

**Date : 20061110**

**Dossier : T-867-05**

**Référence : 2006 CF 1354**

2006 CF 1354 (CanLII)

**ENTRE :**

**LA PREMIÈRE NATION DENE THA'**

**demanderesse**

**et**

**LE MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT,  
LE MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS,  
LE MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN,  
LE MINISTRE DES TRANSPORTS,  
IMPERIAL OIL RESOURCES VENTURES LIMITED,  
au nom des promoteurs du gazoduc Mackenzie,  
L'OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE ET  
ROBERT HORNAL, GINA DOLPHUS, BARRY GREENLAND,  
PERCY HARDISTY, ROWLAND HARRISON, TYSON PERTSCHY ET  
PETER USHER, tous en leur qualité de membres de la commission d'examen conjoint  
établie conformément à la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*  
pour effectuer l'examen environnemental du gazoduc Mackenzie**

**défendeurs**

**MOTIFS DU JUGEMENT**

**INDEX**

	<u>Page</u>
I. Introduction .....	4
II. Les faits .....	7
A. La Première nation Dene Tha' .....	7
1) Le peuple et le territoire Dene Tha' .....	7
2) La Dene Tha' – Ses droits en Alberta selon le Traité n° 8 .....	7
3) La Dene Tha' – Ses droits ancestraux dans les T.N.-O. ....	9
B. Le gazoduc Mackenzie – Matrices réglementaire et environnementale .....	9
1) Le « Plan de coopération » .....	11
a) L'historique .....	11
b) Le mandat .....	12
2) L'accord de coordination de l'examen réglementaire du gazoduc Mackenzie (l'accord des organes de réglementation) .....	13
a) L'historique .....	13
b) Le mandat .....	13
3) L'accord d'examen des répercussions environnementales du gazoduc Mackenzie (accord de la commission d'examen conjoint – Accord CEC) .....	13
a) L'historique .....	13
b) Le mandat .....	14
4) Cadre de référence de l'examen des répercussions environnementales .....	14
a) L'historique .....	14
b) Le mandat .....	15
5) La procédure de la commission d'examen conjoint .....	15

a)	L'historique .....	15
b)	Le mandat .....	15
6)	La procédure de l'Office national de l'énergie .....	17
a)	L'historique .....	17
b)	Le mandat .....	17
7)	L'Unité de consultation de la Couronne .....	18
a)	L'historique .....	18
b)	Le mandat .....	18
C.	Le rôle de la Dene Tha' dans ces processus .....	19
1)	Le Plan de coopération .....	19
2)	L'accord des organes de réglementation, l'accord CEC et le cadre de référence .....	20
3)	La procédure de l'ONÉ et la procédure de la CEC .....	20
4)	L'UCC .....	21
D.	Compétence sur les consultations .....	22
E.	Comparaison de la Dene Tha' avec d'autres premières nations .....	27
1)	Les Inuvialuit, les Gwich'in et le Sahtu .....	27
2)	La Deh Cho .....	28
F.	Sommaire de la comparaison des premières nations .....	29
III.	L'obligation de consulter – Quand prend-elle naissance et quel est son contenu? .....	31
A.	Introduction .....	31
B.	Le déclenchement de l'obligation de consulter .....	34
C.	Contenu de l'obligation de consulter et de prendre des mesures d'adaptation .....	36
D.	La norme de contrôle .....	38

E.	Application du droit à la Dene Tha' .....	42
1)	Quand l'obligation a-t-elle cristallisé?.....	42
2)	Quel est le contenu de l'obligation?.....	46
IV.	Redressement .....	49

\* \* \* \* \*

## **LE JUGE PHELAN**

### **I. INTRODUCTION**

[1] Un projet industriel d'envergure comme le gazoduc Mackenzie, consistant à poser un pipeline qui commencera à Inuvik, dans l'extrême nord des Territoires du Nord-Ouest, et se terminera 15 mètres au sud de la frontière entre les Territoires du Nord-Ouest et l'Alberta, lieu où un pipeline de raccordement le reliera aux pipelines provinciaux existants, pour distribution dans le sud (les installations de raccordement), entraîne une foule d'obligations gouvernementales. Les questions d'examen environnemental vont au-delà du pipeline comme tel qui part du nord jusqu'à ce point de raccordement. Le gouvernement doit traiter avec les promoteurs du projet, les opposants au projet, les commissions d'examen réglementaire, les commissions d'examen environnemental et les premières nations concernées. Le présumé manquement du gouvernement du Canada à remplir ses obligations envers ce dernier groupe, plus précisément la Première nation Dene Tha' (la Dene Tha'), est à l'origine du présent contrôle judiciaire.

[2] La Dene Tha' prétend que le gouvernement du Canada, par l'entremise du ministre de l'Environnement, du ministre des Pêches et des Océans, du ministre des Affaires indiennes et du

Nord canadien et du ministre des Transports (les ministres), a violé son obligation constitutionnelle de consulter et de satisfaire les premières nations touchées négativement par ses mesures. Plus précisément, la Dene Tha' dit que ce manquement a eu lieu le jour où elle a été exclue des discussions et décisions touchant la conception des processus d'examen réglementaire et environnemental liés au gazoduc Mackenzie. Les ministres nient qu'une quelconque obligation soit née à ce moment-là et, en tout état de cause, ou subsidiairement, le gouvernement du Canada dit que son attitude envers la Dene Tha' a suffi à l'accomplissement de son obligation de consulter et que telle attitude résiste donc à l'examen des tribunaux. La prétendue observation, par le gouvernement du Canada, de son obligation de consulter et de prendre des mesures d'adaptation a consisté 1) à mentionner la Dene Tha' dans un unique communiqué de presse du 3 juin 2004 invitant le public à s'exprimer sur un projet de cadre de référence des répercussions environnementales et un projet d'accord portant établissement d'une commission d'examen conjoint, et 2) à fixer un délai de 24 heures, jusqu'au 14 juillet 2004, pour la communication d'observations sur lesdits documents. Cela ne suffit pas pour que soit remplie l'obligation de consulter et de prendre des mesures d'adaptation.

[3] La Cour est d'avis que les ministres ont manqué à leur obligation de consulter la Dene Tha' lorsqu'ils ont entrepris d'instituer les processus d'examen réglementaire et environnemental se rapportant au gazoduc Mackenzie, et cela dès les premières étapes du lancement du projet, fin 2000, jusqu'au début de 2002, et qu'ils ont continué de manquer à cette obligation jusqu'à aujourd'hui. La Dene Tha' avait le droit constitutionnel d'être, à tout le moins, informée des décisions qui étaient prises, et d'être à même d'exprimer ses opinions et de s'attendre à ce que l'instance décisionnaire

les étudie sérieusement. La Dene Tha' n'a jamais eu cette possibilité, les ministres ayant adopté la position selon laquelle aucune telle obligation de consulter n'avait encore pris naissance.

[4] Chose tout à fait surprenante, quand les ministres ont décidé de « consulter » la Dene Tha', après la mise sur pied du processus de constitution de la commission d'examen conjoint, la Dene Tha' s'est vu accorder 24 heures pour réagir à un processus dont l'établissement avait requis des mois, voire des années, et qui avait nécessité d'importantes consultations avec tous les intéressés potentiels, sauf la Dene Tha'. Cet effort de dernière minute en vue d'une « consultation » était trop peu et trop tard.

[5] Pour arriver à cette conclusion, la Cour a examiné les points suivants : 1) le contexte factuel entourant les processus d'examen réglementaire et environnemental à l'origine du gazoduc; 2) les circonstances propres à la Dene Tha'; 3) l'état actuel du droit relatif à la consultation des Autochtones; et 4) la manière dont le droit s'applique au cas de la Dene Tha'.

[6] Il convient de noter d'entrée de jeu que la question du redressement dans la présente affaire n'est pas simple. Elle recevra donc une attention particulière dans la dernière section des présents motifs. À tout le moins, les procédures actuelles pouvant concerner la Dene Tha' doivent être suspendues jusqu'à l'exécution d'autres mesures curatives.

## II. LES FAITS

### A. La Première nation Dene Tha'

#### 1) Le peuple et le territoire Dene Tha'

[7] La Dene Tha' est un groupe autochtone au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et une bande indienne au sens de la *Loi sur les Indiens*. À l'heure actuelle, cette première nation compte environ 2 500 membres, dont la majorité résident dans les sept réserves du territoire Dene Tha'. Toutes les réserves de la Dene Tha' se trouvent en Alberta. Les trois réserves les plus peuplées sont Chateh, Bushe River et Meander.

[8] La Dene Tha' définit son « territoire traditionnel » comme un territoire dont la partie principale se trouve en Alberta, mais qui s'étend aussi vers le nord-est de la Colombie-Britannique et le sud des Territoires du Nord-Ouest (T.N.-O.). La Dene Tha' soutient que, dans les T.N.-O., son territoire chevauche celui de la Première nation Deh Cho, avec laquelle la Dene Tha' partage d'importants liens familiaux et culturels. La Couronne dit que l'expression « territoire traditionnel » n'a aucune portée juridique pour ce qui concerne les droits ancestraux revendiqués par la Dene Tha' au nord du 60° parallèle – la ligne qui sépare les T.N.-O. et la province de l'Alberta.

#### 2) La Dene Tha' – Ses droits en Alberta selon le Traité n° 8

[9] En 1899, la Dene Tha' a signé le Traité n° 8. Le Traité n° 8 est un traité classique de cession par lequel le gouvernement promettait un paiement et divers droits, notamment le droit de chasse, de piégeage et de pêche, en échange de la cession de la terre. Le territoire défini par le Traité n° 8 ne s'étend pas au territoire traditionnel revendiqué par la Dene Tha' dans les T.N.-O. Selon la

Dene Tha', cela signifie que ses droits dans les T.N.-O. demeurent non éteints parce qu'ils se trouvent à l'extérieur des limites prévues par le Traité n° 8. À l'inverse, si les ministres ont raison et que les droits de la Dene Tha' dans les T.N.-O. sont éteints par le Traité n° 8, alors la Dene Tha' dit que c'est là une admission par les ministres que la Dene Tha' jouit dans les T.N.-O. des droits conférés par le Traité n° 8. L'allégation de la Dene Tha' selon laquelle cette première nation jouit de droits ancestraux non éteints dans les T.N.-O. est examinée d'une manière plus détaillée ci-après dans les présents motifs.

[10] Le parcours prévu du gazoduc Mackenzie traverse les T.N.-O., pour se terminer juste au sud de la frontière entre les T.N.-O. et l'Alberta. La portion du gazoduc qui va de la frontière albertaine jusqu'à son extrémité sud traverse le territoire de la Dene Tha' qui est défini par le Traité n° 8. Les installations de raccordement projetées franchissent le lac Bitscho, lequel traverse la ligne de piégeage 99, qui appartient à un membre de la Dene Tha'. Aucune partie du gazoduc ne traverse directement les réserves de la Dene Tha'.

[11] Le pipeline de NGTL qui relie l'extrémité sud du gazoduc Mackenzie à la ligne de transport existante de Nova Gas traverse également un territoire sur lequel la Dene Tha' détient, en vertu du Traité n° 8, des droits de chasse, de piégeage, de pêche et de cueillette à des fins de subsistance.

