

**David Beckman, in his capacity as Director, Agriculture Branch, Department of Energy, Mines and Resources, Minister of Energy, Mines and Resources, and Government of Yukon** *Appellants/ Respondents on cross-appeal*

v.

**Little Salmon/Carmacks First Nation and Johnny Sam and Eddie Skookum, on behalf of themselves and all other members of the Little Salmon/Carmacks First Nation** *Respondents/Appellants on cross-appeal*

and

**Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, Attorney General of Newfoundland and Labrador, Gwich'in Tribal Council, Sahtu Secretariat Inc., Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee)/ Cree Regional Authority, Council of Yukon First Nations, Kwanlin Dün First Nation, Nunavut Tunngavik Inc., Tlicho Government, Te'Mexw Nations and Assembly of First Nations** *Intervenors*

**INDEXED AS: BECKMAN v. LITTLE SALMON/ CARMACKS FIRST NATION**

**2010 SCC 53**

File No.: 32850.

2009: November 12; 2010: November 19.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR THE YUKON TERRITORY

*Constitutional law — Aboriginal peoples — Aboriginal rights — Land claims — Duty of Crown to consult*

**David Beckman, en sa qualité de directeur, Direction de l'agriculture, ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources, Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources, et gouvernement du Yukon** *Appellants/Intimés au pourvoi incident*

c.

**Première nation de Little Salmon/Carmacks et Johnny Sam et Eddie Skookum, en leur propre nom et au nom de tous les autres membres de la Première nation de Little Salmon/Carmacks** *Intimés/Appellants au pourvoi incident*

et

**Procureur général du Canada, procureur général du Québec, procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, Conseil tribal des Gwich'in, Sahtu Secretariat Inc., Grand conseil des Cris (Eeyou Istchee)/ Administration régionale crie, Conseil des Premières nations du Yukon, Première nation de Kwanlin Dün, Nunavut Tunngavik Inc., gouvernement tlicho, Nations Te'Mexw et Assemblée des Premières Nations** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : BECKMAN c. PREMIÈRE NATION DE LITTLE SALMON/CARMACKS**

**2010 CSC 53**

N° du greffe : 32850.

2009 : 12 novembre; 2010 : 19 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU YUKON

*Droit constitutionnel — Autochtones — Droits ancestraux — Revendications territoriales — Obligation de la*

*and accommodate in the context of a modern comprehensive land claims treaty — Treaty provides Aboriginal right of access for hunting and fishing for subsistence in their traditional territory — Application by non-Aboriginal for an agricultural land grant within territory approved by Crown — Whether Crown had duty to consult and accommodate Aboriginal peoples — If so, whether Crown discharged its duty — Constitution Act, 1982, s. 35.*

*Crown law — Honour of the Crown — Duty to consult and accommodate Aboriginal peoples — Whether Crown has duty to consult and accommodate prior to making decisions that might adversely affect Aboriginal rights and title claims.*

*Administrative law — Judicial review — Standard of review — Whether decision maker had duty to consult and accommodate — If so, whether decision maker discharged this duty — Lands Act, R.S.Y. 2002, c. 132; Territorial Lands (Yukon) Act, S.Y. 2003, c. 17.*

Little Salmon/Carmacks entered into a land claims agreement with the governments of Canada and the Yukon Territory in 1997, after 20 years of negotiations. Under the treaty, Little Salmon/Carmacks members have a right of access for hunting and fishing for subsistence in their traditional territory, which includes a parcel of 65 hectares for which P submitted an application for an agricultural land grant in November 2001. The land applied for by P is within the trapline of S, who is a member of Little Salmon/Carmacks.

Little Salmon/Carmacks disclaim any allegation that a grant to P would violate the treaty, which itself contemplates that surrendered land may be taken up from time to time for other purposes, including agriculture. Nevertheless, until such taking up occurs, the members of Little Salmon/Carmacks attach importance to their ongoing treaty interest in surrendered Crown lands (of which the 65 acres forms a small part). Little Salmon/Carmacks contend that in considering the grant to P the territorial government proceeded without proper consultation and without proper regard to relevant First Nation's concerns.

The Yukon government's Land Application Review Committee ("LARC") considered P's application at a

*Couronne de consulter et d'accueillir les Autochtones dans le contexte d'un traité récent relatif à des revendications territoriales globales — Traité accordant aux Autochtones l'accès à leur territoire traditionnel pour y pratiquer la chasse et la pêche de subsistance — Approbation, par la Couronne, d'une demande de concession de terres agricoles dans ce territoire présentée par un non-Autochtone — La Couronne avait-elle l'obligation de consulter et d'accueillir les Autochtones? — Si oui, la Couronne s'est-elle acquittée de cette obligation? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.*

*Droit de la Couronne — Honneur de la Couronne — Obligation de consulter et d'accueillir les Autochtones — La Couronne a-t-elle l'obligation de consulter et d'accueillir les Autochtones avant de prendre des décisions susceptibles d'avoir des conséquences négatives sur leurs revendications de titre et de droits?*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Le décideur avait-il l'obligation de consulter et d'accueillir les Autochtones? — Si oui, s'est-il acquitté de cette obligation? — Loi sur les terres, L.R.Y. 2002, ch. 132; Loi du Yukon sur les terres territoriales, L.Y. 2003, ch. 17.*

En 1997, après 20 ans de négociations, la Première nation Little Salmon/Carmacks a conclu avec les gouvernements du Canada et du Territoire du Yukon un accord sur les revendications territoriales. Aux termes du traité, les membres de la première nation possèdent, à des fins de chasse et de pêche de subsistance, un droit d'accès à leur territoire traditionnel qui englobe une parcelle de 65 hectares à l'égard de laquelle P a fait une demande de concession de terres agricoles en novembre 2001. La parcelle visée par la demande de P se trouve dans le territoire de piégeage de S, un membre de la première nation.

La première nation rejette toute allégation que la concession d'une parcelle à P violerait le traité, qui prévoit lui-même que des terres cédées peuvent à l'occasion être prises à d'autres fins, notamment à des fins agricoles. Mais jusqu'à ce que des terres aient été ainsi prises, les membres de la première nation accordent de l'importance à l'intérêt qu'ils conservent sur les terres cédées à la Couronne (dont les 65 hectares forment une petite partie). La première nation soutient qu'en examinant la demande de concession de P, le gouvernement territorial a agi sans tenir la consultation requise et sans prendre en compte les préoccupations pertinentes de la première nation.

Le Comité d'examen des demandes d'aliénation de terres (« CEDAT ») du gouvernement du Yukon a

meeting to which it invited Little Salmon/Carmacks. The latter submitted a letter of opposition to P's application prior to the meeting, but did not attend. At the meeting, LARC recommended approval of the application and, in October 2004, the Director, Agriculture Branch, Yukon Department of Energy, Mines and Resources, approved it. Little Salmon/Carmacks appealed the decision to the Assistant Deputy Minister, who rejected its review request. On judicial review, however, the Director's decision was quashed and set aside. The chambers judge held that the Yukon failed to comply with the duty to consult and accommodate. The Court of Appeal allowed the Yukon's appeal.

*Held:* The appeal and cross-appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: When a modern land claim treaty has been concluded, the first step is to look at its provisions and try to determine the parties' respective obligations, and whether there is some form of consultation provided for in the treaty itself. While consultation may be shaped by agreement of the parties, the Crown cannot contract out of its duty of honourable dealing with Aboriginal people — it is a doctrine that applies independently of the intention of the parties as expressed or implied in the treaty itself.

In this case, a continuing duty to consult existed. Members of Little Salmon/Carmacks possessed an express treaty right to hunt and fish for subsistence on their traditional lands, now surrendered and classified as Crown lands. While the Treaty did not prevent the government from making land grants out of the Crown's holdings, and indeed it contemplated such an eventuality, it was obvious that such grants might adversely affect the traditional economic and cultural activities of Little Salmon/Carmacks, and the Yukon was required to consult with Little Salmon/Carmacks to determine the nature and extent of such adverse effects.

