

Mikisew Cree First Nation *Appellant*

v.

**Sheila Copps, Minister of
Canadian Heritage, and Thebacha
Road Society** *Respondents*

and

**Attorney General for Saskatchewan,
Attorney General of Alberta, Big Island
Lake Cree Nation, Lesser Slave Lake Indian
Regional Council, Treaty 8 First Nations
of Alberta, Treaty 8 Tribal Association,
Blueberry River First Nations and
Assembly of First Nations** *Interveners*

**INDEXED AS: MIKISEW CREE FIRST NATION v.
CANADA (MINISTER OF CANADIAN HERITAGE)**

Neutral citation: 2005 SCC 69.

File No.: 30246.

2005: March 14; 2005: November 24.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie,
LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

Indians — Treaty rights — Crown's duty to consult — Crown exercising its treaty right and "taking up" surrendered lands to build winter road to meet regional transportation needs — Proposed road reducing territory over which Mikisew Cree First Nation would be entitled to exercise its treaty rights to hunt, fish and trap — Whether Crown had duty to consult Mikisew — If so, whether Crown discharged its duty — Treaty No. 8.

Crown — Honour of Crown — Duty to consult and accommodate Aboriginal peoples.

Appeal — Role of intervenor — New argument.

Première nation crie Mikisew *Appelante*

c.

**Sheila Copps, ministre du Patrimoine
canadien, et Thebacha Road
Society** *Intimées*

et

**Procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l'Alberta, Nation crie
de Big Island Lake, Lesser Slave Lake Indian
Regional Council, Premières nations de
l'Alberta signataires du Traité n° 8, Treaty
8 Tribal Association, Premières nations de
Blueberry River et Assemblée des Premières
Nations** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : PREMIÈRE NATION CRIE MIKISEW c.
CANADA (MINISTRE DU PATRIMOINE CANADIEN)**

Référence neutre : 2005 CSC 69.

N° du greffe : 30246.

2005 : 14 mars; 2005 : 24 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Indiens — Droits issus de traités — Obligation de consultation de la Couronne — Exercice par la Couronne du droit issu du traité et « prise » de terres cédées afin de construire une route d'hiver pour répondre aux besoins régionaux en matière de transport — Route proposée réduisant le territoire sur lequel la Première nation crie Mikisew aurait le droit d'exercer ses droits de chasse, de pêche et de piégeage issus du traité — La Couronne avait-elle l'obligation de consulter les Mikisew? — Dans l'affirmative, la Couronne s'est-elle acquittée de cette obligation? — Traité n° 8.

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

Appel — Rôle de l'intervenant — Nouvel argument.

Under Treaty 8, made in 1899, the First Nations who lived in the area surrendered to the Crown 840,000 square kilometres of what is now northern Alberta, northeastern British Columbia, north-western Saskatchewan and the southern portion of the Northwest Territories, an area whose size dwarfs France, exceeds Manitoba, Saskatchewan and Alberta and approaches the size of British Columbia. In exchange for this surrender, the First Nations were promised reserves and some other benefits including, most importantly to them, the rights to hunt, trap and fish throughout the land surrendered to the Crown except "such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes".

The Mikisew Reserve is located within Treaty 8 in what is now Wood Buffalo National Park. In 2000, the federal government approved a winter road, which was to run through the Mikisew's reserve, without consulting them. After the Mikisew protested, the road alignment was modified (but without consultation) to track around the boundary of the reserve. The total area of the road corridor is approximately 23 square kilometres. The Mikisew's objection to the road goes beyond the direct impact of closure to hunting and trapping of the area covered by the winter road and included the injurious affection it would have on their traditional lifestyle which was central to their culture. The Federal Court, Trial Division set aside the Minister's approval based on breach of the Crown's fiduciary duty to consult with the Mikisew adequately and granted an interlocutory injunction against constructing the winter road. The court held that the standard public notices and open houses which were given were not sufficient and that the Mikisew were entitled to a distinct consultation process. The Federal Court of Appeal set aside the decision and found, on the basis of an argument put forward by an intervener, that the winter road was properly seen as a "taking up" of surrendered land pursuant to the treaty rather than an infringement of it. This judgment was delivered before the release of this Court's decisions in *Haida Nation* and *Taku River Tlingit First Nation*.

Held: The appeal should be allowed. The duty of consultation, which flows from the honour of the Crown, was breached.

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

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

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

The government's approach, rather than advancing the process of reconciliation between the Crown and the Treaty 8 First Nations, undermined it. [4]

When the Crown exercises its Treaty 8 right to "take up" land, its duty to act honourably dictates the content of the process. The question in each case is to determine the degree to which conduct contemplated by the Crown would adversely affect the rights of the aboriginal peoples to hunt, fish and trap so as to trigger the duty to consult. Accordingly, where the court is dealing with a proposed "taking up", it is not correct to move directly to a *Sparrow* justification analysis even if the proposed measure, if implemented, would infringe a First Nation treaty right. The Court must first consider the process and whether it is compatible with the honour of the Crown. [33-34] [59]

The Crown, while it has a treaty right to "take up" surrendered lands, is nevertheless under the obligation to inform itself on the impact its project will have on the exercise by the Mikisew of their treaty hunting, fishing and trapping rights and to communicate its findings to the Mikisew. The Crown must then attempt to deal with the Mikisew in good faith and with the intention of substantially addressing their concerns. The duty to consult is triggered at a low threshold, but adverse impact is a matter of degree, as is the extent of the content of the Crown's duty. Under Treaty 8, the First Nation treaty rights to hunt, fish and trap are therefore limited not only by geographical limits and specific forms of government regulation, but also by the Crown's right to take up lands under the treaty, subject to its duty to consult and, if appropriate, to accommodate the concerns of the First Nation affected. [55-56]

Here, the duty to consult is triggered. The impacts of the proposed road were clear, established, and demonstrably adverse to the continued exercise of the Mikisew hunting and trapping rights over the lands in question. Contrary to the Crown's argument, the duty to consult was not discharged in 1899 by the pre-treaty negotiations. [54-55]

However, given that the Crown is proposing to build a fairly minor winter road on surrendered lands where the Mikisew treaty rights are expressly subject to the

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

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

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

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

Cependant, étant donné que la Couronne se propose de construire une route d'hiver relativement peu importante sur des terres cédées où les droits issus du

“taking up” limitation, the content of the Crown’s duty of consultation in this case lies at the lower end of the spectrum. The Crown is required to provide notice to the Mikisew and to engage directly with them. This engagement should include the provision of information about the project, addressing what the Crown knew to be the Mikisew’s interests and what the Crown anticipated might be the potential adverse impact on those interests. The Crown must also solicit and listen carefully to the Mikisew’s concerns, and attempt to minimize adverse impacts on its treaty rights. [64]

The Crown did not discharge its obligations when it unilaterally declared the road re-alignment would be shifted from the reserve itself to a track along its boundary. It failed to demonstrate an intention of substantially addressing aboriginal concerns through a meaningful process of consultation. [64-67]

The Attorney General of Alberta did not overstep the proper role of an intervenor when he raised before the Federal Court of Appeal a fresh argument on the central issue of whether the Minister’s approval of the winter road infringed Treaty 8. It is always open to an intervenor to put forward any legal argument in support of what it submits is the correct legal conclusion on an issue properly before the court provided that in doing so its legal argument does not require additional facts not proven in evidence at trial, or raise an argument that is otherwise unfair to one of the parties. [40]

Cases Cited

Considered: *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, [2004] 3 S.C.R. 550, 2004 SCC 74; **distinguished:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; **referred to:** *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *R. v. Marshall*, [2005] 2 S.C.R. 220, 2005 SCC 43; *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)* (1999), 178 D.L.R. (4th) 666, 1999 BCCA 470; *R. v. Morgentaler*, [1993] 1 S.C.R. 462; *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 678, 2002 SCC 19; *Province of Ontario v. Dominion of*

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

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

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

Jurisprudence

Arrêts examinés : *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Nation Haida c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d’évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550, 2004 CSC 74; **distinction d’avec l’arrêt :** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43; *Halfway River First Nation c. British Columbia (Ministry of Forests)* (1999), 178 D.L.R. (4th) 666, 1999 BCCA 470; *R. c. Morgentaler*, [1993] 1 R.C.S. 462; *Lamb c. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 678, 2002 CSC 19; *Province of*

Canada (1895), 25 S.C.R. 434; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1982, s. 35.
Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (Alberta) (Schedule of *Constitution Act, 1930*, R.S.C. 1985, App. II, No. 26), para. 10.
Wood Buffalo National Park Game Regulations, SOR/78-830, s. 36(5).

Treaties and Proclamations

Royal Proclamation (1763), R.S.C. 1985, App. II, No. 1. Treaty No. 8 (1899).

Authors Cited

Mair, Charles. *Through the Mackenzie Basin: A Narrative of the Athabasca and Peace River Treaty Expedition of 1899*. Toronto: William Briggs, 1908.
Report of Commissioners for Treaty No. 8, in Treaty No. 8 made June 21, 1899 and Adhesions, Reports, etc., reprinted from 1899 edition. Ottawa: Queen's Printer, 1966.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Rothstein, Sexton and Sharlow JJ.A.), [2004] 3 F.C.R. 436, 236 D.L.R. (4th) 648, 317 N.R. 258, [2004] 2 C.N.L.R. 74, [2004] F.C.J. No. 277 (QL), 2004 FCA 66, reversing a judgment of Hansen J. (2001), 214 F.T.R. 48, [2002] 1 C.N.L.R. 169, [2001] F.C.J. No. 1877 (QL), 2001 FCT 1426. Appeal allowed.

Jeffrey R. W. Rath and Allisun Taylor Rana, for the appellant.

Cheryl J. Tobias and Mark R. Kindrachuk, Q.C., for the respondent Sheila Copps, Minister of Canadian Heritage.

No one appeared for the respondent the Thebacha Road Society.

P. Mitch McAdam, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Robert J. Normey and Angela J. Brown, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Ontario c. Dominion of Canada (1895), 25 R.C.S. 434; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433.

