



Gouvernement du Canada Government of Canada

CONSULTATION ET ACCOMMODEMENT DES GROUPES AUTOCHTONES

Lignes directrices provisoires
à l'intention des fonctionnaires fédéraux
afin de remplir l'obligation
légale de consulter

FÉVRIER 2008

A decorative graphic on the right side of the page, consisting of overlapping, semi-transparent blue and white curved shapes that create a sense of movement and depth.

Canada 

CONSULTATION ET ACCOMMODEMENT DES GROUPES AUTOCHTONES

Lignes directrices provisoires
à l'intention des fonctionnaires fédéraux
afin de remplir l'obligation
légale de consulter



TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A – INTRODUCTION

I	Introduction	5
II	Objet	7
III	Contexte	8
	– Contexte historique	8
	– Contexte juridique	9
	– Contexte géographique	9
IV	Principes directeurs	10
	– Principes juridiques	10
	– Principes découlant de la pratique	11

PARTIE B – INFORMATIONS À L'INTENTION DES GESTIONNAIRES

I	Rôles et responsabilités	15
	– Ministères et organismes fédéraux (la Couronne)	15
	– Groupes autochtones	17
	– Provinces et territoires	18
	– Tiers	18
II	Se préparer aux processus de consultation de la Couronne	19
	– Préparation de votre ministère ou organisme à la consultation	19
	– Considérations relatives aux ressources financières et humaines	21
	– Considérations relatives à la formation	22
	– Participation des avocats du ministère de la Justice au processus de consultation	23
	– Tenue de consultations – liste de vérification des règles élémentaires ...	24

ANNEXE A : DÉFINITIONS	25
------------------------------	----

ANNEXE B : RÉSUMÉS DE CAUSES	29
------------------------------------	----

PARTIE C – INFORMATIONS À L'INTENTION DE CEUX QUI TIENNENT LES CONSULTATIONS

LE PROCESSUS DE CONSULTATION DE LA COURONNE	39
---	----

Première phase : Analyse et planification préliminaires	41
--	-----------

- Première étape : Décrire et planifier l'activité ou le projet proposé 41
- Deuxième étape : Faire des recherches préliminaires sur les groupes autochtones et leurs droits dans la région, et cerner les effets potentiellement préjudiciables de l'activité ou du projet proposé 42
- Troisième étape : Effectuer l'évaluation et l'analyse préliminaires, y compris l'évaluation de la solidité du droit revendiqué 45
- Quatrième étape : Déterminer la gravité potentielle des effets préjudiciables de l'activité ou du projet proposé sur les droits potentiels ou établis garantis par l'article 35 47
- Cinquième étape : S'il semble y avoir obligation légale de consulter, déterminer le contenu de cette obligation (les étapes et le contenu préliminaires d'un processus de consultation) 49

Deuxième phase : Consultation par la Couronne	51
--	-----------

- Mettre en œuvre le processus de consultation de la Couronne 51

Troisième phase : Accommodement	55
--	-----------

- Première étape : Recueillir les renseignements généraux justifiant l'accommodement 57
- Deuxième étape : Examiner et déterminer la ou les options d'accommodement 58
- Troisième étape : Choisir la ou les options d'accommodement 59
- Quatrième étape : Documenter et communiquer la ou les décisions 59

Quatrième phase : Mise en œuvre, surveillance et suivi	60
---	-----------

- Première étape : Mettre en œuvre la décision 60
- Deuxième étape : Surveiller la mise en œuvre 60
- Troisième étape : Assurer le suivi 61

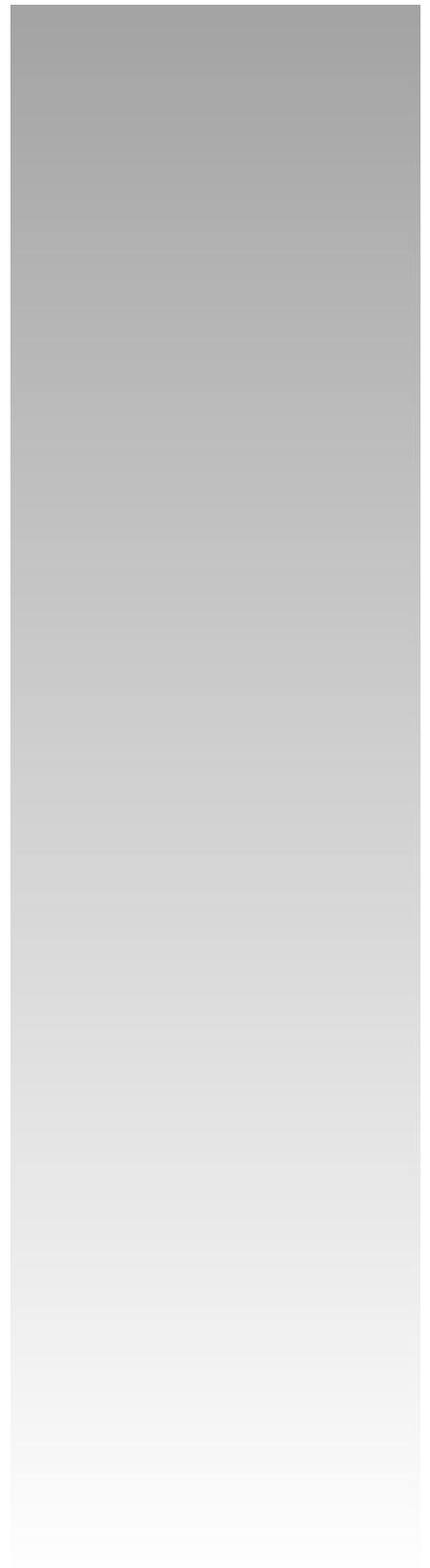
NOTES EN FIN DE TEXTE	62
-----------------------------	----

PARTIE A

CONSULTATION ET ACCOMMODEMENT DES GROUPES AUTOCHTONES

Lignes directrices provisoires
afin de remplir l'obligation
légale de consulter

INTRODUCTION



I INTRODUCTION

Le gouvernement du Canada consulte la population canadienne sur des questions qui ont de l'importance et qui présentent un intérêt pour elle. La consultation joue un rôle important dans la saine gestion des affaires publiques, l'élaboration de politiques rationnelles et la prise de décisions éclairée. Le gouvernement fédéral consulte les peuples autochtones non seulement pour atteindre ses objectifs en matière de saine gestion publique, mais aussi pour des raisons juridiques. Le Canada est tenu de consulter les groupes autochtones en vertu de ses obligations statutaires, contractuelles et de la common law. Le processus menant à la décision de consulter inclut l'examen de tous ces facteurs et de leur interaction. Toutefois, les présentes lignes directrices provisoires ne sont pas axées sur le contexte général, mais plutôt sur la détermination du moment de consulter, des groupes qui doivent être consultés et du processus à mettre en œuvre pour s'acquitter de l'obligation de consultation prévue par la common law et que la Cour suprême du Canada a décrite récemment dans les arrêts *Nation Haïda*¹, *Première nation Tlingit de Taku River*² et *Première nation crie Mikisew*³.

L'obligation de consultation prévue par la common law est fondée sur l'interprétation judiciaire des obligations de la Couronne dans le contexte des droits existants – ancestraux et issus de traités – des peuples autochtones du Canada, découlant de leur reconnaissance et de leur confirmation au titre de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*^{4 5}. Dans les arrêts *Nation Haïda* et *Première nation Tlingit de Taku River*, la Cour suprême du Canada a statué que la Couronne a une obligation légale de consultation et, le cas échéant, d'accommodement, lorsqu'elle envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits (potentiels ou établis) garantis par l'article 35. Cette obligation a été appliquée à différentes mesures envisagées par la Couronne et relativement à divers droits ancestraux et issus de traités, potentiels et établis. Aux fins des présentes lignes directrices, l'obligation légale de consultation fait référence à l'obligation prévue par la common law; nous ferons référence aux obligations statutaires et contractuelles de consultation d'une manière explicite.

Dans les causes en question, la Cour suprême du Canada a également conclu que l'obligation légale de consultation, qui découle de la relation spéciale qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones, doit être remplie d'une manière qui protège l'honneur de la Couronne et qui favorise la conciliation des intérêts autochtones et non autochtones. La Cour suprême du Canada prend en considération la façon dont la Couronne gère ses relations avec les groupes autochtones et la façon dont elle se conduit lorsqu'il est question de droits ancestraux et issus de traités qui jouissent d'une protection constitutionnelle. Les décisions de la

Couronne peuvent faire l'objet d'une révision judiciaire avant qu'un droit établi soit défini ou qu'une revendication en suspens soit réglée. L'étendue de la consultation sera proportionnelle à la solidité du droit potentiel et à l'importance de l'effet préjudiciable de l'activité envisagée. La consultation peut démontrer qu'il est nécessaire d'accommoder.

Outre ce cadre général, les tribunaux ont jusqu'ici laissé au gouvernement le soin de détailler le processus d'application de l'obligation légale de consulter. Il faut prendre en considération le moment où l'obligation de consultation pourrait s'appliquer, comment elle pourrait s'appliquer et comment elle correspond aux politiques de consultation existantes du ministère ou de l'organisation afin d'en faire un élément de la gestion gouvernementale quotidienne comme les décisions opérationnelles, l'élaboration de politiques, les négociations et le processus législatif. Les présentes lignes directrices provisoires visent à fournir une orientation sur quand et comment l'obligation de consulter s'applique, et les représentants fédéraux doivent en tenir compte dans l'exercice de leurs fonctions. Elles traduisent la compréhension du gouvernement fédéral des paramètres juridiques de l'obligation de consulter.

Dans les prochains mois, des travaux seront entrepris en vue d'élaborer une politique fédérale sur la consultation et l'accommodement qui portera sur des questions de droit et de politiques non résolues comme l'étendue de l'obligation, l'identité de la Couronne, la nature et l'ampleur des mesures d'accommodement, la capacité du gouvernement et des groupes autochtones à participer à des consultations, ainsi que sur la conciliation de l'obligation légale en évolution avec des obligations statutaires et d'autres obligations de consultation de nature légale (p. ex., des ententes sur les revendications territoriales globales, etc.). On s'attend à ce que la politique de consultation, qui s'appuiera sur un dialogue avec les groupes inuits, métis et de Premières nations, permette au gouvernement fédéral dans son ensemble de s'acquitter de cette obligation légale d'une manière plus logique, cohérente et efficace.

L'évolution de la jurisprudence relative à la consultation, conjuguée aux « leçons retenues » et aux pratiques exemplaires provenant tant de l'intérieur que de l'extérieur du gouvernement, fera en sorte que les présentes lignes directrices provisoires changeront avec le temps. En outre, on s'attend à ce que l'élaboration d'une politique fédérale sur la consultation et l'accommodement ait une influence considérable sur leur contenu. Dans le cadre de ce processus, les ministères doivent évaluer leurs méthodes actuelles de consultation des groupes autochtones afin de s'assurer qu'elles sont compatibles avec les présentes lignes directrices et avec le cadre de la politique de consultation qui sera élaboré. C'est à chaque

ministère ou organisme fédéral qui participe à l'activité ou au projet envisagé par la Couronne qu'il incombe de s'assurer que des mesures appropriées de consultation et, le cas échéant, d'accommodement sont prises si l'obligation s'applique aux décisions ou actes qui sont mis en œuvre.

Le présent document est divisé en trois parties : partie A – Introduction aux lignes directrices provisoires sur la consultation et l'accommodement des groupes autochtones; partie B – Informations à l'intention des gestionnaires; partie C – Informations à l'intention de ceux qui tiennent les consultations. La partie C comprend une description des principes directeurs qui régissent la consultation, ainsi qu'un guide par étape que les ministères et organismes fédéraux peuvent consulter pour déterminer si une obligation existe et comment elle pourrait être remplie; le guide contient des listes détaillées de facteurs qui les aideront à gérer leurs consultations.

II OBJET

Les présentes lignes directrices ont pour objet de fournir aux ministères et aux organismes fédéraux des conseils et des indications pratiques concernant l'obligation légale de la Couronne de consulter les groupes autochtones et, s'il y a lieu, d'accommoder leurs intérêts. Elles visent à donner des conseils et à proposer des mesures pour aider les ministères et les organismes fédéraux à déterminer si des consultations avec des groupes autochtones sont requises sur le plan juridique et, le cas échéant, comment les organiser et favoriser les conditions nécessaires à l'obtention d'une consultation adéquate. La mise en œuvre des présentes lignes directrices est une étape qui permettra d'aligner le besoin d'uniformité dans les pratiques et mesures fédérales avec le droit en fournissant des renseignements et des outils communs et en se fondant sur des informations existantes au sein du système fédéral.

Tous les ministères et organismes fédéraux sont tenus de s'acquitter de l'obligation légale de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder. En outre, de nombreuses méthodes de consultation sont employées actuellement d'un bout à l'autre du pays (entre autres dans le cadre de nombreux accords de consultation liés à des projets particuliers). Laisser aux différents ministères et organismes fédéraux le soin de décider de la meilleure façon de s'acquitter de leurs responsabilités en matière de consultation produirait probablement des résultats inégaux et pourrait accroître le risque juridique pour le Canada. Toutefois, le recours à des lignes directrices très normatives reviendrait à réinventer la roue dans de nombreux cas où les processus de consultation existants s'avèrent adéquats et les groupes

autochtones concernés les préfèrent. Par conséquent, l'objectif des présentes lignes directrices est de proposer une méthode de consultation qui concilie le besoin de cohérence dans l'exécution de l'obligation légale de consulter de la Couronne avec la souplesse, la responsabilité et l'obligation de rendre compte voulues des ministères et organismes pour déterminer la meilleure façon de remplir cette obligation.

III CONTEXTE

L'obligation de consulter les groupes autochtones et, s'il y a lieu, d'accommoder leurs intérêts, peut être divisée en trois éléments distincts mais reliés, à savoir les contextes historique, juridique et géographique.

1. Contexte historique

La consultation des représentants des Premières nations, des Métis et des Inuits est une réalité canadienne qui précède les décisions de la Cour suprême du Canada. Bien que les méthodes de consultation diffèrent suivant le type de projet ou le ministère ou l'organisme gouvernemental concerné, de nombreuses méthodes ont été élaborées conjointement avec des représentants autochtones et appliquées de manière satisfaisante pour les parties concernées. De plus, les processus de consultation publique existants pourraient répondre à l'obligation de consulter dans bien des circonstances. Dans certains cas, les présentes lignes directrices provisoires compléteront les processus de consultation qui ont cours dans différentes régions du pays. Le secteur privé pourrait aussi mettre sur pied des processus de consultation. Tous les processus existants devraient être évalués afin de déterminer, s'il y a lieu, les mesures que la Couronne doit prendre pour s'acquitter de son obligation légale de consulter dans certaines circonstances précises. Prenons, par exemple, le processus fédéral d'évaluation environnementale imposé par la loi. Il comporte des mécanismes de consultation du public et des exigences particulières en matière d'information qui peuvent différer des exigences de l'obligation légale de consulter et qui devront être conciliés par les représentants fédéraux dans le cadre d'un projet ou d'une activité qui pourrait avoir des effets préjudiciables potentiels sur les droits garantis par l'article 35. Les ministères et organismes devront évaluer leurs méthodes à la lumière de ces lignes directrices et apporter les ajustements ou les changements qui s'imposent.