The treaty itself set out the elements the parties regarded as an appropriate level of consultation (where the treaty requires consultation) including proper notice of a matter to be decided in sufficient form and detail to allow that party to prepare its view on the matter; a reasonable period of time in which the party to be consulted may prepare its views on the matter, and an opportunity to present such views to the party obliged

examiné la demande de P lors d'une réunion à laquelle étaient invités les représentants de la première nation. Cette dernière ne s'est pas fait représenter à la réunion mais avait présenté une lettre d'opposition à la demande de P. À la réunion, le CEDAT a recommandé l'approbation de la demande, et le directeur de la Direction de l'agriculture du ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources du Yukon l'a approuvée au mois d'octobre 2004. La première nation a fait appel de la décision auprès du sous-ministre adjoint, qui a rejeté la demande de révision. À l'issue du contrôle judiciaire toutefois, la décision du directeur a été annulée. Le juge siégeant en cabinet a conclu que le Yukon n'avait pas respecté son obligation de consulter et d'accommoder. La Cour d'appel a accueilli l'appel du Yukon.

*Arrêt :* Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

*La juge en chef* McLachlin et les juges Binnie, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : Lorsqu'un traité récent relatif aux revendications territoriales a été conclu, la première étape consiste à examiner les dispositions et à tenter de déterminer les obligations respectives des parties et l'existence, dans le traité lui-même, d'une forme quelconque de consultation. Les parties peuvent s'entendre sur les modalités de la consultation, mais la Couronne ne peut se soustraire à son obligation de traiter honorablement avec les Autochtones — il s'agit d'une doctrine qui s'applique indépendamment de l'intention des parties, que cette intention soit expresse ou implicite dans le traité lui-même.

En l'espèce, l'obligation de consulter était permanente. Les membres de la première nation possédaient un droit, prévu expressément au traité, de pratiquer la chasse et la pêche de subsistance sur leur territoire traditionnel qui a maintenant été cédé et est considéré comme des terres de la Couronne. Même si le traité n'empêchait pas le gouvernement de concéder des terres de la Couronne, cette possibilité y était même prévue, il était évident que cela risquait d'avoir des conséquences négatives sur les activités économiques et culturelles traditionnelles de la première nation, et le Yukon était tenu de consulter cette dernière afin de déterminer la nature et l'étendue de ces conséquences négatives.

Le traité lui-même précise les éléments considérés par les parties comme constituant une consultation appropriée (lorsqu'une consultation est nécessaire). Ces éléments comprennent un avis suffisamment détaillé concernant la question à trancher afin de permettre à la partie consultée de préparer sa position sur la question, un délai suffisant pour permettre à la partie devant être consultée de préparer sa position sur la question ainsi

to consult; and full and fair consideration by the party obliged to consult of any views presented.

The actual treaty provisions themselves did not govern the process for agricultural grants at the time. However, given the existence of the treaty surrender and the legislation in place to implement it, and the decision of the parties not to incorporate a more elaborate consultation process in the Treaty itself, the scope of the duty of consultation in this situation was at the lower end of the spectrum.

Accordingly, the Director was required, as a matter of compliance with the legal duty to consult based on the honour of the Crown, to be informed about and consider the nature and severity of any adverse impact of the proposed grant before he made a decision to determine (amongst other things) whether accommodation was necessary or appropriate. The purpose of consultation was not to re-open the Treaty or to re-negotiate the availability of the lands for an agricultural grant. Such availability was already established in the Treaty. Consultation was required to help manage the important ongoing relationship between the government and the Aboriginal community in a way that upheld the honour of the Crown and promoted the objective of reconciliation.

In this case, the duty of consultation was discharged. Little Salmon/Carmacks acknowledges that it received appropriate notice and information. The Little Salmon/Carmacks objections were made in writing and they were dealt with at a meeting at which Little Salmon/Carmacks was entitled to be present (but failed to attend). Both Little Salmon/Carmacks' objections and the response of those who attended the meeting were before the Director when, in the exercise of his delegated authority, he approved P's application. Neither the honour of the Crown nor the duty to consult required more.

Nor was there any breach of procedural fairness. While procedural fairness is a flexible concept, and takes into account the Aboriginal dimensions of the decision facing the Director, it is nevertheless a doctrine that applies as a matter of administrative law to regulate relations between the government decision makers and all residents of the Yukon, Aboriginal as well as non-Aboriginal.

While the Yukon had a duty to consult, there was no further duty of accommodation on the facts of this case. Nothing in the treaty itself or in

que l'occasion de présenter cette position à la partie obligée de tenir la consultation, et un examen complet et équitable de toutes les positions présentées, par la partie obligée de tenir la consultation.

Le processus de concession de terres à des fins agricoles n'était pas régi à l'époque par les dispositions elles-mêmes du traité. Cependant, étant donné l'existence de la cession opérée par le traité et les textes législatifs adoptés en vue de la mise en œuvre de celui-ci, ainsi que la décision des parties de ne pas incorporer dans le traité lui-même un processus de consultation plus élaboré, la portée de l'obligation de consultation dans une telle situation se situait au bas du continuum.

Par conséquent, le directeur était tenu, pour se conformer à l'obligation juridique de consulter fondée sur l'honneur de la Couronne, d'être informé de la nature et de la gravité de toute incidence négative de la concession projetée et d'en tenir compte avant de prendre une décision, pour déterminer (entre autres choses) si des accommodements étaient nécessaires ou appropriés. La consultation n'avait pas pour objet de rouvrir le traité ou de renégocier la possibilité de concéder les terres à des fins agricoles. Cette possibilité était déjà prévue au traité. La consultation était requise afin de faciliter la gestion de la relation importante entre le gouvernement et la communauté autochtone en conformité avec la préservation de l'honneur de la Couronne et la réalisation de l'objectif de réconciliation.

En l'espèce, l'obligation de consultation a été respectée. La première nation reconnaît avoir reçu un avis suffisant et l'information utile. Elle a communiqué ses objections par écrit, et celles-ci ont été étudiées lors d'une réunion à laquelle la première nation avait le droit d'assister (mais à laquelle elle ne s'est pas fait représenter). Le directeur avait pris connaissance des objections de la première nation et de la réponse fournie par les personnes présentes à la réunion lorsque, dans l'exercice de son pouvoir délégué, il a approuvé la demande de P. L'honneur de la Couronne et l'obligation de consultation n'exigeaient rien de plus.

Il n'y a eu non plus aucun manquement à l'équité procédurale. Si l'équité procédurale est une notion souple et prend en compte les aspects qui, dans la décision que doit prendre le directeur, touchent directement les Autochtones, il n'en demeure pas moins que cette doctrine s'applique en droit administratif pour encadrer les relations entre les décideurs gouvernementaux et tous les habitants du Yukon, Autochtones comme non-Autochtones.

Si le Yukon avait une obligation de consultation, les faits de l'espèce ne donnent lieu à aucune autre obligation d'accommodement. Le traité lui-même ou

the surrounding circumstances gave rise to such a requirement.

In exercising his discretion in this case, as in all others, the Director was required to respect legal and constitutional limits. The constitutional limits included the honour of the Crown and its supporting doctrine of the duty to consult. The standard of review in that respect, including the adequacy of the consultation, is correctness. Within the limits established by the law and the Constitution, however, the Director's decision should be reviewed on a standard of reasonableness.

In this case, the Director did not err in law in concluding that the level of consultation that had taken place was adequate. The advice the Director received from his officials after consultation is that the impact of the grant of 65 hectares would not be significant. There is no evidence that he failed to give full and fair consideration to the concerns of Little Salmon/Carmacks. The material filed by the parties on the judicial review application does not demonstrate any palpable error of fact in his conclusion. Whether or not a court would have reached a different conclusion is not relevant. The decision to approve or not to approve the grant was given by the legislature to the Minister who, in the usual way, delegated the authority to the Director. His disposition was reasonable in the circumstances.