Lois et règlements cités

Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (Alberta) (annexe de la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. 1985, app. II, n° 26), par. 10.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Règlement sur le gibier du parc de Wood-Buffalo, DORS/78-830, art. 36(5).

Traités et proclamations

Proclamation royale (1763), L.R.C. 1985, app. II, n° 1. Traité n° 8 (1899).

Doctrine citée

Mair, Charles. *Through the Mackenzie Basin: A Narrative of the Athabasca and Peace River Treaty Expedition of 1899*. Toronto: William Briggs, 1908.
Rapport des commissaires sur le Traité n° 8, dans Traité n° 8 conclu le 21 juin 1899 et adhésions, rapports et autres documents annexés. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1981.

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

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

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

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

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

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

James D. Jodouin and Gary L. Bainbridge, for the intervener the Big Island Lake Cree Nation.

Allan Donovan and Bram Rogachevsky, for the intervener the Lesser Slave Lake Indian Regional Council.

Robert C. Freedman and Dominique Nouvet, for the intervener the Treaty 8 First Nations of Alberta.

E. Jack Woodward and Jay Nelson, for the intervener the Treaty 8 Tribal Association.

Thomas R. Berger, Q.C., and *Gary A. Nelson*, for the intervener the Blueberry River First Nations.

Jack R. London, Q.C., and *Bryan P. Schwartz*, for the intervener the Assembly of First Nations.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — The fundamental objective of the modern law of aboriginal and treaty rights is the reconciliation of aboriginal peoples and non-aboriginal peoples and their respective claims, interests and ambitions. The management of these relationships takes place in the shadow of a long history of grievances and misunderstanding. The multitude of smaller grievances created by the indifference of some government officials to aboriginal people's concerns, and the lack of respect inherent in that indifference has been as destructive of the process of reconciliation as some of the larger and more explosive controversies. And so it is in this case.

Treaty 8 is one of the most important of the post-Confederation treaties. Made in 1899, the First Nations who lived in the area surrendered to the Crown 840,000 square kilometres of what is now northern Alberta, northeastern British Columbia, northwestern Saskatchewan and the southern portion of the Northwest Territories. Some idea of the size of this surrender is given by the fact that it dwarfs France (543,998 square kilometres),

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

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

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

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

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

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

Version française du jugement de la Cour rendu par

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

Le Traité n° 8 est l'un des plus importants traités conclus après la Confédération. Les premières nations qui l'ont signé en 1899 ont cédé à la Couronne une superficie de 840 000 kilomètres carrés de terres situées dans ce qui est maintenant le nord de l'Alberta, le nord-est de la Colombie-Britannique, le nord-ouest de la Saskatchewan et la partie sud des Territoires du Nord-Ouest. Pour donner une idée de l'étendue du territoire cédé, sa superficie est

exceeds the size of Manitoba (650,087 square kilometres), Saskatchewan (651,900 square kilometres) and Alberta (661,185 square kilometres) and approaches the size of British Columbia (948,596 square kilometres). In exchange for this surrender, the First Nations were promised reserves and some other benefits including, most importantly to them, the following rights of hunting, trapping, and fishing:

And Her Majesty the Queen HEREBY AGREES with the said Indians that they shall have right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing throughout the tract surrendered as heretofore described, subject to such regulations as may from time to time be made by the Government of the country, acting under the authority of Her Majesty, and saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes. [Emphasis added.]

3

In fact, for various reasons (including lack of interest on the part of First Nations), sufficient land was not set aside for reserves for the Mikisew Cree First Nation (the "Mikisew") until the 1986 Treaty Land Entitlement Agreement, 87 years after Treaty 8 was made. Less than 15 years later, the federal government approved a 118-kilometre winter road that, as originally conceived, ran through the new Mikisew First Nation Reserve at Peace Point. The government did not think it necessary to engage in consultation directly with the Mikisew before making this decision. After the Mikisew protested, the winter road alignment was changed to track the boundary of the Peace Point reserve instead of running through it, again without consultation with the Mikisew. The modified road alignment traversed the traplines of approximately 14 Mikisew families who reside in the area near the proposed road, and others who may trap in that area although they do not live there, and the hunting grounds of as many as 100 Mikisew people whose hunt (mainly of moose), the Mikisew say, would be adversely affected. The fact the proposed winter road directly affects only about 14 Mikisew trappers and perhaps 100 hunters may not seem

de très loin supérieure à celle de la France (543 998 kilomètres carrés), elle excède celle du Manitoba (650 087 kilomètres carrés), de la Saskatchewan (651 900 kilomètres carrés) et de l'Alberta (661 185 kilomètres carrés), et elle équivaut presque à celle de la Colombie-Britannique (948 596 kilomètres carrés). En contrepartie de cette cession, on a promis aux premières nations des réserves et certains autres avantages, y compris, ce qui leur importait le plus, les droits de chasse, de piégeage et de pêche suivants :

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

En fait, pour diverses raisons (y compris un manque d'intérêt de la part des Autochtones), on n'a pas mis de côté suffisamment de terres aux fins d'établissement de réserves pour la Première nation crie Mikisew (les « Mikisew ») avant l'adoption du Treaty Land Entitlement Agreement de 1986, soit 87 ans après la signature du Traité n° 8. Moins de 15 ans plus tard, le gouvernement fédéral a approuvé la construction d'une route d'hiver de 118 kilomètres qui, selon le plan original, traversait la nouvelle réserve de la Première nation Mikisew à Peace Point. Le gouvernement n'a pas jugé nécessaire de consulter directement les Mikisew avant de prendre cette décision. À la suite des protestations de ces derniers, le tracé de la route d'hiver a été modifié de manière à longer la limite de la réserve de Peace Point plutôt que de la traverser, toujours sans que les Mikisew aient été consultés. Le tracé modifié de la route traversait les lignes de piégeage d'environ 14 familles Mikisew vivant dans le secteur voisin de la route projetée, et ceux d'autres personnes pouvant installer des pièges dans ce secteur sans y vivre, ainsi que les territoires de chasse d'une centaine de Mikisew dont les activités de chasse (principalement à

very dramatic (unless you happen to be one of the trappers or hunters in question) but, in the context of a remote northern community of relatively few families, it is significant. Beyond that, however, the principle of consultation in advance of interference with existing treaty rights is a matter of broad general importance to the relations between aboriginal and non-aboriginal peoples. It goes to the heart of the relationship and concerns not only the Mikisew but other First Nations and non-aboriginal governments as well.

In this case, the relationship was not properly managed. Adequate consultation in advance of the Minister's approval did not take place. The government's approach did not advance the process of reconciliation but undermined it. The duty of consultation which flows from the honour of the Crown, and its obligation to respect the existing treaty rights of aboriginal peoples (now entrenched in s. 35 of the *Constitution Act, 1982*), was breached. The Mikisew appeal should be allowed, the Minister's approval quashed, and the matter returned to the Minister for further consultation and consideration.

I. Facts

About 5 percent of the territory surrendered under Treaty 8 was set aside in 1922 as Wood Buffalo National Park. The Park was created principally to protect the last remaining herds of wood bison (or buffalo) in northern Canada and covers 44,807 square kilometres of land straddling the boundary between northern Alberta and southerly parts of the Northwest Territories. It is designated a UNESCO World Heritage Site. The Park itself is larger than Switzerland.

l'original) risquaient, selon les Mikisew, d'être perturbées. Le fait que la route d'hiver projetée ne nuise directement qu'à environ 14 trappeurs Mikisew et quelque 100 chasseurs peut ne pas sembler très dramatique (sauf si vous êtes vous-même un des trappeurs ou des chasseurs en question), mais dans le contexte d'une collectivité éloignée du nord composée d'un nombre relativement restreint de familles, ce fait a de l'importance. Au-delà de tout cela, le principe de tenir des consultations avant de porter atteinte à des droits issus de traités existants constitue néanmoins une question qui revêt une importance générale en ce qui concerne les rapports entre les peuples autochtones et non autochtones. Ce principe touche au cœur de ces rapports et concerne non seulement les Mikisew, mais aussi d'autres premières nations et les gouvernements non autochtones.

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

I. Faits

Environ 5 p. 100 du territoire cédé en vertu du Traité n° 8 a été réservé en 1922 pour la création du parc national Wood Buffalo. Le parc a été créé principalement pour protéger les derniers troupeaux de bisons des bois du nord du Canada et il occupe une superficie de 44 807 kilomètres carrés de part et d'autre de la frontière entre le nord de l'Alberta et la partie du sud des Territoires du Nord-Ouest. Il a été désigné site du patrimoine mondial par l'UNESCO. Le parc est lui-même plus grand que la Suisse.

4

5

6 At present, it contains the largest free-roaming, self-regulating bison herd in the world, the last remaining natural nesting area for the endangered whooping crane, and vast undisturbed natural boreal forests. More to the point, it has been inhabited by First Nation peoples for more than over 8,000 years, some of whom still earn a subsistence living by hunting, fishing and commercial trapping within the Park boundaries. The Park includes the traditional lands of the Mikisew. As a result of the Treaty Land Entitlement Agreement, the Peace Point Reserve was formally excluded from the Park in 1988 but of course is surrounded by it.

7 The members of the Mikisew Cree First Nation are descendants of the Crees of Fort Chipewyan who signed Treaty 8 on June 21, 1899. It is common ground that its members are entitled to the benefits of Treaty 8.

A. *The Winter Road Project*

8 The proponent of the winter road is the respondent Thebacha Road Society, whose members include the Town of Fort Smith (located in the Northwest Territories on the northeastern boundary of Wood Buffalo National Park, where the Park headquarters is located), the Fort Smith Métis Council, the Salt River First Nation, and Little Red River Cree First Nation. The advantage of the winter road for these people is that it would provide direct winter access among a number of isolated northern communities and to the Alberta highway system to the south. The trial judge accepted that the government's objective was to meet "regional transportation needs": (2001), 214 F.T.R. 48, 2001 FCT 1426, at para. 115.