2. Contexte juridique

L'obligation légale de consultation, définie dans les arrêts *Nation Haïda*, *Première nation Tlingit de Taku River* et *Première nation crie Mikisew* de la Cour suprême du Canada, constitue le fondement des présentes lignes directrices provisoires. Il y a plusieurs autres raisons ou sources juridiques à l'obligation de la Couronne de consulter les groupes autochtones, notamment des dispositions législatives et réglementaires, des accords sur les revendications territoriales globales, des traités, des ententes contractuelles, et d'autres exigences plus précises de la common law qui pourraient s'appliquer dans un contexte particulier. Il est important de déterminer la source juridique de l'obligation potentielle de consultation pour établir ce qui devrait être fait dans un contexte particulier. Le conseiller juridique du ministère de la Justice peut être utile à cet égard.

3. Contexte géographique

Partout au pays, l'application de méthodes de consultation communes et, s'il y a lieu, de mesures d'accommodement doit être conciliée avec l'existence de droits ancestraux et issus de traités, établis ou potentiels, dont l'étendue et le contenu varient. Ces droits varient en fonction du traité en vigueur, de la sorte d'activités, des ressources ou des revendications existantes, ou de la région où le projet ou l'activité doit avoir lieu. De plus, les ententes de règlement de revendications territoriales contemporaines comportent souvent leurs propres dispositions relatives à la consultation, qui ont été convenues par toutes les parties. Les procédures et les méthodes de consultation doivent tenir compte de ces différences et prévoir des adaptations appropriées pour aborder les différents types de droits et obligations de la Couronne qui sont en cause dans différentes régions géographiques du pays⁶.

Le site Web de Ressources naturelles Canada propose, à des fins d'information, une carte du Canada représentant les emplacements géographiques des traités et des revendications territoriales globales, y compris les régions visées par un règlement, les territoires traditionnels et les régions faisant l'objet de négociations (la version de 2004 est en cours de mise à jour et sera bientôt disponible) à l'adresse suivante : http://cccm.nrcan.gc.ca/francais/comprehensive_claims_f.asp

IV PRINCIPES DIRECTEURS

Lorsqu'elle élaborera et mettra en œuvre des processus de consultation et d'accommodement, la Couronne respectera une série de principes qui découlent de la jurisprudence et des pratiques de consultation gouvernementales établies au cours des années.

Principes juridiques

Les principes juridiques suivants s'appliquent dans tous les cas où une obligation de consultation s'impose. Ils décrivent brièvement le fondement de cette obligation et les objectifs poursuivis par la Cour en imposant cette obligation de common law.

Honneur de la Couronne – L'honneur de la Couronne est en jeu dans tous les rapports entre la Couronne et les peuples autochtones. L'obligation de consulter et, le cas échéant, d'accommoder découle de la relation spéciale qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones, et la Couronne doit l'exécuter d'une manière qui favorise la conciliation des droits et des intérêts autochtones et non autochtones.

Réconciliation – L'obligation de consulter et, le cas échéant, d'accommoder, fait partie d'un processus honorable de négociation et de réconciliation qui débute à l'affirmation de la souveraineté par la Couronne et se poursuit au-delà du règlement officiel des revendications, incluant l'application et la mise en œuvre des traités. Les efforts déployés par la Couronne pour consulter et accommoder les groupes autochtones dont les droits pourraient subir des effets préjudiciables doivent être compatibles avec l'objectif global de réconciliation avec les groupes autochtones.

Caractère raisonnable – Les efforts déployés par la Couronne en vue de concilier et d'équilibrer d'autres intérêts sociaux et les droits ancestraux et issus de traités, établis ou potentiels, doivent être raisonnables.

Consultation efficace – L'obligation de consulter nécessite une volonté sincère d'examiner les préoccupations et les intérêts légitimes qui sont liés aux effets que pourraient avoir les mesures envisagées par la Couronne sur les droits garantis par l'article 35. Pour que la consultation soit efficace, il doit y avoir une volonté et une capacité sincères d'adapter les mesures envisagées s'il y a lieu.

Bonne foi – La consultation doit reposer sur des efforts sincères, notamment la divulgation des facteurs et des renseignements pertinents et l'absence de résultats

prédéterminés, de motivations sous-jacentes ou d'apparence de manœuvres malhonnêtes.

Capacité d'adaptation – La consultation vise à donner suite aux droits et intérêts des Autochtones, à minimiser les effets préjudiciables potentiels d'une activité donnée et à traiter d'une manière sérieuse les questions soulevées. Pour ce faire, il faut que la Couronne soit prête à réagir, à faire preuve d'une certaine souplesse par rapport à la planification et à la mise en œuvre de l'activité proposée, et à envisager des mesures d'accommodement qui pourraient être appropriées dans le contexte en question.

Principes découlant de la pratique

Respect mutuel – La consultation doit être fondée sur le respect mutuel de tous les participants et prendre en compte la diversité des intérêts, des points de vue, des cultures, des idées et des préoccupations⁷.

Accessibilité et inclusivité – Il est important d'assurer la participation des groupes autochtones qui ont un intérêt dans la décision ou qui pourraient être touchés par la décision. Pour une consultation fondée sur une obligation légale de consulter, il faudrait s'assurer de la participation des groupes autochtones dont les droits établis ou potentiels sont susceptibles de subir des effets préjudiciables. Des mesures appropriées doivent être prises pour s'assurer que les groupes autochtones ont accès au processus, en prenant en compte les capacités des collectivités, leur situation géographique, leur situation linguistique ou socioéconomique, ou leurs capacités physiques.

Ouverture et transparence – Pour que le processus de consultation soit clair et équitable du point de vue de la procédure, il faudrait :

- établir un dialogue tôt dans le processus;
- fournir des renseignements clairs, exacts et pertinents;
- informer les participants de la façon dont leurs préoccupations ont été prises en considération dans le processus décisionnel et leur expliquer pourquoi les résultats n'en tiennent pas compte;
- documenter les résultats du processus.

Efficacité – Le processus de consultation doit être conçu de manière à utiliser les ressources et les processus existants et proposés de la manière la plus efficace possible, tout en maximisant la contribution de tous les participants.

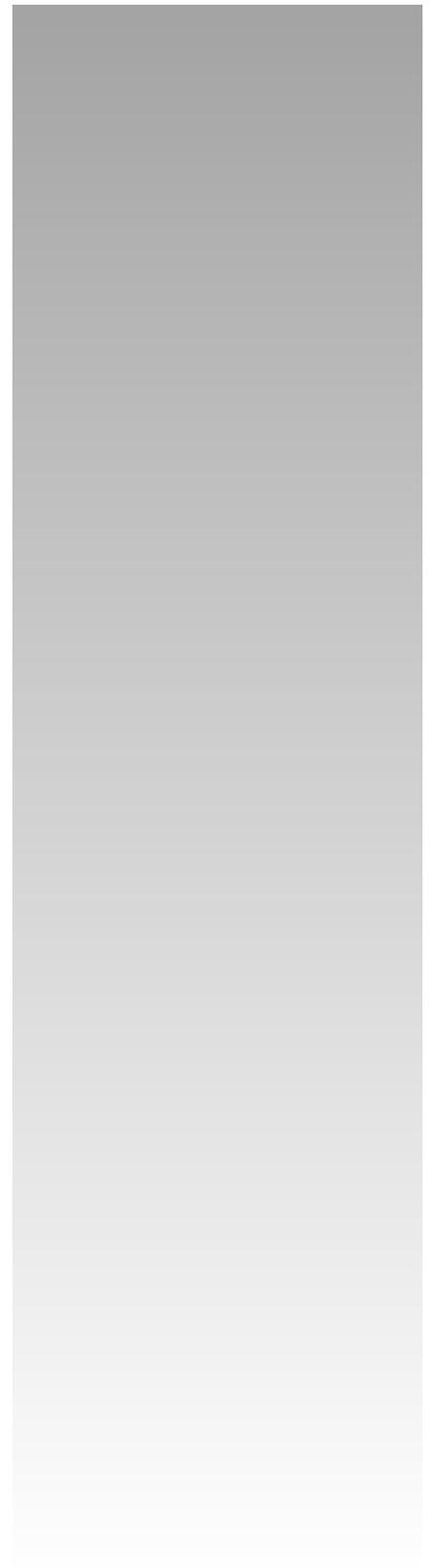
Respect des délais – La consultation gagnera en efficacité si elle est entreprise dès que possible dans le processus décisionnel. Des échéances claires et raisonnables seront établies en vue d'obtenir les commentaires des personnes concernées, et elles seront communiquées d'une manière claire.

PARTIE B

CONSULTATION ET ACCOMMODEMENT DES GROUPES AUTOCHTONES

Lignes directrices provisoires
afin de remplir l'obligation
légale de consulter

INFORMATIONS À L'INTENTION
DES GESTIONNAIRES



I RÔLES ET RESPONSABILITÉS

Ministères et organismes fédéraux (la Couronne)

Lorsqu'une obligation légale de consulter a été établie à la suite d'une évaluation qui démontre que les mesures envisagées par la Couronne sont susceptibles d'avoir des effets sur une revendication crédible de droits ancestraux ou issus de traités (voir la partie C), un processus efficace de consultation inclura la collaboration des groupes autochtones et une coordination et la coopération des instances fédérales.

Le gouvernement fédéral tout entier est responsable de veiller à ce que toutes les obligations de consultation et, le cas échéant, d'accommodement soient remplies. Une restriction s'appliquant à un ministère, à un organisme ou à une autre entité fédérale ne limitera pas l'obligation de la Couronne dans les circonstances. Dans la suite des présentes, les termes ministère et organisme seront employés pour désigner toutes les entités fédérales qui jouent un rôle dans l'activité ou les mesures envisagées par la Couronne et dans le processus de consultation. En conséquence, il est important que tous les ministères et organismes participant à une activité qui crée une obligation juridique de consulter travaillent ensemble et coordonnent leurs efforts pour accomplir leurs mandats respectifs de façon à aider la Couronne à remplir ses obligations de consultation. Chaque ministère ou organisme fédéral participant à l'activité doit s'assurer que des mesures appropriées de consultation et, le cas échéant, d'accommodement, sont prises pour chaque décision ou acte qu'il prend et qui peut créer une obligation de consultation.

Dans certains cas, d'autres ministères ou organismes fédéraux devront participer au processus pour veiller à que la Couronne réagisse adéquatement et soit capable de traiter correctement avec les groupes autochtones concernés. La coordination et le soutien au sein du gouvernement fédéral sont indispensables pour que la Couronne puisse remplir ses obligations de consultation.

Les tâches suivantes sont pertinentes à une conduite honorable de la Couronne dans le contexte de consultations auprès de groupes autochtones (que ce soit dans un objectif de saine gouvernance ou en raison d'une obligation légale) et, si elles sont effectuées, elles contribuent à garantir que la Couronne agit honorablement :

- Établir clairement les grandes lignes de l'activité envisagée par la Couronne ou du processus d'approbation de l'activité d'un tiers, en indiquant tous les ministères et organismes fédéraux qui pourraient être concernés, les décisions

ou les types de mesures que chacun pourrait être tenu de prendre, ainsi que la nature de l'activité ou de la décision;

- Identifier clairement l'entité ayant le pouvoir de consulter au nom du Canada dans le contexte en question – le ministère ou l'organisme qui a le mandat et le pouvoir de signer une entente ou un protocole conclu au nom du Canada (c'est-à-dire le niveau décisionnel nécessaire, les mandats requis ou qui sont en place actuellement, ainsi que le processus potentiel pour l'obtention d'approbations). Lorsque cela n'est pas possible, il est important que toutes les entités concernées travaillent en collaboration. La désignation d'un ministère ou d'un organisme responsable est fortement encouragée;
- Si un tiers ou une entité non gouvernementale est concerné, déterminer comment les communications avec le gouvernement concernant les renseignements, les échéanciers et les décisions relatives au projet seront assurées, et préciser si le tiers ou l'entité non gouvernementale prévoit mener des consultations avec des groupes autochtones;
- S'informer des droits ancestraux ou issus de traités, potentiels ou établis, sur lesquels la mesure envisagée pourrait avoir des effets préjudiciables;
- Veiller à ce qu'une évaluation de la solidité de la revendication soit effectuée et documentée;
- Veiller à ce que les renseignements pertinents sur la mesure envisagée par le gouvernement ou un tiers soient fournis en temps opportun aux groupes autochtones concernés, y compris les coordonnées de la personne-ressource à contacter au sein du gouvernement, et les échéanciers qui pourraient s'appliquer;
- Entamer le dialogue avec les groupes autochtones concernés au sujet de la mesure envisagée pour leur donner l'occasion de faire valoir des droits ancestraux ou issus de traités, potentiels ou établis, et d'exprimer leurs préoccupations à l'égard des effets préjudiciables que cette mesure pourrait avoir sur leurs droits ou leurs intérêts;
- Veiller à ce qu'il y ait un processus suffisant de dialogue avec les groupes autochtones (dans le cadre de processus publics ou de processus réglementaires établis ou en plus de ces processus) et à ce que toutes les communications soient consignées;
- Veiller à donner suite de façon coordonnée et en temps opportun à toutes les communications reçues des groupes autochtones;

- Veiller à ce que des comptes rendus de toutes les réunions et l'ensemble de la correspondance soient tenus pour que la Couronne puisse recourir à ces renseignements dans l'éventualité d'actions devant les tribunaux. Il se pourrait que ces renseignements soient communiqués à d'autres parties en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*. Il est donc possible qu'il faille prendre des mesures précises avant de convenir de tenir des discussions confidentielles ou non officielles ou d'assurer la confidentialité de documents. Il faut consulter l'avocat du ministère de la Justice avant de discuter de la façon dont des discussions ou des documents échangés au cours du processus de consultation pourraient être traités ou classifiés;
- Dans ce but, veiller à ce que la Couronne dispose des documents relatifs aux consultations effectuées par des tiers ou des agents de la Couronne;
- Prendre en considération les vues des groupes autochtones, les évaluer et y répondre;
- Examiner les possibilités d'atténuer tous les effets préjudiciables que pourraient subir les groupes autochtones et leurs droits respectifs en vertu de l'article 35, et chercher à minimiser ces effets;
- Être à l'écoute des participants en ce qui concerne les décisions qui ont été prises et la façon dont leurs préoccupations et leurs vues ont été prises ou non en considération au cours du processus décisionnel.

Groupes autochtones

La Couronne peut s'attendre raisonnablement à ce que les groupes autochtones s'acquittent des tâches suivantes :

- Exposer clairement et en temps opportun la nature et l'étendue des droits ancestraux ou des droits issus de traités qu'ils revendiquent, ainsi que les effets préjudiciables que la mesure envisagée par la Couronne ou un tiers pourrait avoir sur ces droits;
- Informer la Couronne de leurs préoccupations;
- Ne pas contrecarrer les efforts déployés de bonne foi par la Couronne et ne pas défendre des positions déraisonnables pour empêcher le gouvernement de prendre des décisions (source : paragraphe 42 de l'arrêt *Nation Haïda c. Colombie-Britannique* de la Cour suprême du Canada);

- Tenter de trouver une solution mutuellement satisfaisante à une situation donnée.