[12] Le fait que le pipeline ne traverse pas une réserve est sans conséquence, contrairement à ce qu'affirment implicitement les ministres. Il n'est pas nécessaire qu'une réserve soit touchée pour que puisse être revendiqué un droit selon le Traité n° 8, ainsi que l'a jugé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*,



[2005] 3 R.C.S. 388. L'important, c'est que le pipeline et le processus réglementaire, y compris tout particulièrement les questions environnementales, portent atteinte, censément, à la Dene Tha'.

3) La Dene Tha' – Ses droits ancestraux dans les T.N.-O.

[13] La Dene Tha' revendique des droits ancestraux non reconnus de chasse, de piégeage, de pêche et de cueillette à des fins de subsistance dans la partie sud des T.N.-O. Pour prouver que le gouvernement reconnaît les droits en question, la Dene Tha' signale des archives gouvernementales remontant aux années 30 qui concernent la proposition d'établissement, dans cette région, d'une chasse gardée indienne au bénéfice de la Dene Tha'.

[14] Il n'a pas été demandé à la Cour de statuer sur la légitimité de la revendication, par la Dene Tha', de droits ancestraux dans les T.N.-O. Par ailleurs, puisque les droits de la Dene Tha' en Alberta selon le Traité n° 8 suffisent à déclencher une obligation de consulter, il n'est pas nécessaire de statuer sur la légitimité de la revendication pour disposer de la présente demande de contrôle judiciaire.

**B. Le gazoduc Mackenzie – Matrices réglementaire et environnementale**

[15] Le gazoduc Mackenzie est un projet industriel énorme et complexe. Son trajet projeté a pour point de départ les champs de gaz naturel et les installations centrales de traitement situés près d'Inuvik, à l'extrémité nord-ouest des Territoires du Nord-Ouest. À partir de ces installations de captage, le pipeline envisagé transportera le gaz naturel, une fois extrait, à travers les T.N.-O. jusqu'au sud immédiat de la frontière avec l'Alberta. À cet endroit, la société Nova Gas Transmission Limited (NGTL), en Alberta, construira les installations de raccordement à partir de

ses installations existantes, pour les rattacher au gazoduc. Le gaz naturel pourra ainsi être transporté depuis les installations de collecte du nord jusqu'à un point de distribution au sud.

[16] Au départ, les participants du projet prévoient que le gazoduc s'étendrait sur 65 kilomètres jusqu'au point de raccordement avec le réseau de distribution de NGTL. Il semble que, dans l'espoir de garder sous la juridiction albertaine le gaz qui arrivera en Alberta, il fut décidé que le point de raccordement avec les installations de la NGTL serait situé juste 15 mètres au sud de la frontière entre les T.N.-O. et l'Alberta.

[17] Dans sa demande initiale de contrôle judiciaire, la Dene Tha' avait voulu soulever la question constitutionnelle selon laquelle la proposition originale constituait une seule entreprise fédérale. La Dene Tha' s'est désistée de cet aspect de sa demande initiale.

[18] Vu l'énormité de ce projet et son caractère évidemment interjuridictionnel, sa conception a déclenché l'application d'une multitude de mécanismes réglementaires. Comme l'argument de la Dene Tha' tient au fait qu'elle a été exclue des discussions et processus entourant ces mécanismes réglementaires, il est nécessaire de décrire d'une manière assez détaillée les antécédents respectifs de l'arsenal réglementaire et le mandat de chacun des organes de réglementation concernés. La présente section décrira donc les matrices géographique, réglementaire et environnementale qui embrassent le gazoduc Mackenzie.

[19] La toile de fond du gazoduc Mackenzie se compose de sept principales couches réglementaires et environnementales : 1) le Plan de coopération, 2) l'accord des organes de

réglementation, 3) l'accord relatif à la commission d'examen conjoint, 4) le cadre de référence de l'examen des répercussions environnementales, 5) la procédure de la commission d'examen conjoint, 6) la procédure de l'Office national de l'énergie, et 7) l'Unité de consultation de la Couronne. Chacune de ces couches est examinée ci-après, selon un ordre chronologique approximatif – qui va de la plus ancienne à la plus récente.

1) Le « Plan de coopération »

a) L'historique

[20] Quatre années avant le dépôt d'une demande auprès de l'Office national de l'énergie (ONÉ) à propos du gazoduc Mackenzie, les représentants de divers organes de réglementation commencèrent à se consulter sur la manière de coordonner, dans le contexte d'une telle demande, le processus d'examen réglementaire et environnemental. Les organismes et les instances concernés étaient les suivants : Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC), l'Agence canadienne d'évaluation environnementale (l'ACÉE), l'ONÉ, l'Office d'examen des répercussions environnementale de la vallée du Mackenzie (OEREVM), l'Office de gestion des terres et des eaux de la vallée du Mackenzie (l'OGTEVM), l'Office de gestion des terres et des eaux des Gwich'in, l'Office de gestion des terres et des eaux du Sahtu, l'Administration des terres inuvialuit et le Conseil inuvialuit de gestion du gibier.

[21] Outre ces organismes de réglementation clés, d'autres instances furent intégrées dans l'élaboration du Plan de coopération. Des représentants du gouvernement du Yukon et du gouvernement des T.N.-O. se sont joints aux négociations à titre d'observateurs. La Première nation Deh Cho (la Deh Cho) également, par l'entremise de son représentant au sein de l'OEREVM, a

obtenu le statut d'observateur. En contrepoint utile de l'exclusion de la Dene Tha' de ce stade de la procédure, la participation de la Deh Cho sera examinée plus en détail ci-après dans les présents motifs.

[22] Les parties ayant pris part à l'élaboration du Plan de coopération ont également entendu les exposés de producteurs de gaz et d'éventuels promoteurs du gazoduc Mackenzie. Plus précisément, elles ont rencontré en décembre 2000 le Groupe des producteurs de gaz du delta du Mackenzie, en mai 2001 le Groupe des producteurs de gaz de l'Alaska, puis les représentants de la société Imperial Oil Resources Ventures Limited (IORVL).

[23] À la suite de ces rencontres et séances de collecte de l'information, fut mis au point en juin 2002 le *Plan de coopération pour l'évaluation des répercussions environnementales et l'examen réglementaire d'un projet nordique de gazoduc traversant les Territoires du Nord-Ouest* (le Plan de coopération). Qu'il suffise de dire que la Dene Tha' est visiblement absente de la liste de personnes, organisations et premières nations qui sont intervenues dans l'élaboration du cadre réglementaire.

b) Le mandat

[24] Le Plan de coopération avait un objectif louable, celui de réduire les chevauchements des processus d'examen environnemental et réglementaire. À cette fin, il établissait un cadre devant régir les processus à observer. Ce cadre concernait la manière dont lesdits processus seraient intégrés, la manière dont les audiences conjointes seraient menées et la manière dont le cadre de référence d'un éventuel processus d'évaluation environnementale serait élaboré.

2) L'accord de coordination de l'examen réglementaire du gazoduc Mackenzie (l'accord des organes de réglementation)

a) L'historique

[25] Le Plan de coopération recommandait que les promoteurs du gazoduc déposent un dossier d'information préliminaire (DIP). Le 18 juin 2003, IORVL déposait un DIP concernant le gazoduc Mackenzie. Par la suite, les parties au Plan de coopération reprirent les discussions sur le processus d'examen du gazoduc et, le 24 avril 2004, plusieurs ministères et organismes fédéraux concluaient l'*Accord de coordination de l'examen réglementaire du gazoduc Mackenzie*.

b) Le mandat

[26] Outre qu'il mettait en œuvre les dispositions du Plan de coopération et garantissait la conformité aux textes législatifs applicables, l'accord des organes de réglementation précisait, comme le Plan de coopération, que son objet était d'éviter les chevauchements inutiles. Plus précisément, les parties à cet accord s'entendaient pour intégrer dans le dossier de leurs processus réglementaires respectifs le rapport définitif de la commission d'examen conjoint et autres documents issus de ce processus.

3) L'accord d'examen des répercussions environnementales du gazoduc Mackenzie (l'accord de la commission d'examen conjoint – Accord CEC)

a) L'historique

[27] Le 3 août 2004, le ministre fédéral de l'Environnement, l'OEREVM et le Conseil inuvialuit de gestion du gibier concluaient l'*Accord d'examen des répercussions environnementales du gazoduc Mackenzie*. L'accord CEC précisait le mandat de la commission d'examen conjoint et le

champ de l'évaluation des répercussions environnementales à laquelle elle procéderait. Un autre protocole d'accord, conclu entre le ministre de l'Environnement et les Inuvialuit, confiait à la CEC la tâche d'examiner certaines dispositions de la *Convention définitive des Inuvialuit* (la CDI).

b) Le mandat

[28] L'accord CEC précise les instances qui ont pour tâche de choisir les membres de la CEC. L'OEREVM (composé de représentants des Gwich'in, du Sahtu et de la Deh Cho) nommerait trois membres, et le ministre de l'Environnement, quatre membres (dont deux seraient proposés par le Conseil inuvialuit de gestion du gibier). Le choix du président serait approuvé par le ministre de l'Environnement, l'OEREVM et le Conseil inuvialuit de gestion du gibier. Les membres de la CEC ont été nommés le 22 août 2004. C'étaient les suivants : Robert Hornal (président), Gina Dolphus, Barry Greenland, Percy Hardistry, Rowland Harrison, Tyson Pertschy et Peter Usher – tous désignés défendeurs dans la présente demande de contrôle judiciaire.

4) Cadre de référence de l'examen des répercussions environnementales

a) L'historique

[29] Le champ de l'évaluation environnementale de la CEC et les renseignements que le promoteur (la requérante IORVL) devait présenter pour son étude d'impact environnemental (EIE) furent établis le 22 août 2004 dans le *Cadre de référence de l'examen des répercussions environnementales du projet gazier Mackenzie* (le cadre de référence de l'examen des répercussions environnementales (ou cadre de référence RI)). Le cadre de référence RI fut rendu public par le ministre de l'Environnement, le président de l'OEREVM et le président du Conseil inuvialuit de gestion du gibier.

## b) Le mandat

[30] Le cadre de référence RI dit que le gazoduc Mackenzie comprend les installations de raccordement aux fins du processus de la CEC – c'est-à-dire, aux fins de l'évaluation environnementale. Le cadre de référence obligeait aussi IORVL à déposer une étude d'impact environnemental (EIE) auprès de la CEC. C'est ce que IORVL a fait en août 2004. Comme l'EIE ne faisait pas état des installations de raccordement, la CEC a prié IORVL de lui soumettre une autre étude d'impact environnemental. C'est ce qu'elle a fait en décembre 2004, en présentant une étude supplémentaire d'impact environnemental.

5) La procédure de la commission d'examen conjoint

## a) L'historique

[31] La commission d'examen conjoint était envisagée au départ par le Plan de coopération, lequel devait être intégré dans l'accord des organes de réglementation et mis en œuvre à la faveur de l'accord CEC. Le 18 juillet 2005, la CEC concluait qu'elle avait reçu du promoteur (IORVL) une information suffisante pour être en mesure de commencer les audiences publiques. Ces audiences ont débuté le 14 février 2006, elles sont actuellement en cours, et elles devraient se poursuivre tout au long de la présente année civile, jusque durant la prochaine.

## b) Le mandat

[32] La CEC a pour tâche de mener l'évaluation environnementale du projet. Pour ce qui concerne la CEC, le projet englobe à la fois les répercussions environnementales du gazoduc Mackenzie et celles des installations de raccordement de NGTL.