*Per LeBel and Deschamps JJ.:* Whereas past cases have concerned unilateral actions by the Crown that triggered a duty to consult for which the terms had not been negotiated, in the case at bar, the parties have moved on to another stage. Formal consultation processes are now a permanent feature of treaty law, and the Little Salmon/Carmacks Final Agreement affords just one example of this. To give full effect to the provisions of a treaty such as the Final Agreement is to renounce a paternalistic approach to relations with Aboriginal peoples. It is a way to recognize that Aboriginal peoples have full legal capacity. To disregard the provisions of such a treaty can only encourage litigation, hinder future negotiations and threaten the ultimate objective of reconciliation.

To allow one party to renege unilaterally on its constitutional undertaking by superimposing further rights and obligations relating to matters already provided for in the treaty could result in a paternalistic legal contempt, compromise the national treaty negotiation

l'ensemble des circonstances ne donnent en aucun cas ouverture à une telle obligation.

Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire dans ce cas, comme dans tous les autres cas, le directeur devait respecter des limites légales et constitutionnelles. Les limites constitutionnelles incluaient l'honneur de la Couronne et le principe de l'obligation de consulter qui l'appuie. La norme de contrôle à cet égard, y compris à l'égard du caractère adéquat de la consultation, est celle de la décision correcte. Dans les limites établies par le droit et la Constitution, toutefois, la décision du directeur doit être examinée selon la norme de la raisonabilité.

En l'espèce, le directeur n'a pas commis d'erreur de droit en concluant que la consultation menée était adéquate. Selon l'avis reçu de ses fonctionnaires par le directeur après la consultation, les incidences de la concession de 65 hectares de terres ne seraient pas importantes. Rien n'indique que les préoccupations de la première nation n'ont pas fait l'objet d'un examen complet et équitable de sa part. Les documents déposés par les parties lors de la demande de contrôle judiciaire ne révèlent l'existence d'aucune erreur de fait manifeste dans sa conclusion. Le fait qu'un tribunal judiciaire aurait éventuellement pu arriver à une conclusion différente n'est pas pertinent. La décision d'approuver ou de ne pas approuver la concession de la parcelle de terre a été confiée par l'assemblée législative au ministre qui, de la façon habituelle, a délégué ce pouvoir au directeur. La décision prise par ce dernier était raisonnable dans les circonstances.

*Les juges LeBel et Deschamps :* Si, jusqu'ici, les litiges ont mis en cause une action unilatérale de la Couronne qui déclenchait une obligation de consulter dont les modalités n'avaient pas été négociées, le présent dossier indique que les parties sont maintenant passées à une autre étape. Les processus formels de consultation font maintenant résolument partie de l'univers juridique des traités. L'Entente définitive de Little Salmon/Carmacks n'en est qu'un exemple. Donner leur plein effet aux stipulations d'un traité comme l'Entente définitive c'est renoncer à toute approche paternaliste à l'égard des peuples autochtones. Il s'agit d'une façon de reconnaître leur pleine capacité juridique. Méconnaître les stipulations d'un tel traité ne peut qu'encourager le recours aux tribunaux, nuire aux négociations futures et compromettre la réalisation de l'objectif ultime de réconciliation.

Permettre à une partie de revenir unilatéralement sur son engagement constitutionnel en y superposant des droits et obligations additionnels portant sur des matières déjà prévues au traité risque de se traduire par un mépris juridique paternaliste, de compromettre le

process and frustrate the ultimate objective of reconciliation. This is the danger of what seems to be an unfortunate attempt to take the constitutional principle of the honour of the Crown hostage together with the principle of the duty to consult Aboriginal peoples that flows from it.

In concluding a treaty, the Crown does not act dishonourably in agreeing with an Aboriginal community on an elaborate framework involving various forms of consultation with respect to the exercise of that community's rights. Nor does the Crown act dishonourably if it requires the Aboriginal party to agree that no parallel mechanism relating to a matter covered by the treaty will enable that party to renege on its undertakings. Legal certainty is the primary objective of all parties to a comprehensive land claim agreement.

Legal certainty cannot be attained if one of the parties to a treaty can unilaterally renege on its undertakings with respect to a matter provided for in the treaty where there is no provision for its doing so in the treaty. This does not rule out the possibility of there being matters not covered by a treaty with respect to which the Aboriginal party has not surrendered possible Aboriginal rights. Nor does legal certainty imply that an equitable review mechanism cannot be provided for in a treaty.

Thus, it should be obvious that the best way for a court to contribute to ensuring that a treaty fosters a positive long relationship between Aboriginal and non-Aboriginal communities consists in ensuring that the parties cannot unilaterally renege on their undertakings. And once legal certainty has been pursued as a common objective at the negotiation stage, it cannot become a one-way proposition at the stage of implementation of the treaty. On the contrary, certainty with respect to one party's rights implies that the party in question must discharge its obligations and respect the other party's rights. Having laboured so hard, in their common interest, to substitute a well-defined legal system for an uncertain normative system, both the Aboriginal party and the Crown party have an interest in seeing their efforts bear fruit.

It is in fact because the agreement in issue does provide that the Aboriginal party has a right to various forms of consultation with respect to the rights the Crown wishes to exercise in this case that rights and obligations foreign to the mechanism provided for in the treaty must not be superimposed on it, and not simply because this is a "modern" treaty constituting a land claims agreement.

processus national de négociation de traités et de nuire à la poursuite de l'objectif ultime de réconciliation. Voilà le péril auquel nous expose ce qui semble être une malheureuse prise en otage du principe constitutionnel d'honneur de la Couronne et du principe en découlant, l'obligation de consulter les Autochtones.

Dans le cadre de la conclusion d'un traité, il n'y a rien de déshonorant pour la Couronne à s'entendre avec une communauté autochtone sur un régime détaillé et multi-forme de consultation relative à l'exercice des droits de cette communauté. Il n'y a rien non plus de déshonorant de la part de la Couronne à exiger de la partie autochtone qu'aucun régime parallèle relatif à une matière prévue au traité ne permette à celle-ci de revenir sur ses engagements. En effet, la sécurité juridique est l'objectif premier de toutes les parties à un accord portant règlement de revendication territoriale globale.

Il ne saurait y avoir de sécurité juridique si une des parties à un traité pouvait — unilatéralement et sans que cela ne soit prévu au traité — revenir sur ses engagements à l'égard d'une matière prévue à ce traité. Cela ne veut pas dire qu'il ne peut pas exister de matières dont les parties n'auront pas traité et à l'égard desquelles la partie autochtone pourra ne pas avoir renoncé à d'éventuels droits ancestraux. La sécurité juridique n'exclut pas non plus la possibilité de prévoir, dans un traité, un mécanisme équitable de réexamen.

En ce sens, il devrait être évident que la meilleure façon pour les tribunaux de contribuer à ce qu'un traité favorise une longue relation positive entre parties autochtone et étatique consiste à s'assurer que les parties ne puissent revenir unilatéralement sur leurs engagements. Et il se trouve que, en aval de sa poursuite en tant qu'objectif partagé à l'étape de la négociation, la sécurité juridique ne saurait, à l'étape de la mise en œuvre d'un traité, opérer à sens unique. Au contraire, la sécurité des droits d'une partie implique nécessairement que celle-ci s'acquitte de ses obligations et respecte les droits de l'autre partie. S'étant toutes deux échinées, dans leur intérêt commun, à substituer un système juridique précis à un régime normatif incertain, la partie autochtone et la partie étatique ont toutes deux intérêt à ce que leur œuvre produise ses effets.

En l'espèce, c'est justement parce que l'accord en cause traite bel et bien des différentes formes de consultation auxquelles a droit la partie autochtone concernant les droits que la Couronne veut exercer qu'il faut se garder de superposer à ce régime des droits et obligations qui lui sont étrangers, et non pas simplement parce qu'il s'agit d'un traité « moderne » constituant un accord portant règlement de revendications territoriales.

Even when the treaty in issue is a land claims agreement, the Court must first identify the common intention of the parties and then decide whether the common law constitutional duty to consult applies to the Aboriginal party. Therefore, where there is a treaty, the common law duty to consult will apply only if the parties to the treaty have failed to address the issue of consultation.

The consultation that must take place if a right of the Aboriginal party is impaired will consist in either: (1) the measures provided for in the treaty in this regard; or (2) if no such measures are provided for in the treaty, the consultation required under the common law framework.