Provinces et territoires

Les arrêts *Nation Haïda*, *Première nation Tlingit de Taku River* et *Première nation crie Mikisew* de la Cour suprême du Canada s'appliquent aux gouvernements provinciaux et territoriaux. Les gouvernements provinciaux et territoriaux ont instauré, à des degrés divers, leurs propres processus de consultation de la Couronne concernant des projets qui relèvent de leur compétence. Dans le cas d'initiatives qui engagent les deux ordres de gouvernement, il faudrait profiter au maximum des occasions de coordonner avec les gouvernements provinciaux ou territoriaux afin d'accroître l'efficacité en minimisant le double emploi et les incompatibilités.

Tiers

Les tiers, comme les promoteurs industriels, n'ont pas d'obligation légale de consulter les groupes autochtones dont les droits pourraient subir les effets préjudiciables de leurs activités. La Couronne est la seule responsable légale des conséquences de ses actes et de ses rapports avec des tiers qui pourraient avoir des effets préjudiciables sur les droits ancestraux ou issus de traités. Toutefois, dans le cadre de ses relations et de ses rapports avec les groupes autochtones, le secteur privé exerce normalement une diligence raisonnable et applique d'autres pratiques commerciales de semblable nature. De telles pratiques peuvent favoriser généralement les initiatives de consultation.

Les tribunaux ont également indiqué que la Couronne pouvait déléguer certains aspects procéduraux de la consultation à des tiers, comme le rôle assigné aux promoteurs industriels dans le cadre des évaluations environnementales ou l'imposition de conditions rattachées à l'émission des licences ou des autorisations pour réaliser certains types d'activités. De plus, la jurisprudence reconnaît que la Couronne peut tirer profit des consultations menées par un tiers et des mesures d'accommodement prises par des tiers. Le rôle d'activités de cette sorte menées par des tiers dans le cadre du processus de consultation devrait être intégré à tous les plans et à toutes les initiatives de consultation de la Couronne.

Dans le cas d'une obligation légale de consultation, la responsabilité en ce qui a trait à la consultation et à l'accommodement incombe en dernier ressort à la Couronne car l'honneur de la Couronne ne peut être délégué.

II SE PRÉPARER AUX PROCESSUS DE CONSULTATION DE LA COURONNE

La présente section décrit sommairement la façon dont les gestionnaires des ministères et organismes fédéraux devraient préparer les consultations, ce qui comprend l'examen des besoins en matière de finances, de ressources humaines et de formation, et la nécessité de faire participer l'avocat du ministère de la Justice. Elle complète la partie C qui fournit un guide par étape à l'intention des intervenants qui auront à élaborer et à mettre en œuvre des processus de consultation de la Couronne sur le terrain. Les parties B et C sont des mesures provisoires visant à assurer la cohérence et l'efficacité des processus en attendant l'élaboration d'une politique fédérale sur la consultation et l'accommodement.

Préparation de votre ministère ou organisme à la consultation

Dans le cadre de son mandat, chaque ministère ou organisme fédéral a la responsabilité de s'acquitter de l'obligation légale de consulter les peuples autochtones. Certains ministères et organismes peuvent avoir déjà instauré des processus de consultation dans un objectif de saine gouvernance. Ils devraient les évaluer afin de s'assurer qu'ils respectent les normes requises pour remplir l'obligation de consultation prévue par la common law.

En Nouvelle-Écosse, un processus de consultation provincial a été élaboré dans le cadre d'un processus de négociation tripartite plus vaste concernant les droits ancestraux et issus de traités. Actuellement, les parties mettent en œuvre, pour une durée d'environ un an, le mandat d'un processus de consultation Mi'kmaq-Nouvelle-Écosse-Canada. Cet essai leur permettra de décider s'il faut modifier le mandat avant d'en approuver la version définitive. Bien que le processus de consultation prévu soit facultatif, les parties espèrent qu'il deviendra le choix premier des ministères et organismes gouvernementaux chaque fois que naît l'obligation de consulter les Mi'kmaq de la Nouvelle-Écosse.

La liste suivante énumère quelques-unes des tâches à accomplir en vue de préparer les consultations de la Couronne :

- Examiner les différentes méthodes de consultation possibles en tenant compte des types d'activités que le ministère ou l'organisme exerce habituellement ou pourrait être appelé à exercer, ainsi que des processus de consultation qui sont peut-être déjà en place dans les régions ou dans le cadre de projets;

- Déterminer les possibilités et les contraintes devant lesquelles le ministère ou l'organisme se trouve lorsqu'il mène des consultations, comme les ressources financières et humaines disponibles;
- Examiner les mandats et les pouvoirs du ministère ou de l'organisme par rapport à des ententes ou à des protocoles de consultation précis qui pourraient être conclus avec des groupes autochtones, ainsi que l'étendue d'éventuelles mesures d'accommodement;
- S'assurer que les mesures d'accommodement proposées sont examinées et approuvées par la haute direction du ministère ou de l'organisme;
- Clarifier les responsabilités et les rôles potentiels du personnel et de la direction du ministère ou de l'organisme, et instituer une procédure de gestion des dossiers;
- Identifier la personne ou l'entité qui possède le ou les pouvoirs de décision;
- Déterminer si d'autres ministères ou organismes gouvernementaux ont des obligations de consultation potentielles avec les mêmes groupes autochtones et instaurer des mécanismes de coordination appropriés;
- Identifier d'autres ministères ou organismes concernés qui devraient être tenus au courant de la consultation menée par votre ministère ou organisme;
- Examiner les relations actuelles du ministère ou de l'organisme avec des peuples, des groupes ou des organismes autochtones, et étudier les possibilités de mettre à profit et d'améliorer ces relations en vue de la consultation (p. ex., voir l'encadré ci-dessus sur le processus de consultation en Nouvelle-Écosse);
- Étudier la meilleure façon de consulter les groupes autochtones et de communiquer avec eux, en tenant compte des obstacles potentiels à la communication comme la langue et la culture;
- Examiner les options avec l'avocat du ministère ou de l'organisme afin de s'assurer que les procédures et les processus sont compatibles avec l'obligation légale de consultation;
- Déterminer si le Canada est engagé dans une poursuite judiciaire active avec le ou les groupes autochtones concernés. Le cas échéant, l'avocat du ministère de la Justice aidera à faire en sorte que la méthode de consultation adoptée ne porte pas préjudice aux positions et arguments juridiques du Canada;

- Lorsqu'une activité ou un projet proposé peut avoir des répercussions sur les intérêts des Métis et des Indiens non inscrits, le Bureau de l'interlocuteur fédéral auprès des Métis et des Indiens non inscrits constitue un centre de ressources pour de l'information sur les intérêts des Métis et des Indiens non inscrits; il est disponible pour faciliter les échanges d'information comme suit :
 - le Bureau de l'interlocuteur fédéral devrait être informé par les ministères ou organismes de toutes les décisions visant à consulter des groupes de Métis ou d'Indiens non inscrits pour qu'il puisse les aider à assurer une plus grande uniformité des processus de consultation au sein du gouvernement fédéral,
 - le Bureau de l'interlocuteur fédéral peut fournir des conseils sur les communications avec les groupes de Métis et d'Indiens non inscrits lorsqu'un ministre ou un organisme décide qu'un processus de consultation est justifié.

Considérations relatives aux ressources financières et humaines

Il faut dresser l'inventaire des ressources financières et humaines afin de déterminer comment le soutien nécessaire sera apporté aux initiatives de consultation. Par exemple, les ministères et organismes fédéraux doivent tenir compte des éléments suivants :

- la fréquence des activités liées à la consultation à l'intérieur du ministère et avec les groupes autochtones et d'autres tiers;
- l'étendue potentielle de l'obligation légale de consultation et le processus de consultation proposé;
- les dépenses ministérielles liées au processus de consultation proposé;
- le pouvoir ministériel ou les programmes ou initiatives disponibles permettant de verser des fonds à des groupes autochtones, s'il y a lieu;
- les possibilités de collaborer et de partager les coûts de la consultation avec d'autres ministères ou organismes fédéraux, avec des gouvernements provinciaux ou territoriaux, ou avec le secteur privé;
- les possibilités de favoriser les regroupements de groupes autochtones (s'il n'en existe pas encore) afin de renforcer l'efficacité et de diminuer les coûts;
- des besoins internes précis relativement à :
 - la capacité,
 - la planification et la recherche,
 - l'évaluation,
 - la gestion des dossiers,

- les communications,
- la formation,
- d'autres formes de soutien.

En calculant les besoins en matière de ressources financières et humaines nécessaires à la consultation, les ministères ou organismes fédéraux devraient aussi tenir compte de l'incidence financière de la participation des groupes autochtones. Les tribunaux ont indiqué, comme règle générale, que la consultation doit être efficace et le processus raisonnable. La participation des Autochtones contribue à améliorer les résultats des prises de décisions et les tribunaux ont déjà considéré d'un œil favorable une aide gouvernementale à l'intention des groupes autochtones afin de faciliter leur participation au processus de consultation.

Par exemple, on pourrait appuyer :

- l'échange de renseignements et la sensibilisation,
- la participation à des réunions,
- les voyages et l'hébergement,
- la rédaction de rapports,
- la formation,
- les communications,
- la recherche et le développement,
- la planification relative à l'utilisation des terres, à l'utilisation traditionnelle ou à des ressources ciblées.

Au cours de cette phase de planification, on peut consulter les lignes directrices sur les dépenses du Secrétariat du Conseil du Trésor, ainsi que les politiques, les pratiques et les guides propres au ministère ou à l'organisme.

Considérations relatives à la formation

La formation est d'une importance cruciale pour assurer une compréhension cohérente de l'obligation de consulter et de son exécution. Elle contribuera à :

- améliorer la sensibilisation à l'obligation légale de consultation, ainsi que la compréhension de ce qu'elle comporte;
- favoriser la compréhension des rôles et des responsabilités de toutes les parties concernées par le processus de consultation;

- déterminer les conséquences précises pour le ministère ou l'organisme;
- informer le personnel des attentes précises;
- donner l'occasion de mettre en commun des expériences et des informations sur des méthodes et des outils pratiques;
- établir les bases de l'élaboration de méthodes, d'analyses et de pratiques communes.

Il convient de noter que l'avocat du ministère de la Justice est disposé à participer et à contribuer aux séances de formation sur la consultation.

Participation de l'avocat du ministère de la Justice au processus de consultation

Le ministère de la Justice n'est pas responsable de mener les consultations, mais il est important de faire participer l'avocat affecté à votre ministère ou organisme tout au long du processus de consultation afin de s'assurer que les obligations légales de consultation qui s'imposent et qui sont en jeu sont reconnues et que les processus de consultation qui sont mis en place rempliront les obligations légales. Le ministère de la Justice joue un rôle de soutien important au sein des ministères et des organismes relativement aux choix et aux options stratégiques, surtout en ce qui concerne l'uniformité à l'échelle du gouvernement. En particulier, il faudrait faire appel à l'avocat du ministère de la Justice dans les cas suivants :

- Dans le contexte d'une activité gouvernementale prévue, l'avocat peut aider à déterminer si le gouvernement a une obligation légale de consulter, quand cette obligation pourrait s'appliquer, et l'étendue de l'obligation. On peut aussi consulter l'avocat dans des situations où il a déjà été déterminé qu'un ministère ou un organisme fédéral doit consulter des groupes autochtones pour des raisons de politique publique ou de relations ou pour d'autres motifs (cela permettrait d'effectuer une évaluation afin de s'assurer qu'une obligation légale qui n'existe pas ne soit pas sous-entendue);
- Après que les faits essentiels ont été établis par le ministère/organisme fédéral, informer l'avocat de votre ministère ou organisme de la méthode de consultation adoptée pour qu'il puisse déterminer si elle est raisonnable en ce qui concerne la réalisation de l'obligation légale de consulter;

- Au cours de la consultation, l'avocat pourrait être appelé à remplir les fonctions suivantes :
 - Vérifier que la méthode proposée, ainsi que les déclarations d'intention et engagements prévus du gouvernement, sont raisonnables et appropriés d'un point de vue juridique;
 - Effectuer une évaluation de la solidité de la revendication pour aider à déterminer l'étendue de la consultation et de l'accommodement potentiel qui pourraient être requis;
 - Discuter de la divulgation de documents et de la création d'un dossier sur le processus de consultation;
 - Lors de l'étape finale de la consultation, discuter de la documentation que le ministère ou l'organisme devrait conserver dans le dossier officiel, y compris les décisions ou les engagements officiels pertinents provenant de l'une ou de toutes les parties concernées.

Après la consultation et la mise en œuvre en cours ou achevée d'un projet, pour réaliser efficacement le plan d'accommodement, s'il y a lieu, il faudra que le ministère ou l'organisme en fasse de temps en temps un examen et apporte des ajustements si les circonstances changent.

Tenue de consultations – liste de vérification des « règles élémentaires »

- Veiller à ce que les principes directeurs soient respectés (voir la partie A).
- Confirmer que les points de décision normatifs ou obligatoires du processus sont atteints afin d'obtenir des résultats.
- Veiller à ce que la documentation pertinente relative au processus soit conservée.
- Intégrer des mesures visant à évaluer les progrès réalisés et l'efficacité du processus s'il y a lieu (c'est à dire les leçons retenues).

ANNEXE A

Définitions

Capacité : L'aptitude d'une personne à comprendre la nature et la portée de ses actes. Dans ce contexte, l'aptitude des groupes autochtones à comprendre la nature de l'activité ou du projet envisagés par la Couronne et les effets qu'ils pourraient avoir sur les droits qu'ils pourraient détenir.

Common law : En général, des règles de droit qui s'élaborent au moyen de décisions judiciaires, à la différence de textes législatifs, concernant la gouvernance et la sécurité des personnes et de la propriété.

Conduite de la Couronne : Toute activité ou entreprise ou tout projet mené par le gouvernement fédéral dans l'exercice de ses compétences ou pouvoirs. Le gouvernement fédéral peut être responsable du projet ou l'approuver par la délivrance de permis et d'autorisations. Dans les deux cas, ces actions constituent la conduite de la Couronne.

Connaissance de la Couronne : La Cour suprême du Canada a statué que l'obligation légale de consulter prend naissance lorsque la Couronne a connaissance (voir la définition ci-dessous), « concrètement ou par imputation », de l'existence potentielle ou établie de droits garantis par l'article 35 et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ceux-ci. Par conséquent, la première étape visant à évaluer l'existence d'une obligation légale de consulter dans un cas particulier consiste à évaluer si la Couronne a cette connaissance. Si la Couronne n'a pas connaissance de l'existence potentielle de droits, il n'y a pas d'obligation légale de consulter.

Connaissance par interprétation : Le *Black's Law Dictionary* (8^e édition) propose la définition suivante : [*traduction*] « Connaissance qu'une personne faisant preuve de diligence raisonnable devrait avoir et que la loi confère par conséquent à une personne donnée ». Donc, si la Couronne envisage une activité, elle doit se renseigner sur l'existence de droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, sur lesquels l'activité pourrait avoir des effets préjudiciables.