[33] Il importe de constater que, alors que l'ONÉ allait s'occuper du processus réglementaire du pipeline à partir du nord jusqu'au point de raccordement situé 15 mètres au sud de la frontière albertaine, le processus d'examen environnemental prend en compte le gazoduc Mackenzie et les installations de raccordement jusqu'aux installations existantes de NGTL, sur une distance de 65 kilomètres, qui traverse en partie le territoire sur lequel la Dene Tha' avait revendiqué des droits issus de traités, ainsi que des droits ancestraux.

[34] Le mot « environnement » est compris dans un sens large. Il s'agit des « effets cumulatifs » du gazoduc Mackenzie et des installations de raccordement de NGTL, ainsi que des autres installations qui seront mises au point dans l'avenir. La CEC a pour mandat explicite d'examiner les effets « sur les conditions sanitaires et socioéconomiques, sur le patrimoine matériel et culturel et sur les formes d'exploitation courante des terres et des ressources à des fins traditionnelles par les Autochtones, ou sur une construction, un lieu ou une chose ayant une importance historique, archéologique, paléontologique ou architecturale ».

[35] La CEC n'a pas pour mandat de mener des consultations avec les Autochtones. Elle ne peut tenir compte des droits ancestraux que dans le contexte de décisions factuelles, non juridiques. Puisque la CEC n'est pas habilitée à évaluer la légitimité d'une revendication de droits ancestraux, elle ne peut se prononcer que sur les conséquences négatives du projet pour l'utilisation actuelle du territoire par les Autochtones. Elle ne peut pas se prononcer sur la réutilisation possible du territoire puisque sa décision ne serait pas fondée sur une revendication d'utilisation courante, mais sur une revendication d'utilisation future ayant pour origine la revendication d'un droit ancestral.



[36] Le rapport de la CEC guidera la décision de l'ONÉ portant sur le point de savoir s'il convient ou non de recommander la délivrance d'un certificat d'utilité publique. Quand la CEC rendra son rapport, l'ONÉ suspendra ses audiences publiques. Ces audiences se poursuivront ensuite après que l'ONÉ aura examiné le rapport, et elles donneront ainsi au public la possibilité de réagir à son contenu.

6) La procédure de l'Office national de l'énergie

a) L'historique

[37] IORVL a présenté sa demande à l'ONÉ en octobre 2004. L'examen de l'ONÉ s'est déroulé dans le contexte de l'élaboration d'un processus coordonné d'évaluation environnementale et d'examen réglementaire du gazoduc Mackenzie, défini dans le Plan de coopération.

b) Le mandat

[38] Il appartient à l'ONÉ de dire s'il convient ou non de recommander la délivrance d'un certificat d'utilité publique (CUP) au promoteur du gazoduc, IORVL. À cette fin, l'ONÉ a prévu des audiences publiques durant lesquelles la question sera débattue. Ces audiences ont quant à elles commencé au début de 2006 et sont organisées en coordination avec celles de la CEC. Les audiences de l'ONÉ se poursuivront après qu'aura pris fin le processus de la CEC. La décision ultime de l'ONÉ sera guidée par le rapport de la CEC. Si l'ONÉ juge que l'octroi d'un CUP est justifié, alors le Cabinet fédéral devra encore approuver la délivrance effective du CUP.

7) L'Unité de consultation de la Couronne

a) L'historique

[39] L'Unité de consultation de la Couronne (UCC) n'est pas le produit d'une loi, d'un règlement ou d'une prérogative. Il s'agit essentiellement d'un organisme de l'administration publique fédérale, mis sur pied unilatéralement par le gouvernement du Canada. Malgré son appellation, l'une des choses qu'elle n'avait pas le pouvoir de faire était de consulter – du moins de consulter un groupe autochtone sur ses droits, ses intérêts ou autres questions se rapportant aux sujets mêmes de préoccupation de la Dene Tha'.

b) Le mandat

[40] L'UCC a pour mandat de coordonner et de conduire des « consultations » avec les premières nations qui croient que leurs droits, établis ou revendiqués, selon l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, pourraient être lésés par le gazoduc Mackenzie. L'UCC devait servir d'intermédiaire grâce auquel les préoccupations des premières nations à propos du gazoduc pourraient être portées à l'attention des ministres fédéraux compétents. Conformément à cet objet global, l'UCC fut invitée à organiser des réunions, à préparer un compte rendu officiel des réunions et à présenter un compte rendu des consultations à l'ONÉ, aux ministres et à d'autres entités du gouvernement du Canada investis de pouvoirs décisionnels.

[41] L'UCC n'a aucune compétence sur les sujets se rapportant au Plan de coopération, à l'accord des organes de réglementation ou à l'accord CEC. Son mandat ne s'étend pas non plus au pouvoir de dire si un droit ancestral existe ou non; elle peut uniquement examiner les répercussions du projet sur un droit établi. Il s'agissait à toutes fins utiles d'un « agent de la circulation » adressant

des questions aux autres personnes ou organismes qui avaient la compétence, la connaissance ou la responsabilité requises pour traiter de tel ou tel aspect.

**C. Rôle de la Dene Tha' dans ces processus**

1) Le Plan de coopération

[42] Le gouvernement du Canada n'a rien fait pour consulter la Dene Tha' sur la formulation du Plan de coopération. La Dene Tha' affirme, et la preuve le montre, que tous les divers itinéraires projetés du gazoduc traversaient un territoire en Alberta sur lequel la Dene Tha' a des droits reconnus issus du Traité n° 8. Le gouvernement fédéral tente de justifier cette exclusion en affirmant que la Dene Tha' n'était pas un organisme investi d'un pouvoir d'évaluation réglementaire ou environnementale au regard des pipelines – aucune compétence n'était conférée par le Traité n° 8, des lois ou un accord portant sur une revendication territoriale globale. La Couronne fait donc valoir qu'il était raisonnable que la Dene Tha' soit exclue du processus à ce stade.

[43] Le gouvernement fédéral fait aussi valoir que la Dene Tha' avait eu la possibilité de s'exprimer sur l'ébauche du Plan de coopération puisque le gouvernement du Canada avait rendu publique une ébauche de ce plan le 7 janvier 2002. Les détails de la communication publique du Plan de coopération, de même que les autres éléments que le gouvernement fédéral avance pour dire qu'il s'est pleinement acquitté de son obligation de consulter, seront étudiés plus en profondeur lorsque j'examinerai si la Couronne a rempli son obligation de consulter.

2) L'accord des organes de réglementation, l'accord CEC et le cadre de référence

[44] La Dene Tha' n'a pas été consultée à propos de l'accord des organes de réglementation, de l'accord CEC ou du cadre de référence de l'examen des répercussions environnementales. Le 14 juillet 2004, le gouvernement fédéral, par l'entremise de son instrument, l'UCC, a remis à la Dene Tha' des exemplaires du projet de cadre de référence RI et du projet d'accord CEC, en lui disant qu'elle avait jusqu'au lendemain pour communiquer ses observations sur les deux documents. La Dene Tha' dit que c'était la première fois qu'elle avait officiellement connaissance du contenu de ces ébauches. Le gouvernement fédéral dit aussi que, le 3 juin 2004, au moyen de certains communiqués de presse, ainsi que sur l'Internet, il a invité le public à s'exprimer sur une ébauche du cadre de référence de l'examen des répercussions environnementales et sur une ébauche de l'accord CEC. Ce fait a également été invoqué par le gouvernement fédéral au soutien de son argument selon lequel, dans la mesure où il avait une obligation de consulter, il s'était acquitté de cette obligation.

3) La procédure de l'ONÉ et la procédure de la CEC

[45] La Dene Tha' a le statut d'intervenante dans les audiences de l'ONÉ et dans celles de la CEC. En tant qu'intervenante, la Dene Tha' peut présenter des arguments oraux et écrits et soumettre des questions aux autres intervenants et aux promoteurs. La Dene Tha' a déposé un plan en vue de sa participation aux audiences publiques de la CEC et a participé à la préparation et à la communication de demandes d'information, en application des règles de procédures de la CEC.

4) L'UCC

[46] En avril 2004, la Dene Tha' apprenait que le gouvernement fédéral avait l'intention de la consulter, par l'entremise de l'UCC, à propos du gazoduc. Le 14 juillet 2004, la Dene Tha' rencontrait des représentants de l'UCC. La Dene Tha' a communiqué à l'UCC une information relative à ses droits ancestraux et à ses droits issus de traités et lui a signifié la nécessité pour elle d'obtenir un soutien financier si l'on voulait que les consultations donnent des résultats.

[47] La Dene Tha' dit que cette rencontre de juillet marque la première fois où elle fut mise au fait de la constitution imminente de la CEC, après avoir reçu l'ébauche du cadre de référence de l'examen des répercussions environnementales et l'ébauche de l'accord CEC. La Dene Tha' dit que le représentant de l'UCC l'informa qu'elle avait jusqu'au lendemain (le 15 juillet 2004) pour communiquer ses observations sur ces documents. Bien évidemment, la Dene Tha' n'a pas respecté ce délai fixé pour la communication de ses observations.

[48] La Dene Tha' fut aussi informée, lors de cette rencontre, que l'UCC n'était pas encore tout à fait pourvue en personnel, ni n'était encore opérationnelle, et qu'il lui fallait encore définir son mandat. De plus, jusqu'à la fin d'octobre 2004, la Dene Tha' fut informée que l'UCC ne pourrait commencer ses consultations à propos du gazoduc qu'après que le promoteur aurait déposé une demande auprès de l'ONÉ à propos du projet.

[49] La Dene Tha' a sans relâche harcelé l'UCC pour que lui soient reconnus des droits au nord du 60<sup>e</sup> parallèle. Il s'agit là d'un sujet distinct des droits de la Dene Tha' issus du Traité n<sup>o</sup> 8 au sud du 60<sup>e</sup> parallèle. Le 4 janvier 2006, la Dene Tha' apprenait, à titre définitif, que la position du

Canada était, et avait toujours été, que les droits en question avaient été éteints par le Traité n° 8. Cette position se révéla dès lors irrévocable et fut réitérée par les représentants de l'UCC au cours de leurs rencontres ultérieures avec la Dene Tha' en 2006. L'UCC lui dit que la position du Canada était qu'il prendrait en considération les « activités » de la Dene Tha' dans les T.N.-O., mais non ses droits.

[50] Il n'y eut pas d'autres obstacles à des consultations avec la Dene Tha', si ce n'est la négligence ou le refus du gouvernement fédéral d'engager des consultations. La Dene Tha' n'a pas mis d'obstacles à de telles consultations, bien que les ministres eussent donné à entendre qu'elle avait imposé certaines conditions préalables.

#### **D. Compétence sur les consultations**

[51] Il est nécessaire de considérer la compétence respective des entités institutionnelles susmentionnées – la CEC, l'ONÉ et l'UCC – sur les consultations avec les groupes autochtones, et en particulier avec la Dene Tha'.

[52] Comme il s'agit ici d'une enquête portant sur des faits, il n'est pas nécessaire de se pencher pour l'instant sur plusieurs points ayant une portée juridique. Plus précisément, on n'examinera pas la nécessité d'une délégation explicite, par le gouvernement, de son obligation de consulter, ni la nécessité d'une intention de consulter. Il y a un vide notable dans les mandats de la CEC, de l'ONÉ et de l'UCC – un vide qui a trait au pouvoir d'engager des consultations autochtones avec la Dene Tha'.