B. *The Consultation Process*

9 According to the trial judge, most of the communications relied on by the Minister to demonstrate appropriate consultation were instances of the Mikisew's being provided with standard information about the proposed road in the same form and substance as the communications being distributed to the general public of interested

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

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

A. *Le projet de route d'hiver*

La promotrice de la route d'hiver est l'intimée Thebacha Road Society, dont les membres comprennent la ville de Fort Smith (située dans les Territoires du Nord-Ouest, à la limite nord-est du parc national Wood Buffalo, où se trouve le centre administratif du parc), le Conseil des Métis de Fort Smith, la Première nation de Salt River et la Première nation crie de Little Red River. Pour ces gens, la route d'hiver présente l'avantage d'offrir un accès hivernal direct à un certain nombre de collectivités nordiques isolées et au réseau routier de l'Alberta au sud. La juge de première instance a reconnu que l'objectif du gouvernement était de répondre à des « besoins régionaux en matière de transport » : [2001] A.C.F. n° 1877 (QL), 2001 CFPI 1426, par. 115.

B. *Le processus de consultation*

Selon la juge de première instance, pour démontrer qu'une consultation appropriée avait été tenue, la ministre s'est appuyée sur le fait que la plupart des communications avec les Mikisew consistaient à leur fournir les mêmes renseignements généraux concernant le projet de route que ceux distribués à l'ensemble des parties intéressées, et ce, tant sur

stakeholders. Thus Parks Canada acting for the Minister, provided the Mikisew with the Terms of Reference for the environmental assessment on January 19, 2000. The Mikisew were advised that open house sessions would take place over the summer of 2000. The Minister says that the first formal response from the Mikisew did not come until October 10, 2000, some two months after the deadline she had imposed for “public” comment. Chief Poitras stated that the Mikisew did not formally participate in the open houses, because “an open house is not a forum for us to be consulted adequately”.

Apparently, Parks Canada left the proponent Thebacha Road Society out of the information loop as well. At the end of January 2001, it advised Chief Poitras that it had just been informed that the Mikisew did not support the road. Up to that point, Thebacha had been led to believe that the Mikisew had no objection to the road’s going through the reserve. Chief Poitras wrote a further letter to the Minister on January 29, 2001 and received a standard-form response letter from the Minister’s office stating that the correspondence “will be given every consideration”.

Eventually, after several more miscommunications, Parks Canada wrote Chief Poitras on April 30, 2001, stating in part: “I apologize to you and your people for the way in which the consultation process unfolded concerning the proposed winter road and any resulting negative public perception of the [Mikisew Cree First Nation].” At that point, in fact, the decision to approve the road with a modified alignment had already been taken.

On May 25, 2001, the Minister announced on the Parks Canada website that the Thebacha Road Society was authorized to build a winter road 10 metres wide with posted speed limits ranging from 10 to 40 kilometres per hour. The approval was said to be in accordance with “Parks Canada plans and policy” and “other federal laws and regulations”.

le plan de la forme que du contenu. Le 19 janvier 2000, Parcs Canada a ainsi remis aux Mikisew, pour le compte de la ministre, le cadre de référence pour l’évaluation environnementale. Les Mikisew ont été informés que des séances portes ouvertes seraient tenues au cours de l’été 2000. La ministre affirme n’avoir reçu aucune réponse officielle des Mikisew avant le 10 octobre 2000, soit environ deux mois après l’expiration du délai qu’elle avait fixé pour la présentation des commentaires « publics ». Le chef Poitras a déclaré que les Mikisew n’avaient pas participé officiellement aux séances portes ouvertes parce que [TRADUCTION] « les séances portes ouvertes ne sont pas un moyen adéquat de nous consulter ».

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

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

Le 25 mai 2001, la ministre a annoncé sur le site Web de Parcs Canada que Thebacha Road Society était autorisée à construire une route d’hiver d’une largeur de 10 mètres dont les vitesses limites affichées seraient de 10 à 40 kilomètres à l’heure. Selon cette annonce, l’autorisation était conforme [TRADUCTION] « aux plans et politiques de Parcs

10

11

12

No reference was made to any obligations to the Mikisew.

- 13 The Minister now says the Mikisew ought not to be heard to complain about the process of consultation because they declined to participate in the public process that took place. Consultation is a two-way street, she says. It was up to the Mikisew to take advantage of what was on offer. They failed to do so. In the Minister's view, she did her duty.

- 14 The proposed winter road is wide enough to allow two vehicles to pass. Pursuant to s. 36(5) of the *Wood Buffalo National Park Game Regulations*, SOR/78-830, creation of the road would trigger a 200-metre wide corridor within which the use of firearms would be prohibited. The total area of this corridor would be approximately 23 square kilometres.

- 15 The Mikisew objection goes beyond the direct impact of closure of the area covered by the winter road to hunting and trapping. The surrounding area would be, the trial judge found, injuriously affected. Maintaining a traditional lifestyle, which the Mikisew say is central to their culture, depends on keeping the land around the Peace Point reserve in its natural condition and this, they contend, is essential to allow them to pass their culture and skills on to the next generation of Mikisew. The detrimental impact of the road on hunting and trapping, they argue, may simply prove to be one more incentive for their young people to abandon a traditional lifestyle and turn to other modes of living in the south.

- 16 The Mikisew applied to the Federal Court to set aside the Minister's approval based on their view of the Crown's fiduciary duty, claiming that the Minister owes "a fiduciary and constitutional duty to adequately consult with Mikisew Cree First Nation with regard to the construction of the road" (trial judge, at para. 26).

Canada » et à « d'autres lois et règlements fédéraux ». Il n'était aucunement fait mention d'une quelconque obligation envers les Mikisew.

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

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

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

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

An interlocutory injunction against construction of the winter road was issued by the Federal Court, Trial Division on August 27, 2001.

II. Relevant Enactments

Constitution Act, 1982

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

III. Judicial History

A. *Federal Court, Trial Division* ((2001), 214 F.T.R. 48, 2001 FCT 1426)

Hansen J. held that the lands included in Wood Buffalo National Park were not “taken up” by the Crown within the meaning of Treaty 8 because the use of the lands as a national park did not constitute a “visible use” incompatible with the existing rights to hunt and trap (*R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025). The proposed winter road and its 200-metre “[no] firearm” corridor would adversely impact the Mikisew’s treaty rights. These rights received constitutional protection in 1982, and any infringements must be justified in accordance with the test in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. In Hansen J.’s view, the Minister’s decision to approve the road infringed the Mikisew’s Treaty 8 rights and could not be justified under the *Sparrow* test.

In particular, the trial judge held that the standard public notices and open houses which were given were not sufficient. The Mikisew were entitled to a distinct consultation process. She stated at paras. 170-71:

The applicant complains that the mitigation measures attached to the Minister’s decision were not developed in consultation with Mikisew and were not designed to minimize impacts on Mikisew’s rights. I

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

II. Dispositions pertinentes

Loi constitutionnelle de 1982

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

III. Historique judiciaire

A. *Section de première instance de la Cour fédérale* ([2001] A.C.F. n° 1877 (QL), 2001 CFPI 1426)

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

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

La demanderesse critique les mesures d’atténuation accompagnant la décision de la Ministre parce qu’elles n’ont pas été élaborées en consultation avec les Mikisews et qu’elles n’étaient pas conçues pour minimiser les

17

18

19

20

agree. Even the realignment, apparently adopted in response to Mikisew's objections, was not developed in consultation with Mikisew. The evidence does not establish that any consideration was given to whether the new route would minimize impacts on Mikisew's treaty rights. The evidence of Chief George Poitras highlighted an air of secrecy surrounding the realignment, a process that should have included a transparent consideration of Mikisew's concerns.

Parks Canada admitted it did not consult with Mikisew about the route for the realignment, nor did it consider the impacts of the realignment on Mikisew trappers' rights.

21 Accordingly, the trial judge allowed the application for judicial review and quashed the Minister's approval.

B. *Federal Court of Appeal* ([2004] 3 F.C.R. 436, 2004 FCA 66)

22 Rothstein J.A., with whom Sexton J.A. agreed, allowed the appeal and restored the Minister's approval. He did so on the basis of an argument brought forward by the Attorney General of Alberta as an intervener on the appeal. The argument was that Treaty 8 expressly contemplated the "taking up" of surrendered lands for various purposes, including roads. The winter road was more properly seen as a "taking up" pursuant to the Treaty rather than an infringement of it. As Rothstein J.A. held:

Where a limitation expressly provided for by a treaty applies, there is no infringement of the treaty and thus no infringement of section 35. This is to be contrasted with the case where the limitations provided by the treaty do not apply but the government nevertheless seeks to limit the treaty right. In such a case, the *Sparrow* test must be satisfied in order for the infringement to be constitutionally permissible. [para. 21]

Rothstein J.A. also held that there was no obligation on the Minister to consult with the Mikisew about the road, although to do so would be "good practice" (para. 24). (This opinion was delivered before the release of this Court's decisions in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*,

empiétements sur leurs droits. Je partage ce point de vue. Même la bifurcation du tracé, apparemment adoptée par suite des objections élevées par les Mikisews, n'a pas été faite en consultation avec la Première nation. La preuve n'établit pas qu'on ait pris le moindrement en considération la question de savoir si la nouvelle route porterait le moins possible atteinte aux droits issus de traité des Mikisews. La déposition du chef Poitras met en évidence l'atmosphère de secret qui entourait le tracé de la bifurcation, alors que ce processus aurait dû comporter l'examen, en toute transparence, des préoccupations des Mikisews.

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

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

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

Le juge Rothstein, avec l'accord du juge Sexton, a accueilli l'appel et rétabli l'approbation de la ministre. Il s'est appuyé sur un argument présenté par le procureur général de l'Alberta, intervenant dans l'appel. Selon cet argument, le Traité n° 8 prévoyait expressément la « prise » de terres cédées pour différentes fins, y compris la construction de routes. Il était plus juste de considérer la route d'hiver comme une « prise » effectuée en application du traité plutôt que comme une violation de celui-ci. Selon la conclusion du juge Rothstein :

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

Le juge Rothstein a également conclu que la ministre n'était tenue à aucune obligation de consulter les Mikisew au sujet de la route, bien qu'il soit de « bonne pratique » de le faire (par. 24). (Cette décision a été rendue avant que notre Cour se prononce dans les affaires *Nation Haïda c.*

[2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73, and *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*. [2004] 3 S.C.R. 550, 2004 SCC 74.)