Consultation véritable : Une consultation dépend des circonstances, mais elle doit toujours être véritable. Au minimum, elle consiste à aviser en temps opportun les groupes autochtones concernés des mesures envisagées par la Couronne et à leur transmettre des renseignements objectifs pour les aider à comprendre les mesures

envisagées et leurs effets sur leurs droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels. Lorsque la revendication est solide ou que les droits sont établis et que les effets préjudiciables potentiels sont importants, la consultation peut consister à : fournir l'occasion de faire des observations; permettre une participation officielle au processus décisionnel; fournir des motifs écrits pour montrer que les préoccupations des Autochtones ont été prises en considération; et révéler l'impact que le groupe autochtone a eu sur la décision. Dans l'affaire *Première nation crié Mikisew*, la Cour a confirmé que la Couronne ne remplit pas son obligation légale de consulter si elle prend des décisions unilatérales pour répondre à ce qu'elle considère comme les préoccupations des Autochtones, sans consultation.

Couronne : Ce terme désigne tous les ministères (des gouvernements fédéral et provinciaux) et organismes d'État et tous les fonctionnaires qui exécutent les fonctions du gouvernement. L'obligation de consulter est un acte administratif qui relève du gouvernement dans son ensemble. Dans les arrêts *Nation Haïda* et *Première nation Tlingit de Taku River*, la Cour suprême du Canada a statué que les gouvernements fédéral et provinciaux ont une obligation légale de consulter lorsqu'ils envisagent des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels.

Droits ancestraux : Pratiques, traditions et coutumes qui faisaient partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone revendiquant le droit qui existait avant l'arrivée des Européens (*Van der Peet*). Dans le cas des Métis, les « droits ancestraux » sont des droits découlant de pratiques, de traditions et de coutumes qui faisaient partie intégrante de la culture distinctive du groupe métis avant le contrôle effectif des Européens, c'est-à-dire avant que les Européens imposent leur domination politique et juridique dans la région revendiquée (*Powley*). En règle générale, ces droits dépendent des faits et du lieu.

Droits conférés par l'article 35 : Droits ancestraux existants, incluant le titre ancestral, et droits issus de traités existants (conférés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*).

Droits issus de traités : Droits définis dans un traité historique, droits exposés dans un accord contemporain sur des revendications territoriales, ou certains aspects de quelques ententes d'autonomie gouvernementale. Généralement, les traités (historiques et contemporains) se caractérisent par l'intention de créer des obligations mutuellement exécutoires qui seraient solennellement respectées (*Simon, Sioui*). Un droit issu d'un traité peut être désigné dans une clause explicite d'un traité, dans une clause implicite, ou être une pratique raisonnablement accessoire à l'exercice du droit issu d'un traité. L'étendue des droits issus de

traités est fonction de leur libellé, lequel doit être interprété conformément aux principes énoncés par la Cour suprême du Canada (*Badger* 1996, *Sundown* 1999 et *Marshall* 1999).

Lorsque les parties ne s'entendent pas sur l'étendue des obligations ou sur les droits qui sont prévus, de nombreux principes d'interprétation des traités s'appliquent. Par exemple, les traités doivent recevoir une interprétation libérale et toute ambiguïté doit profiter aux signataires dans le contexte des traités historiques; l'interprétation des traités a pour objet de déterminer l'intention commune, celle qui concilie le mieux les intérêts des deux parties à l'époque de la signature; l'intégrité et l'honneur de la Couronne sont présumés; les tribunaux ne peuvent modifier les conditions d'un traité; les droits issus de traités ne doivent pas être interprétés de façon statique ou rigide, et les tribunaux doivent les interpréter de manière à permettre leur exercice dans le monde moderne (*Marshall* 1999; 2005).

Groupe autochtone : Une collectivité inuite, métisse ou de Premières nations qui jouit ou pourrait jouir de droits ancestraux ou issus de traités en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Inuit : Autochtone du Nord canadien qui vit au Nunavut, dans les Territoires du Nord-Ouest, dans le Nord québécois et le Nord du Labrador. Dans la langue inuite, l'inuktitut, le mot « inuit » signifie « peuple », tandis que « Inuk » désigne l'individu.

Métis : Aux fins des droits conférés par l'article 35, le terme « Métis » désigne les peuples distincts qui, en plus de leur ascendance mixte (indienne ou inuite et européenne), possèdent leurs propres coutumes et une identité collective reconnaissable et distincte de celles de leurs ancêtres indiens ou inuits d'une part, et européens d'autre part. Une collectivité métisse doit avoir une identité collective distincte, et ses membres doivent vivre ensemble dans la même région et partager un mode de vie commun.

Première nation : Terme entré dans l'usage au cours des années 1970 pour remplacer le mot « Indien » que des personnes jugeaient offensant. Même si le terme « Première nation » est largement répandu, il n'en existe aucune définition légale. Entre autres choses, les « membres des Premières nations » désignent les Indiens inscrits et non inscrits du Canada. Certaines collectivités ont aussi adopté le terme « Première nation » pour remplacer le mot « bande » dans leur nom.

Revendication territoriale globale : Une revendication territoriale globale porte sur l'affirmation de l'existence de droits ancestraux et de titres sur les terres qui

n'ont jamais fait l'objet de traités ou d'autres dispositions. Les négociations relatives aux revendications territoriales globales traitent des questions soulevées par les peuples autochtones, par les gouvernements et par les tierces parties au sujet du droit juridique de posséder ou d'utiliser des terres et des ressources dans les secteurs faisant l'objet d'une revendication.

Sous toutes réserves ou non sous toutes réserves : Décrit les communications écrites ou verbales. La présentation d'une communication « sous toute réserve » signifie que la partie ne renonce pas à son droit de non-divulgaration de la communication. On peut aussi désigner ce genre de communications comme étant « officieuse ». Le terme est souvent utilisé durant des négociations et des procès. Il faut demander des conseils à l'avocat lorsqu'une demande de discussion sous toutes réserves ou officieuse est présentée.

Dans le contexte d'une consultation, si des ententes ou des protocoles sont conclus dans le but de remplir les obligations de la Couronne, comme dans les affaires *Nation Haïda*, *Première nation Tlingit de Taku River*, *Première nation crie Mikisew* et *Sparrow*, il est recommandé que l'entente soit « non sous toutes réserves ». Cela signifie que la Couronne peut utiliser la documentation devant les tribunaux comme preuve qu'elle a rempli son obligation de consulter et que le groupe autochtone peut utiliser la documentation par rapport à ses positions juridiques. Des communications de cette sorte peuvent être désignées comme étant « officielles ».

Titre ancestral : Droit ancestral d'utilisation et d'occupation exclusives de terres. Il est possible que deux groupes autochtones ou plus puissent démontrer détenir un titre ancestral sur les mêmes terres.

ANNEXE B

Résumés de causes

1. *Obligation de consulter*

Arrêts de la Cour suprême du Canada faisant autorité

Nation Haïda c. Colombie-Britannique (ministre des Forêts), [2004] CSC 73.

La Cour suprême du Canada a rejeté le pourvoi de la province et a accueilli le pourvoi de Weyerhaeuser Company Ltd. Elle a statué que la province avait l'obligation légale de consulter les Haïdas avant de prendre des décisions concernant l'exploitation des forêts dans une région des îles de la Reine-Charlotte sur laquelle les Haïdas revendiquent des titres et des droits ancestraux, mais qu'ils n'ont pas encore prouvés. La Cour a déclaré que des consultations menées de bonne foi peuvent faire naître l'obligation d'accommodement des préoccupations des Haïdas concernant la récolte de bois, mais qu'il était impossible pour le moment de préciser le genre d'accommodement qui s'imposait, à supposer qu'une telle mesure soit requise. La Cour a aussi conclu que la province ne s'était pas acquittée de son obligation de procéder à une véritable consultation. Elle a aussi conclu que Weyerhaeuser n'avait aucune obligation de consulter ou d'accommoder les Haïdas. Elle a statué que l'obligation de consulter ne visait pas les tiers.

La Cour a affirmé que l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et d'accommoder leurs intérêts repose sur le principe de l'honneur de la Couronne, qui découle de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne face à l'occupation antérieure des terres par les peuples autochtones. L'obligation de consultation prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et qu'elle envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ce droit ou titre. L'étendue de l'obligation dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre. Pour ce qui est du contenu de l'obligation, la Cour a déclaré qu'à toutes les étapes, les deux parties sont tenues de faire montre de bonne foi et que les manœuvres malhonnêtes sont interdites. Des consultations menées de bonne foi peuvent donc permettre de découvrir une obligation d'accommoder. La Cour a affirmé que ce processus ne donne pas aux groupes autochtones un droit de veto sur les mesures susceptibles d'être prises à l'égard des terres en cause en attendant que la

revendication soit établie de façon définitive, et n'impose pas l'obligation de se mettre d'accord. La Cour a aussi affirmé que la Couronne peut déléguer certains aspects procéduraux de la consultation à des acteurs industriels qui proposent des activités d'exploitation, mais que la responsabilité juridique en ce qui a trait à la consultation et à l'accommodement incombe en dernier ressort à la Couronne. Le respect du principe de l'honneur de la Couronne ne peut pas être délégué.

Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet), 2004, CSC 74.

La Cour suprême du Canada, en appliquant son analyse dans l'arrêt *Nation Haida c. Colombie-Britannique* (ministre des Forêts) [2004] CSC 73, publié en même temps que le présent arrêt, a accueilli le pourvoi de la province et statué qu'elle s'était acquittée de son obligation de consultation de la Première nation et d'accommodement de ses préoccupations en engageant le processus en vertu de l'*Environmental Assessment Act*. La question était de savoir si la Couronne avait une obligation de consulter avant d'approuver la réouverture d'une mine et la construction d'une route d'accès à la mine qui traverserait un territoire que revendique la Première nation, mais dont les revendications de droits ancestraux et de titres ne sont pas encore prouvées. Dans l'affaire *Nation Haida*, la Cour a confirmé l'existence de l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones avant que n'ait été tranchée une revendication de droits ou de titres. La Cour a conclu qu'en l'espèce, la Couronne avait l'obligation de consulter parce que la province était au courant des revendications en raison de la participation de la Première nation au processus de négociation de traités, et elle savait que la décision de rouvrir la mine et de construire une route d'accès pouvait avoir un effet préjudiciable sur le fond des revendications de la Première nation.

La Cour a conclu que la Couronne s'était acquittée de son obligation de consultation du fait que la Première nation faisait partie du comité d'examen du projet et qu'elle a participé à part entière à l'examen environnemental, que ses vues ont été exposées aux ministres et que le certificat d'approbation du projet final contenait des mesures visant à répondre à ses préoccupations, à court comme à long terme. La Cour a aussi affirmé que la province n'avait pas l'obligation de se mettre d'accord avec la Première nation et le fait qu'elle n'y soit pas parvenue ne constitue pas un manquement à son obligation de mener des consultations de bonne foi. La Cour a aussi confirmé que le principe de l'honneur de la Couronne ne peut recevoir une interprétation étroite ou formaliste, mais qu'il faut lui donner plein effet afin de promouvoir le processus de conciliation prescrit par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Première nation crie Mikisew c. Canada (ministre du Patrimoine canadien), 2005
CSC 69

La Cour suprême du Canada a accueilli le pourvoi de la Première nation et annulé la décision de la ministre d'autoriser la construction d'une route d'hiver qui devait traverser le parc national Wood Buffalo et lui a renvoyé le dossier pour qu'elle tienne des consultations et qu'elle en poursuive l'examen. La Cour a statué que l'obligation de consultation qui découle du principe de l'honneur de la Couronne, ainsi que de l'obligation de celle-ci de respecter les droits issus de traités existants des peuples autochtones, ont été violées parce qu'aucune consultation adéquate n'a été tenue avant l'approbation par la Ministre de construire la route. La Cour a affirmé que lorsque la Couronne exerce son droit issu du Traité no 8 de « prendre » des terres, 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 a affirmé que la Couronne doit d'abord examiner le processus de la « prise » de terres et se demander s'il est compatible avec l'honneur de la Couronne.

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 des peuples autochtones de manière à rendre applicable l'obligation de consulter. En l'espèce, la Cour a statué que l'obligation de consultation était déclenchée parce que les effets de la route proposée étaient clairs, démontrés et manifestement préjudiciables à l'exercice ininterrompu des droits de chasse et de piégeage des Cris Mikisew sur les terres en question. La Cour a statué que le contenu de l'obligation de la Couronne en l'espèce se situe plutôt au bas du continuum puisque la route proposée est peu importante et située sur des terres cédées où les droits issus du traité des Cris Mikisew sont expressément assujettis à la restriction de la « prise » du Traité n° 8.

En ce qui concerne le contenu de l'obligation de consulter, la Cour a conclu que la Couronne devait aviser les Cris Mikisew et nouer un dialogue directement avec eux. Ce dialogue aurait dû comporter la communication de renseignements au sujet du projet, traiter des intérêts des Cris Mikisew, connus de la Couronne, et de l'effet préjudiciable que le projet pourrait avoir, selon elle, sur ces intérêts. La Couronne aurait aussi dû demander aux Cris Mikisew d'exprimer leurs préoccupations et les écouter attentivement, et s'efforcer de réduire au minimum les effets préjudiciables du projet sur leurs droits de chasse, de pêche et de piégeage. La Cour a confirmé que le processus de consultation, s'il avait suivi son cours, n'aurait pas conféré aux Cris Mikisew un droit de veto sur le tracé de la route. Elle a réaffirmé que la consultation n'entraîne pas toujours un accommodement, et que l'accommodement ne se traduit pas toujours par une entente.

Interprétation et application de l'obligation de consulter par les tribunaux inférieurs

Depuis les arrêts faisant autorité rendus par la Cour suprême et décrits ci-dessus, les tribunaux inférieurs ont évalué et appliqué l'obligation de consultation à diverses sortes de conduites de la Couronne et relativement à de nombreux droits ancestraux et issus de traités différents. Pour une liste de ces décisions et de plus amples détails, veuillez communiquer avec votre conseiller juridique.

2. Critères juridiques permettant de déterminer l'existence de droits ancestraux ou issus de traités et de l'atteinte à ces droits.

Interprétation du paragraphe 35(1) : Critères permettant de justifier l'atteinte par la Couronne à un droit prévu au paragraphe 35(1)

R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075

Monsieur Sparrow a été poursuivi en justice par le procureur général du Canada en vertu de la *Loi sur les pêcheries* parce qu'il avait pêché en violation des conditions du permis de pêche de sa bande indienne. La Cour suprême du Canada a statué que monsieur Sparrow détenait un droit ancestral de pêcher pour se nourrir, protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon la Cour, la Couronne doit faire état d'une intention « claire et expresse » de mettre fin à un droit ancestral. En l'espèce, la preuve de la Couronne n'a pas satisfait au critère applicable.