[53] La CEC a compétence sur le projet tout entier de gazoduc, c'est-à-dire à la fois la portion partant d'Inuvik pour se rendre juste au sud de la frontière albertaine, et les installations de raccordement qui relient l'extrémité sud du gazoduc aux pipelines existants de NGTL. La CEC a le mandat général d'examiner un large éventail d'effets environnementaux, notamment les répercussions négatives sur les activités des premières nations, et elle peut rendre des décisions factuelles, mais non juridiques, sur les droits ancestraux. La CEC n'a pas le pouvoir d'engager des consultations. Elle ne peut pas non plus statuer sur l'existence de droits ancestraux contestés.

[54] L'ONÉ a compétence uniquement sur ce qui a été demandé en application de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*. IORVL a présenté en octobre 2004 une demande se rapportant au gazoduc Mackenzie. NGTL n'a pas encore présenté de demande se rapportant aux installations de raccordement et, quand elle le fera, sa demande ne sera pas adressée à l'ONÉ, mais à son équivalent albertain, l'Alberta Energy and Utility Board (l'AEUB). L'ONÉ n'a pas comme tel compétence pour étudier les préoccupations autochtones au sud de l'extrémité sud du gazoduc Mackenzie. Autrement dit, il ne peut pas consulter véritablement la Dene Tha' sur la zone qui va du point de raccordement jusqu'à l'extrémité sud des installations de raccordement. Il est douteux également qu'il puisse se pencher sur les préoccupations exprimées par la Dene Tha' dans le présent contrôle judiciaire – outre la mise sur pied du processus lui-même – car l'on pourrait soutenir que l'ONÉ n'avait aucun pouvoir avant la date de la demande, c'est-à-dire avant octobre 2004. Il n'est pas sûr non plus que l'ONÉ pouvait ou devait intervenir dans la mise sur pied du processus auquel il a été intimement mêlé.

[55] On a fait valoir que l'ONÉ, dans le cadre de son mandat, a le pouvoir et l'obligation, lorsqu'il recommandera ou non la délivrance d'un CUP, de dire si les consultations ont ou non été suffisantes. Il semble que des consultations autochtones insuffisantes constitueraient un facteur qui militerait contre l'avantage public représenté par le gazoduc. Outre le problème que pose l'idée qu'un droit de nature privée puisse éclipser les avantages susceptibles d'être apportés au grand public par le gazoduc (compte tenu de l'obligation de l'ONÉ de veiller à l'« intérêt public »), l'ONÉ, comme nous l'avons vu plus haut, n'avait aucune compétence temporelle sur les consultations (ou l'absence de consultations) avant d'être saisi de la demande d'IORVL, c'est-à-dire avant octobre 2004. Comme c'est là précisément la date à laquelle la Dene Tha' trouve à redire à l'attitude du gouvernement fédéral, l'incapacité pour l'ONÉ d'inclure cette attitude dans son évaluation du caractère suffisant ou non des consultations est extrêmement problématique.

[56] Le gouvernement fédéral a soulevé un argument tendant à nier la compétence de la Cour fédérale à cause du pouvoir de l'ONÉ en matière de consultations autochtones. L'argument du gouvernement est que l'ONÉ a l'obligation d'évaluer le caractère suffisant ou non des consultations autochtones, parmi les points dont il tiendra compte dans sa décision ultime de délivrer ou non un CUP.

[57] L'argument avancé est que la compétence de l'ONÉ dans les aspects se rapportant aux consultations autochtones exclut celle de la Cour fédérale au regard du présent contrôle judiciaire, ou qu'il est plus indiqué pour la Cour de déférer à l'ONÉ étant donné la spécialisation de celui-ci. Cependant, cette spécialisation concerne le domaine des ressources et projets énergétiques, non les



consultations autochtones ni, qui plus est, l'existence ou non de l'obligation de consulter, le moment où l'obligation prend naissance ou la question de savoir si l'obligation a ou non été remplie.

[58] On s'est de plus accordé à dire que, en application de l'alinéa 28(1)f) de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour d'appel fédérale est compétente pour statuer sur les demandes de contrôle judiciaire visant l'ONÉ. Le paragraphe 22(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* confère un droit d'appel devant la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou de compétence.

L'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales* entre donc en jeu puisque, si la Cour d'appel fédérale peut être saisie des demandes de contrôle judiciaire intéressant l'ONÉ, alors la Cour fédérale, fait-on valoir, devrait être privée de sa compétence pour la question de savoir si la procédure de consultation, en partie orchestrée par l'ONÉ, est conforme à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et/ou au principe de l'honneur de la Couronne.

[59] Somme toute, l'article 18.5 ne s'applique pas à la présente affaire. Il n'y a eu « aucune décision ou ordonnance d'un office fédéral » comme cela est exigé pour que l'exclusion envisagée par l'article 18.5 soit opérante (*Forsyth c. Canada (Procureur général) (1<sup>re</sup> inst.)*, [2003] 1 C.F. 96; *Association des consommateurs industriels de gaz c. Canada (Office national de l'énergie)* (1990), 43 Admin. L.R. 102).

[60] D'ailleurs, cet argument est essentiellement une diversion car l'étendue du projet, selon la perspective de l'ONÉ (c'est-à-dire à l'exclusion des installations de raccordement et à l'exclusion du comportement de la Couronne avant le dépôt de la demande d'IORVL), ne comprend pas ce que fait la CEC ni ce qui est d'un intérêt fondamental pour la Dene Tha'. L'ONÉ peut se prononcer sur

les droits ancestraux reconnus au nord du 60<sup>e</sup> parallèle, mais non sur les droits de la Dene Tha' au titre du Traité n<sup>o</sup> 8, au sud du 60<sup>e</sup> parallèle.

[61] Partant, ni la CEC ni l'ONÉ ne sont compétents pour mener des consultations autochtones avec la Dene Tha' à propos de son territoire en Alberta. Par conséquent, on pourrait supposer que l'UCC, l'Unité de consultation de la Couronne, l'unique entité qu'il reste à considérer, serait naturellement à même de remplir ce rôle. Cependant, l'UCC dit expressément qu'elle ne s'occupe pas de consultations. Son mandat ne comprend pas le droit de prendre acte de revendications portant sur des droits ancestraux non établis et, d'ailleurs, la preuve par affidavit révèle que l'UCC s'est fait une opinion sur ce point. L'UCC n'a pas compétence pour engager des consultations sur des aspects se rapportant au Plan de coopération, à l'accord des organes de réglementation, à l'accord CEC ou au cadre de référence RI.

[62] En résumé, la seule instance, parmi l'UCC, l'ONÉ et la CEC, qui puisse totalement étudier les sujets territoriaux et temporels intéressant la Dene Tha' est la CEC. Cependant, la CEC s'occupe d'évaluations environnementales, non de consultations autochtones. Elle évaluera les effets que le gazoduc Mackenzie et les pipelines de NGTL auront sur les collectivités autochtones, mais elle le fera à travers la lentille de l'évaluation environnementale, en se focalisant sur des activités, non sur des droits. Par ailleurs, un aspect à propos duquel la Dene Tha' dit que ses droits à des consultations et à des mesures d'adaptation n'ont pas été pris en compte est le processus par lequel la CEC elle-même a été établie.

## **E. Comparaison de la Dene Tha' avec d'autres premières nations**

[63] Sur la toile de fond des processus d'examen environnemental et réglementaire, il est nécessaire de comparer le traitement réservé à la Dene Tha' par le gouvernement fédéral avec le traitement qu'il a réservé à d'autres premières nations : les Inuvialuit, le Sahtu, les Gwich'in, et plus particulièrement la Deh Cho. Si la Couronne a raison de dire que les différences entre premières nations peuvent justifier une différence correspondante de traitement, alors la logique et l'équité exigent que des similitudes appréciables entre ces groupes produisent une similitude de traitement.

### **1) Les Inuvialuit, les Gwich'in et le Sahtu**

[64] En 1977, la Commission Berger rendait public son rapport. La Commission royale, dirigée par le juge Thomas Berger, avait été constituée pour évaluer des projets de mise en valeur du gaz naturel dans les Territoires du Nord-Ouest et dans le Territoire du Yukon. Cette commission a conclu que les projets de mise en valeur dans le Nord conduiraient probablement au bouleversement du mode de vie traditionnel des populations autochtones de la région. Elle a donc recommandé que tout projet semblable envisagé dans la région soit précédé d'un règlement des revendications territoriales des populations autochtones locales.

[65] À la suite de la recommandation du juge Berger, les Inuvialuit, les Gwich'in et le Sahtu ont chacun négocié et conclu avec le gouvernement fédéral des ententes définitives qui réglaient leurs revendications territoriales : 1) la *Convention définitive des Inuvialuit*, conclue en 1984; 2) l'*Entente sur la revendication territoriale globale des Gwich'in*; et 3) l'*Entente sur la revendication territoriale globale des Dénés et Métis du Sahtu*. Ces ententes reconnaissaient les droits et responsabilités des Inuvialuit, des Gwich'in et du Sahtu respectivement.

[66] Outre qu'elles reconnaissaient des droits, les ententes établissaient les moyens par lesquels les populations autochtones pouvaient exprimer leurs points de vue sur ce qui était fait aux terres et sur les terres décrites par les ententes. Plus précisément, diverses nouvelles instances réglementaires étaient instituées par les ententes. Les instances réglementaires présentant un intérêt particulier dans la présente affaire sont le Conseil inuvialuit de gestion du gibier, l'Office des terres et des eaux des Gwich'in, l'Office des terres et des eaux du Sahtu et l'Office d'examen des répercussions environnementales de la vallée du Mackenzie (l'OEREVM).

[67] Parmi ces diverses instances, l'OEREVM joue un rôle crucial dans l'établissement de la CEC. L'OEREVM, par l'entremise de sa loi d'habilitation, la *Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie*, voit à la mise sur pied de comités mixtes chargés de mener des évaluations environnementales. Conformément à sa loi d'habilitation, au moins la moitié des membres de l'OEREVM doivent être proposés par les gouvernements de la Première nation du Sahtu, de la Première nation des Gwich'in et de la Première nation tlicho.

## 2) La Deh Cho

[68] La Première nation Deh Cho (la Deh Cho) est la première nation dont le territoire se trouve directement au nord de celui de la Dene Tha', dans les T.N.-O. La Deh Cho n'a pas encore conclu d'entente finale avec le Canada sur sa revendication territoriale; cependant, le Canada et la Deh Cho négocient actuellement une telle entente. Pour l'heure, la Deh Cho a déposé une entente sur sa revendication territoriale globale auprès du Canada, entente que le Canada a acceptée. Le Canada et la Deh Cho ont conclu une entente sur les mesures provisoires et une entente provisoire sur

l'exploitation des ressources, ententes qui confèrent à la Deh Cho des droits sur le territoire qu'elle revendique. Fait partie de ces droits le droit de la Deh Cho de proposer un membre pour siéger à l'OEREVM. Comme je l'ai dit plus haut, étant donné sa représentation à l'OEREVM, la Deh Cho a pu obtenir le statut d'observateur durant l'élaboration du Plan de coopération.