Sharlow J.A., in dissenting reasons, agreed with the trial judge that the winter road approval was itself a *prima facie* infringement of the Treaty 8 rights and that the infringement had not been justified under the *Sparrow* test. The Crown's obligation as a fiduciary must be considered. The failure of the Minister's staff at Parks Canada to engage in meaningful consultation was fatal to the Crown's attempt at justification. She wrote:

In this case, there is no evidence of any good faith effort on the part of the Minister to understand or address the concerns of Mikisew Cree First Nation about the possible effect of the road on the exercise of their Treaty 8 hunting and trapping rights. It is significant, in my view, that Mikisew Cree First Nation was not even told about the realignment of the road corridor to avoid the Peace Point Reserve until after it had been determined that the realignment was possible and reasonable, in terms of environmental impact, and after the road was approved. That invites the inference that the responsible Crown officials believed that as long as the winter road did not cross the Peace Point Reserve, any further objections of the Mikisew Cree First Nation could be disregarded. Far from meaningful consultation, that indicates a complete disregard for the concerns of Mikisew Cree First Nation about the breach of their Treaty 8 rights. [para. 152]

Sharlow J.A. would have dismissed the appeal.

IV. Analysis

The post-Confederation numbered treaties were designed to open up the Canadian west and north-west to settlement and development. Treaty 8 itself recites that "the said Indians have been notified and informed by Her Majesty's said Commission that it is Her desire to open for settlement, immigration, trade, travel, mining, lumbering and such other

Colombie-Britannique (Ministre des Forêts), [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, et *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550, 2004 CSC 74.)

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

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

La juge Sharlow aurait rejeté l'appel.

IV. Analyse

Les traités numérotés conclus après la Confédération visaient à permettre la colonisation et le développement de l'Ouest et du Nord-Ouest canadiens. Le Traité n° 8 lui-même précise que [TRADUCTION] « les dits sauvages ont été notifiés et informés par les dits commissaires de Sa Majesté que c'est le désir de Sa Majesté d'ouvrir à

purposes as to Her Majesty may seem meet". This stated purpose is reflected in a corresponding limitation on the Treaty 8 hunting, fishing and trapping rights to exclude such "tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes". The "other purposes" would be at least as broad as the purposes listed in the recital, mentioned above, including "travel".

25

There was thus from the outset an uneasy tension between the First Nations' essential demand that they continue to be as free to live off the land after the treaty as before and the Crown's expectation of increasing numbers of non-aboriginal people moving into the surrendered territory. It was seen from the beginning as an ongoing relationship that would be difficult to manage, as the Commissioners acknowledged at an early Treaty 8 negotiation at Lesser Slave Lake in June 1899:

The white man is bound to come in and open up the country, and we come before him to explain the relations that must exist between you, and thus prevent any trouble.

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

As Cory J. explained in *Badger*, at para. 57, "[t]he Indians understood that land would be taken up for homesteads, farming, prospecting and mining and that they would not be able to hunt in these areas or to shoot at the settlers' farm animals or buildings."

26

The hunting, fishing and trapping rights were not solely for the benefit of First Nations peoples. It was in the Crown's interest to keep the aboriginal people living off the land, as the Commissioners themselves acknowledged in their Report on Treaty 8 dated September 22, 1899:

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

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

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

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

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

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

We pointed out that the Government could not undertake to maintain Indians in idleness; that the same means of earning a livelihood would continue after the treaty as existed before it, and that the Indians would be expected to make use of them.

Thus none of the parties in 1899 expected that Treaty 8 constituted a finished land use blueprint. Treaty 8 signalled the advancing dawn of a period of transition. The key, as the Commissioners pointed out, was to “explain the relations” that would govern future interaction “and thus prevent any trouble” (Mair, at p. 61).

A. *Interpretation of the Treaty*

The interpretation of the treaty “must be realistic and reflect the intention[s] of both parties, not just that of the [First Nation]” (*Sioui*, at p. 1069). As a majority of the Court stated in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, at para. 14:

The Indian parties did not, for all practical purposes, have the opportunity to create their own written record of the negotiations. Certain assumptions are therefore made about the Crown’s approach to treaty making (honourable) which the Court acts upon in its approach to treaty interpretation (flexible) as to the existence of a treaty . . . the completeness of any written record . . . and the interpretation of treaty terms once found to exist . . . The bottom line is the Court’s obligation is to “choose from among the various possible interpretations of the *common* intention [at the time the treaty was made] the one which best reconciles” the [First Nation] interests and those of the British Crown. [Emphasis in original; citations omitted.]

See also *R. v. Marshall*, [2005] 2 S.C.R. 220, 2005 SCC 43, *per* McLachlin C.J. at paras. 22-24, and *per* LeBel J. at para. 115.

The Minister is therefore correct to insist that the clause governing hunting, fishing and trapping cannot be isolated from the treaty as a whole, but must be read in the context of its underlying purpose, as intended by both the Crown and the First

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

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

A. *Interprétation du traité*

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

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

Voir également *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, la juge en chef McLachlin, par. 22-24, et le juge LeBel, par. 115.

La ministre a donc raison d’insister sur le fait que la disposition régissant la chasse, la pêche et le piégeage ne peut être dissociée du traité dans son ensemble, mais doit être interprétée en fonction de son objectif sous-jacent, visé tant par la Couronne

27

28

29

Nations peoples. Within that framework, as Cory J. pointed out in *Badger*,

the words in the treaty must not be interpreted in their strict technical sense nor subjected to rigid modern rules of construction. Rather, they must be interpreted in the sense that they would naturally have been understood by the Indians at the time of the signing. [para. 52]

30

In the case of Treaty 8, it was contemplated by all parties that “from time to time” portions of the surrendered land would be “taken up” and transferred from the inventory of lands over which the First Nations had treaty rights to hunt, fish and trap, and placed in the inventory of lands where they did not. Treaty 8 lands lie to the north of Canada and are largely unsuitable for agriculture. The Commissioners who negotiated Treaty 8 could therefore express confidence to the First Nations that, as previously mentioned, “the same means of earning a livelihood would continue after the treaty as existed before it”.

31

I agree with Rothstein J.A. that not every subsequent “taking up” by the Crown constituted an infringement of Treaty 8 that must be justified according to the test set out in *Sparrow*. In *Sparrow*, it will be remembered, the federal government’s fisheries regulations infringed the aboriginal fishing right, and had to be strictly justified. This is not the same situation as we have here, where the aboriginal rights have been surrendered and extinguished, and the Treaty 8 rights are expressly limited to lands not “required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes” (emphasis added). The language of the treaty could not be clearer in foreshadowing change. Nevertheless the Crown was and is expected to manage the change honourably.

32

It follows that I do not accept the *Sparrow*-oriented approach adopted in this case by the trial judge, who relied in this respect on *Halfway River*

que par les peuples des premières nations. Comme l’a fait remarquer le juge Cory dans l’arrêt *Badger*, dans ce contexte

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

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

Je suis d’accord avec le juge Rothstein pour dire que les « prises » effectuées subséquemment par la Couronne ne constituaient pas toutes une atteinte au Traité n° 8 devant être justifiée conformément au critère énoncé dans l’arrêt *Sparrow*. Dans cet arrêt, on s’en souviendra, la réglementation sur les pêches du gouvernement fédéral portait atteinte au droit de pêche autochtone et devait être strictement justifiée. La situation n’est pas la même en l’espèce où les droits autochtones ont été cédés et sont éteints, et où les droits issus du Traité n° 8 se limitent expressément aux terrains qui n’ont pas [TRADUCTION] « de temps à autre [. . .] [été] requis ou pris pour des fins d’établissements, de mine, d’opérations forestières, de commerce ou autres objets » (je souligne). Le libellé du traité ne peut annoncer plus clairement des changements à venir. Néanmoins, la Couronne était et est encore censée gérer le changement de façon honorable.

Il s’ensuit que je ne peux souscrire à la démarche axée sur le critère énoncé dans *Sparrow* retenue en l’espèce par la juge de première instance, qui s’est

First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests) (1999), 178 D.L.R. (4th) 666, 1999 BCCA 470. In that case, a majority of the British Columbia Court of Appeal held that the government's right to take up land was "by its very nature limited" (para. 138) and "that *any* interference with the right to hunt is a *prima facie* infringement of the Indians' treaty right as protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*" (para. 144 (emphasis in original)) which must be justified under the *Sparrow* test. The Mikisew strongly support the *Halfway River First Nation* test but, with respect, to the extent the Mikisew interpret *Halfway River* as fixing in 1899 the geographic boundaries of the Treaty 8 hunting right, and holding that any post-1899 encroachment on these geographic limits requires a *Sparrow*-type justification, I cannot agree. The Mikisew argument presupposes that Treaty 8 promised continuity of nineteenth century patterns of land use. It did not, as is made clear both by the historical context in which Treaty 8 was concluded and the period of transition it foreshadowed.

B. *The Process of Treaty Implementation*

Both the historical context and the inevitable tensions underlying implementation of Treaty 8 demand a *process* by which lands may be transferred from the one category (where the First Nations retain rights to hunt, fish and trap) to the other category (where they do not). The content of the process is dictated by the duty of the Crown to act honourably. Although *Haida Nation* was not a treaty case, McLachlin C.J. pointed out, at paras. 19 and 35:

The honour of the Crown also infuses the processes of treaty making and treaty interpretation. In making and applying treaties, the Crown must act with honour and integrity, avoiding even the appearance of "sharp

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

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

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

L'honneur de la Couronne imprègne également les processus de négociation et d'interprétation des traités. Lorsqu'elle conclut et applique un traité, la Couronne doit agir avec honneur et intégrité, et éviter

dealing” (*Badger*, at para. 41). Thus in *Marshall*, *supra*, at para. 4, the majority of this Court supported its interpretation of a treaty by stating that “nothing less would uphold the honour and integrity of the Crown in its dealings with the Mi’kmaq people to secure their peace and friendship . . .”.

la moindre apparence de « manœuvres malhonnêtes » (*Badger*, par. 41). Ainsi, dans *Marshall*, précité, par. 4, les juges majoritaires de la Cour ont justifié leur interprétation du traité en déclarant que « rien de moins ne saurait protéger l’honneur et l’intégrité de la Couronne dans ses rapports avec les Mi’kmaq en vue d’établir la paix avec eux et de s’assurer leur amitié . . . ».