Where a treaty provides for a mechanism for consultation, what it does is to override the common law duty to consult Aboriginal peoples; it does not affect the general administrative law principle of procedural fairness, which may give rise to a duty to consult rights holders individually.

The courts are not blind to omissions, or gaps left in the treaty, by the parties with respect to consultation, and the common law duty to consult could always be applied to fill such a gap. But no such gap can be found in this case.

These general considerations alone would form a sufficient basis for dismissing the appeal.

But the provisions of the Final Agreement also confirm this conclusion. The Final Agreement includes general and interpretive provisions that are reproduced from the Umbrella Agreement. More precisely, this framework was first developed by the parties to the Umbrella Agreement, and was then incorporated by the parties into the various final agreements concluded under the Umbrella Agreement. Where there is any inconsistency or conflict, the rules of this framework prevail over the common law principles on the interpretation of treaties between governments and Aboriginal peoples.

These general and interpretive provisions also establish certain rules with respect to the relationships of the Umbrella Agreement and any final agreement concluded under it, not only the relationship between them, but also that with the law in general. These rules can be summarized in the principle that the Final Agreement prevails over any other non-constitutional legal rule, subject to the requirement that its provisions not be so construed as to affect the rights of “Yukon Indian people” as Canadian citizens and their entitlement to

Même lorsque le traité en cause est un accord portant règlement de revendications territoriales, la Cour doit d’abord dégager l’intention commune des parties, elle se prononcera ensuite sur l’application, à la partie autochtone, du régime jurisprudentiel relatif à l’obligation constitutionnelle de consultation. Par conséquent, en présence d’un traité, l’obligation jurisprudentielle de consultation ne s’appliquera qu’en cas d’omission des parties au traité d’avoir prévu cette matière.

La consultation requise lorsqu’il y a atteinte à un droit des Autochtones comportera : (1) soit les mesures prévues par le traité à cet égard; (2) soit, à défaut de telles mesures dans le traité, un degré de consultation que le régime jurisprudentiel établit.

Lorsqu’un traité établit des mesures de consultation, ce que le traité a pour effet d’écartier dans un tel cas est bien l’obligation jurisprudentielle de consultation des peuples autochtones, non pas toute obligation de consulter individuellement le titulaire d’un droit pouvant découler du principe général du droit administratif qu’est l’équité procédurale.

Les tribunaux ne sont pas aveugles aux omissions ou lacunes des parties au traité en matière de consultation et l’obligation jurisprudentielle de consultation pourrait toujours s’appliquer pour combler cette lacune. Mais aucune lacune de ce genre ne peut être constatée dans la présente affaire.

Il serait possible, sur la seule base de ces considérations d’ordre général, de rejeter l’appel principal.

Cependant, les dispositions de l’Entente définitive confirment elles aussi cette conclusion. L’Entente définitive comporte des dispositions générales et interprétatives qui ont été reprises de l’Accord-cadre. Plus exactement, ce régime a d’abord été élaboré par les parties à l’Accord-cadre, puis repris par les parties aux différentes ententes définitives conclues conformément aux stipulations de cet accord. Advenant toute incompatibilité, ce régime l’emporte sur les principes dégagés par la jurisprudence en matière d’interprétation de traités conclus par les gouvernements et les peuples autochtones.

Ces dispositions interprétatives et générales posent aussi certaines normes relatives aux rapports qu’entretiennent l’Accord-cadre et toute entente définitive conclue conformément à ses stipulations, non seulement entre eux, mais avec le reste du droit également. Ces normes peuvent être résumées par le principe selon lequel l’Entente définitive l’emporte sur toute autre règle de droit infraconstitutionnel, sous réserve du fait que ses dispositions ne doivent pas être interprétées d’une manière portant atteinte aux droits des Indiens du Yukon en tant

all the rights, benefits and protections of other citizens. In short, therefore, with certain exceptions, the treaty overrides Aboriginal rights related to the matters to which it applies, and in cases of conflict or inconsistency, it prevails over all other non-constitutional law.

Regarding the relationship between the treaty in issue and the rest of our constitutional law other than the case law on Aboriginal rights, such a treaty clearly cannot on its own amend the Constitution of Canada. In other words, the Final Agreement contains no provisions that affect the general principle that the common law duty to consult will apply only where the parties have failed to address the issue of consultation. This will depend on whether the parties have come to an agreement on this issue, and if they have, the treaty will — unless, of course, the treaty itself provides otherwise — override the application to the parties of any parallel framework, including the common law framework.

In this case, the parties included provisions in the treaty that deal with consultation on the very question of the Crown's right to transfer Crown land upon an application like the one made by P.

P's application constituted a project to which the assessment process provided for in Chapter 12 of the Final Agreement applied. Although that process had not yet been implemented, Chapter 12, including the transitional legal rules it contains, had been. Under those rules, any existing development assessment process would remain applicable. The requirements of the processes in question included not only consultation with the First Nation concerned, but also its participation in the assessment of the project. Any such participation would involve a more extensive consultation than would be required by the common law duty in that regard. Therefore, nothing in this case can justify resorting to a duty other than the one provided for in the Final Agreement.

Moreover, the provisions of Chapter 16 on fish and wildlife management establish a framework under which the First Nations are generally invited to participate in the management of those resources at the pre-decision stage. In particular, the invitation they receive to propose fish and wildlife management plans can be regarded as consultation.

The territorial government's conduct raises questions in some respects. In particular, there is the fact that the Director did not notify the First Nation of his decision of October 18, 2004 until July 27, 2005.

que citoyens canadiens ni à leur droit de jouir de tous les droits, avantages et protections reconnus aux autres citoyens. En somme, donc, sauf exception le traité se substitue aux droits ancestraux relativement aux matières dont il dispose et il a préséance, en cas d'incompatibilité, sur le reste du droit infraconstitutionnel.

En ce qui a trait à la relation entre le traité en cause et le reste de notre droit constitutionnel au-delà du seul régime jurisprudentiel des droits ancestraux, un tel traité ne saurait évidemment à lui seul modifier la Constitution du Canada. Autrement dit, l'Entente définitive ne contient pas de dispositions qui auraient une incidence sur le principe général selon lequel l'obligation de consultation de régime jurisprudentiel ne s'appliquera qu'en cas d'omission des parties au traité d'avoir prévu cette matière. En effet, tout dépendra de ce que les parties auront ou non convenu sur la question, auquel cas le traité, sauf bien sûr renvoi à l'effet contraire dans celui-ci, aura écarté l'application entre les parties de tout régime parallèle, y compris le régime jurisprudentiel.

En l'espèce, les parties ont prévu, dans le traité des dispositions concernant la consultation sur la question précise du droit de la Couronne de céder de ses terres à la suite d'une demande comme celle de P.

La demande de P constituait un projet soumis au processus d'évaluation prévu au chapitre 12 de l'Entente définitive. Ce processus n'avait pas été mis en œuvre, mais le chapitre 12 l'avait été, y compris les règles de droit provisoire y figurant. En vertu de ces règles, tout processus existant d'évaluation des activités de développement demeurait en vigueur. Ces processus prévoyaient non seulement la consultation de la nation autochtone concernée, mais aussi sa participation à l'évaluation du projet. Une telle participation impliquait un niveau de consultation supérieur à celui qui aurait été fondé sur l'obligation faite par la jurisprudence à cet égard. En conséquence, rien, en l'espèce, ne saurait justifier le recours à une obligation externe à celle prévue par l'Entente définitive.

De plus, les dispositions du chapitre 16 qui concernent la gestion des ressources halieutiques et fauniques instaurent un régime par lequel les premières nations sont généralement invitées à participer à la gestion de ces ressources sur une base prédécisionnelle. Notamment, l'invitation qui leur est faite de proposer des plans de gestion des ressources halieutiques et fauniques peut être considérée comme une consultation.