[69] Vu l'action engagée par la Deh Cho, qui prétend que le Canada ne l'a pas consultée suffisamment à propos du gazoduc Mackenzie, la Deh Cho a bénéficié d'un généreux compromis. En vertu de ce compromis, la Deh Cho a obtenu 5 millions de dollars en indemnité, 2 millions de dollars pour chaque exercice jusqu'en 2008 afin de se préparer pour l'évaluation environnementale et l'examen réglementaire du gazoduc, 15 millions de dollars en fonds de développement économique pour cette même période afin de faciliter le repérage et la mise en œuvre de possibilités de développement économique se rapportant au gazoduc, enfin 3 millions de dollars pour chaque exercice jusqu'en 2008 au titre du financement du processus touchant la Deh Cho.

#### **F. Sommaire de la comparaison des premières nations**

[70] Contrairement aux Inuvialuit, au Sahtu et aux Gwich'in, la Dene Tha' n'a avec le Canada aucune entente réglant sa revendication territoriale. L'une des conséquences principales du règlement d'une revendication territoriale était la mise sur pied de nouvelles instances réglementaires : le Conseil inuvialuit de gestion du gibier, l'Office des terres et des eaux des Gwich'in, l'Office des terres et des eaux du Sahtu et l'OEREVM. Ces offices avaient pour mandat de gérer l'utilisation des terres et des ressources situées à l'intérieur des territoires respectivement définis. En l'espèce, ces offices jouent un rôle encore plus important puisque c'est en partie par leur intermédiaire qu'ont été choisis les membres de la CEC. Ainsi, grâce à ces offices et à leurs

représentants, les premières nations des Inuvialuit, du Sahtu et des Gwich'in ont pu mener de véritables consultations avec le Canada sur les effets prévus du gazoduc Mackenzie. La Dene Tha' n'a aucune entente réglant sa revendication territoriale, aucun office réglementaire et aucune représentation au sein d'un quelconque office.

[71] La Deh Cho, comme la Dene Tha', n'a elle non plus aucune entente réglant sa revendication territoriale. Contrairement à la Dene Tha', cependant, la Couronne est en train de négocier avec elle une entente définitive de cette nature. Dans l'esprit de la négociation, le Canada a inclus la Deh Cho dans l'exercice d'établissement du processus d'examen environnemental et réglementaire du gazoduc Mackenzie, en autorisant la Deh Cho à proposer un membre pour qu'il siège à l'OEREVM. Ainsi, grâce à sa représentation au sein de l'OEREVM, la Deh Cho est sans doute en état de pouvoir engager une véritable consultation avec le Canada.

[72] La Dene Tha' n'a aucune représentation du genre. Son statut est uniquement un statut d'intervenante. Comme elle n'a aucune représentation au sein des offices ou comités ayant pour mandat de mener les processus d'examen environnemental et réglementaire eux-mêmes, la Dene Tha' sera toujours étrangère au processus.

[73] La Couronne justifie cette différence de traitement en disant que différentes premières nations auront des droits différents et qu'il est donc raisonnable de traiter chacune différemment, en accord avec ses particularités propres. Les principales différences entre la Dene Tha' et les autres premières nations ici concernées sont les suivantes : 1) la Dene Tha' n'a aucune entente réglant sa

revendication territoriale et n'est pas en train de négocier une telle entente, et 2) le territoire incontesté de la Dene Tha' se trouve au sud de la frontière entre les T.N.-O. et l'Alberta.

[74] Aucune de ces différences n'est juridiquement pertinente en ce qui concerne l'existence de l'obligation de consulter la Dene Tha' ou en ce qui concerne le moment auquel cette obligation a pris naissance. Telles différences intéressent sans doute la manière dont les consultations sont menées. Le fait que la Dene Tha' n'a pas conclu d'entente réglant sa revendication territoriale ne suffit pas à écarter l'obligation de consulter puisqu'elle a, à tout le moins, conclu avec le Canada une entente constitutionnellement équivalente à propos de ses droits, ainsi que l'atteste le Traité n° 8. L'endroit où se trouve le territoire concerné de la Dene Tha' (au sud du 60° parallèle) ne saurait lui non plus servir à justifier l'exclusion de l'obligation de consulter, puisque la CEC doit inclure les installations de raccordement dans son examen du projet tout entier de gazoduc.

[75] La conduite adoptée par le gouvernement fédéral lorsqu'il a mis en cause et consulté chacun des groupes autochtones concernés par le gazoduc, à l'exception de la Dene Tha', amoindrit l'argument des ministres selon lequel il était prématuré de consulter la Dene Tha' au moment où furent établis les processus d'examen réglementaire et environnemental.

### **III. L'OBLIGATION DE CONSULTER – QUAND PREND-ELLE NAISSANCE ET QUEL EST SON CONTENU?**

#### **A. Introduction**

[76] La notion d'obligation fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones a été reconnue la première fois dans l'arrêt *Guérin c. Canada*, [1984] 2 R.C.S. 335, 13 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 321.

À l'origine, les tribunaux ont jugé que l'obligation de consulter découlait de cette obligation fiduciaire (voir l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075).

[77] Dans trois arrêts récents – *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550, 2004 CSC 74; et *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388, 2005 CSC 69, la Cour suprême du Canada a décrit une obligation plus générale qui découle de l'honneur de la Couronne. Cette obligation comprend l'obligation de consulter.

[78] Dans l'arrêt *Guérin*, la Cour suprême du Canada avait jugé que la Couronne assume une obligation fiduciaire quand, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, elle prend des mesures à l'égard de terres au nom d'une première nation. Dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 70 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 385, la Cour suprême a élargi cette obligation pour y inclure la protection des droits ancestraux ou issus de traités. Malgré cet élargissement cependant, l'obligation fiduciaire n'était pas adaptée à maintes situations. Ainsi, l'obligation n'avait aucun sens dans le contexte de négociations menées entre la Couronne et les premières nations en vue d'ententes sur le règlement de revendications territoriales, étant donné qu'il est impossible de considérer la Couronne comme un fiduciaire, et la bande comme un bénéficiaire, dans une relation qui est essentiellement contractuelle. L'obligation fiduciaire se heurtait aussi à des difficultés au regard des obligations de la Couronne envers le public en général. Il est difficile d'admettre que la Couronne puisse agir uniquement dans l'intérêt d'un groupe, surtout s'il peut en résulter un conflit avec son obligation primordiale envers le public en général.



[79] Dans l'arrêt *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 220 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 1, 2002 CSC 79, la juge Binnie, de la Cour suprême du Canada, relevait que l'obligation fiduciaire n'existe pas dans tous les cas, mais se limite plutôt aux cas faisant intervenir un intérêt propre à une première nation. Ainsi que l'expliquait le juge Binnie, au paragraphe 81 de cet arrêt :

L'« obligation de fiduciaire » [de la Couronne] est toutefois assortie de limites. Les appelantes semblent parfois invoquer cette obligation comme si elle imposait à la Couronne une responsabilité totale à l'égard de tous les aspects des rapports entre la Couronne et les bandes indiennes. C'est aller trop loin. L'obligation de fiduciaire incombant à la Couronne n'a pas un caractère général, mais existe plutôt à l'égard de droits particuliers des Indiens.

[80] Eu égard à l'arrêt *Wewaykum*, pour que l'objet de la conciliation qui sous-tend l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ait un sens, il doit exister pour la Couronne, en ce qui a trait à ses relations avec les Autochtones, une obligation plus étendue que celle qui est imposée par une relation fiduciaire. Ainsi, dans l'arrêt *Nation haïda*, la Cour suprême a d'abord désigné l'honneur de la Couronne comme source de l'obligation de celle-ci d'engager de bonne foi des consultations avec les premières nations et, lorsque cela est raisonnable et nécessaire, de prendre les mesures d'adaptation requises. La Couronne doit donc engager des consultations lorsque son honneur est en jeu, et son honneur, pour être ainsi en jeu, ne requiert pas qu'un droit autochtone particulier produise une relation fiduciaire. On peut formuler cette différence autrement en disant que l'atteinte à un droit autochtone n'est plus nécessaire pour que prenne naissance l'obligation du gouvernement de consulter.

[81] La principale différence entre l'obligation fiduciaire et l'honneur de la Couronne est que l'honneur de la Couronne peut être déclenché alors même que le droit autochtone ne suffit pas

comme tel pour que la Couronne soit tenue d'agir dans l'intérêt du groupe autochtone (c'est-à-dire en tant que fiduciaire). En somme, lorsqu'un groupe autochtone n'a aucune protection fiduciaire, l'honneur de la Couronne prend le relais pour faire en sorte que la Couronne accomplisse l'objectif de l'article 35, qui est de « concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté ».

[82] Pour savoir si la Couronne a rempli son obligation de consulter, il faut bien garder à l'esprit l'objet de la consultation – à savoir la conciliation. L'objet de la consultation ne doit pas être interprété étroitement comme l'atténuation d'effets préjudiciables sur des droits autochtones et/ou un titre autochtone. Il doit plutôt recevoir une interprétation libérale, à la lumière du contexte des relations entre les populations autochtones et la Couronne : permettre de concilier la préexistence des populations autochtones et la souveraineté présente et future de la Couronne. L'objet de la consultation ne signale pas non plus un résultat particulier dans un cas donné. Il ne signifie pas que la Couronne doit accepter telle ou telle position avancée par une première nation.

## **B. Le déclenchement de l'obligation de consulter**

[83] Le déclenchement de l'obligation de la Couronne de consulter est expliqué avec clarté par la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Nation haïda*, au paragraphe 35 :

Mais à quel moment, précisément, l'obligation de consulter prend-elle naissance? L'objectif de conciliation ainsi que l'obligation de consultation, laquelle repose sur l'honneur de la Couronne, tendent à indiquer que cette obligation prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci : voir *Halfway River First Nation c. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1997] 4 C.N.L.R. 45 (C.S.C.-B.), p. 71, le juge Dorgan.

[84] Ce critère du déclenchement de l'obligation de consulter présente deux aspects principaux. D'abord, il faut qu'existe ou que puisse exister un droit ou titre ancestral auquel pourrait porter atteinte la conduite envisagée de la Couronne. Deuxièmement, la Couronne doit avoir une connaissance (subjective ou objective) de ce droit ou titre potentiel et envisager des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ce droit ou titre. Les arrêts de la Cour suprême ne donnent nulle part à entendre que l'élément qui déclenche l'obligation de consulter est différent en Colombie-Britannique de ce qu'il est dans d'autres régions du Canada où des droits issus de traités pourraient être mis en cause.

[85] La question qui se pose ici est donc de savoir quand la Couronne a su, ou peut être présumée avoir su, que les mesures qu'elle envisageait risquaient de nuire à l'existence possible du droit ou titre ancestral de la Dene Tha'. Autrement dit, la mise sur pied des processus d'examen réglementaire et environnemental du gazoduc Mackenzie équivalait-elle à envisager des mesures susceptibles de nuire à un droit ancestral potentiel de la Dene Tha'? Étant donné la portée du gazoduc et ses répercussions dans toute la région où il sera mis en service, on ne se surprendra guère de constater que les parties reconnaissent que la construction elle-même du gazoduc déclenche l'obligation pour la Couronne de consulter. D'ailleurs, la Couronne s'est soumise à cette obligation envers chacun des autres groupes autochtones.