But, when precisely does a duty to consult arise? The foundation of the duty in the Crown’s honour and the goal of reconciliation suggest that the duty arises when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it.

Mais à quel moment, précisément, l’obligation de consulter prend-elle naissance? L’objectif de conciliation ainsi que l’obligation de consultation, laquelle repose sur l’honneur de la Couronne, tendent à indiquer que cette obligation prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l’existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d’avoir un effet préjudiciable sur celui-ci.

34

In the case of a treaty the Crown, as a party, will always have notice of its contents. The question in each case will therefore be to determine the degree to which conduct contemplated by the Crown would adversely affect those rights so as to trigger the duty to consult. *Haida Nation* and *Taku River* set a low threshold. The flexibility lies not in the trigger (“might adversely affect it”) but in the variable content of the duty once triggered. At the low end, “the only duty on the Crown may be to give notice, disclose information, and discuss any issues raised in response to the notice” (*Haida Nation*, at para. 43). The Mikisew say that even the low end content was not satisfied in this case.

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

C. The Mikisew Legal Submission

C. L’argument juridique des Mikisew

35

The appellant, the Mikisew, essentially reminded the Court of what was said in *Haida Nation* and *Taku River*. This case, the Mikisew say, is stronger. In those cases, unlike here, the aboriginal interest to the lands was asserted but not yet proven. In this case, the aboriginal interests are protected by Treaty 8. They are established legal facts. As

Les appelants, les Mikisew, ont essentiellement rappelé à la Cour ce qu’elle a dit dans les arrêts *Nation Haïda* et *Taku River*. La preuve en l’espèce, affirment-ils, est plus solide. Dans ces affaires, contrairement au présent pourvoi, l’intérêt autochtone sur les terres était revendiqué mais n’était pas encore prouvé. En l’espèce, les intérêts des

in *Haida Nation*, the trial judge found the aboriginal interest was threatened by the proposed development. If a duty to consult was found to exist in *Haida Nation* and *Taku River*, then, *a fortiori*, the Mikisew argue, it must arise here and the majority judgment of the Federal Court of Appeal was quite wrong to characterise consultation between governments and aboriginal peoples as nothing more than a “good practice” (para. 24).

D. *The Minister's Response*

The respondent Minister seeks to distinguish *Haida Nation* and *Taku River*. Her counsel advances three broad propositions in support of the Minister's approval of the proposed winter road.

1. In “taking up” the 23 square kilometres for the winter road, the Crown was doing no more than Treaty 8 entitled it to do. The Crown as well as First Nations have rights under Treaty 8. The exercise by the Crown of *its* Treaty right to “take up” land is not an infringement of the Treaty but the performance of it.
2. The Crown went through extensive consultations with First Nations in 1899 at the time Treaty 8 was negotiated. Whatever duty of accommodation was owed to First Nations was discharged at that time. The terms of the Treaty do not contemplate further consultations whenever a “taking up” occurs.
3. In the event further consultation was required, the process followed by the Minister through Parks Canada in this case was sufficient.

For the reasons that follow, I believe that each of these propositions must be rejected.

Autochtones sont protégés par le Traité n° 8. Ces intérêts constituent un fait juridique établi. Comme dans l'affaire *Nation Haïda*, la juge de première instance a estimé que le droit des Autochtones était menacé par le développement projeté. Si on a conclu à l'existence d'une obligation de consultation dans les affaires *Nation Haïda* et *Taku River*, les Mikisew soutiennent qu'à plus forte raison, cette obligation doit exister en l'espèce, et que les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont eu bien tort de considérer la consultation entre les gouvernements et les peuples autochtones comme rien de plus qu'une « bonne pratique » (par. 24).

D. *La réponse de la ministre*

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

1. En « prenant » les 23 kilomètres carrés à des fins de construction de la route d'hiver, la Couronne ne faisait que ce que le Traité n° 8 l'autorisait à faire. La Couronne, comme les premières nations, a des droits en vertu du Traité n° 8. L'exercice par la Couronne de *son* droit issu du traité de « prendre » des terres ne constitue pas une violation du traité, mais une exécution de celui-ci.
2. La Couronne a procédé à de vastes consultations auprès des premières nations au moment de la négociation du Traité n° 8 en 1899. Quelle que soit la nature de l'obligation d'accommodement envers les premières nations, elle s'est acquittée de cette obligation à ce moment-là. Les modalités du traité n'exigent pas que l'on procède à de nouvelles consultations chaque fois qu'une « prise » est effectuée.
3. S'il fallait tenir d'autres consultations, le processus suivi en l'espèce par la ministre, par l'intermédiaire de Parcs Canada, était suffisant.

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

- (1) In “taking up” Land for the Winter Road the Crown Was Doing No More Than It Was Entitled To Do Under the Treaty

38

The majority judgment in the Federal Court of Appeal held that “[w]ith the exceptions of cases where the Crown has taken up land in bad faith or has taken up so much land that no meaningful right to hunt remains, taking up land for a purpose express or necessarily implied in the treaty itself cannot be considered an infringement of the treaty right to hunt” (para. 18).

39

The “Crown rights” argument was initially put forward in the Federal Court of Appeal by the Attorney General of Alberta as an intervenor. The respondent Minister advised the Federal Court of Appeal that, while she did not dispute the argument, “[she] was simply not relying on it” (para. 3). As a preliminary objection, the Mikisew say that an intervenor is not permitted “to widen or add to the points in issue”: *R. v. Morgentaler*, [1993] 1 S.C.R. 462, at p. 463. Therefore it was not open to the Federal Court of Appeal (or this Court) to decide the case on this basis.

- (a) *Preliminary Objection: Did the Attorney General of Alberta Overstep the Proper Role of an Intervener?*

40

This branch of the Mikisew argument is, with respect, misconceived. In their application for judicial review, the Mikisew argued that the Minister’s approval of the winter road infringed Treaty 8. The infringement issue has been central to the proceedings. It is always open to an intervenor to put forward any legal argument in support of what it submits is the correct legal conclusion on an issue properly before the Court, provided that in doing so its legal argument does not require additional facts, not proven in evidence at trial or raise an argument that is otherwise unfair to one of the parties. An intervenor is in no worse a position than a party who belatedly discovers some legal

- (1) En « prenant » des terres pour construire la route d’hiver, la Couronne ne faisait que ce que le traité l’autorisait à faire

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

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

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

En toute déférence, ce volet de l’argument des Mikisew est mal fondé. Dans leur demande de contrôle judiciaire, les Mikisew ont fait valoir que l’approbation ministérielle de la route d’hiver violait le Traité n° 8. La question de la violation est au cœur de l’instance. Un intervenant peut toujours présenter un argument juridique à l’appui de ce qu’il prétend être la bonne conclusion juridique à l’égard d’une question dont la Cour est régulièrement saisie pourvu que son argument juridique ne fasse pas appel à des faits additionnels qui n’ont pas été prouvés au procès, ou qu’il ne soulève pas un argument qui est par ailleurs injuste pour l’une des parties. L’intervenant n’est pas plus mal placé

argument that it ought to have raised earlier in the proceedings but did not, as in *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516, where Duff J. stated, at p. 539:

A court of appeal, I think, should not give effect to such a point taken for the first time in appeal, unless it be clear that, had the question been raised at the proper time, no further light could have been thrown upon it.

See also *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458, at paras. 51-52.

Even granting that the Mikisew can fairly say the Attorney General of Alberta frames the non-infringement argument differently than was done by the federal Minister at trial, the Mikisew have still not identified any prejudice. Had the argument been similarly formulated at trial, how could “further light” have been thrown on it by additional evidence? The historical record was fully explored at trial. At this point the issue is one of the rules of treaty interpretation, not evidence. It thus comes within the rule stated in *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 678, 2002 SCC 19, that “[t]he Court is free to consider a new issue of law on the appeal where it is able to do so without procedural prejudice to the opposing party and where the refusal to do so would risk an injustice” (para. 33). Here the Attorney General of Alberta took the factual record as he found it. The issue of treaty infringement has always been central to the case. Alberta’s legal argument is not one that should have taken the Mikisew by surprise. In these circumstances it would be intolerable if the courts were precluded from giving effect to a correct legal analysis just because it came later rather than sooner and from an intervener rather than a party. To close our eyes to the argument would be to “risk an injustice”.

qu’une partie qui se rend tardivement compte qu’elle aurait dû soulever un argument juridique plus tôt dans l’instance mais qui ne l’a pas fait, comme ce fut le cas dans *Lamb c. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516, où le juge Duff a affirmé ce qui suit, à la p. 539 :

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

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

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

(b) *The Content of Treaty 8*

42

The “hunting, trapping and fishing” clause of Treaty 8 was extensively reviewed by this Court in *Badger*. In that case Cory J. pointed out that “even by the terms of Treaty No. 8, the Indians’ right to hunt for food was circumscribed by both geographical limitations and by specific forms of government regulation” (para. 37). The members of the First Nations, he continued, “would have understood that land had been ‘required or taken up’ when it was being put to a [visible] use which was incompatible with the exercise of the right to hunt” (para. 53).