La Cour a aussi conclu qu'il y a des rapports de nature fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones, fondés sur la nécessité pour la Couronne d'agir honorablement. Par conséquent, l'article 35 doit être interprété d'une manière compatible avec ces rapports. La Cour a imposé à la Couronne l'obligation de justifier toute mesure qui porte atteinte à un droit ancestral protégé par l'article 35.

Voir aussi *R. c. Badger*, dans lequel la Cour a statué que les critères justifiant une atteinte à des droits ancestraux, établis dans *R. c. Sparrow*, s'appliquent aux droits issus de traités.

Critères relatifs au titre ancestral

Delgamuukw c. British Columbia, [1997] 3 R.C.S. 1010

Les chefs héréditaires Gitskan et Wet'suwet'en ont intenté des poursuites revendiquant un titre ancestral et le droit inhérent de se gouverner sur un territoire de près de 57 000 kilomètres carrés de la Colombie-Britannique. La Cour suprême du Canada a statué que, en raison des difficultés de preuve, il était nécessaire de tenir un nouveau procès afin de déterminer si les demandeurs détiennent le titre ancestral et les droits à l'autonomie gouvernementale qu'ils revendiquent. Bien que la Cour n'ait pas donné d'indication relative à la question du droit à l'autonomie gouvernementale, elle a fait des déclarations générales sur l'étendue et le contenu du titre ancestral. Essentiellement, si un groupe autochtone peut faire la preuve d'une occupation exclusive, à l'affirmation de la souveraineté, et qu'un lien substantiel entre le peuple et le territoire en question a été maintenu, il détient des droits collectifs exclusifs d'utiliser et d'occuper les terres. Il peut utiliser les terres à des fins infiniment variées, y compris l'exploitation économique. Toutefois, il ne peut pas disposer des terres sans les céder à la Couronne, et il ne peut pas les utiliser d'une manière qui anéantit le lien spécial entre ce groupe et les terres visées.

La Cour a aussi statué qu'un titre ancestral d'un groupe autochtone peut être réglementé par la Couronne tant au niveau fédéral que provincial. Elle a rejeté la demande reconventionnelle de la province voulant qu'elle ait compétence pour éteindre des droits ancestraux en statuant que, depuis la Confédération, seule la Couronne fédérale a cette compétence.

Critères relatifs aux droits ancestraux

R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. NTC Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672

Ces affaires soulèvent la question de savoir si l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* inclut le droit de pêche commerciale dans la notion de droit ancestral. Dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, la Cour a décrit les critères lui permettant de définir les droits ancestraux protégés en vertu de l'article 35. Essentiellement, un groupe autochtone doit établir qu'à l'époque des premiers contacts avec les Européens, l'activité particulière invoquée comme constituant un droit ancestral était une pratique, coutume ou tradition qui faisait partie intégrante de la culture distincte de la société.

En appliquant ce critère aux faits relatifs aux causes, la Cour a statué que l'accusé dans la cause *R. c. Gladstone* avait fait valoir un droit de pêche commerciale ancestral. Toutefois, la Cour a aussi indiqué que, dans le contexte des droits

ancestraux de pêche commerciale, il n'y a pas de restriction interne à ce droit. À ce titre, le critère de justification défini dans l'arrêt *R. c. Sparrow* a dû être affiné pour les droits ancestraux de pêche commerciale. Il faut tenir compte d'autres considérations, outre les objectifs de conservation de la ressource, pour décider si les restrictions à un droit imposées par le gouvernement sont justifiées. Des objectifs comme la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional, ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones participent à l'exploitation des ressources halieutiques, sont des objectifs pertinents à l'analyse de cette justification. Il faut donner la primauté aux droits ancestraux, mais il faut que ces droits soient compatibles avec d'autres droits et intérêts. La cause a été renvoyée en première instance pour que soit décidé si la réglementation des droits ancestraux de pêche commerciale de l'accusé était justifiée.

R. c. Powley, 2003 CSC 43

Les inculpés ont été accusés d'avoir chassé illégalement l'orignal et d'avoir eu en leur possession du gibier en contravention de l'article 46 et du paragraphe 47(1) de la *Loi sur la chasse et la pêche* de l'Ontario. L'enjeu central était de déterminer si deux personnes de la région de Sault Ste. Marie, qui s'identifient comme membres de la communauté métisse, peuvent revendiquer le droit ancestral des Métis de chasser comme un droit protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour suprême du Canada a statué que la loi contestée était sans effet à l'égard des intimés puisque, en tant que membres de la communauté métisse de Sault Ste. Marie et des environs de cette ville, ils possèdent un droit ancestral de chasser pour se nourrir, garanti par le paragraphe 35(1). La Cour a conclu que le fait de ne pas reconnaître aux Métis le droit de chasser pour se nourrir, dans la loi en question, porte atteinte au droit ancestral des Métis et que la conservation de la faune n'était pas une considération qui justifiait cette atteinte. La Cour a statué que, pour étayer l'existence d'un droit ancestral rattaché à un lieu précis, le demandeur doit démontrer qu'il appartient à une communauté métisse identifiable et possédant un degré de continuité et de stabilité suffisant, en faisant la preuve que le groupe concerné partage des coutumes, des traditions et une identité collective et en apportant des données démographiques pertinentes.

La Cour a adapté l'élément d'antériorité au contact avec les Européens prévu par le critère établi dans l'arrêt *R. c. Van der Peet* pour tenir compte de l'histoire distincte des Métis et de leur ethnogenèse qui est postérieure au contact. Le critère applicable aux Métis doit permettre de déterminer les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante du mode de vie distinctif de la communauté métisse et de ses rapports avec le territoire dans la période qui a suivi la naissance de la communauté métisse et qui a précédé son assujettissement

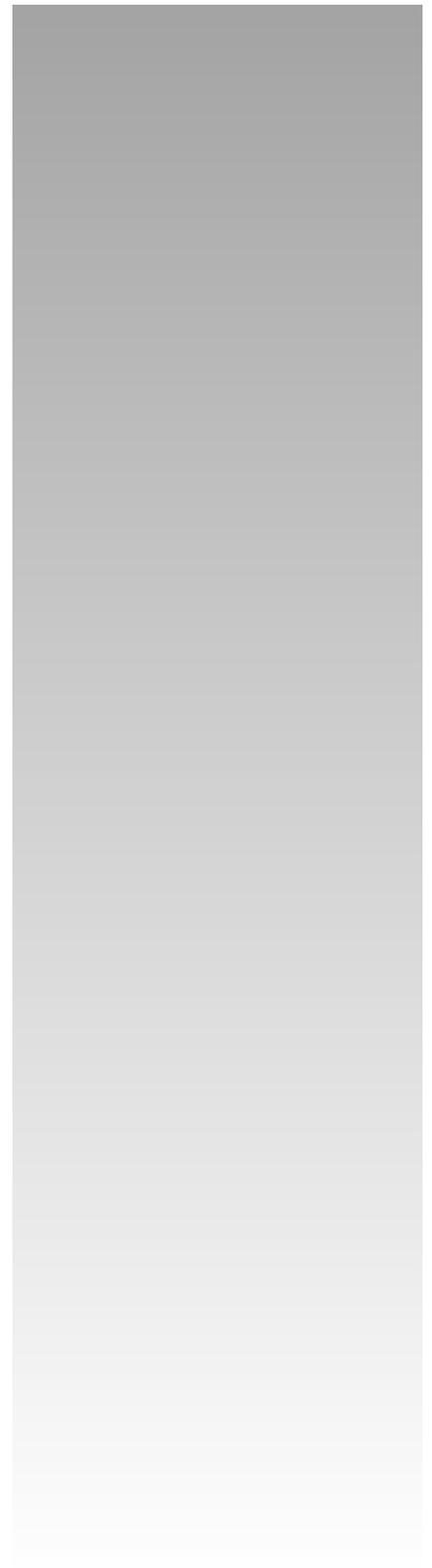
aux lois et coutumes européennes. La Cour a conclu que le mot « Métis » à l'article 35 ne vise pas toutes les personnes d'ascendance mixte indienne et européenne, mais plutôt les peuples distincts qui, en plus de leur ascendance mixte, possèdent leurs propres coutumes et identité collective reconnaissables et distinctes de celles de leurs ancêtres indiens ou inuits, d'une part, et de leurs ancêtres européens, d'autre part. La Cour n'a pas établi une définition exhaustive de l'identité métisse aux fins de présentation des revendications fondées sur l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais elle a retenu trois facteurs principaux comme indices tendant à établir l'identité métisse, à savoir l'auto-identification, les liens ancestraux et l'acceptation par la communauté.

PARTIE C

CONSULTATION ET ACCOMMODEMENT DES PEUPLES AUTOCHTONES

Lignes directrices provisoires
afin de remplir l'obligation
légale de consulter

INFORMATIONS À L'INTENTION
DE CEUX QUI TIENNENT
LES CONSULTATIONS



INFORMATIONS À L'INTENTION DE CEUX QUI TIENNENT LES CONSULTATIONS

La présente partie présente les étapes recommandées pour entreprendre un processus de consultation conformément à l'obligation légale de la Couronne de consulter les peuples autochtones. Plus particulièrement, les tribunaux ont conclu que l'obligation de consultation prend naissance lorsque la Couronne (fédérale, provinciale ou territoriale) a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle d'un droit ou titre ancestral ou d'un droit issu de traité, établi ou potentiel, et qu'elle envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ce droit.

Différents types de mesures envisagées par la Couronne peuvent rendre applicable l'obligation de consulter, et les étapes, les conseils et les facteurs applicables décrits ci-dessous en tiennent compte. Il peut être question d'une initiative entreprise par un ministère ou un organisme fédéral (p. ex., la gestion ou l'aliénation de terres publiques, un projet de construction, une modification de l'utilisation des terres, etc.) ou l'approbation ou l'autorisation par un gouvernement d'une activité proposée par un tiers (la délivrance d'une licence, d'un permis ou d'une autorisation pour l'utilisation de terres ou de ressources). La méthode de consultation variera nécessairement selon le contexte. La même méthode fondamentale pourrait aussi être adéquate dans le cas de consultations stratégiques ou pour appliquer des principes de saine gestion.

LE PROCESSUS DE CONSULTATION DE LA COURONNE

Introduction

Selon les circonstances, un processus de consultation auprès de groupes autochtones peut comporter jusqu'à quatre phases :

- (a) Analyse et planification préliminaires
- (b) Processus de consultation
- (c) Accommodement
- (d) Mise en œuvre, surveillance et suivi

Les sections suivantes portent sur chacune des phases du processus de consultation et présentent des conseils sur les dispositions à prendre au cours de chacune d'elles. Lorsque plus d'un ministère ou organisme fédéral est concerné, ou lorsque d'autres

gouvernements sont concernés, les phases devraient être réalisées en collaboration pour gagner en efficacité.

Première phase : Analyse et planification préliminaires

1. Décrire et planifier l'activité ou le projet proposé.
2. Faire des recherches préliminaires sur les groupes autochtones dans la région et leurs droits potentiels ou établis, ainsi que déterminer les effets potentiellement préjudiciables de l'activité ou du projet proposé.
3. Effectuer l'évaluation et l'analyse préliminaires, y compris l'évaluation de la solidité de la revendication.
4. Déterminer la gravité potentielle des effets préjudiciables de l'activité ou du projet proposé sur les droits, potentiels ou établis, aux termes de l'article 35.
5. Si une obligation légale de consulter semble exister, déterminer le contenu de l'obligation (les étapes et le contenu préliminaires du processus de consultation).

Deuxième phase : Processus de consultation de la Couronne

1. Entreprendre le processus de consultation.

Troisième phase : Accommodement

1. Recueillir les renseignements généraux qui justifient l'accommodement.
2. Examiner et déterminer la ou les options d'accommodement.
3. Choisir la ou les options d'accommodement.
4. Documenter et communiquer la ou les décisions.

Quatrième phase : Mise en œuvre, surveillance et suivi

1. Mettre en œuvre la ou les décisions.
2. Surveiller la mise en œuvre.
3. Assurer le suivi.

Première phase : Analyse et planification préliminaires

Afin de déterminer s'il y a obligation légale de consulter, l'étendue et le contenu de l'obligation, ainsi que le déroulement du processus de consultation, le ministère ou l'organisme concerné doit recueillir des faits et des renseignements le plus tôt possible pour permettre une analyse et une évaluation préliminaires de l'existence de droits, établis ou potentiels, en vertu de l'article 35 et des effets préjudiciables potentiels du projet ou de l'activité proposé. Cela signifie recueillir de l'information sur :

- l'activité ou le projet proposé;
- des renseignements généraux et détaillés sur les groupes autochtones qui habitent dans la région;
- l'utilisation actuelle et passée des terres de la région;
- des indicateurs de l'existence de droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels;
- des indicateurs que les droits ont été éteints avant 1982 ou que les modes d'utilisation des terres n'ont pas été maintenus;
- les intérêts ou les préoccupations à l'égard de l'activité ou du projet proposé;
- les effets préjudiciables potentiels sur les droits ancestraux ou issus de traités, potentiels ou établis, résultant des différentes options de mise en œuvre.

Après avoir recueilli ces renseignements, il faut travailler de concert avec l'avocat du ministère de la Justice pour effectuer l'évaluation préliminaire des droits, potentiels ou établis, aux termes de l'article 35 et des effets préjudiciables potentiels de l'activité ou du projet proposé sur ces droits afin de déterminer s'il y a obligation légale de consulter. Le cas échéant, le ministère de la Justice peut aider à déterminer l'étendue (le degré) de l'obligation. Les aspects précis de cette approche sont décrits en détail ci-dessous.

Première étape : Décrire l'activité ou le projet proposé

La première étape consiste à décrire l'activité ou le projet envisagés et à déterminer quelle entité de la Couronne est responsable de sa réalisation ou de son autorisation. Il peut être utile d'énumérer les ministères et organismes fédéraux qui pourraient être concernés, les décisions qui relèvent d'eux, ainsi que les échéanciers qui pourraient s'appliquer.

Parmi les questions à considérer, notons les suivantes :

- ✓ Quelle est la nature de l'activité ou du projet proposé?
- ✓ Quel est le but de l'activité ou du projet?
- ✓ Que comporte l'élaboration du projet ou de l'activité?
- ✓ De quel ministère, organisme, société d'État, autorité, commission, comité de révision ou autre organisme fédéral relève la réalisation de l'activité ou du projet en question ou son autorisation?
- ✓ Y a-t-il plus d'un organisme fédéral concerné?
- ✓ Y a-t-il des sociétés, des gouvernements provinciaux ou territoriaux ou des tiers qui pourraient aussi être concernés?
- ✓ Y a-t-il des lois, des règlements, des ententes ou des protocoles qui s'appliquent à la consultation des groupes autochtones?
- ✓ Quel est le mandat ou l'étendue des pouvoirs des organismes de qui relèvent le projet ou l'activité ou son autorisation? Y en a-t-il d'autres qui devraient intervenir?
- ✓ Quels genres de décisions doivent être prises relativement au projet ou à l'activité en question?
- ✓ Quel est l'emplacement ou l'application géographique du projet ou de l'activité?
- ✓ Quelles sont les incidences potentielles du projet ou de l'activité sur les terres ou les ressources naturelles (s'il y a lieu)? Une évaluation des incidences a-t-elle été faite?
- ✓ Des options ou des solutions de remplacement ont-elles été envisagées dans le cadre du projet ou de l'activité proposé?