À certains égards, la conduite des autorités territoriales soulève des interrogations. C'est notamment le cas en ce qui a trait au fait que le directeur n'a signifié que le 27 juillet 2005 à la première nation sa décision



Under s. 81(1) of the *Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Act*, S.C. 2003, c. 7 (“YESAA”), the “designated office” and, if applicable, the executive committee of the Yukon Development Assessment Board would have been entitled to receive copies of that decision and, one can only assume, to receive them within a reasonable time. Here, the functional equivalent of the designated office is the Land Application Review Committee (“LARC”). Even if representatives of the First Nation did not attend the August 13, 2004 meeting, it would be expected that the Director would inform that First Nation of his decision within a reasonable time. Nonetheless, the time elapsed after the decision did not affect the quality of the prior consultation.

The territorial government’s decision to proceed with P’s application at the “prescreening” stage despite the requirement of consultation in the context of the First Nation’s fish and wildlife management plan was not an exemplary practice either. However, the First Nation did not express concern about this in its letter of July 27, 2004 to Yukon’s Lands Branch. And as can be seen from the minutes of the August 13, 2004 meeting, the concerns of the First Nation with respect to resource conservation were taken into consideration. Also, the required consultation in the context of the fish and wildlife management plan was far more limited than the consultation to which the First Nation was entitled in participating in LARC, which was responsible for assessing the specific project in issue in this appeal. Finally, the First Nation, the renewable resources council and the Minister had not agreed on a provisional suspension of the processing of applications for land in the area in question.

Despite these aspects of the handling of P’s application that are open to criticism, it can be seen from the facts as a whole that the respondents received what they were entitled to receive from the appellants where consultation as a First Nation is concerned. In fact, in some respects they were consulted to an even greater extent than they would have been under the YESAA.

The only right the First Nation would have had under the YESAA was to be heard by the assessment district office as a stakeholder. That consultation would have been minimal, whereas the First Nation was invited to participate directly in the assessment of P’s application as a member of LARC.

du 18 octobre 2004. En vertu du par. 81(1) de la *Loi sur l’évaluation environnementale et socioéconomique au Yukon*, L.C. 2003, ch. 7, (« LÉESY »), le « bureau désigné » et, le cas échéant, le comité de direction de la Commission d’évaluation des activités de développement du Yukon auraient eu droit de recevoir une copie de cette décision, et ce, on peut le supposer, à l’intérieur d’un délai raisonnable. L’équivalent fonctionnel du bureau désigné est ici le Comité d’examen des demandes d’aliénation de terres (« CEDAT »). Même si les représentants de la première nation ne se sont pas présentés à la réunion du 13 août 2004, on se serait attendu à ce que le directeur informe cette première nation de sa décision dans un délai raisonnable. Ce délai, survenu après la décision, n’a cependant pas affecté la qualité de la consultation préalable.

La décision qu’a prise l’administration territoriale, au terme de l’examen préalable, de poursuivre le traitement de la demande de P malgré la consultation qui avait cours dans le cadre du plan de gestion des ressources halieutiques et fauniques de la première nation n’est pas davantage un exemple de bonne pratique. Cependant, la première nation n’a pas exprimé cette préoccupation dans sa lettre du 27 juillet 2004 à la Direction des Terres du Yukon. De plus, comme le démontre le procès-verbal de la réunion du 13 août 2004, les préoccupations de la première nation concernant la conservation des ressources ont été prises en considération. Au surplus, la consultation qui avait cours dans le cadre du plan de gestion des ressources halieutiques et fauniques était beaucoup plus limitée que celle à laquelle donnait droit la participation de la première nation au CEDAT qui était chargé d’évaluer le projet spécifique faisant l’objet du présent pourvoi. De surcroît, la première nation, le conseil des ressources renouvelables et le ministre ne s’étaient pas entendus sur la suspension provisoire du traitement de toute demande d’aliénation de terres dans la région visée.

Au-delà de ces aspects critiquables du cheminement de la demande de P, l’ensemble des faits révèle que les intimés ont reçu des appelants ce à quoi ils avaient droit de la part de ceux-ci en matière de consultation à titre de première nation. En réalité, ils ont même obtenu à certains égards davantage que ce que leur aurait procuré la LÉESY.

Le seul droit qu’aurait obtenu la première nation en vertu de la LÉESY est celui d’être entendue à titre de personne intéressée par le bureau de circonscription. Il s’agissait là d’une consultation minimale, alors que la première nation a été invitée à participer directement, à titre d’évaluateur membre du CEDAT, à l’évaluation de la demande de P.

It is true that the First Nation's representatives did not attend the August 13, 2004 meeting. They did not notify the other members of LARC that they would be absent and did not request that the meeting be adjourned, but they had already submitted comments in a letter.

Thus, the process that led to the October 18, 2004 decision on P's application was consistent with the transitional law provisions of Chapter 12 of the Final Agreement. There is no legal basis for finding that the Crown breached its duty to consult.

### Cases Cited

By Binnie J.

**Considered:** *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; **applied:** *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557; **referred to:** *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227, leave to appeal refused, [1981] 2 S.C.R. xi; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256.

By Deschamps J.

**Considered:** *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; **referred to:** *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *Reference*

Il est vrai que les représentants de la première nation ne se sont pas présentés à la réunion du 13 août 2004. Cela est survenu sans qu'ils ne préviennent au préalable les autres membres du CEDAT et sans demander l'ajournement de la réunion mais alors qu'ils avaient fait des commentaires par lettre.

Par conséquent, le processus qui a mené à la décision du 18 octobre 2004 relativement à la demande de P respectait les dispositions de droit provisoire prévues au chapitre 12 de l'Entente définitive. Il n'existe aucun motif juridique permettant de conclure que l'obligation de consultation de la Couronne a été violée.

### Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

**Arrêts examinés :** *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; **arrêts appliqués :** *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557; **arrêts mentionnés :** *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227, autorisation d'appel refusée, [1981] 2 R.C.S. xi; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256.

Citée par le juge Deschamps

**Arrêt examiné :** *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; **arrêts mentionnés :** *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004]

*re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211; *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911; *R. v. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, aff'd (1965), 52 D.L.R. (2d) 481; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *Province of Ontario v. Dominion of Canada* (1895), 25 S.C.R. 434; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, 2001 SCC 85, [2001] 3 S.C.R. 746.

#### Statutes and Regulations Cited

*Assessable Activities, Exceptions and Executive Committee Projects Regulations*, SOR/2005-379, ss. 2, 5, Sch. 1, Part 13, item 27.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*.  
*Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37.  
*Constitution Act, 1867*, Part VI.  
*Constitution Act, 1982*, ss. 25, 35, 52, Part V.  
*Environmental Assessment Act*, S.Y. 2003, c. 2 [rep. O.I.C. 2005/202, (2006) 25 Y. Gaz. II, 32].  
*Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5.  
*Lands Act*, R.S.Y. 2002, c. 132, s. 7(1)(a).  
*Royal Proclamation* (1763), R.S.C. 1985, App. II, No. 1.  
*Territorial Lands (Yukon) Act*, S.Y. 2003, c. 17.  
*Wildlife Act*, R.S.Y. 2002, c. 229, ss. 13(1), 82, 187.  
*Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Act*, S.C. 2003, c. 7, ss. 2(1) "territory", 5, 8, 20(1), 23(1), 47(2), 50(1), 55(1)(b), 55(4), 60, 63, 81(1), 82(1), 83(1), 84(1), 122(c), 134.  
*Yukon First Nations Land Claims Settlement Act*, S.C. 1994, c. 34, ss. 5, 6(2), 13.

#### Treaties and Agreements

*James Bay and Northern Québec Agreement* (1975).  
 Little Salmon/Carmacks First Nation Final Agreement, July 1, 1997 (online: [http://www.eco.gov.yk.ca/pdf/little\\_salmon\\_carmacks\\_fa.pdf](http://www.eco.gov.yk.ca/pdf/little_salmon_carmacks_fa.pdf)).  
*Treaty No. 8* (1899).  
*Treaty No. 11* (1921).