[T]he oral promises made by the Crown’s representatives and the Indians’ own oral history indicate that it was understood that land would be taken up and occupied in a way which precluded hunting when it was put to a visible use that was incompatible with hunting. Turning to the case law, it is clear that the courts have also accepted this interpretation and have concluded that whether or not land has been taken up or occupied is a question of fact that must be resolved on a case-by-case basis. [para. 58]

43

While *Badger* noted the “geographic limitation” to hunting, fishing and trapping rights, it did not (as it did not need to) discuss the process by which “from time to time” land would be “taken up” and thereby excluded from the exercise of those rights. The actual holding in *Badger* was that the Alberta licensing regime sought to be imposed on all aboriginal hunters within the Alberta portion of Treaty 8 lands infringed Treaty 8, even though the treaty right was expressly made subject to “regulations as may from time to time be made by the Government”. The Alberta licensing scheme denied to “holders of treaty rights as modified by the [*Natural Resources Transfer Agreement, 1930*] the very means of exercising those rights” (para. 94). It was thus an attempted exercise of regulatory power that went beyond what was reasonably within the contemplation of the parties to the treaty in 1899. (I note parenthetically that the *Natural Resources Transfer Agreement, 1930* is not at issue in this case as the Mikisew reserve is vested in Her

b) *Le contenu du Traité n° 8*

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

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

Bien qu’il soit fait état, dans l’arrêt *Badger*, des « limites géographiques » circonscrivant les droits de chasse, de pêche et de piégeage, on n’y a pas traité (puisque cela n’était pas nécessaire) du processus par lequel « de temps à autre » des terres seraient « prises » et donc soustraites à l’exercice de ces droits. Selon la conclusion précisément tirée dans l’arrêt *Badger*, le régime de délivrance de permis de l’Alberta que l’on cherchait à imposer à tous les chasseurs autochtones se trouvant sur les terres de l’Alberta visées par le Traité n° 8 violait ce traité, même si le droit issu du traité était expressément subordonné à [TRADUCTION] « tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement ». Le régime de délivrance de permis de l’Alberta privait les « personnes qui sont titulaires de droits issus de traité modifiés par la *Convention [sur le transfert des ressources naturelles de 1930]* des moyens mêmes d’exercer ces droits » (par. 94). On avait ainsi tenté d’exercer un pouvoir de réglementation qui allait au-delà de ce qu’avaient

Majesty in Right of Canada. Paragraph 10 of the Agreement provides that after-created reserves “shall thereafter be administered by Canada in the same way in all respects as if they had never passed to the Province under the provisions hereof”).

The Federal Court of Appeal purported to follow *Badger* in holding that the hunting, fishing and trapping rights would be infringed only “where the Crown has taken up land in bad faith or has taken up so much land that no meaningful right to hunt remains” (para. 18). With respect, I cannot agree with this implied rejection of the Mikisew procedural rights. At this stage the winter road is no more than a contemplated change of use. The proposed use would, if carried into execution, reduce the territory over which the Mikisew would be entitled to exercise their Treaty 8 rights. Apart from everything else, there would be no hunting at all within the 200-metre road corridor. More broadly, as found by the trial judge, the road would injuriously affect the exercise of these rights in the surrounding bush. As the Parks Canada witness, Josie Weninger, acknowledged in cross-examination:

Q: But roads, in effect, change the pattern of moose and other wildlife within the Park and that's been what Parks Canada observed in the past with regards to other roads, correct?

A: It is documented that roads do impact. I would be foolish if I said they didn't.

The Draft Environmental Assessment Report acknowledged the road could potentially result in a diminution in quantity of the Mikisew harvest of wildlife, as fewer furbearers (including fisher, muskrat, marten, wolverine and lynx) will be caught in their traps. Second, in qualitative terms, the more lucrative or rare species of furbearers may decline in population. Other potential impacts

raisonnablement prévu les signataires du traité en 1899. (Je signale en passant que la *Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930* n'est pas en cause en l'espèce puisque la réserve Mikisew appartient à la Couronne du chef du Canada. Le paragraphe 10 de la Convention prévoit que les réserves créées ultérieurement « seront dans la suite administrées par le Canada de la même manière à tous égards que si elles n'étaient jamais passées à la province en vertu des dispositions des présentes ».)

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

[TRADUCTION]

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

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

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

include fragmentation of wildlife habitat, disruption of migration patterns, loss of vegetation, increased poaching because of easier motor vehicle access to the area and increased wildlife mortality due to motor vehicle collisions. While *Haida Nation* was decided after the release of the Federal Court of Appeal reasons in this case, it is apparent that the proposed road will adversely affect the existing Mikisew hunting and trapping rights, and therefore that the “trigger” to the duty to consult identified in *Haida Nation* is satisfied.

45

The Minister seeks to extend the *dictum* of Rothstein J.A. by asserting, at para. 96 of her factum, that the test ought to be “whether, after the taking up, it still remains reasonably practicable, within the Province as a whole, for the Indians to hunt, fish and trap for food [to] the extent that they choose to do so” (emphasis added). This cannot be correct. It suggests that a prohibition on hunting at Peace Point would be acceptable so long as decent hunting was still available in the Treaty 8 area north of Jasper, about 800 kilometres distant across the province, equivalent to a commute between Toronto and Quebec City (809 kilometres) or Edmonton and Regina (785 kilometres). One might as plausibly invite the truffle diggers of southern France to try their luck in the Austrian Alps, about the same distance as the journey across Alberta deemed by the Minister to be an acceptable fulfilment of the promises of Treaty 8.

46

The Attorney General of Alberta tries a slightly different argument, at para. 49 of his factum, adding a *de minimis* element to the treaty-wide approach:

In this case the amount of land to be taken up to construct the winter road is 23 square kilometres out of 44,807 square kilometres of Wood Buffalo National

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

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

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

[TRADUCTION] En l’espèce, les terres qui doivent être prises pour construire la route d’hiver représentent 23 kilomètres carrés des 44 807 kilomètres carrés

Park and out of 840,000 square kilometres encompassed by Treaty No. 8. As Rothstein J.A. found, this is not a case where a meaningful right to hunt no longer remains.

The arguments of the federal and Alberta Crowns simply ignore the significance and practicalities of a First Nation's traditional territory. Alberta's 23 square kilometre argument flies in the face of the injurious affection of surrounding lands as found by the trial judge. More significantly for aboriginal people, as for non-aboriginal people, location is important. Twenty-three square kilometres alone is serious if it includes the claimants' hunting ground or trapline. While the Mikisew may have rights under Treaty 8 to hunt, fish and trap throughout the Treaty 8 area, it makes no sense from a practical point of view to tell the Mikisew hunters and trappers that, while their own hunting territory and traplines would now be compromised, they are entitled to invade the traditional territories of other First Nations distant from their home turf (a suggestion that would have been all the more impractical in 1899). The Chipewyan negotiators in 1899 were intensely practical people, as the Treaty 8 Commissioners noted in their report:

The Chipewyans confined themselves to asking questions and making brief arguments. They appeared to be more adept at cross-examination than at speech-making, and the Chief at Fort Chipewyan displayed considerable keenness of intellect and much practical sense in pressing the claims of his band.

Badger recorded that a large element of the Treaty 8 negotiations were the assurances of *continuity* in traditional patterns of economic activity. Continuity respects traditional patterns of activity and occupation. The Crown promised that the Indians' rights to hunt, fish and trap would continue "after the treaty as existed before it". This promise is not honoured by dispatching the Mikisew to territories far from their traditional hunting grounds and traplines.

qu'occupe le parc national Wood Buffalo et des 840 000 kilomètres carrés visés par le Traité n° 8. Comme l'a dit le juge Rothstein, il ne s'agit pas d'un cas où il ne reste aucun droit réel de chasse.

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

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

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

48

What Rothstein J.A. actually said at para. 18 is as follows:

With the exceptions of cases where the Crown has taken up land in bad faith or has taken up so much land that no meaningful right to hunt remains, taking up land for a purpose express or necessarily implied in the treaty itself cannot be considered an infringement of the treaty right to hunt. [Emphasis added.]

The “meaningful right to hunt” is not ascertained on a treaty-wide basis (all 840,000 square kilometres of it) but in relation to the territories over which a First Nation traditionally hunted, fished and trapped, and continues to do so today. If the time comes that in the case of a particular Treaty 8 First Nation “no meaningful right to hunt” remains over *its* traditional territories, the significance of the oral promise that “the same means of earning a livelihood would continue after the treaty as existed before it” would clearly be in question, and a potential action for treaty infringement, including the demand for a *Sparrow* justification, would be a legitimate First Nation response.

(c) *Unilateral Crown Action*

49

There is in the Minister’s argument a strong advocacy of unilateral Crown action (a sort of “this is surrendered land and we can do with it what we like” approach) which not only ignores the mutual promises of the treaty, both written and oral, but also is the antithesis of reconciliation and mutual respect. It is all the more extraordinary given the Minister’s acknowledgment at para. 41 of her factum that “[i]n many if not all cases the government will not be able to appreciate the effect a proposed taking up will have on the Indians’ exercise of hunting, fishing and trapping rights without consultation.”

50

The Attorney General of Alberta denies that a duty of consultation can be an implied term of Treaty 8. He argues:

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

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

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

c) *Action unilatérale de la Couronne*

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

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

Given that a consultation obligation would mean that the Crown would be required to engage in meaningful consultations with any and all affected Indians, being nomadic individuals scattered across a vast expanse of land, every time it wished to utilize an individual plot of land or change the use of the plot, such a requirement would not be within the range of possibilities of the common intention of the parties.

The parties *did* in fact contemplate a difficult period of transition and sought to soften its impact as much as possible, and any administrative inconvenience incidental to managing the process was rejected as a defence in *Haida Nation* and *Taku River*. There is no need to repeat here what was said in those cases about the overarching objective of reconciliation rather than confrontation.

(d) *Honour of the Crown*

The duty to consult is grounded in the honour of the Crown, and it is not necessary for present purposes to invoke fiduciary duties. The honour of the Crown is itself a fundamental concept governing treaty interpretation and application that was referred to by Gwynne J. of this Court *as a treaty obligation* as far back as 1895, four years before Treaty 8 was concluded: *Province of Ontario v. Dominion of Canada* (1895), 25 S.C.R. 434, at pp. 511-12, *per* Gwynne J. (dissenting). While he was in the minority in his view that the treaty obligation to pay Indian annuities imposed a trust on provincial lands, nothing was said by the majority in that case to doubt that the honour of the Crown was pledged to the fulfilment of its obligations to the Indians. This had been the Crown's policy as far back as the *Royal Proclamation* of 1763, and is manifest in the promises recorded in the report of the Commissioners. The honour of the Crown exists as a source of obligation independently of treaties as well, of course. In *Sparrow, Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, *Haida Nation* and *Taku River*, the "honour of the Crown" was invoked as a central principle in resolving aboriginal claims to consultation despite the absence of any treaty.