Deuxième étape : Faire des recherches préliminaires sur les groupes autochtones dans la région et déterminer les droits, potentiels ou établis, qui pourraient exister en vertu de l'article 35, ainsi que les effets potentiellement préjudiciables de l'activité ou du projet proposé

Le ministère ou l'organisme fédéral doit recueillir suffisamment d'information pour faire une évaluation préliminaire des droits, potentiels ou établis, en vertu de l'article 35 qui sont en cause (c'est-à-dire droits de chasse, droits de pêche, droits à l'autonomie gouvernementale, droits culturels, etc.), et déterminer si la revendication est crédible et si l'activité ou le projet sont susceptibles d'avoir des effets préjudiciables sur ces droits. Cette information lui permettra d'évaluer (voir la troisième étape), en consultation avec le ministère de la Justice, s'il y a obligation légale de consulter.

Voici quelques questions à prendre en considération lorsque l'on prépare et recueille ces renseignements :

(1) Trouver des renseignements précis sur les groupes autochtones et les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, qui pourraient être touchés par l'activité ou le projet proposé.

- ✓ Quelles collectivités autochtones pourraient être touchées par l'activité ou le projet proposé?
- ✓ Quelle connaissance concrète ou par imputation a-t-on de l'existence de droits potentiels ou établis, et quelles collectivités revendiquent ou détiennent ces droits?
- ✓ Sources potentielles d'information :
 - 1) Bases de données internes de sources du gouvernement⁸ (c'est-à-dire les traités historiques et contemporains; la correspondance à l'intention de fonctionnaires du gouvernement; les dossiers des revendications particulières; les processus de règlement des revendications territoriales globales; la Commission des traités de la Colombie-Britannique; les revendications faisant l'objet d'un litige; les intérêts des Métis et des Indiens non inscrits – Bureau de l'interlocuteur fédéral; les connaissances que possèdent des fonctionnaires d'autres ministères ou organismes concernés par l'application de la réglementation de l'utilisation des terres et des ressources – Pêches et Océans Canada, Parcs Canada, Environnement Canada, Ressources naturelles Canada, Défense nationale, etc.).
 - 2) Renseignements publics – droits revendiqués devant des tribunaux, renseignements publiés dans des sites Web publics, déclarations publiques, etc.
- ✓ Quels sont les fondements de ces droits établis ou potentiels?
- ✓ Les droits sont-ils fondés sur des droits issus de traités historiques ou contemporains ou sur des droits ou titres ancestraux?
- ✓ Est-ce que plus d'un groupe autochtone revendique les droits (c'est-à-dire, s'agit-il d'une revendication concernant des territoires corevendiqués)? Si oui, quels sont les droits revendiqués et quels sont les territoires concernés?
- ✓ Quels « autres » processus de consultation connus sont déjà en place pour traiter de l'activité ou du projet proposé (c'est-à-dire, consultations environnementales et réglementaires, tribunes publiques, etc.)?
- ✓ Les peuples autochtones dans la région ont-ils exprimé des préoccupations à l'égard de l'activité ou du projet proposé ou d'activités semblables (passées ou présentes)?

- ✓ L'activité ou le projet proposé ont-ils une incidence sur les territoires ancestraux?
- ✓ Y a-t-il des cimetières, des territoires traditionnels ou des réserves dans la région faisant l'objet de revendications?
- ✓ Y a-t-il des faits sur lesquels un argument voulant qu'il y ait eu extinction de droits pourrait être fondé (traités, lois, extinction de droits par la Couronne, etc.)?

Comme mentionné dans la partie A, des cartes et d'autres sources d'information sur les traités et les revendications territoriales globales sont disponibles à l'adresse suivante : http://cccm.nrcan.gc.ca/francais/comprehensive_claims_f.asp. Elles sont aussi disponibles au Bureau des cartes du Canada, Ressources naturelles Canada.

Le site Web d'AINC

(http://www.aboriginalcanada.gc.ca/acp/community/site.nsf/index_fr.html) contient aussi une base de données sur toutes les collectivités autochtones au Canada, y compris leurs coordonnées à jour.

(2) Déterminer les effets préjudiciables que chaque option de mise en œuvre est susceptible d'avoir sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels.

- ✓ Quels sont les effets préjudiciables potentiels de l'activité ou du projet proposé sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels (c'est-à-dire droits de chasse, de pêche, de piégeage et de cueillette)?
- ✓ Quels sont les effets préjudiciables potentiels de la proximité de l'activité ou du projet proposé avec des terres sur lesquelles des droits ancestraux ou issus de traités sont revendiqués par un groupe autochtone ou sur lesquelles un groupe autochtone revendique un intérêt aux termes d'une revendication particulière ou globale, d'une entente sur l'autonomie gouvernementale ou dans le cadre du processus de la Commission des traités de la Colombie Britannique?

(NOTE : Lorsqu'un projet ou une activité serait dans une réserve ou l'affecterait, les obligations de la Couronne s'étendent à plus que l'obligation de consulter et il est recommandé de consulter un conseiller juridique.)

- ✓ Quels sont les effets préjudiciables potentiels de l'activité ou du projet proposé en ce qui concerne des sites archéologiques, des cimetières autochtones ou d'autres sites intéressant les Autochtones qui ont une revendication crédible d'un droit découlant de l'article 35?
- ✓ Y a-t-il des préoccupations à l'égard des effets cumulatifs de l'activité ou du projet proposé et de ceux d'autres activités dans la même région ou dans les alentours?

- ✓ Semble-t-il qu'un ou plusieurs groupes autochtones aient occupé à long terme un secteur, ou en ait fait une utilisation qui repose sur des droits, et pourraient être affectés par l'activité ou le projet proposé?
- ✓ Le projet ou l'activité doit-il se dérouler dans un cadre rural ou urbain?
L'utilisation actuelle des terres sera-t-elle modifiée?

Troisième étape : Effectuer l'évaluation et l'analyse préliminaires, y compris l'évaluation de la solidité de la revendication

Les renseignements recueillis au cours des deux étapes précédentes doivent ensuite être évalués et analysés afin de déterminer l'existence d'une obligation légale de consulter.

L'évaluation préliminaire de l'obligation légale de consulter doit prendre en considération les trois facteurs suivants :

- (1) Y a-t-il un projet ou une activité proposé(e) par la Couronne?;
- (2) Les groupes autochtones dans la région jouissent-ils de droits, établis ou potentiels, en vertu de l'article 35 (évaluation de la solidité de la revendication)?;
- (3) Le projet ou l'activité proposé(e) par la Couronne ou les options de mise en œuvre sont-ils susceptibles d'avoir des effets préjudiciables sur les droits découlant de l'article 35?

Les trois facteurs doivent exister pour qu'il y ait obligation légale de consulter.

ACTIVITÉ / PROJET	+	DROIT ÉTABLI OU POTENTIEL EN VERTU DE L'ARTICLE 35	+	EFFETS PRÉJUDICIALES POTENTIELS SUR LE DROIT	=	OBLIGATION LÉGALE DE CONSULTER
----------------------	---	--	---	---	---	-----------------------------------

On devrait demander conseil au ministère de la Justice lorsque l'on entreprend cette évaluation préliminaire. Une fois l'évaluation terminée, le ministère ou l'organisme fédéral devrait être en mesure de déterminer laquelle des trois options suivantes s'applique en ce qui a trait à l'obligation de consulter (il convient de noter que, pour des raisons de saine gouvernance, votre ministère ou organisme pourrait décider tout de même de consulter qu'il y ait ou non obligation légale, et les groupes autochtones concernés devraient en être informés).

(i) Aucune obligation légale de consulter

Il n'y a aucune obligation légale de consulter si l'analyse préliminaire indique que la revendication d'un droit potentiel aux termes de l'article 35 n'est pas crédible (c'est-à-dire, qu'elle ne satisfait pas aux critères relatifs à l'existence de droits

ancestraux; qu'elle n'a aucun lien avec des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels; que les faits démontrent que les droits ont été éteints avant 1982 ou qu'il n'y pas eu maintien des modes d'utilisation des terres).

Si l'analyse indique que la mise en œuvre de l'activité ou du projet proposé serait faite de façon à ce qu'il n'y ait pas d'effets préjudiciables sur les droits ancestraux ou issus de traités, potentiels ou établis, ou que l'activité ou le projet proposé n'auront pas d'effets préjudiciables sur ces droits, la Couronne pourrait alors décider qu'il n'y a pas obligation légale de consulter. Si la preuve étayant les revendications ou la nature de l'activité proposée est modifiée, la position concernant l'obligation légale de consulter devrait être revue. Toutefois, il est important de souligner que le ministère ou l'organisme en question pourrait décider d'entamer quand même un processus de consultation relativement à l'activité ou au projet proposé à des fins de saine gouvernance ou pour des raisons de politiques.

En 2006, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien a lancé un processus de consultation en partenariat avec l'Association des femmes autochtones du Canada et l'Assemblée des Premières Nations en vue d'élaborer différentes options législatives concernant la question des biens immobiliers matrimoniaux sur les réserves. Ces consultations ont été menées pour promouvoir la bonne gouvernance et contribuer à une élaboration solide de lois et de politiques malgré que l'évaluation initiale n'ait pas menée à la conclusion qu'il y avait une obligation légale.

(ii) Incertitude relative à l'obligation légale de consulter

Si un doute subsiste sur l'existence d'une obligation légale de consulter, les risques juridiques et d'autres considérations stratégiques devraient être pris en compte. D'un point de vue juridique, des précautions pourraient s'avérer nécessaires puisque la solidité de la revendication et les effets pouvant faire naître une obligation peuvent être faibles et entraîner une obligation légale, et les tribunaux ont suggéré que les difficultés liées à la preuve et à la détermination des revendications soient réglées par le degré de consultation, et non pas en rejetant l'obligation légale de consulter.

Pour résoudre l'incertitude, il pourrait être utile de se tourner vers les connaissances et les expériences d'autres ministères ou organismes fédéraux et d'autres gouvernements associés à des activités et à des situations semblables. Il pourrait aussi être approprié de s'adresser aux groupes autochtones concernés pour clarifier le fondement de leur revendication ou de leur représentation d'un groupe donné.

Au moyen de renseignements additionnels, on pourrait déterminer l'existence d'une obligation légale de consulter (détermination qui serait fondée sur

l'existence d'effets de l'activité sur des droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels, et si ces effets seraient ou non préjudiciables).

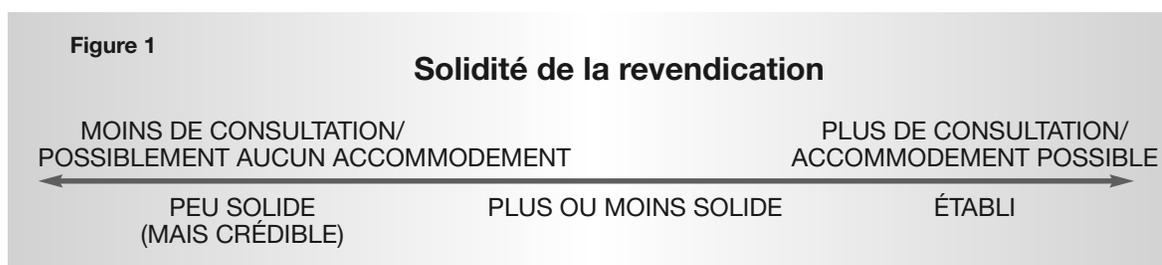
(iii) Il y a obligation légale de consulter

Si l'analyse indique que les activités ou le projet proposé pourraient avoir des effets préjudiciables sur des droits ancestraux ou issus de traités, potentiels ou établis, il y aura obligation légale de consulter. Comme il a été mentionné ci-dessus, il sera nécessaire de déterminer qui participera aux consultations et qui a le pouvoir d'agir au nom du Canada et de signer éventuellement les accords ou les protocoles qui seront utilisés, si nécessaire, et d'évaluer les besoins en matière de mandat, s'il y a lieu.

Quatrième étape : Déterminer la gravité potentielle des effets préjudiciables de l'activité ou du projet proposé sur les droits, établis ou potentiels, garantis par l'article 35

En règle générale, l'étendue ou l'ampleur de l'obligation dépendra de l'évaluation de la solidité de la revendication et de la gravité des effets préjudiciables potentiels de l'activité ou du projet proposé sur les droits établis ou potentiels. S'il y a obligation légale de consulter, le ministère de la Justice peut aider à évaluer la solidité de la revendication (voir la figure 1). Des renseignements d'autres ministères ou organismes pourraient aussi être utiles pour déterminer l'étendue de l'obligation.

Il importe de noter qu'une consultation de la Couronne n'a pas pour but de prouver des droits potentiels. L'expérience montre qu'il faut des années pour décrire et confirmer des droits ancestraux. En règle générale, le délai de réalisation des activités ou des projets qui sont proposés est d'une durée plus courte (parfois fixé par la loi). Il est donc important de prendre comme point de départ des évaluations préliminaires des droits et des effets préjudiciables potentiels.



Il faut déterminer le niveau de gravité des effets préjudiciables potentiels sur le ou les droits, comme l'illustre la figure 2, sans oublier qu'il sera peut-être nécessaire de les réévaluer à mesure que se déroule le processus de consultation et que de nouveaux renseignements sont présentés.

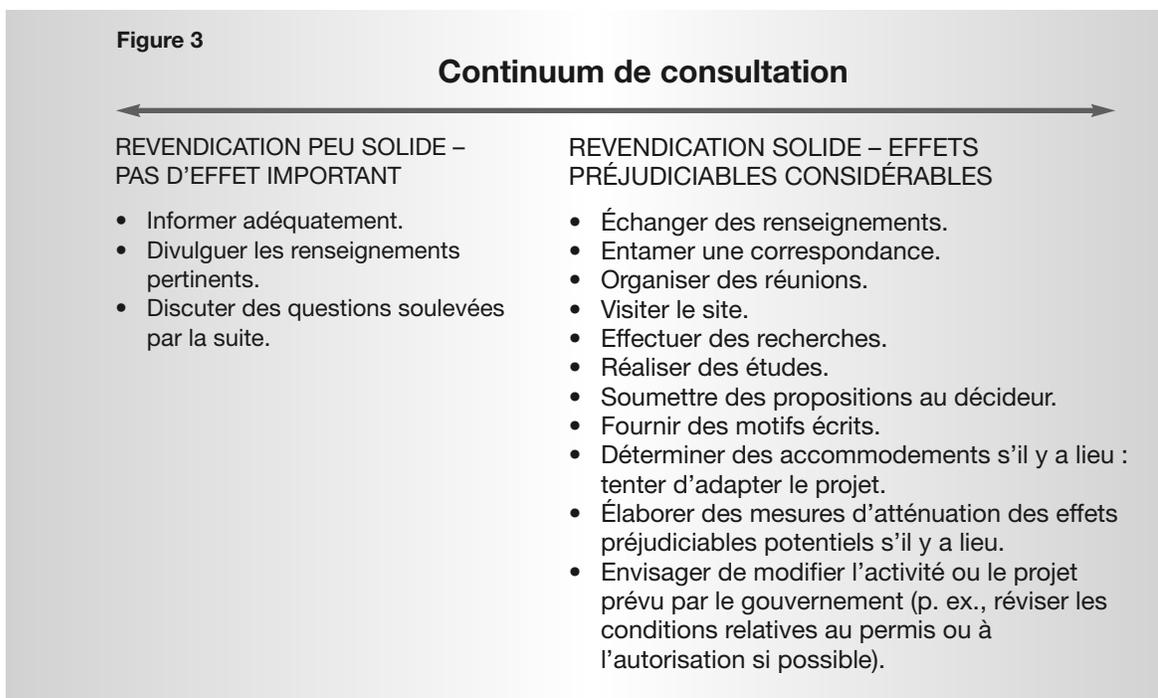


Les résultats de l'analyse de la solidité de la revendication et de la gravité des effets préjudiciables détermineront l'étendue de la consultation, qui variera de la façon illustrée à la figure 3.