### C. Contenu de l'obligation de consulter et de prendre des mesures d'adaptation

[86] Lorsque l'on sait à quel moment a pris naissance l'obligation de consulter, le point de savoir s'il y a eu manquement à cette obligation dépend du champ et du contenu de l'obligation. Encore une fois, reportons-nous aux observations de la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Nation haïda* :

39 Le contenu de l'obligation de consulter et d'accommoder varie selon les circonstances. La nature précise des obligations qui naissent dans différentes situations sera définie à mesure que les tribunaux se prononceront sur cette nouvelle question. En termes généraux, il est néanmoins possible d'affirmer que 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.

Partant, contrairement à la question de savoir s'il existe ou non une obligation de consulter, question qui appelle une réponse négative ou positive, la réponse à la question de savoir en quoi consiste cette obligation peut naturellement varier. La solidité du droit revendiqué et la gravité des répercussions possibles sur ce droit sont tous deux les facteurs employés pour savoir quel est le contenu de l'obligation de consulter.

[87] Quatre paragraphes plus loin, la juge en chef McLachlin, aux paragraphes 43 à 45, invoque la notion de continuum pour illustrer la variabilité du contenu de l'obligation de consulter :

Sur cette toile de fond, je vais maintenant examiner le type d'obligations qui peuvent découler de différentes situations. À cet égard, l'utilisation de la notion de continuum peut se révéler utile, non pas pour créer des compartiments juridiques étanches, mais plutôt pour préciser ce que le principe de l'honneur de la Couronne est susceptible d'exiger dans des circonstances particulières. À une extrémité du continuum se trouvent les cas où la revendication de titre est peu solide, le droit ancestral limité ou le risque d'atteinte faible. Dans ces cas, les seules obligations qui pourraient incomber à la Couronne seraient d'aviser les intéressés, de leur communiquer des renseignements et de discuter avec eux des questions soulevées par suite de l'avis. La [TRADUCTION] « "consultation", dans son sens

le moins technique, s'entend de l'action de se parler dans le but de se comprendre les uns les autres » : T. Isaac et A. Knox, « The Crown's Duty to Consult Aboriginal People » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49, p. 61.

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

Entre les deux extrémités du continuum décrit précédemment, on rencontrera d'autres situations. Il faut procéder au cas par cas. Il faut également faire preuve de souplesse, car le degré de consultation nécessaire peut varier à mesure que se déroule le processus et que de nouveaux renseignements sont mis au jour. La question décisive dans toutes les situations consiste à déterminer ce qui est nécessaire pour préserver l'honneur de la Couronne et pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones. Tant que la question n'est pas réglée, le principe de l'honneur de la Couronne commande que celle-ci mette en balance les intérêts de la société et ceux des peuples autochtones lorsqu'elle prend des décisions susceptibles d'entraîner des répercussions sur les revendications autochtones. Elle peut être appelée à prendre des décisions en cas de désaccord quant au caractère suffisant des mesures qu'elle adopte en réponse aux préoccupations exprimées par les Autochtones. Une attitude de pondération et de compromis s'impose alors.

[88] En résumé, à l'extrémité inférieure du continuum, l'obligation de consulter oblige la Couronne à aviser les intéressés, à leur communiquer des renseignements et à débattre avec eux les questions soulevées en réponse audit avis. À l'extrémité supérieure du continuum, l'obligation de

consulter comporte la possibilité de présenter des observations, la participation officielle à la prise de décisions et la présentation de motifs montrant que les préoccupations des Autochtones ont été prises en compte et que ces préoccupations ont influé sur la décision.

#### **D. La norme de contrôle**

[89] Selon les ministres, le fond de leur argumentation concerne le point de savoir si le comportement de la Couronne était globalement raisonnable, et ils disent que c'est là la norme de contrôle que la Cour doit adopter dans la présente procédure de contrôle judiciaire.

[90] Les ministres ont aussi invoqué le principe de la retenue judiciaire, qui selon eux requiert que soit effectuée dans la présente affaire l'analyse pragmatique et fonctionnelle dont parle l'arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, et qui domine le droit administratif. Cette analyse n'est pas particulièrement utile dans la présente espèce, où le point essentiel est celui de savoir s'il y avait obligation de consulter, et à quel moment est née cette obligation.

[91] L'analyse pragmatique et fonctionnelle et le principe de la retenue judiciaire sont des instruments auxquels les tribunaux recourent le plus souvent pour savoir s'ils doivent ou non déférer aux décisions d'organismes créés par la loi. Les règles qui régissent les consultations autochtones n'ont pour l'heure aucune source législative, si ce n'est la source constitutionnelle de l'article 35. Par conséquent, il n'est pas nécessaire ici de parler de retenue judiciaire ni d'imposer un critère dont l'objet serait de déterminer le niveau de cette retenue judiciaire.

[92] Pour ce qui est du « fond » de l'argumentation des ministres, plus précisément de la question de savoir si le comportement de la Couronne fut ou non raisonnable, les propos tenus par la juge en chef dans l'arrêt *Nation haïda* sont éclairants. Aux paragraphes 60 à 63 de sa décision, la juge en chef McLachlin expose avec concision la question du contrôle judiciaire des décisions administratives se rapportant aux Premières nations :

Lorsque la conduite du gouvernement est contestée au motif qu'il ne se serait pas acquitté de son obligation de consulter et d'accommoder en attendant le règlement des revendications, la question peut être soumise aux tribunaux pour examen. La province n'a pas encore établi de mécanisme à cette fin. En l'absence d'un tel mécanisme, il est impossible de déterminer quelle norme de contrôle devrait appliquer le tribunal appelé à statuer sur le caractère suffisant des efforts déployés par le gouvernement. Les principes généraux du droit administratif permettent toutefois de dégager les notions suivantes.

Quant aux questions de droit, le décideur doit, en règle générale, rendre une décision correcte : voir, par exemple, *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55. Par contre, en ce qui a trait aux questions de fait et aux questions mixtes de fait et de droit, l'organisme de révision peut devoir faire preuve de déférence à l'égard du décideur. L'existence et l'étendue de l'obligation de consulter ou d'accommoder sont des questions de droit en ce sens qu'elles définissent une obligation légale. Cependant, la réponse à ces questions repose habituellement sur l'appréciation des faits. Il se peut donc qu'il convienne de faire preuve de déférence à l'égard des conclusions de fait du premier décideur. La question de savoir s'il y a lieu de faire montre de déférence et, si oui, le degré de déférence requis dépendent de la nature de la question dont était saisi le tribunal administratif et de la mesure dans laquelle les faits relevaient de son expertise : *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Paul*, précité. En l'absence d'erreur sur des questions de droit, il est possible que le tribunal administratif soit mieux placé que le tribunal de révision pour étudier la question, auquel cas une certaine déférence peut s'imposer. Dans ce cas, la norme de contrôle applicable est vraisemblablement la norme de la décision raisonnable. Dans la mesure où la question est une question de droit pur et peut être isolée des questions de fait, la norme applicable est celle de la décision correcte. Toutefois, lorsque les deux types de questions sont inextricablement liées entre elles, la

norme de contrôle applicable est vraisemblablement celle de la décision raisonnable : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

Le processus lui-même devrait vraisemblablement être examiné selon la norme de la décision raisonnable. La perfection n'est pas requise; il s'agit de se demander si, « considéré dans son ensemble, le régime de réglementation [ou la mesure gouvernementale] respecte le droit ancestral collectif en question » : *Gladstone*, précité, par. 170. Ce qui est requis, ce n'est pas une mesure parfaite mais une mesure raisonnable. Comme il est précisé dans *Nikal*, précité, par. 110, « [l]e concept du caractère raisonnable doit [. . .] entrer en jeu pour ce qui [. . .] concern[e] l'information et la consultation. [. . .] Dans la mesure où tous les efforts raisonnables ont été déployés pour informer et consulter, on a alors satisfait à l'obligation de justifier. » Le gouvernement doit déployer des efforts raisonnables pour informer et consulter. Cela suffit pour satisfaire à l'obligation.

Si le gouvernement n'a pas bien saisi l'importance de la revendication ou la gravité de l'atteinte, il s'agit d'une question de droit qui devra vraisemblablement être jugée selon la norme de la décision correcte. Si le gouvernement a raison sur ces points et agit conformément à la norme applicable, la décision ne sera annulée que si le processus qu'il a suivi était déraisonnable. Comme il a été expliqué précédemment, l'élément central n'est pas le résultat, mais le processus de consultation et d'accommodement.

[93] Il s'ensuit que, puisque la question de l'existence d'une obligation de consulter et/ou de prendre des mesures d'adaptation est une question de droit, alors la norme de contrôle qu'il faut appliquer est celle de la décision correcte. Souvent cependant, l'obligation de consulter ou de prendre des mesures d'adaptation procède de conclusions factuelles. Quand ces conclusions factuelles ne peuvent être isolées de la question de droit qu'est l'obligation de consulter, un surcroît de retenue est justifié et la norme doit être celle de la décision raisonnable.

[94] Ces deux normes de contrôle se rattachent à la question de savoir s'il existe une obligation de consulter et, dans l'affirmative, à la question de savoir quel est le champ de cette obligation.



L'autre question, celle de savoir si l'obligation de consulter a été remplie, appelle une analyse différente. D'après les motifs exposés par la juge en chef McLachlin, il est clair que la norme de contrôle pour ce qui concerne cette dernière question est celle de la décision raisonnable. Pour dire les choses en des termes légèrement différents, il incombe au gouvernement de montrer que le processus qu'il a adopté pour les consultations avec les premières nations était raisonnable. Autrement dit, il n'est pas nécessaire que le processus soit parfait.

[95] En l'espèce, toutes les parties s'accordent à dire qu'il y a obligation de consulter la Dene Tha' et de prendre des mesures adaptées à ses besoins. Le désaccord porte sur le moment auquel cette obligation est née, et sur le point de savoir si, en ne consultant pas la Dene Tha' sur les questions de conception du processus de consultation, le gouvernement a commis un manquement. Après que sont établies la portée et l'existence de l'obligation de consulter, la question des efforts accomplis par le gouvernement fédéral peut être revue d'après la norme de la décision raisonnable. La question de savoir à quel moment est née l'obligation de consulter est toutefois une question qui intéresse la définition de la portée de cette obligation et, en tant que telle, puisqu'il s'agit d'une question de droit, la norme de contrôle applicable à cette question est celle de la décision correcte.

[96] À mon avis, la question posée par la Dene Tha' est de savoir si l'obligation de consulter est née au stade de la conception du processus – c'est-à-dire entre la fin de 2000 et le début de 2002. Les questions de fait que comporte cet aspect – quels sont les droits ancestraux précis de la Dene Tha', et quels sont les effets préjudiciables de cette non-consultation – sont mieux cernées si l'on cherche à définir le contenu de l'obligation de consulter plutôt qu'à dire si cette obligation existe ou non. Comme la question posée par la Dene Tha' est une question de droit, celle de savoir

si l'obligation de consulter vise une période antérieure aux décisions intéressant l'utilisation du sol, alors la norme de contrôle qu'il faut appliquer à cette interrogation est celle de la décision correcte.

[97] Le point de savoir si les mesures prises par le gouvernement après la naissance de l'obligation de consulter étaient ou non conformes à cette obligation serait cependant évalué d'après la norme de la décision raisonnable, à supposer que le gouvernement ait effectivement engagé des consultations. Il faudrait se demander si le gouvernement avait engagé des consultations raisonnables ou fait des efforts raisonnables en ce sens.