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

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

d) *Honneur de la Couronne*

L'obligation de consultation repose sur l'honneur de la Couronne, et il n'est pas nécessaire pour les besoins de l'espèce d'invoquer les obligations de fiduciaire. L'honneur de la Couronne est elle-même une notion fondamentale en matière d'interprétation et d'application des traités que le juge Gwynne de notre Cour avait déjà qualifiée d'*obligation découlant d'un traité* en 1895, soit quatre ans avant la conclusion du Traité n° 8 : *Province of Ontario c. Dominion of Canada* (1895), 25 R.C.S. 434, p. 511-512, le juge Gwynne (dissident). Même si son opinion, voulant que l'obligation découlant d'un traité de verser des rentes aux Indiens crée une fiducie à l'égard des terres provinciales, était minoritaire, les juges majoritaires n'ont rien dit dans cette affaire qui permette de douter que l'honneur de la Couronne garantissait l'exécution de ses obligations envers les Indiens. La Couronne en avait fait sa politique au moins depuis la *Proclamation royale* de 1763, et cette notion ressort clairement des promesses consignées dans le rapport des commissaires. L'honneur de la Couronne existe également en tant que source d'obligation indépendante des traités, bien entendu. Dans les arrêts *Sparrow, Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, *Nation Haïda* et *Taku River*, l'« honneur de la Couronne » a été invoqué à titre de principe central du règlement des demandes de consultation des Autochtones, et ce, même en l'absence d'un traité.

52

It is not as though the Treaty 8 First Nations did not pay dearly for their entitlement to honourable conduct on the part of the Crown; surrender of the aboriginal interest in an area larger than France is a hefty purchase price.

(2) Did the Extensive Consultations With First Nations Undertaken in 1899 at the Time Treaty 8 Was Negotiated Discharge the Crown's Duty of Consultation and Accommodation?

53

The Crown's second broad answer to the Mikisew claim is that whatever had to be done was done in 1899. The Minister contends:

While the government should consider the impact on the treaty right, there is no duty to accommodate in this context. The treaty itself constitutes the accommodation of the aboriginal interest; taking up lands, as defined above, leaves intact the essential ability of the Indians to continue to hunt, fish and trap. As long as that promise is honoured, the treaty is not breached and no separate duty to accommodate arises. [Emphasis added.]

54

This is not correct. Consultation that excludes from the outset any form of accommodation would be meaningless. The contemplated process is not simply one of giving the Mikisew an opportunity to blow off steam before the Minister proceeds to do what she intended to do all along. Treaty making is an important stage in the long process of reconciliation, but it is only a stage. What occurred at Fort Chipewyan in 1899 was not the complete discharge of the duty arising from the honour of the Crown, but a rededication of it.

55

The Crown has a treaty right to "take up" surrendered lands for regional transportation purposes, but the Crown is nevertheless under an obligation to inform itself of the impact its project will have on the exercise by the Mikisew of their hunting and trapping rights, and to communicate its findings to the Mikisew. The Crown must then attempt to deal

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

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

La deuxième réponse générale de la Couronne à la revendication des Mikisew est que ce qui devait être fait a été fait en 1899. La ministre soutient ce qui suit :

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

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

Le traité accorde à la Couronne un droit de « prendre » des terres cédées à des fins de transport régional, mais elle n'en est pas moins tenue de s'informer de l'effet qu'aura son projet sur l'exercice par les Mikisew de leurs droits de chasse et de piégeage, et de leur communiquer ses constatations. La Couronne doit alors s'efforcer de traiter

with the Mikisew “in good faith, and with the intention of substantially addressing” Mikisew concerns (*Delgamuukw*, at para. 168). This does not mean that whenever a government proposes to do anything in the Treaty 8 surrendered lands it must consult with all signatory First Nations, no matter how remote or unsubstantial the impact. The duty to consult is, as stated in *Haida Nation*, triggered at a low threshold, but adverse impact is a matter of degree, as is the extent of the Crown’s duty. Here the impacts were clear, established and demonstrably adverse to the continued exercise of the Mikisew hunting and trapping rights over the lands in question.

In summary, the 1899 negotiations were the first step in a long journey that is unlikely to end any time soon. Viewed in light of the facts of this case, we should qualify *Badger*’s identification of two inherent limitations on Indian hunting, fishing and trapping rights under Treaty 8 (geographical limits and specific forms of government regulation) by a third, namely the Crown’s right to take up lands under the treaty, which itself is subject to its duty to consult and, if appropriate, accommodate First Nations’ interests before reducing the area over which their members may continue to pursue their hunting, trapping and fishing rights. Such a third qualification (not at issue in *Badger*) is fully justified by the history of the negotiations leading to Treaty 8, as well as by the honour of the Crown as previously discussed.

As stated at the outset, the honour of the Crown infuses every treaty and the performance of every treaty obligation. Treaty 8 therefore gives rise to Mikisew procedural rights (e.g., consultation) as well as substantive rights (e.g., hunting, fishing and trapping rights). Were the Crown to have barrelled ahead with implementation of the winter road without adequate consultation, it would have been in

avec les Mikisew « de bonne foi, dans l’intention de tenir compte réellement » de leurs préoccupations (*Delgamuukw*, par. 168). Cela ne signifie pas que le gouvernement doit consulter toutes les premières nations signataires du Traité n° 8 chaque fois qu’il se propose de faire quelque chose sur les terres cédées visées par ce traité, même si l’effet est peu probable ou peu important. L’obligation de consultation, comme il est précisé dans l’arrêt *Nation Haïda*, est vite déclenchée, mais l’effet préjudiciable, comme l’étendue de l’obligation de la Couronne, est une question de degré. En l’espèce, les effets étaient clairs, démontrés et manifestement préjudiciables à l’exercice ininterrompu des droits de chasse et de piégeage des Mikisew sur les terres en question.

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

Comme je l’ai affirmé au début, l’honneur de la Couronne imprègne chaque traité et l’exécution de chaque obligation prévue au traité. En conséquence, le Traité n° 8 est à l’origine des droits de nature procédurale des Mikisew (p. ex. la consultation) ainsi que de leurs droits substantiels (p. ex. les droits de chasse, de pêche et de piégeage). Si la Couronne avait foncé pour mettre en œuvre le projet de route

56

57

violation of its *procedural* obligations, quite apart from whether or not the Mikisew could have established that the winter road breached the Crown's *substantive* treaty obligations as well.

58

Sparrow holds not only that rights protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* are not absolute, but also that their breach may be justified by the Crown in certain defined circumstances. The Mikisew rights under Treaty 8 are protected by s. 35. The Crown does not seek to justify in *Sparrow*-terms shortcomings in its consultation in this case. The question that remains, therefore, is whether what the Crown did here complied with its obligation to consult honourably with the Mikisew First Nation.

(3) Was the Process Followed by the Minister Through Parks Canada in This Case Sufficient?

59

Where, as here, the Court is dealing with a *proposed* "taking up" it is not correct (even if it is concluded that the proposed measure *if implemented* would infringe the treaty hunting and trapping rights) to move directly to a *Sparrow* analysis. The Court must first consider the *process* by which the "taking up" is planned to go ahead, and whether that process is compatible with the honour of the Crown. If not, the First Nation may be entitled to succeed in setting aside the Minister's order on the process ground whether or not the facts of the case would otherwise support a finding of infringement of the hunting, fishing and trapping rights.

60

I should state at the outset that the winter road proposed by the Minister was a permissible purpose for "taking up" lands under Treaty 8. It is obvious that the listed purposes of "settlement, mining, lumbering" and "trading" all require suitable transportation. The treaty does not spell out permissible "other purposes" but the term should not be read restrictively: *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433

d'hiver sans consultation adéquate, elle aurait violé ses obligations *procédurales*, outre le fait que les Mikisew auraient peut-être pu établir que la route d'hiver violait en plus les obligations *substantielles* que le traité impose à la Couronne.

Selon l'arrêt *Sparrow*, non seulement les droits protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne sont pas absolus, mais leur violation peut être justifiée par la Couronne dans certaines circonstances précises. Les droits que le Traité n° 8 confère aux Mikisew sont protégés par l'art. 35. La Couronne ne cherche pas à justifier au sens de l'arrêt *Sparrow* les lacunes de sa consultation en l'espèce. Il reste donc à répondre à la question de savoir si, dans les mesures qu'elle a prises, la Couronne a respecté son obligation de consulter honorablement la Première nation Mikisew.

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

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

Je précise d'entrée de jeu que la construction de la route d'hiver proposée par la ministre est une fin qui lui permettait de « prendre » des terres aux termes du Traité n° 8. Il est évident que les fins [TRADUCTION] « d'établissements, de mine, d'opérations forestières » et de [TRADUCTION] « commerce » nécessitent toutes un transport convenable. Le traité ne définit pas les [TRADUCTION] « autres

(Sask. C.A.), at pp. 440-41. In any event, as noted earlier, the opening recital of Treaty 8 refers to “travel”.

The question is whether the Minister and her staff pursued the permitted purpose of regional transportation needs in accordance with the Crown’s duty to consult. The answer turns on the particulars of that duty shaped by the circumstances here. In *Delgamuukw*, the Court considered the duty to consult and accommodate in the context of an infringement of aboriginal title (at para. 168):

In occasional cases, when the breach is less serious or relatively minor, it will be no more than a duty to discuss important decisions that will be taken with respect to lands held pursuant to aboriginal title. Of course, even in these rare cases when the minimum acceptable standard is consultation, this consultation must be in good faith, and with the intention of substantially addressing the concerns of the aboriginal peoples whose lands are at issue. In most cases, it will be significantly deeper than mere consultation. Some cases may even require the full consent of an aboriginal nation, particularly when provinces enact hunting and fishing regulations in relation to aboriginal lands. [Emphasis added.]

