car le degré de consultation nécessaire peut varier à mesure que se déroule le processus et que de nouveaux renseignements sont mis au jour. La question 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. ... [Je souligne.]

63 Comme l'indique l'arrêt *Nation Haïda*, la détermination du contenu de l'obligation de consultation sera fonction du contexte. La spécificité des promesses faites sera une des variables prises en compte. Si, par exemple, un traité exige la fourniture de biens ou le paiement de sommes d'argent par la Couronne, ou si une entente récente sur les revendications

territoriales impose aux Autochtones des obligations spécifiques relativement à des ressources données, l'importance de la consultation peut être assez limitée. Si les obligations respectives sont claires, les parties devraient les exécuter. Un autre facteur contextuel sera la gravité de l'incidence qu'auront sur le peuple autochtone les mesures que propose la Couronne. Plus la mesure aura d'incidence, plus la consultation prendra de l'importance. S'il n'y a pas de traité, la solidité de la revendication autochtone sera un autre facteur, comme le signale l'arrêt *Nation Haïda*. L'historique des relations entre la Couronne et une première nation peut aussi être un facteur important. En l'espèce, le facteur contextuel le plus important est le fait que le Traité n° 8 offre un cadre permettant de gérer les changements constants à l'utilisation des terres déjà prévus en 1899 et qui, on le sait maintenant, vont se poursuivre encore longtemps. Dans ce contexte, la consultation est un facteur clé pour parvenir à la réconciliation, l'objectif global du droit moderne des traités et des droits autochtones.

64 L'obligation en l'espèce comporte des éléments informationnels et des éléments de solution. Dans cette affaire, étant donné que la Couronne se propose de construire une route d'hiver relativement peu importante sur des terres *cédées* où les droits de chasse, de pêche et de piégeage des Mikisew sont expressément assujettis à la restriction de la « prise », j'estime que l'obligation de la Couronne se situe plutôt au bas du continuum. La Couronne devait aviser les Mikisew et nouer un dialogue directement avec eux (et non, comme cela semble avoir été le cas en l'espèce, après coup lorsqu'une consultation publique générale a été tenue auprès des utilisateurs du parc). Ce dialogue aurait dû comporter la communication de renseignements sur le projet traitant des intérêts des Mikisew connus de la Couronne et de l'effet préjudiciable que le projet risquait d'avoir, selon elle, sur ces intérêts. La Couronne devait demander aux Mikisew d'exprimer leurs préoccupations et les écouter attentivement, et s'efforcer de réduire au minimum les effets préjudiciables du projet sur les droits de chasse, de pêche et de piégeage des Mikisew. Elle n'a pas respecté cette obligation lorsqu'elle a déclaré unilatéralement que le tracé de la route serait déplacé de la réserve elle-même à une bande de terre à la limite de celle-ci. Sur ce point, je souscris à l'opinion exprimée par le juge Finch (maintenant Juge en chef de la C.B.) dans *Halfway River First Nation*, aux par. 159;160 :

[traduction] Ce n'est pas parce qu'on a donné un avis suffisant d'une décision envisagée qu'on a aussi respecté l'exigence de la consultation suffisante.

L'obligation de consultation de la Couronne lui impose le devoir concret de veiller raisonnablement à ce que les Autochtones disposent en temps utile de toute l'information nécessaire pour avoir la possibilité d'exprimer leurs intérêts et leurs préoccupations, et de faire en sorte que leurs observations sont prises en considération avec sérieux et, lorsque c'est possible, sont intégrées d'une façon qui puisse se démontrer dans le plan d'action proposé. [Je souligne.]

65 Il est vrai, comme le prétend la ministre, que les Mikisew ont l'obligation réciproque de faire leur part en matière de consultation, de faire connaître leurs préoccupations, de supporter les efforts du gouvernement en vue de tenir compte de leur préoccupations et suggestions, et de tenter de trouver une solution mutuellement satisfaisante. En l'espèce,

cependant, la consultation n'a jamais atteint ce stade. Elle n'a jamais pris son essor.

66 Le processus de consultation, s'il avait suivi son cours, n'aurait pas conféré aux Mikisew un droit de veto sur le tracé de la route. Comme on le souligne dans l'arrêt *Nation Haïda*, la consultation n'entraîne pas toujours un accommodement, et l'accommodement ne se traduit pas toujours par une entente. On aurait toutefois peut-être pu apporter au tracé ou à la construction de la route des modifications qui permettraient de répondre, dans une large mesure, aux objections des Mikisew. Nous ne savons pas ce que pourraient être ces modifications et, en l'absence de consultation, la ministre ne peut pas le savoir non plus.

67 Il ressort clairement des conclusions de fait de la juge de première instance que la Couronne n'a pas réussi à démontrer qu'elle avait « l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des [Autochtones] . . . dans le cadre d'un véritable processus de consultation » (*Nation Haïda*, par. 42). Au contraire, la juge de première instance a estimé que :

[e]n l'espèce, il aurait donc au moins fallu répondre à la lettre des Mikisews du 10 octobre 2000 et rencontrer ceux-ci pour prendre leurs préoccupations en considération au début de la planification du projet. Lorsque des rencontres ont finalement eu lieu entre Parcs Canada et les Mikisews, la décision était pour ainsi dire prise, et elles ne pouvaient donc se tenir dans l'intention véritable de permettre la prise en compte de leurs préoccupations. (par. 154)

La juge de première instance a également écrit ceci (par. 157) :

l'honneur de la Couronne, en sa qualité de fiduciaire, ne saurait permettre qu'une décision portant atteinte à des droits issus de traité et jouissant d'une protection constitutionnelle soit prise sans que la Première nation concernée soit consultée.

68 Comme la juge Sharlow, dissidente en Cour d'appel fédérale, je suis de cet avis. Cette dernière a affirmé que les mesures d'atténuation avaient été élaborées par suite d'un processus qui était « fondamentalement vicié » (par. 153).

69 En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance d'approbation de la ministre et de lui renvoyer le dossier du projet de route d'hiver pour qu'elle prenne une décision conforme aux présents motifs.

V. Conclusion

70 Les Mikisew ont demandé les dépens sur une base avocat-client, mais aucune circonstance exceptionnelle ne justifie cette demande. En conséquence, le pourvoi est accueilli et la décision de la Cour d'appel fédérale est annulée, le tout avec dépens entre parties contre la ministre intimée dans notre Cour et dans la Cour d'appel fédérale. L'ordonnance relative aux dépens rendue par la juge en Section de première instance est maintenue.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Rath & Co., Priddis, Alberta.

Procureur de l'intimée Sheila Copps, ministre du Patrimoine canadien : Procureur général du Canada, Edmonton.

Procureurs de l'intimée Thebacha Road Society : Ackroyd Piasta Roth & Day, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Nation crie de Big Island Lake : Woloshyn & Co., Saskatoon.

Procureurs de l'intervenant Lesser Slave Lake Indian Regional Council : Donovan & Co., Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Premières nations de l'Alberta signataires du Traité n^o 8 : Cook Roberts, Victoria.

Procureurs de l'intervenante Treaty 8 Tribal Association : Woodward & Co., Victoria.

Procureurs de l'intervenante Premières nations de Blueberry River : Thomas R. Berger, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières nations : Pitblado, Winnipeg.