3 R.C.S. 550; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. The King*, [1950] R.C.S. 211; *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911; *R. c. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, conf. par (1965), 52 D.L.R. (2d) 481; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Province of Ontario c. Dominion of Canada* (1895), 25 R.C.S. 434; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville)*, 2001 CSC 85, [2001] 3 R.C.S. 746.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*.  
*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, partie VI.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 25, 35, 52, partie V.  
*Loi du Yukon sur les terres territoriales*, L.Y. 2003, ch. 17.  
*Loi sur l'évaluation environnementale*, L.Y. 2003, ch. 2 [abr. D. 2005/202, (2006) 25 Gaz. Y. II, 32].  
*Loi sur l'évaluation environnementale et socioéconomique au Yukon*, L.C. 2003, ch. 7, art. 2(1) « territoire », 5, 8, 20(1), 23(1), 47(2), 50(1), 55(1)(b), 55(4), 60, 63, 81(1), 82(1), 83(1), 84(1), 122(c), 134.  
*Loi sur la faune*, L.R.Y. 2002, ch. 229, art. 13(1), 82, 187.  
*Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon*, L.C. 1994, ch. 34, art. 5, 6(2), 13.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5.  
*Loi sur les terres*, L.R.Y. 2002, ch. 132, art. 7(1)a).  
*Proclamation royale* (1763), L.R.C. 1985, app. II, n° 1.  
*Règlement sur les activités susceptibles d'évaluation, les exceptions et les projets de développement soumis au comité de direction*, DORS/2005-379, art. 2, 5, ann. 1, partie 13, art. 27.

#### Traités et ententes

Accord-cadre définitif entre le gouvernement du Canada, le Conseil des Indiens du Yukon et le gouvernement du Yukon (1993).  
*Convention de la Baie-James et du Nord québécois* (1975).

Umbrella Final Agreement between the Government of Canada, the Council for Yukon Indians and the Government of the Yukon (1993).

#### Authors Cited

- Canada. Indian and Northern Affairs. *Federal Policy for the Settlement of Native Claims*. Ottawa: Indian and Northern Affairs Canada, 1993.
- Grammond, Sébastien. *Aménager la coexistence: Les peuples autochtones et le droit canadien*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.
- Newman, Dwight G. *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples*. Saskatoon: Purich Publishing, 2009.
- Saint-Hilaire, Maxime. “La proposition d’entente de principe avec les Innus: vers une nouvelle génération de traités?” (2003), 44 *C. de D.* 395.
- Stevenson, Mark L. “Visions of Certainty: Challenging Assumptions”, in Law Commission of Canada, ed., *Speaking Truth to Power: A Treaty Forum*. Ottawa: Minister of Public Works and Government Services Canada, 2001, 113.
- Williams, Robert A. *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*. New York: Oxford University Press, 1997.
- Yukon. *Agriculture for the 90s: A Yukon Policy*. Whitehorse: Yukon Government, 1991.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Yukon Court of Appeal (Newbury, Kirkpatrick and Tysoe J.J.A.), 2008 YKCA 13, 296 D.L.R. (4th) 99, 258 B.C.A.C. 160, 434 W.A.C. 160, [2008] 4 C.N.L.R. 25, 71 R.P.R. (4th) 162, [2008] Y.J. No. 55 (QL), 2008 CarswellYukon 62, setting aside the decision of Veale J., 2007 YKSC 28, [2007] 3 C.N.L.R. 42, [2007] Y.J. No. 24 (QL), 2007 CarswellYukon 18, quashing the approval of application for land grant. Appeal and cross-appeal dismissed.

*Brad Armstrong, Q.C., Keith Bergner, Penelope Gawn and Lesley McCullough*, for the appellants/respondents on cross-appeal.

*Jean Teillet, Arthur Pape and Richard B. Salter*, for the respondents/appellants on cross-appeal.

*Mitchell R. Taylor, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Entente définitive de la Première nation de Little Salmon/Carmacks, 1 juillet 1997 (en ligne : <http://www.ainc-inac.gc.ca/al/ldc/ccl/fagr/ykn/slmon/lfsa/lfsa-fra.pdf>).

*Traité n° 8* (1899).

*Traité n° 11* (1921).

#### Doctrine citée

- Canada. Affaires indiennes et du Nord. *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*. Ottawa : Affaires indiennes et du Nord Canada, 1993.
- Grammond, Sébastien. *Aménager la coexistence : Les peuples autochtones et le droit canadien*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.
- Newman, Dwight G. *The Duty to Consult : New Relationships with Aboriginal Peoples*. Saskatoon : Purich Publishing, 2009.
- Saint-Hilaire, Maxime. « La proposition d’entente de principe avec les Innus : vers une nouvelle génération de traités? » (2003), 44 *C. de D.* 395.
- Stevenson, Mark L. « Visions de certitude : question d’hypothèses », dans Commission du droit du Canada, dir., *Parlons franchement à propos des traités*. Ottawa : Ministère des travaux publics et des Services gouvernementaux Canada, 2001, 123.
- Williams, Robert A. *Linking Arms Together : American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*. New York : Oxford University Press, 1997.
- Yukon. *Agriculture for the 90s : A Yukon Policy*. Whitehorse : Yukon Government, 1991.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel du Yukon (les juges Newbury, Kirkpatrick et Tysoe), 2008 YKCA 13, 296 D.L.R. (4th) 99, 258 B.C.A.C. 160, 434 W.A.C. 160, [2008] 4 C.N.L.R. 25, 71 R.P.R. (4th) 162, [2008] Y.J. No. 55 (QL), 2008 CarswellYukon 62, qui a infirmé une décision du juge Veale, 2007 YKSC 28, [2007] 3 C.N.L.R. 42, [2007] Y.J. No. 24 (QL), 2007 CarswellYukon 18, annulant l’approbation de la demande de concession de terres. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

*Brad Armstrong, c.r., Keith Bergner, Penelope Gawn et Lesley McCullough*, pour les appelants/intimés au pourvoi incident.

*Jean Teillet, Arthur Pape et Richard B. Salter*, pour les intimés/appellants au pourvoi incident.

*Mitchell R. Taylor, c.r.*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

*Hugues Melançon and Natacha Lavoie*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Rolf Pritchard and Justin S. C. Mellor*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

*Brian A. Crane, Q.C.*, for the interveners the Gwich'in Tribal Council and Sahtu Secretariat Inc.

*Jean-Sébastien Clément and François Dandonneau*, for the intervener the Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee)/Cree Regional Authority.

*James M. Coady, Dave Joe and Daryn R. Leas*, for the intervener the Council of Yukon First Nations.

*Joseph J. Arvay, Q.C.*, and *Bruce Elwood*, for the intervener the Kwanlin Dün First Nation.

*James R. Aldridge, Q.C.*, and *Dominique Nouvet*, for the intervener Nunavut Tunngavik Inc.

*John Donihee*, for the intervener the Tlicho Government.

*Robert J. M. Janes and Karey M. Brooks*, for the intervener the Te'Mexw Nations.

*Peter W. Hutchins and Julie Corry*, for the intervener the Assembly of First Nations.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] BINNIE J. — This appeal raises important questions about the interpretation and implementation of modern comprehensive land claims treaties between the Crown and First Nations and other levels of government.

[2] The treaty at issue here is the Little Salmon/Carmacks First Nation Final Agreement (the “LSCFN Treaty”), which was finalized in 1996 and ratified by members of the First Nation in

*Hugues Melançon et Natacha Lavoie*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Rolf Pritchard et Justin S. C. Mellor*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

*Brian A. Crane, c.r.*, pour les intervenants le Conseil tribal des Gwich'in et Sahtu Secretariat Inc.

*Jean-Sébastien Clément et François Dandonneau*, pour l'intervenant le Grand conseil des Cris (Eeyou Istchee)/Administration régionale crie.

*James M. Coady, Dave Joe et Daryn R. Leas*, pour l'intervenant le Conseil des Premières nations du Yukon.

*Joseph J. Arvay, c.r.*, et *Bruce Elwood*, pour l'intervenante la Première nation de Kwanlin Dün.

*James R. Aldridge, c.r.*, et *Dominique Nouvet*, pour l'intervenante Nunavut Tunngavik Inc.

*John Donihee*, pour l'intervenant le gouvernement tlicho.

*Robert J. M. Janes et Karey M. Brooks*, pour l'intervenante les Nations Te'Mexw.