Les ministères et organismes fédéraux souhaiteront peut-être se servir de la trousse Fiche de notation des risques® du Secrétariat du Conseil du Trésor (SCT) comme modèle pour l'évaluation des risques. On trouvera des renseignements sur la trousse à l'adresse suivante :

http://www.tbs-sct.gc.ca/ia-vi/policies-politiques/rbaf-cvar/guide12_f.asp

Bien que la responsabilité d'effectuer une évaluation et une analyse préliminaires de l'existence d'une obligation légale de consulter et de l'ampleur ou l'étendue du processus de consultation requis relève de chacun des ministères ou organismes concernés par le projet ou l'activité, il est indispensable que les différentes entités fédérales concernées communiquent, coopèrent et collaborent pleinement.



Cinquième étape : S'il y a obligation légale de consulter, déterminer le contenu de l'obligation (les étapes et le contenu préliminaires du processus de consultation)

Il ne sera peut-être pas possible de déterminer dès le début les étapes et le contenu exacts du processus de consultation à cause d'un manque de renseignements, mais à mesure qu'il se déroulera, les différentes étapes et le contenu pourraient changer pour rendre compte plus exactement de la solidité et de la nature de la revendication et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le ou les droits.

Il est important de tenir compte des éléments suivants pour déterminer les étapes et le contenu du processus de consultation de la Couronne :

- ✓ Fixer les buts et les objectifs du processus de consultation de la Couronne.
- ✓ Déterminer (si ce n'est déjà fait) si d'autres ministères ou organismes n'auraient pas éventuellement l'obligation eux aussi de consulter le ou les groupes autochtones concernés, et établir les mécanismes de coordination qui pourraient s'avérer utiles (p. ex., un processus d'évaluation environnementale).
 - Les ministères ou organismes fédéraux devraient envisager de s'entretenir avec d'autres ministères ou organismes ou d'autres gouvernements afin d'explorer les possibilités de collaborer et afin de déterminer les relations et les processus existants qui peuvent contribuer à satisfaire à l'obligation légale de consulter et qui peuvent être complétés par d'autres activités de consultation.
- ✓ Déterminer s'il y a déjà un processus de consultation en place et s'il satisfait aux exigences relatives à un processus de consultation de la Couronne.
 - Les tribunaux ont statué que lorsque l'obligation de consulter se situe au bas du continuum, la participation du groupe autochtone concerné à un processus de consultation multilatéral ou public pourrait s'avérer suffisante. Lorsque l'obligation se situe au haut du continuum, une consultation distincte entre la Couronne et le groupe autochtone concerné pourrait être requise.
 - Les tribunaux n'ont pas exigé qu'un processus séparé de consultation de la Couronne soit instauré si le processus en place peut examiner les droits garantis en vertu de l'article 35 (p. ex., dans l'affaire *Première nation Tlingit de Taku River*, le processus d'évaluation environnementale entrepris par la Colombie-Britannique conformément à la *Environmental Assessment Act* était suffisant. En revanche, dans l'affaire *Première nation crie Mikisew*, bien que les exigences de la loi aient toutes été remplies, l'inclusion dans le processus public n'a pas été suffisante).

- ✓ Déterminer quels ministères ou organismes de la Couronne agiront au nom du gouvernement aux fins du processus de consultation. On demandera des conseils juridiques afin de déterminer l'étendue des mandats, s'il faut informer et faire participer d'autres organismes fédéraux et si des mandats additionnels sont nécessaires pour remplir l'obligation.
 - La Couronne représente le gouvernement en entier, mais chaque ministère ou organisme fédéral a la responsabilité de mener les consultations qui découlent de l'obligation légale de consulter;
 - Les mandats et les lois régissant chaque ministère ou organisme fédéral devraient être évalués afin de voir, s'il y a lieu, quelles limitations pourraient restreindre les initiatives de consultation ou la capacité de donner suite à des questions d'accommodement.

- ✓ Déterminer le contenu (c'est-à-dire l'objet de la consultation) et prendre les mesures nécessaires pour que les discussions soient concentrées sur la façon d'examiner en profondeur les préoccupations, de minimiser les effets préjudiciables, et de prendre en compte efficacement les préoccupations concernant la mesure envisagée par la Couronne et ses effets préjudiciables sur les droits, établis ou potentiels, garantis par l'article 35;

- ✓ Envisager de faire participer des gouvernements provinciaux ou territoriaux ou le secteur privé dans le processus de consultation de la Couronne ou vice versa. La participation à un processus de consultation mené par un tiers ou un gouvernement provincial peut-elle éclairer les besoins du gouvernement fédéral ou y répondre en tout ou en partie?

- ✓ Clarifier davantage quelles sont les parties à consulter en étant attentif aux points suivants :
 - La Couronne doit consulter les détenteurs des droits garantis en vertu de l'article 35 ou leurs représentants;
 - La Couronne ne doit pas oublier que les organisations politiques ne sont pas nécessairement les détenteurs de droits même si elles sont autorisées à agir en leur nom. Dans le cas des Métis, ce genre d'organisation peut jouer un rôle unique. Il peut aussi y avoir de bonnes raisons stratégiques d'inclure des organisations politiques dans les consultations prévues puisqu'elles pourraient fournir des renseignements quant aux représentants du groupe de détenteurs de droits qui pourraient subir des effets préjudiciables;
 - S'il n'est pas facile d'identifier les porte-parole ou s'il semble y avoir de la dissension entre les groupes consultés, il faut obtenir des conseils juridiques

sur l'identité des représentants légitimes et déterminer s'il faut prendre des mesures spéciales comme obtenir l'autorisation des personnes consultées;

- Si le projet doit être réalisé dans une réserve ou pourrait avoir des effets dans la réserve, consulter la bande qui jouit des terres en question;
- Il faut être conscient que plus d'un groupe autochtone peut avoir un intérêt légitime sur les terres visées en vertu d'une revendication d'un titre ancestral ou d'un droit d'utilisation non aboli. Il faut évaluer ces intérêts communs en conséquence.

- ✓ Communiquer avec les groupes autochtones, lorsque cela est possible, afin de déterminer des méthodes de consultation efficaces et le moment de la consultation.
- ✓ Examiner si une entente ou un protocole de consultation est nécessaire ou souhaitable. De telles ententes sont de plus en plus courantes dans différentes régions du pays et, bien qu'elles requièrent plus de temps et d'effort, elles peuvent faire en sorte que toutes les parties comprennent le processus de consultation proposé. L'avocat du ministère de la Justice est disposé à prêter son appui à cet égard.
- ✓ Identifier les défis potentiels pour le processus de consultation de la Couronne (langues, géographie, pratiques culturelles, activités saisonnières, litige en cours).
- ✓ Établir un budget et l'échéancier des activités de consultation.
- ✓ Déterminer les indicateurs qui pourraient servir à un éventuel processus d'évaluation.

Deuxième phase : Consultation par la Couronne

Mettre en œuvre le processus de consultation de la Couronne

Lorsqu'ils entreprennent un processus de consultation, les ministères et organismes fédéraux ne doivent pas oublier les considérations suivantes, selon ce qui a été déterminé à la cinquième étape de la phase d'analyse et de planification préliminaires :

- ✓ Engager le processus de consultation dès que possible après avoir déterminé que la consultation sera nécessaire.
- ✓ Identifier clairement les ministères et organismes qui ont le pouvoir de mener des consultations au nom du Canada dans le contexte particulier – ceux qui ont le

mandat et la capacité de signer une entente qui serait négociée au nom du Canada. Il conviendrait de désigner un représentant lorsque plusieurs ministères ou organismes gouvernementaux sont concernés (l'avocat du ministère de la Justice n'est pas responsable du processus de consultation; d'une manière générale, il n'a pas à y participer, mais plutôt à prêter son appui et à fournir des conseils).

- ✓ Intégrer, dans toute la mesure du possible, la consultation par la Couronne du ou des groupes autochtones à un processus réglementaire existant pour le projet ou l'activité en question (p. ex., un processus d'évaluation environnementale), à condition que le processus réglementaire se déroule en même temps. Il faut en informer les groupes autochtones concernés pour qu'ils sachent que la Couronne s'attend à ce qu'un processus existant fasse partie du processus de consultation.
- ✓ Aviser le ou les groupes autochtones de l'activité proposée, fournir les coordonnées d'une personne-ressource au sein du gouvernement à laquelle ils peuvent adresser leurs questions ou préoccupations, et offrir de les rencontrer pour discuter en détail de la question (par l'intermédiaire d'un processus public ou d'un processus déterminé selon ce qui aura été jugé utile dans le contexte).
- ✓ S'il y a lieu, demander des renseignements détaillés aux groupes autochtones concernés au sujet de la nature du droit, potentiel ou établi, et du lieu géographique où il est exercé.
- ✓ Chercher à obtenir la confirmation de l'identité de la ou des personnes qui parle(nt) au nom de la ou des collectivités qui revendiquent des droits garantis par l'article 35, et déterminer si ces revendications en recourent d'autres.
- ✓ Fournir aux groupes autochtones potentiellement concernés des renseignements clairs et pertinents en temps opportun.
- ✓ Fournir des renseignements sur l'activité ou le projet proposé, sur la connaissance qu'a la Couronne des intérêts autochtones et sur les effets préjudiciables potentiels, selon la Couronne, que pourraient subir ces intérêts.
- ✓ Dans les cas où des projets ou activités sont conçus et réalisés par un tiers, examiner la possibilité que leurs spécialistes aident à exposer les grandes lignes des aspects techniques et particuliers du projet ou de l'activité, et aident à faciliter ces réunions.
- ✓ Consulter l'avocat du ministère de la Justice au sujet des documents que vous avez l'intention de divulguer pour empêcher l'abandon d'un privilège ou la divulgation de renseignements confidentiels du Cabinet par inadvertance.

- ✓ Accorder aux groupes autochtones potentiellement concernés le temps nécessaire pour évaluer les effets préjudiciables de l'activité ou du projet proposé, se former une opinion sur la question et communiquer leurs préoccupations. Notamment, demander si les personnes consultées ont reçu des renseignements suffisants au sujet de l'activité ou du projet proposé pour apporter une contribution significative.
- ✓ Nouer le dialogue avec les groupes autochtones potentiellement concernés pour leur donner l'occasion d'exprimer leurs préoccupations au sujet des effets de l'activité ou du projet proposé (c'est-à-dire, prévoir des réunions de suivi pour discuter de leurs préoccupations au besoin).
- ✓ Prendre en considération les préoccupations des groupes autochtones concernés et répondre en temps opportun aux préoccupations qui ont été exprimées tout au long du processus de consultation. Communiquer la décision de la Couronne aux groupes autochtones qui sont potentiellement concernés pour expliquer et documenter lesquelles de leurs préoccupations ont été prises en considération, celles qui ne l'ont pas été, et expliquer les raisons.
- ✓ Selon la nature des préoccupations, veiller à ce que les tiers (c'est-à-dire les promoteurs) participent, puisqu'ils sont plus aptes à examiner et à décrire brièvement les mesures possibles pour prévenir ou atténuer les effets préjudiciables de certains types de projet (p. ex., déterminer l'emplacement de bassins, de pipelines, de générateurs électriques, etc.).
- ✓ Tout au long du processus de consultation, veiller à ce que les renseignements soient partagés avec d'autres ministères et organismes gouvernementaux qui sont directement ou indirectement concernés, ainsi qu'avec leurs avocats.

Les ministères et organismes fédéraux devraient aborder la consultation des Autochtones en étant conscients qu'ils pourraient avoir à démontrer le caractère complet et l'intégrité du processus à une date ultérieure. À cette fin, ils devraient tenir des dossiers détaillés pour documenter chaque étape du processus. Voici des exemples du type d'informations qui doivent être consignées :

- ✓ Les sources gouvernementales ou non gouvernementales concernant l'identité des groupes autochtones sur qui l'activité ou le projet proposé pourrait avoir des effets.
- ✓ Tous les contacts pris avec le ou les groupes autochtones.
- ✓ Les renseignements communiqués aux groupes autochtones concernant le projet proposé et leurs réactions.

- ✓ Les renseignements relatifs à toutes les réunions avec le ou les groupes autochtones dans le but de discuter du projet proposé et les observations découlant de ces réunions.
- ✓ Les réponses aux demandes d'information présentées par le ou les groupes autochtones.
- ✓ Les conseils juridiques demandés au cours du processus de consultation.
- ✓ Les résumés des préoccupations des Autochtones qui sont communiqués au besoin aux décideurs supérieurs.
- ✓ Les décisions prises par les décideurs supérieurs et les consignes de mise en œuvre.

Il est recommandé aux ministères et organismes fédéraux de tenir des dossiers détaillés qui contiennent les renseignements suivants :

- ✓ le nom de la personne qui a ouvert le dossier;
- ✓ le lieu et la date de l'ouverture du dossier;
- ✓ le responsable de la réalisation de l'activité consignée;
- ✓ la date et le lieu de chaque activité;
- ✓ des copies de toute la correspondance pertinente liée au dossier (y compris des comptes rendus de réunions, de conversations, de courriels et d'appels téléphoniques).

Règlement des différends

À l'exception des situations où il est question de terres autochtones pour lesquelles le titre a été établi, l'obligation légale de consulter ne comporte pas d'obligation de convenir du règlement des questions soulevées au cours du processus de consultation. Néanmoins, il pourrait s'avérer utile d'examiner divers moyens d'y apporter des solutions, comme des mécanismes de règlement des différends, puisqu'ils peuvent contribuer à minimiser les conflits et à fournir des moyens moins litigieux de résoudre les désaccords au cours de la consultation ou de l'application des mesures d'accommodement.

Pour effectuer la recherche du contenu des mécanismes de règlement des différends, consulter la liste de tous ceux qui sont décrits dans des traités et des accords dans le site Web suivant : http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/index_f.html

Cette liste doit servir uniquement de guide dans le cadre d'une consultation d'un ou plusieurs groupes autochtones qui ont déjà conclu des ententes avec la Couronne, ou pour déterminer le type de clauses ou d'approches de règlement des différends à inclure dans un protocole ou une entente de consultation.