#### **E. Application du droit à la Dene Tha'**

##### 1) Quand l'obligation a-t-elle cristallisé?

[98] La question est la suivante : à quel moment la Couronne a-t-elle eu la connaissance, réelle ou présumée, d'un droit ancestral ou issu de traités qui était susceptible d'être lésé par la mesure qu'elle envisageait? (Aucune revendication d'un titre ancestral n'a été présentée à la Cour).

[99] Cette question comporte trois volets : 1) la Couronne avait-elle la connaissance, réelle ou présumée, d'un droit ancestral ou issu de traités? 2) avait-elle la connaissance, réelle ou présumée, d'une atteinte possible à ce droit par suite de la mesure qu'elle envisageait? et 3) quelle est la mesure envisagée?

[100] S'agissant d'abord de la troisième question, la mesure envisagée ici est la construction du gazoduc Mackenzie. Ce n'est pas simplement, comme a voulu le prétendre la Couronne, les activités qui ont suivi le Plan de coopération et la mise sur pied des processus d'examen

réglementaire et environnemental. Ces processus, à partir du Plan de coopération, furent établis dans le dessein de faciliter la construction du gazoduc. C'est dénaturer les faits que de croire que ces processus sont hermétiquement séparés l'un de l'autre. Le Plan de coopération n'était pas de nature simplement conceptuelle. Il ne s'agissait pas, par exemple, de quelque lueur d'une idée qui était en gestation dans la tête d'un fonctionnaire et qui devait être peaufinée davantage avant de pouvoir être exposée au public. C'était plutôt un accord complexe portant sur une ligne de conduite précise, une feuille de route dont l'objet était d'accomplir quelque chose. L'idée était d'établir le schéma directeur d'où découleraient tous les processus applicables d'examen réglementaire et environnemental. C'est une caractéristique essentielle de la construction du gazoduc.

[101] S'agissant maintenant de la première question, le droit en cause est le droit conféré à la Dene Tha' par le Traité n° 8. Puisqu'il est signataire des accords issus du traité, le gouvernement fédéral est présumé avoir connaissance de l'existence de droits issus de traités (*Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388). Il n'est pas contesté que la Dene Tha' a des droits, au titre du Traité n° 8, sur le territoire où passeront le gazoduc et les installations de raccordement, et le gouvernement fédéral a connaissance de ces droits. À l'époque du Plan de coopération, toutes les versions de l'itinéraire projeté du pipeline indiquaient que le pipeline passerait par le territoire de la Dene Tha' au titre du Traité n° 8, en Alberta.

[102] L'arrêt *Mikisew* susmentionné trouve ici une application particulière et colle pour ainsi dire en tout point au présent contrôle judiciaire. Ce précédent concernait des droits de la Première nation crie Mikisew au titre du Traité n° 8, droits auxquels il était porté atteinte. Dans cette affaire, une nouvelle route devait être construite à travers le territoire de la première nation (mais non à travers

une réserve), et le gouvernement n'avait pas consulté la première nation, malgré l'existence d'un processus invitant le public à exprimer ses vues.

[103] La Cour suprême a jugé que toute consultation devait être entreprise avec l'intention véritable de répondre aux préoccupations de la première nation. En l'espèce, il n'y avait aucune intention de répondre aux préoccupations de la Dene Tha' avant que soient institués les processus d'examen réglementaire et environnemental.

[104] La Cour suprême a aussi jugé que l'existence d'une tribune publique ne saurait équivaloir à des consultations en bonne et due forme. Ce droit à des consultations l'emporte sur les droits d'autres usagers. Par conséquent, l'invitation faite au public en janvier 2002 pour qu'il exprime ses vues sur le Plan de coopération n'équivalait pas à des consultations, ni d'ailleurs l'invitation faite au public en juillet 2004 pour qu'il exprime ses vues sur l'accord des organes de réglementation, sur l'accord CEC et sur le cadre de référence.

[105] Il n'est d'ailleurs pas contesté que le gouvernement fédéral avait le sentiment que la construction du gazoduc risquait de préjudicier à des droits ancestraux. Il a admis à plusieurs reprises qu'il reconnaissait avoir une obligation de consulter la Dene Tha' sur la construction du gazoduc.

[106] Le moment précis auquel l'obligation de consulter a pris naissance n'est pas toujours clair. Dans l'arrêt *Nation haïda*, la Cour suprême a jugé que la décision de délivrer une concession de ferme forestière (CFF) donnait lieu à une obligation de consulter. Une CFF est une licence qui

n'autorise pas en tant que telle la récolte de bois, qui ne peut se faire qu'en vertu d'un permis de coupe. La Cour suprême a jugé que « la décision rendue à l'égard d'une CFF reflète la planification stratégique touchant l'utilisation de la ressource en cause » et que « les décisions prises durant la planification stratégique risquent d'avoir des conséquences graves sur un droit ou titre ancestral ».

[Non souligné dans l'original. Voir l'arrêt *Nation haïda*, paragraphe 76.]

[107] D'après les faits, il est clair que le Plan de coopération, même s'il n'est pas rédigé en des termes impératifs, servait de schéma directeur pour le projet tout entier. Plus précisément, il prévoyait l'établissement d'une CEC qui serait chargée de mener l'évaluation environnementale. La composition de la CEC était fixée par l'accord CEC, un accord dont parlait le Plan de coopération. La composition de cette commission d'examen, ainsi que le cadre de référence adopté par elle, intéressent particulièrement la Dene Tha'. Plus exactement, la Dene Tha' avait des préoccupations propres, qui découlaient de sa position propre. C'étaient notamment les préoccupations suivantes : la question de la force exécutoire des recommandations de la CEC en Alberta, et les difficultés de financement que connaissait la Dene Tha' en raison du fait qu'elle ne se qualifiait pas pour « les programmes de financement visant le nord du 60<sup>e</sup> parallèle » (lesquels ne s'appliquaient semble-t-il qu'aux bandes des premières nations situées au nord du 60<sup>e</sup> parallèle). La Dene Tha' avait aussi d'autres points à débattre, notamment les effets du projet sur l'emploi, l'acquisition d'aptitudes et les exigences en la matière, et les autres aspects influant directement sur la vie de ses membres.

[108] Le Plan de coopération, à mon avis, est une forme de « planification stratégique ». Il ne confère pas en tant que tel de droits, mais il établit les moyens par lesquels un processus global sera géré. Il s'agit d'un processus qui portera atteinte aux droits de la Dene Tha'.

[109] Il ne fait aucun doute que la Couronne avait, à tout le moins, une connaissance présumée du fait que l'établissement d'un plan de coopération destiné à coordonner les processus d'examen environnemental et réglementaire constituait une étape essentielle du gazoduc Mackenzie, un projet qui, de l'avis de la Couronne, risque de préjudicier aux droits de la Dene Tha'.

[110] L'obligation de consulter est née, au plus tôt, quand le Plan de coopération fut envisagé – c'est-à-dire avant sa mise au point en 2002. Elle est née au plus tard avant la signature de l'accord CEC. S'agissant de la présente affaire, il n'est nullement nécessaire de déterminer une date plus précise puisqu'aucune consultation n'a eu lieu durant la mise sur pied du Plan de coopération, ni même celle des autres processus d'examen réglementaire, et cela jusqu'au 15 juillet 2004.

## 2) Quel est le contenu de l'obligation?

[111] Selon les ministres, le contenu de l'obligation se situait ici à l'extrémité supérieure du continuum. Il s'agit de savoir si la Couronne, dans sa conduite envers la Dene Tha', s'est acquittée de l'obligation.

[112] La Couronne a aussi affirmé que la combinaison de la CEC, de l'ONÉ et de l'UCC fait qu'elle s'est acquittée de son obligation de consulter. Comme nous l'avons vu plus haut, aucune de ces entités ne possédait, elle-même ou avec les autres, le pouvoir d'engager des consultations.

[113] La première fois que, de l'aveu de la Couronne, ce qu'elle faisait équivalait à des consultations fut la rencontre du 14 juillet 2004 entre l'UCC et la Dene Tha', 24 heures avant la

mise au point du projet d'accord CEC. Il est établi que la Dene Tha' avait connaissance du contenu du projet d'accord CEC avant cette rencontre, mais cela n'est pas particulièrement déterminant. La première fois que la Couronne s'est adressée à la Dene Tha', c'est au cours de cette rencontre. Une consultation n'est pas une consultation s'il n'y a pas intention de consulter. Une consultation ne saurait être véritable si elle est inopinée ou inorganisée. Une consultation doit attester un effort de bonne foi fait par la Couronne (et par la première nation) pour tenter de concilier sa souveraineté et le droit ou titre préexistant de la première nation. Il est donc significatif que, lors de cette rencontre, l'UCC ait affirmé qu'elle n'était pas engagée dans des consultations avec la première nation puisqu'aucune demande visant le gazoduc Mackenzie n'avait été déposée. Les ministres ne peuvent aujourd'hui prétendre que l'UCC était engagée dans des consultations.

[114] Comme la Dene Tha' a été privée dès le début de l'occasion de participer au processus, les préoccupations qui lui étaient propres n'ont pas été intégrées dans le processus d'examen environnemental et réglementaire. Parmi les préoccupations citées par la Dene Tha', il en est deux qui ressortent : sa préoccupation à propos du caractère exécutoire des conclusions du processus fédéral d'examen au regard de la partie albertaine du pipeline (les « installations de raccordement » dont la société Nova Gas Transmission Limited doit être l'exploitant et le propriétaire), et l'absence d'un financement qui lui aurait permis d'entreprendre de véritables consultations.

[115] À l'audience, les ministres et IORVL ont reconnu que la construction du gazoduc exigerait le niveau le plus élevé de consultations de la part du gouvernement. Il est clair que, durant la période au cours de laquelle est née au départ l'obligation de consulter – au stade du Plan de coopération – l'obligation de consulter n'était pas remplie, pas même à son niveau le plus faible. J'en donnerai un

exemple évident : la Dene Tha' n'a pas été expressément informée de l'établissement du Plan de coopération. Un processus de consultation publique ne saurait suppléer convenablement à l'obligation de consulter des populations autochtones. La Couronne n'a donc manifestement pas respecté le contenu de son obligation de consulter.

[116] Même si l'on soutient que l'obligation de consulter est née lorsque le processus de la CEC fut institué et mis au point, l'obligation n'a pas été remplie. L'obligation de consulter ne saurait être remplie du seul fait que la Dene Tha' a eu 24 heures pour réagir à un processus établi sur une période de plusieurs mois (et même de plusieurs années), qui a fait intervenir à peu près tous les groupes concernés, sauf la Dene Tha'. Cette obligation ne saurait être respectée parce qu'un avis général communiqué par Internet invitait le public à présenter ses observations.

[117] Une telle mesure ne saurait même satisfaire à l'obligation de donner avis et de donner l'occasion d'être entendu, une obligation qui sous-tend le principe de droit administratif qu'est l'équité, et elle ne saurait à plus forte raison remplir l'obligation de la Couronne de consulter les premières nations, une obligation constitutionnelle plus onéreuse.