*Peter W. Hutchins et Julie Corry*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Ce pourvoi soulève d'importantes questions touchant l'interprétation et la mise en œuvre des traités récents relatifs à des revendications territoriales globales conclus entre la Couronne, les Premières Nations et d'autres paliers de gouvernement.

[2] Le traité en cause en l'espèce est l'Entente définitive de la Première nation de Little Salmon/Carmacks (le « traité PNLSC »), finalisée en 1996 et ratifiée par les membres de la première nation

1997. The LSCFN Treaty is one of 11 that arose out of and implement an umbrella agreement signed in 1993 after 20 years of negotiations between representatives of all of the Yukon First Nations and the federal and territorial governments. It was a monumental achievement. These treaties fall within the protection of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, which gives constitutional protection to existing Aboriginal and treaty rights.

[3] The present dispute relates to an application for judicial review of a decision by the Yukon territorial government dated October 18, 2004, to approve the grant of 65 hectares of surrendered land to a Yukon resident named Larry Paulsen. The plot borders on the settlement lands of the Little Salmon/Carmacks First Nation, and forms part of its traditional territory, to which its members have a treaty right of access for hunting and fishing for subsistence. In the result, Mr. Paulsen still awaits the outcome of the grant application he submitted on November 5, 2001.

[4] The First Nation disclaims any allegation that the Paulsen grant would violate the LSCFN Treaty, which itself contemplates that surrendered land may be taken up from time to time for other purposes, including agriculture. Nevertheless, until such taking up occurs, the members of the LSCFN have an ongoing treaty interest in surrendered Crown lands (of which the 65 hectares form a small part), to which they have a treaty right of access for hunting and fishing for subsistence. The LSCFN contends that the territorial government proceeded without proper consultation and without proper regard to relevant First Nation's concerns. They say the decision of October 18, 2004, to approve the Paulsen grant should be quashed.

[5] The territorial government responds that no consultation was required. The LSCFN Treaty,

en 1997. Le traité PNLSC s'inscrit dans une série de 11 traités découlant et assurant la mise en œuvre d'un accord-cadre signé en 1993 après 20 ans de négociations entre des représentants de l'ensemble des premières nations du Yukon et les gouvernements fédéral et territorial. Il s'agissait d'une réalisation des plus imposantes. Ces traités sont visés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui accorde une protection constitutionnelle aux droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada.

[3] Le litige concerne une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le gouvernement territorial du Yukon a approuvé, le 18 octobre 2004, la concession à un habitant du Yukon nommé Larry Paulsen de 65 hectares de terres cédées. La parcelle en question est contiguë aux terres visées par le règlement de la Première nation de Little Salmon/Carmacks (« PNLSC »), et fait partie de son territoire traditionnel, auquel ses membres ont un droit d'accès issu d'un traité à des fins de chasse et de pêche de subsistance. En raison de ce litige, M. Paulsen attend toujours le résultat de sa demande de concession de terre présentée le 5 novembre 2001.

[4] La première nation rejette toute allégation suivant laquelle la concession de la parcelle à M. Paulsen violerait le traité PNLSC, qui lui-même prévoit que des terres cédées peuvent à l'occasion être prises à d'autres fins, notamment à des fins agricoles. Mais jusqu'à ce que des terres aient été ainsi prises, les membres de la PNLSC conservent un intérêt issu d'un traité relativement aux terres de la Couronne cédées (dont les 65 hectares forment une petite partie), à l'égard desquelles ils ont un droit d'accès issu d'un traité à des fins de chasse et de pêche de subsistance. La PNLSC soutient que le gouvernement territorial a agi sans effectuer la consultation requise et sans tenir compte des préoccupations pertinentes de la première nation. Selon elle, la décision du 18 octobre 2004 approuvant la concession de terres à M. Paulsen devrait être annulée.

[5] Le gouvernement territorial réplique qu'aucune consultation n'était exigée. Le traité

it says, is a complete code. The treaty refers to consultation in over 60 different places but a land grant application is not one of them. Where not specifically included, the duty to consult, the government says, is excluded.

[6] The important context of this appeal, therefore, is an application for judicial review of a decision that was required to be made by the territorial government having regard to relevant constitutional as well as administrative law constraints. The Yukon Court of Appeal held, as had the trial judge, that the LSCFN Treaty did not exclude the duty of consultation, although in this case the content of that duty was at the lower end of the spectrum (2007 YKSC 28; 2008 YKCA 13). The Court of Appeal went on to hold, disagreeing in this respect with the trial judge, that on the facts the government's duty of consultation had been fulfilled.

[7] I agree that the duty of consultation was not excluded by the LSCFN Treaty, although its terms were relevant to the exercise of the territorial government discretion, as were other principles of administrative and Aboriginal law, as will be discussed. On the facts of the Paulsen application, however, I agree with the conclusion of the Court of Appeal that the First Nation did not make out its case. The First Nation received ample notice of the Paulsen application, an adequate information package, and the means to make known its concerns to the decision maker. The LSCFN's objections were made in writing and they were dealt with at a meeting at which the First Nation was entitled to be present (but failed to show up). Both the First Nation's objections and the response of those who attended the meeting were before the appellant when, in the exercise of his delegated authority, he approved the Paulsen application. In light of the consultation provisions contained in the treaty, neither the honour of the Crown nor the duty to consult were breached. Nor was there any breach of procedural fairness. Nor can it be said that the appellant acted unreasonably in making

PNLSC constitue, dit-il, un code complet. Il est question de consultation à plus de 60 endroits différents dans le traité, mais jamais à propos d'une demande de concession de terres. Lorsque l'obligation de consulter n'est pas spécifiquement mentionnée, dit le gouvernement, elle est exclue.

[6] Le pourvoi s'inscrit donc dans le contexte important d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision que le gouvernement territorial devait prendre en tenant compte des contraintes applicables qu'imposent tant le droit constitutionnel que le droit administratif. La Cour d'appel du Yukon a conclu, comme le juge de première instance, que le traité PNLSC n'excluait pas l'obligation de consulter, bien que le contenu de cette obligation se situait en l'espèce au bas du continuum (2007 YKSC 28; 2008 YKCA 13). La Cour d'appel a ensuite conclu, en désaccord sur ce point avec le juge de première instance, que selon les faits, le gouvernement s'était acquitté de son obligation de consulter.

[7] J'estime moi aussi que l'obligation de consulter n'était pas exclue par le traité PNLSC, même si les clauses de ce dernier étaient pertinentes à l'égard de l'exercice, par le gouvernement territorial, de son pouvoir discrétionnaire, à l'instar d'autres principes du droit administratif et du droit des Autochtones, comme nous le verrons. Mais devant les faits relatifs à la demande de M. Paulsen, je suis d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la première nation n'a pas réussi à démontrer le bien-fondé de ses arguments. La première nation a été avisée longtemps d'avance de la demande de M. Paulsen; on lui a fourni une documentation adéquate et on lui a donné le moyen de faire connaître ses préoccupations au décideur. La PNLSC a communiqué ses objections par écrit, et celles-ci ont été étudiées lors d'une réunion à laquelle la première nation avait le droit d'assister (mais à laquelle elle ne s'est pas fait représenter). L'appellant avait pris connaissance des objections soulevées par la première nation et de la réponse fournie par les personnes présentes à la réunion lorsque, dans l'exercice de son pouvoir délégué, il a approuvé la demande de M. Paulsen. Vu les dispositions relatives à la consultation contenues

the decision that he did. I would dismiss the appeal and cross-appeal.

### I. Overview

[8] Historically, treaties were the means by which the Crown sought to reconcile the Aboriginal inhabitants of what is now Canada to the assertion of European sovereignty over the territories traditionally occupied by First Nations. The objective was not only to build alliances with First Nations but to keep the peace and to open up the major part of those territories to colonization and settlement. No treaties were signed with the Yukon First Nations until modern times.