In *Haida Nation*, the Court pursued the kinds of duties that may arise in pre-proof claim situations, and McLachlin C.J. used the concept of a spectrum to frame her analysis (at paras. 43-45):

At one end of the spectrum lie cases where the claim to title is weak, the Aboriginal right limited, or the potential for infringement minor. In such cases, the only duty on the Crown may be to give notice, disclose information, and discuss any issues raised in response to the notice. . . .

At the other end of the spectrum lie cases where a strong *prima facie* case for the claim is established, the right and potential infringement is of high

objets » qui permettent de prendre des terres, mais cette expression ne doit pas recevoir une interprétation restrictive : *R. c. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (C.A. Sask.), p. 440-441. Quoi qu’il en soit, comme je l’ai déjà mentionné, on parle de « voyages » dans le préambule du Traité n° 8.

La question est de savoir si la ministre et son personnel ont tenté de parvenir à la fin autorisée que constituent les besoins en matière de transport régional en respectant l’obligation de consultation de la Couronne. La réponse dépend du contenu de cette obligation, lequel est tributaire des circonstances de l’espèce. Dans l’arrêt *Delgamuukw*, la Cour a examiné l’obligation de consultation et d’accommodement dans le contexte d’une atteinte au titre aborigène (par. 168) :

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

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

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

À l’autre extrémité du continuum on trouve les cas où la revendication repose sur une preuve à première vue solide, où le droit et l’atteinte potentielle sont d’une

61

62

significance to the Aboriginal peoples, and the risk of non-compensable damage is high. In such cases deep consultation, aimed at finding a satisfactory interim solution, may be required. While precise requirements will vary with the circumstances, the consultation required at this stage may entail the opportunity to make submissions for consideration, formal participation in the decision-making process, and provision of written reasons to show that Aboriginal concerns were considered and to reveal the impact they had on the decision. This list is neither exhaustive, nor mandatory for every case. . . .

Between these two extremes of the spectrum just described, will lie other situations. Every case must be approached individually. Each must also be approached flexibly, since the level of consultation required may change as the process goes on and new information comes to light. The controlling question in all situations is what is required to maintain the honour of the Crown and to effect reconciliation between the Crown and the Aboriginal peoples with respect to the interests at stake. . . . [Emphasis added.]

63

The determination of the content of the duty to consult will, as *Haida Nation* suggests, be governed by the context. One variable will be the specificity of the promises made. Where, for example, a treaty calls for certain supplies, or Crown payment of treaty monies, or a modern land claims settlement imposes specific obligations on aboriginal peoples with respect to identified resources, the role of consultation may be quite limited. If the respective obligations are clear the parties should get on with performance. Another contextual factor will be the seriousness of the impact on the aboriginal people of the Crown's proposed course of action. The more serious the impact the more important will be the role of consultation. Another factor in a non-treaty case, as *Haida Nation* points out, will be the strength of the aboriginal claim. The history of dealings between the Crown and a particular First Nation may also be significant. Here, the most important contextual factor is that Treaty 8 provides a framework within which to manage the continuing changes in land use already foreseen in 1899 and expected, even now, to continue well into the future. In that context, consultation is key to achievement of the

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

Entre les deux extrémités du continuum décrit précédemment, on rencontrera d'autres situations. Il faut procéder au cas par cas. Il faut également faire preuve de souplesse, car le degré de consultation nécessaire peut varier à mesure que se déroule le processus et que de nouveaux renseignements sont mis au jour. La question décisive dans toutes les situations consiste à déterminer ce qui est nécessaire pour préserver l'honneur de la Couronne et pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones. . . . [Je souligne.]

Comme l'indique l'arrêt *Nation Haïda*, la détermination du contenu de l'obligation de consultation sera fonction du contexte. La spécificité des promesses faites sera une des variables prises en compte. Si, par exemple, un traité exige la fourniture de biens ou le paiement de sommes d'argent par la Couronne, ou si une entente récente sur les revendications territoriales impose aux Autochtones des obligations spécifiques relativement à des ressources données, l'importance de la consultation peut être assez limitée. Si les obligations respectives sont claires, les parties devraient les exécuter. Un autre facteur contextuel sera la gravité de l'incidence qu'auront sur le peuple autochtone les mesures que propose la Couronne. Plus la mesure aura d'incidence, plus la consultation prendra de l'importance. S'il n'y a pas de traité, la solidité de la revendication autochtone sera un autre facteur, comme le signale l'arrêt *Nation Haïda*. L'historique des relations entre la Couronne et une première nation peut aussi être un facteur important. En l'espèce, le facteur contextuel le plus important est le fait que le Traité n° 8 offre un cadre permettant de gérer les changements constants à l'utilisation des terres déjà prévus en 1899 et qui, on le sait

overall objective of the modern law of treaty and aboriginal rights, namely reconciliation.

The duty here has both informational and response components. In this case, given that the Crown is proposing to build a fairly minor winter road on *surrendered* lands where the Mikisew hunting, fishing and trapping rights are expressly subject to the “taking up” limitation, I believe the Crown’s duty lies at the lower end of the spectrum. The Crown was required to provide notice to the Mikisew and to engage directly with them (and not, as seems to have been the case here, as an afterthought to a general public consultation with Park users). This engagement ought to have included the provision of information about the project addressing what the Crown knew to be Mikisew interests and what the Crown anticipated might be the potential adverse impact on those interests. The Crown was required to solicit and to listen carefully to the Mikisew concerns, and to attempt to minimize adverse impacts on the Mikisew hunting, fishing and trapping rights. The Crown did not discharge this obligation when it unilaterally declared the road realignment would be shifted from the reserve itself to a track along its boundary. I agree on this point with what Finch J.A. (now C.J.B.C.) said in *Halfway River First Nation*, at paras. 159-60:

The fact that adequate notice of an intended decision may have been given does not mean that the requirement for adequate consultation has also been met.

The Crown’s duty to consult imposes on it a positive obligation to reasonably ensure that aboriginal peoples are provided with all necessary information in a timely way so that they have an opportunity to express their interests and concerns, and to ensure that their representations are seriously considered and, wherever possible, demonstrably integrated into the proposed plan of action. [Emphasis added.]

maintenant, vont se poursuivre encore longtemps. Dans ce contexte, la consultation est un facteur clé pour parvenir à la réconciliation, l’objectif global du droit moderne des traités et des droits autochtones.

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

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

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

65

It is true, as the Minister argues, that there is some reciprocal onus on the Mikisew to carry their end of the consultation, to make their concerns known, to respond to the government's attempt to meet their concerns and suggestions, and to try to reach some mutually satisfactory solution. In this case, however, consultation never reached that stage. It never got off the ground.

Il est vrai, comme le prétend la ministre, que les Mikisew ont l'obligation réciproque de faire leur part en matière de consultation, de faire connaître leurs préoccupations, de supporter les efforts du gouvernement en vue de tenir compte de leurs préoccupations et suggestions, et de tenter de trouver une solution mutuellement satisfaisante. En l'espèce, cependant, la consultation n'a jamais atteint ce stade. Elle n'a jamais pris son essor.

66

Had the consultation process gone ahead, it would not have given the Mikisew a veto over the alignment of the road. As emphasized in *Haida Nation*, consultation will not always lead to accommodation, and accommodation may or may not result in an agreement. There could, however, be changes in the road alignment or construction that would go a long way towards satisfying the Mikisew objections. We do not know, and the Minister cannot know in the absence of consultation, what such changes might be.

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

67

The trial judge's findings of fact make it clear that the Crown failed to demonstrate an "intention of substantially addressing (Aboriginal) concerns" . . . through a meaningful process of consultation" (*Haida Nation*, at para. 42). On the contrary, the trial judge held that

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

[i]n the present case, at the very least, this [duty to consult] would have entailed a response to Mikisew's October 10, 2000 letter, and a meeting with them to ensure that their concerns were addressed early in the planning stages of the project. At the meetings that were finally held between Parks Canada and Mikisew, a decision had essentially been made, therefore, the meeting could not have been conducted with the genuine intention of allowing Mikisew's concerns to be integrated with the proposal. [para. 154]

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

The trial judge also wrote:

La juge de première instance a également écrit ceci :

. . . it is not consistent with the honour of the Crown, in its capacity as fiduciary, for it to fail to consult with a

. . . l'honneur de la Couronne, en sa qualité de fiduciaire, ne saurait permettre qu'une décision portant atteinte à

First Nation prior to making a decision that infringes on constitutionally protected treaty rights. [para. 157]

I agree, as did Sharlow J.A., dissenting in the Federal Court of Appeal. She declared that the mitigation measures were adopted through a process that was “fundamentally flawed” (para. 153).

In the result I would allow the appeal, quash the Minister’s approval order, and remit the winter road project to the Minister to be dealt with in accordance with these reasons.

V. Conclusion

Costs are sought by the Mikisew on a solicitor and client basis but there are no exceptional circumstances to justify such an award. The appeal is therefore allowed and the decision of the Court of Appeal is set aside, all with costs against the respondent Minister in this Court and in the Federal Court of Appeal on a party and party basis. The costs in the Trial Division remain as ordered by the trial judge.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Rath & Co., Priddis, Alberta.

Solicitor for the respondent Sheila Copps, Minister of Canadian Heritage: Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitors for the respondent the Thebacha Road Society: Ackroyd Piasta Roth & Day, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Big Island Lake Cree Nation: Woloshyn & Company, Saskatoon.

des droits issus de traité et jouissant d’une protection constitutionnelle soit prise sans que la Première nation concernée soit consultée. [par. 157]

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

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

V. Conclusion

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

Pourvoi accueilli avec dépens.

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

Procureur de l’intimée Sheila Copps, ministre du Patrimoine canadien : Procureur général du Canada, Vancouver.

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

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

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

Procureurs de l’intervenante la Nation crie de Big Island Lake : Woloshyn & Company, Saskatoon.

68

69

70

Solicitors for the intervener the Lesser Slave Lake Indian Regional Council: Donovan & Co., Vancouver.

Solicitors for the intervener the Treaty 8 First Nations of Alberta: Cook Roberts, Victoria.

Solicitors for the intervener the Treaty 8 Tribal Association: Woodward & Co., Victoria.

Solicitor for the intervener the Blueberry River First Nations: Thomas R. Berger, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Pitblado, Winnipeg.

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

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

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

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

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