[118] La conclusion de la Cour est qu'il y avait obligation de consulter à propos du gazoduc Mackenzie, que l'obligation est née entre la fin de 2000 et le début de 2002, qu'elle n'a pas été remplie à ce moment-là parce qu'il n'y a eu absolument aucune consultation, enfin que les rencontres de juillet 2004 ne sauraient être considérées comme des consultations adéquates.



[119] Eu égard à la conclusion de la Cour selon laquelle il y a eu manquement à l'obligation de consulter, il faut maintenant examiner le redressement qui devrait en découler. Les redressements doivent tenir compte des droits de la partie lésée, et ils doivent être pratiques, efficaces et justes pour toutes les parties concernées, y compris celles qui n'ont joué aucun rôle dans le manquement de la Couronne à son obligation.

#### IV. REDRESSEMENT

[120] Le premier redressement est un jugement déclaratoire disant que les défendeurs, le ministre de l'Environnement, le ministre des Pêches et des Océans, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et le ministre des Transports, ont l'obligation de consulter la Dene Tha' à propos du gazoduc Mackenzie, y compris à propos des installations de raccordement. La Cour dit aussi que les ministres ont manqué à leur obligation de consulter.

[121] La Dene Tha' a dit qu'il faut user d'un « bâton », d'un stimulant, pour amener la Couronne à participer à de véritables consultations. Plus précisément, la demanderesse voudrait que le processus des audiences de la CEC soit suspendu jusqu'à nouvelle ordonnance de la Cour, sauf dans la mesure où la CEC statuera sur des sujets sans rapport avec les installations de raccordement ou avec le territoire sur lequel la Dene Tha' a revendiqué des droits ancestraux ou issus de traités. Par ailleurs, la demanderesse a proposé qu'un délai de 120 jours s'écoule à la suite de cette ordonnance avant qu'une partie puisse, sans le consentement de l'autre partie, demander à la Cour une levée de cette suspension.

[122] La demanderesse voudrait aussi que la Cour donne des directives détaillées aux ministres sur ce en quoi consistent des consultations. Plus précisément, elle voudrait que la Cour ordonne aux ministres de consulter la Dene Tha' à propos du gazoduc, notamment à propos de la conception du processus d'évaluation environnementale, à propos du cadre de référence de l'évaluation environnementale, à propos du traitement des installations de raccordement, et à propos de la fourniture d'un soutien financier et/ou technique de nature à permettre à la Dene Tha' de participer au processus.

[123] En outre, la demanderesse a suggéré que la Cour joue un rôle de supervision dans le processus de consultation qui suivra, ainsi que l'atteste sa proposition selon laquelle une partie puisse s'adresser à la Cour moyennant un avis de 10 jours afin d'obtenir d'autres directives.

[124] Le redressement demandé par la Dene Tha' est quelque peu inédit. Il est donc utile d'explorer quelques principes fondamentaux touchant les redressements dans le contexte du droit des Autochtones.

[125] Dans l'arrêt *Nation haïda*, sur la question de savoir si la Nation haïda devait se contenter, s'agissant du redressement, d'une injonction interlocutoire à l'encontre du gouvernement, la juge en chef McLachlin a donné un aperçu de quelques principes généraux pouvant servir à définir le redressement qui s'impose en cas de manquement du gouvernement à son obligation de consulter.

[126] La Cour a rattaché la question du redressement à l'objectif ultime des relations entre les Autochtones et la Couronne, à savoir la conciliation, estimant que « l'obligation de consulter et

d'accommoder invoquée en l'espèce nécessite, de par sa nature même, une mise en balance des intérêts autochtones et des intérêts non autochtones et se rapproche donc de l'objectif de conciliation qui est au cœur des rapports entre la Couronne et les Autochtones » (paragraphe 14). La Cour a aussi relevé que la négociation était préférable à un procès si l'on voulait atteindre cet objectif de conciliation.

[127] Un aspect frappant de la présente espèce est que, bien qu'une foule de ministères, organismes, entités et offices fédéraux fussent concernés, aucun ne semblait avoir la direction, ni même la responsabilité, des consultations à tenir avec les Premières nations. Manifestement, ce fut le cas avec la Dene Tha'.

[128] Pour ce qui concerne le redressement à accorder, il est nécessaire de renseigner un ministre ou une personne investie de responsabilités, tenue de rendre des comptes, sur l'obligation de consulter qui a été transgressée.

[129] Les parties étaient quelque peu dans une position de faiblesse lorsqu'elles ont présenté leurs arguments sur les redressements, étant donné qu'elles ne savaient pas dans quelle mesure elles seraient tenues responsables, et sur quel fondement. C'est pourquoi leurs arguments sur le redressement à accorder devraient être considérés comme des arguments de nature provisoire.

[130] La difficulté que pose la présente espèce est que, dans une certaine mesure, « le navire a quitté le quai ». Comment se consulte-t-on sur un processus qui est déjà en cours? La perspective de repartir de zéro est décourageante, et c'est une solution qui pourrait être ordonnée au besoin. La

nécessité d'en ordonner ainsi pour que le redressement accordé soit juste n'est pas immédiatement évidente. Cependant, la manière dont des consultations pourraient donner un résultat valable n'est pas elle non plus immédiatement évidente.

[131] La première priorité a été de cerner le problème (le cas échéant); la priorité suivante est de régler le problème dans la mesure du possible, d'une manière véritable, concrète, efficace et juste. Les parties devraient avoir la possibilité, dans une ordonnance définitive, d'étudier certains des moyens d'y parvenir.

[132] La Cour rendra donc des ordonnances définitives portant jugement déclaratoire, ainsi qu'une ordonnance invitant les parties à se consulter, selon des modalités qui seront fixées à la suite d'une audience d'examen des redressements.

[133] Pour préserver la situation actuelle jusqu'à ce que soit rendue une ordonnance définitive de redressement, il sera interdit aux membres de la CEC d'examiner un quelconque aspect du gazoduc Mackenzie qui intéresse les terres de la Dene Tha' visées par un traité, ou les droits ancestraux revendiqués par la Dene Tha'. Il leur sera également interdit de présenter à l'Office national de l'énergie un quelconque rapport sur les conclusions de la CEC.

[134] La Cour tiendra une audience d'examen des redressements, après avoir entendu les parties sur les points qui devraient être examinés durant ladite audience. Les points en question comprendront notamment les suivants :

- la Couronne devrait-elle être tenue de nommer un responsable des consultations (semblable à un négociateur en chef dans les revendications territoriales) pour les consultations à tenir avec la Dene Tha' ;
- le cadre de telles consultations;
- la fourniture d'un soutien financier et technique à la Dene Tha' pour lui permettre d'engager les consultations;
- le rôle, le cas échéant, que la Cour devrait jouer dans la surveillance des consultations;
- le rôle que des entités telles que la CEC et l'ONÉ devraient jouer dans de telles consultations.

[135] La demande de contrôle judiciaire sera donc accordée, avec dépens. Une ordonnance en bonne et due forme sera rendue.

« Michael L. Phelan »

---

Juge

Traduction certifiée conforme  
David Aubry, LL.B.

**COUR FÉDÉRALE**  
**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER**

**DOSSIER :** T-867-05

**INTITULÉ :** LA PREMIÈRE NATION DENE THA'  
c.  
LE MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT ET  
AUTRES

**LIEU DE L'AUDIENCE :** VANCOUVER (COLOMBIE-BRITANNIQUE)

**DATES DE L'AUDIENCE :** DU 19 AU 23 JUIN 2006

**MOTIFS DU JUGEMENT :** LE JUGE PHELAN

**DATE DES MOTIFS :** LE 10 NOVEMBRE 2006

**COMPARUTIONS :**

Robert J.M. Janes  
Robert Freedman

POUR LA DEMANDERESSE

Kirk Lambrecht, c.r.

POUR LE DÉFENDEUR,  
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

Mary E. Comeau

POUR LA DÉFENDERESSE, IMPERIAL  
OIL RESOURCES VENTURES LIMITED

Andrew Hudson

POUR LE DÉFENDEUR,  
L'OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE

Greg Chase

POUR LA DÉFENDERESSE,  
LA COMMISSION D'EXAMEN CONJOINT DU  
PROJET GAZIER DE MACKENZIE

**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :**

Cook Roberts LLP  
Avocats  
Victoria (Colombie-Britannique)

POUR LA DEMANDERESSE

John H. Sims, c.r.  
Sous-procureur général du Canada  
Edmonton (Alberta)

POUR LE DÉFENDEUR,  
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

Macleod Dixon LLP  
Avocats  
Calgary (Alberta)

POUR LA DÉFENDERESSE, IMPERIAL  
OIL RESOURCES VENTURES LIMITED

L'Office national de l'énergie  
Calgary (Alberta)

POUR LE DÉFENDEUR,  
L'OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE

Miles Davidson LLP  
Avocats  
Calgary (Alberta)

POUR LA DÉFENDERESSE,  
LA COMMISSION D'EXAMEN CONJOINT DU  
PROJET GAZIER MACKENZIE

**Date : 20061110**

**Dossier : T-867-05**

**Ottawa (Ontario), le 10 novembre 2006**

**EN PRÉSENCE DE MONSIEUR LE JUGE PHELAN**

**ENTRE :**

**LA PREMIÈRE NATION DENE THA'**

**demanderesse**

**et**

**LE MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT,  
LE MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS,  
LE MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN,  
LE MINISTRE DES TRANSPORTS,  
IMPERIAL OIL RESOURCES VENTURES LIMITED,  
au nom des promoteurs du gazoduc Mackenzie,  
L'OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE ET  
ROBERT HORNAL, GINA DOLPHUS, BARRY GREENLAND,  
PERCY HARDISTY, ROWLAND HARRISON, TYSON PERTSCHY ET  
PETER USHER, tous en leur qualité de membres de la commission d'examen conjoint  
établie conformément à la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*  
pour effectuer l'examen environnemental du gazoduc Mackenzie**

**défendeurs**

**JUGEMENT**

Pour les motifs exposés, **LA COUR ORDONNE :**



1. La demande de contrôle judiciaire est accordée, avec dépens en faveur de la demanderesse, qui seront payés par les défendeurs, le ministre de l'Environnement, le ministre des Pêches et des Océans, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et le ministre des Transports (les ministres).
2. Les ministres ont l'obligation de consulter la Première nation Dene Tha' sur le gazoduc Mackenzie, y compris sur les installations de raccordement;
3. Les ministres ont manqué et continuent de manquer à leur obligation de consulter la Première nation Dene Tha';
4. Les ministres doivent consulter la Première nation Dene Tha' de la manière et sur les aspects que la Cour pourra plus tard établir;
5. Jusqu'à nouvelle ordonnance de la Cour, les audiences de la commission d'examen conjoint sont suspendues, aucune audience additionnelle ne peut être tenue et aucun rapport ne peut être rendu, sur un quelconque aspect faisant intervenir les installations de raccordement (décrites dans les motifs du jugement) ou le territoire sur lequel la Première nation Dene Tha' détient ou a revendiqué des droits ancestraux ou issus de traités;

6. Une audience d'examen de ces redressements et autres redressements aura lieu à la date et à l'endroit que la Cour fixera, et la Cour émettra, à propos de ladite audience, les directives qu'elle jugera à propos;
7. Toute partie pourra, dans l'intervalle, obtenir les ordonnances ou directives qui pourraient être nécessaires au regard de la présente affaire.

« Michael L. Phelan »

---

Juge

Traduction certifiée conforme  
David Aubry, LL.B.