Troisième phase : Accommodement

En résumé, à ce stade du processus de consultation, les questions suivantes auront été déterminées :

- ✓ Une activité ou un projet fédéral est prévu.
- ✓ Le projet ou l'activité a des effets sur un droit ancestral ou issu d'un traité, établi ou potentiel.
- ✓ La solidité de la revendication des droits, établis ou potentiels, a été évaluée.
- ✓ L'activité ou le projet aura des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre.
- ✓ La nature et l'ampleur des effets préjudiciables ont été déterminées.

Bien que le terme « accommodement » puisse sembler nouveau, les ministères et organismes fédéraux pourront sans aucun doute indiquer plusieurs situations où une certaine forme d'accommodement a été ménagée. Il se pourrait que la consultation mette au jour des questions ou des préoccupations à l'égard de l'activité prévue que la Couronne devrait tenter d'accommoder. Ce sont les constatations découlant du processus de consultation qui permettront de déterminer si un accommodement est nécessaire et la forme qu'il prendra, par exemple apporter des modifications majeures ou mineures au plan de projet. L'accommodement peut aussi prendre la forme d'une transaction foncière ou d'un échange de terres, ou encore de mesures d'indemnisation ou une entente sur les répercussions et les avantages avec le ou les groupes autochtones.

Un accommodement pourrait être nécessaire si la revendication d'un droit garanti par l'article 35 est solide et qu'il y a d'importants effets préjudiciables potentiels sur le droit revendiqué. Les tribunaux ont statué qu'une consultation qui exclurait dès le départ toute forme d'accommodement serait vide de sens.

Lorsqu'un accommodement est requis, les ministères et organismes responsables devraient collaborer avec le ou les groupes autochtones et tenter de trouver des solutions qui concilient leurs intérêts avec les intérêts sociétaux de l'ensemble de la population canadienne que la Couronne est tenue de respecter. Lorsque des

mesures d'accommodement entre un groupe autochtone et un tiers sont prévues, la Couronne doit déterminer si elle souhaite se prêter à cet arrangement, quel rôle elle pourrait y jouer, et si l'accommodement peut être fait « non sous toutes réserves » de sorte qu'elle puisse y recourir si nécessaire (p. ex., ententes sur les avantages en matière de revenus, ententes sur les districts forestiers en Colombie-Britannique) dans l'éventualité d'une contestation judiciaire future au sujet de la justesse de la consultation par la Couronne.

Les tribunaux ont insisté sur la nécessité de faire preuve de souplesse et de sensibilité, d'être apte et disposé à adapter l'activité en question, et de proposer de bonne foi des options pour tenir compte des préoccupations et des intérêts ayant été discutés au cours des consultations. En fin de compte, la Couronne doit démontrer que, dans l'ensemble, elle fait de son mieux pour concilier les préoccupations des Autochtones avec d'autres intérêts sociétaux et que le processus de consultation qu'elle a mené a été raisonnable. Cela peut nécessiter des mesures d'accommodement direct par la Couronne si c'est elle qui propose l'activité ou l'imposition de conditions aux approbations ou autorisations accordées à des tiers qui proposent une activité.

Bien qu'il n'y ait aucune obligation de se mettre d'accord, c'est-à-dire que le processus n'attribue pas de droit de veto aux groupes autochtones, les parties doivent faire des efforts suffisants, de bonne foi, pour comprendre les préoccupations et chercher des solutions. Un processus de gestion interne de mesures d'accommodement devrait prendre en considération les principaux facteurs suivants :

- ✓ Une compréhension des mandats des ministères et organismes fédéraux participants afin de déterminer la contribution qu'ils peuvent apporter à la mise en œuvre des mesures d'accommodement.
- ✓ Déterminer, s'il y a lieu, quels autres ministères et organismes doivent prendre part au processus, ainsi que les mandats additionnels à obtenir :
 - Les restrictions sur les mandats particuliers des ministères et organismes ou d'autres entités fédérales ne limiteront pas la nature, l'étendue ou le contenu des obligations de consulter ou d'accommoder qui pourraient s'avérer appropriés dans le contexte.
- ✓ Une compréhension du processus décisionnel au sein du ministère ou organisme fédéral concerné.
- ✓ Le besoin de coordination entre les ministères et organismes concernés.
- ✓ La nécessité d'assurer des communications claires qui incluent toutes les entités fédérales lorsqu'il plus d'un ministère ou organisme concerné.

- ✓ La nécessité de documenter le processus décisionnel, ainsi que les décisions prises à l'égard de questions en suspens et d'intérêts sociétaux.

Les quatre étapes à suivre pour gérer l'accommodement, de même que les grands facteurs énumérés ci-dessus, sont décrits dans leurs grandes lignes dans la section suivante. Il convient de noter que cette section des présentes lignes directrices provisoires devra tenir compte des futures orientations stratégiques et des expériences pratiques liées à l'accommodement.

Première étape : Recueillir les renseignements généraux justifiant l'accommodement

Les ministères et organismes fédéraux pourraient envisager de recueillir les renseignements suivants pour justifier une mesure d'accommodement (une bonne partie de ces renseignements auront déjà été obtenus au cours de la phase d'analyse et de planification préliminaires) :

- ✓ Le statut des droits ancestraux ou issus de traités, potentiels ou établis :
 - L'existence d'un droit ou d'un titre « établi » pourrait faire naître une obligation d'obtenir le consentement du ou des groupes autochtones. Comme cela n'est pas toujours le cas, il est important de consulter l'avocat du ministère de la Justice pour faire cette évaluation.
- ✓ Les tribunaux ont statué que l'évaluation de la solidité de la revendication qu'effectue l'avocat du ministère de la Justice (voir la quatrième étape de la phase d'analyse et de planification préliminaires) peut servir de fondement pour déterminer l'étendue de l'obligation de consulter et la nécessité de prendre des mesures d'accommodement.
- ✓ L'ampleur des effets préjudiciables sur les droits ancestraux ou issus d'un traité, établis ou potentiels (déterminée au cours de la phase d'analyse et de planification préliminaires et illustrée dans les figures 2 et 3).
- ✓ Les préoccupations exprimées par le ou les groupes autochtones à l'égard des effets préjudiciables.
- ✓ Les intérêts sociétaux plus vastes et les objectifs valables de la Couronne, identifiés par les ministères et organismes fédéraux.
- ✓ La panoplie des mesures ou solutions possibles pour contrer les effets préjudiciables déterminés conjointement avec toutes les parties (y compris les provinces, les territoires et les promoteurs industriels suivant les besoins).

Deuxième étape : Examiner et déterminer la ou les options d'accommodement

Après avoir déterminé que la mesure d'accommodement envisagée est appropriée compte tenu des circonstances, la prochaine étape de la gestion de l'accommodement consiste d'abord à évaluer la panoplie des mesures éventuelles et, ensuite, à déterminer la ou les options d'accommodement qui seront appliquées. À ce stade, l'évaluation est un processus interne, auquel le ministère de la Justice devrait participer, qui doit tenir compte des consultations et des préoccupations soulevées par les groupes autochtones. Elle pourrait prendre en considération les éléments suivants :

- ✓ L'équilibre entre d'autres intérêts sociétaux et le caractère raisonnable de la solution en tenant compte des renseignements recueillis lors de la première étape (ci-dessus).
- ✓ Les modifications possibles de la conception ou de l'approche du projet ou de l'activité (p. ex., modification des caractéristiques d'un projet) et les étapes nécessaires pour les effectuer.
- ✓ Le rôle des tiers dans les mesures visant à contrer les effets préjudiciables aux droits ancestraux ou issus de traités, potentiels ou établis. La nécessité d'effectuer de tels ajustements et d'éventuelles demandes d'indemnisation des promoteurs.
- ✓ Les implications financières des options d'accommodement.
- ✓ La détermination des pouvoirs actuels ou nouveaux nécessaires pour appliquer les mesures d'accommodement :
 - Quels sont les mandats des ministères et organismes fédéraux en ce qui concerne les options d'accommodement?
 - Que pourraient offrir d'autres ministères ou organismes dans le cadre de leur mandat actuel (c'est-à-dire Développement des ressources humaines Canada – formation professionnelle; Pêches et Océans Canada – autres possibilités de pêche; achat d'autres terres; etc.)? De telles mesures pourraient répondre aux préoccupations et intérêts soulevés, sans nécessiter de nouvelles ressources.
 - Quels sont les pouvoirs financiers que détiennent les ministères et organismes fédéraux concernés pour appuyer les options d'accommodement?
 - Y a-t-il d'autres ministères fédéraux, provinciaux ou territoriaux qui détiennent des pouvoirs (mandat et/ou pouvoir financier) qui pourraient appuyer les options d'accommodement?

- Quels nouveaux mandats sont nécessaires?
- ✓ Il est indispensable que les ministères de la Couronne collaborent et se servent des processus interministériels existants pour accommoder et concilier des intérêts fédéraux différents, ainsi que des intérêts contradictoires ou divergents, afin de définir une position et une représentation cohérentes de la Couronne.

L'évaluation permettrait de définir la position de la Couronne au sujet des options d'accommodement qui sera discutée avec les détenteurs de droits ancestraux. Il est indispensable que les ministères et organismes fédéraux obtiennent les approbations internes appropriées et que les mesures d'accommodement potentielles proposées soient examinées et approuvées par la haute direction du ministère ou de l'organisme concerné.

Troisième étape : Choisir la ou les options d'accommodement

L'obligation légale de consulter ne comporte pas une obligation de convenir d'une résolution au sujet des questions soulevées au cours des consultations. La Couronne doit déterminer la ou les options d'accommodement préférées; cette phase du processus pourrait inclure des discussions ou des négociations avec les groupes autochtones.

Quatrième étape : Documenter et communiquer la ou les décisions

Il est important de documenter et de communiquer directement (par écrit) à toutes les parties les conditions de l'accommodement, qu'elles aient été convenues ou non d'un commun accord, et de documenter les questions en suspens. La documentation visant à clarifier le contenu de la décision pourrait comporter les descriptions suivantes :

- ✓ une description du processus de consultation entrepris pour arriver à la décision afin de démontrer que des consultations véritables ont été menées et que la Couronne a été raisonnable et a agi de bonne foi;
- ✓ une description des mesures d'accommodement qui ont été étudiées, offertes et acceptées;
- ✓ une description des détenteurs de droits ancestraux auxquels s'appliquent les mesures d'accommodement;
- ✓ une description des rôles et responsabilités de toutes les parties concernées (p. ex., la Couronne, les détenteurs de droits ancestraux, les tiers);

- ✓ une description de l'approche adoptée pour aborder les préoccupations soulevées;
- ✓ une description des questions en suspens, et des raisons pour lesquelles elles n'ont pas été résolues;
- ✓ les raisons (s'il y a lieu) qui justifient que l'on donne suite à l'activité ou au projet proposé.

Il est indispensable de communiquer la conception de l'accommodement à toutes les parties, et d'assurer la coordination des communications lorsque plus d'un ministère ou organisme fédéral est concerné. Il est aussi recommandé que le ministère ou l'organisme dresse une liste ou un inventaire des diverses mesures d'accommodement adoptées pour des projets ou des activités.

Quatrième phase : Mise en œuvre, surveillance et suivi

C'est au cours de la quatrième phase que la réussite de la consultation et, s'il y a lieu, de la mesure d'accommodement sera assurée. Il faut concevoir la façon dont les décisions seront appliquées, prendre des mesures pour s'assurer que le plan est suivi ou pour examiner les questions qui se poseront au cours de la mise en œuvre, et assurer le suivi des leçons qui seront retenues du processus.

Première étape : Mettre en œuvre la décision

Les ministères et organismes fédéraux pourraient envisager l'élaboration d'un plan de mise en œuvre :

- ✓ basé sur la décision approuvée;
- ✓ dressé conjointement avec le ou les groupes autochtones et d'autres parties;
- ✓ comportant un volet de surveillance.

Deuxième étape : Surveiller la mise en œuvre

Assurer la surveillance du respect des engagements pris à l'égard des détenteurs de droits ancestraux en veillant à ce que la Couronne remplisse ses engagements d'une manière coordonnée. Cela pourrait se faire en développant des moyens pour surveiller les activités et établir des rapports connexes. Il faudrait étudier les possibilités suivantes :

- ✓ utiliser les processus existants de surveillance et d'établissement de rapports;
- ✓ déterminer le centre de responsabilité fédéral du processus de surveillance et d'établissement de rapports si plus d'un ministère ou organisme fédéral ou plus d'un niveau de gouvernement est concerné.

De plus, il faut entretenir des communications soutenues avec les détenteurs de droits ancestraux, suivant les besoins, au cours de la mise en oeuvre de la décision.

Troisième étape : Assurer le suivi

Après la mise en oeuvre de la décision, les ministères et organismes fédéraux devraient envisager d'effectuer une évaluation du processus. Le suivi devrait prendre en considération les questions suivantes :

- ✓ la définition des critères d'évaluation dès le début de l'entreprise pour que les buts, les objectifs et les résultats à atteindre soient clairs et que l'on puisse en suivre l'évolution au cours d'une période de temps raisonnable;
- ✓ les conseils fournis par la section d'évaluation du ministère ou de l'organisme concernant la faisabilité d'évaluations groupées ou uniques;
- ✓ la participation de groupes autochtones à la définition des critères.

NOTES EN FIN DE TEXTE

¹ *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (ministre des Forêts)*, [2004] S.C.J. n° 70.

² *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (directeur d'évaluation de projet)*, [2004] S.C.J. n° 69.

³ *Première nation crie Mikiwew c. Canada (ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] S.C.J. n° 71.

⁴ Paragraphe 35(1), *Loi constitutionnelle de 1982* – Reconnaissance des droits existants, ancestraux et issus de traités – Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

⁵ Le terme « existants » comprend les droits ancestraux et issus de traités, établis et potentiels. Le paragraphe 25 de l'arrêt *Nation Haïda c. Colombie-Britannique* indique que : « Les droits potentiels visés par ces revendications sont protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'honneur de la Couronne commande que ces droits soient déterminés, reconnus et respectés. Pour ce faire, la Couronne doit agir honorablement et négocier. Au cours des négociations, l'honneur de la Couronne peut l'obliger à consulter les Autochtones et, s'il y a lieu, à trouver des accommodements à leurs intérêts. »

⁶ La situation varie grandement d'une région à l'autre du pays. Par exemple, en Colombie-Britannique et au Québec, les traités sont peu nombreux, mais il y a de nombreuses revendications de droits et titres ancestraux qui se recoupent, en comparaison des Traités de paix et d'amitié dans les Maritimes et des traités historiques dans les provinces des Prairies. Ce paysage est différent dans les territoires au nord du 60^e parallèle, dans le nord de la Colombie-Britannique et à la baie James, où des traités contemporains prévoient des processus de consultation précis. Il faudra adapter la méthode de consultation pour faire en sorte qu'elle tienne compte de la réalité des droits et des intérêts en cause dans chaque contexte.

⁷ Voir le paragraphe 1 de la décision *Première nation Crie Mikiwew* : « 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. »

⁸ On pourrait considérer que la Couronne a une connaissance par interprétation d'un droit issu d'un traité ou d'un droit ancestral potentiel, même si un seul ministère ou organisme est au courant de l'affirmation de ce droit.