[9] Unlike their historical counterparts, the modern comprehensive treaty is the product of lengthy negotiations between well-resourced and sophisticated parties. The negotiation costs to Yukon First Nations of their various treaties, financed by the federal government through reimbursable loans, were enormous. The LSCFN share alone exceeded seven million dollars. Under the Yukon treaties, the Yukon First Nations surrendered their Aboriginal rights in almost 484,000 square kilometres, roughly the size of Spain, in exchange for defined treaty rights in respect of land tenure and a quantum of settlement land (41,595 square kilometres), access to Crown lands, fish and wildlife harvesting, heritage resources, financial compensation, and participation in the management of public resources. To this end, the LSCFN Treaty creates important institutions of self-government and authorities such as the Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Board and the Carmacks Renewable Resources Council, whose members are jointly nominated by the First Nation and the territorial government.

au traité, l'honneur de la Couronne a été préservé et il n'y a eu aucun manquement à l'obligation de consultation. Il n'y a eu non plus aucun manquement à l'équité procédurale. On ne peut en outre affirmer que l'appelant a agi de manière déraisonnable en prenant la décision qu'il a prise. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et le pourvoi incident.

### I. Vue d'ensemble

[8] Dans le passé, les traités ont constitué le moyen par lequel la Couronne s'est efforcée de faire accepter aux habitants autochtones de ce qui est maintenant le Canada l'affirmation de la souveraineté européenne sur les territoires traditionnellement occupés par les Premières Nations. L'objectif ne consistait pas seulement à construire des alliances avec celles-ci, mais à maintenir la paix et à ouvrir la majeure partie de ces territoires à la colonisation. Aucun traité n'a été signé avec les premières nations du Yukon avant l'ère moderne.

[9] Contrairement aux traités historiques, les traités récents portant sur des revendications globales sont le fruit de longues négociations entre des parties qui sont averties et disposent de ressources importantes. Le coût énorme de la négociation des divers traités, pour les premières nations du Yukon, a été financé par le gouvernement fédéral au moyen de prêts remboursables. Pour la seule PNLSC, le coût a dépassé les sept millions de dollars. En vertu des traités du Yukon, les premières nations du Yukon ont cédé leurs droits ancestraux sur presque 484 000 kilomètres carrés, soit environ la superficie de l'Espagne, contre des droits définis par traités au chapitre de la tenure et une certaine quantité de terres visées par le règlement (41 595 kilomètres carrés), l'accès aux terres de la Couronne, à la récolte de poissons et d'animaux sauvages et aux ressources patrimoniales, une indemnisation pécuniaire et la participation à la gestion des ressources publiques. À cette fin, le traité PNLSC établit d'importantes institutions d'autonomie gouvernementale et des autorités comme l'Office d'évaluation environnementale et socioéconomique du Yukon et le Conseil des ressources renouvelables de Carmacks, dont les membres sont désignés conjointement par la première nation et le gouvernement territorial.



[10] The reconciliation of Aboriginal and non-Aboriginal Canadians in a mutually respectful long-term relationship is the grand purpose of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The modern treaties, including those at issue here, attempt to further the objective of reconciliation not only by addressing grievances over the land claims but by creating the legal basis to foster a positive long-term relationship between Aboriginal and non-Aboriginal communities. Thoughtful administration of the treaty will help manage, even if it fails to eliminate, some of the misunderstandings and grievances that have characterized the past. Still, as the facts of this case show, the treaty will not accomplish its purpose if it is interpreted by territorial officials in an ungenerous manner or as if it were an everyday commercial contract. The treaty is as much about building relationships as it is about the settlement of ancient grievances. The future is more important than the past. A canoeist who hopes to make progress faces forwards, not backwards.

[11] Equally, however, the LSCFN is bound to recognize that the \$34 million and other treaty benefits it received in exchange for the surrender has earned the territorial government a measure of flexibility in taking up surrendered lands for other purposes.

[12] The increased detail and sophistication of modern treaties represents a quantum leap beyond the pre-Confederation historical treaties such as the 1760-61 Treaty at issue in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, and post-Confederation treaties such as Treaty No. 8 (1899) at issue in *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, and *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388. The historical treaties were typically expressed in lofty terms of high generality and were often ambiguous. The courts were obliged to resort to general principles (such as the honour of the Crown) to fill the gaps and achieve a fair outcome. Modern comprehensive land claim agreements, on the other hand, starting perhaps with the *James Bay and Northern Québec Agreement* (1975), while still to be interpreted and

[10] La réconciliation des Canadiens autochtones et non autochtones dans le cadre d'une relation à long terme empreinte de respect mutuel : voilà le noble objectif de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les traités récents, y compris ceux en cause en l'espèce, tentent de contribuer à la réalisation de cet objectif de réconciliation, non seulement en répondant aux griefs relatifs aux revendications territoriales, mais en créant le fondement juridique propre à favoriser une relation à long terme harmonieuse entre les collectivités autochtones et non autochtones. Une application judicieuse du traité aidera à aplanir, sans nécessairement les éliminer, certains des malentendus et des doléances qui ont caractérisé le passé. Mais comme le montrent les faits de la présente affaire, l'objectif du traité ne pourra être atteint si les responsables territoriaux l'interprètent de façon mesquine ou comme s'il s'agissait d'un banal contrat commercial. Le traité vise tout autant l'établissement de relations que la résolution des griefs du passé. L'avenir est plus important que le passé. Un canoteur qui souhaite avancer regarde devant lui, non derrière.

[11] La PNLSC doit cependant reconnaître du même coup que les 34 millions de dollars et les autres avantages qu'elle a reçus en échange de la cession autorisent le gouvernement territorial à faire preuve d'une certaine souplesse dans l'utilisation à d'autres fins des terres cédées.

[12] Par leur complexité et leur caractère détaillé, les traités récents marquent un énorme progrès, à la fois par rapport aux traités historiques antérieurs à la Confédération tels les traités de 1760 et 1761 en cause dans *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, et par rapport aux traités postérieurs à la Confédération tel le Traité n° 8 (1899) dont il est question dans *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, et dans *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388. Les traités historiques, habituellement formulés en termes nobles d'une grande généralité, étaient souvent ambigus. Les tribunaux se sont ainsi vus forcés de recourir à des principes généraux (comme l'honneur de la Couronne) pour pallier les lacunes et parvenir à un résultat équitable. En revanche, si les ententes récentes sur des revendications

applied in a manner that upholds the honour of the Crown, were nevertheless intended to create some precision around property and governance rights and obligations. Instead of *ad hoc* remedies to smooth the way to reconciliation, the modern treaties are designed to place Aboriginal and non-Aboriginal relations in the mainstream legal system with its advantages of continuity, transparency, and predictability. It is up to the parties, when treaty issues arise, to act diligently to advance their respective interests. Good government requires that decisions be taken in a timely way. To the extent the Yukon territorial government argues that the Yukon treaties represent a new departure and not just an elaboration of the *status quo*, I think it is correct. However, as the trial judge Veale J. aptly remarked, the new departure represents but a step — albeit a very important step — in the long journey of reconciliation (para. 69).

[13] There was in this case, as mentioned, an express treaty right of members of the First Nation to hunt and fish for subsistence on their traditional lands, now surrendered and classified as Crown lands. While the LSCFN Treaty did not prevent the government from making land grants out of the Crown's land holdings, and indeed it contemplated such an eventuality, it was obvious that such grants might adversely affect the traditional economic activities of the LSCFN, and the territorial government was required to consult with the LSCFN to determine the nature and extent of such adverse effects.

[14] The delegated statutory decision maker was the appellant David Beckman, the Director of the Agriculture Branch of the territorial Department of Energy, Mines and Resources. He was authorized, subject to the treaty provisions, to issue land grants

territoriales globales — que l'on pourrait sans doute faire remonter à la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* (1975) — doivent elles aussi être interprétées et appliquées en conformité avec l'honneur de la Couronne, elles étaient néanmoins censées procurer une certaine précision quant aux droits et obligations relatifs à la propriété et à la gouvernance. Au lieu d'instituer des mécanismes ponctuels facilitant la réconciliation, les traités récents visent à inscrire les relations entre Autochtones et non-Autochtones dans le système juridique général, avec les avantages que cela présente au plan de la continuité, de la transparence et de la prévisibilité. Il appartient aux parties, lorsque l'application des traités suscite des difficultés, d'agir de façon diligente pour faire valoir leurs intérêts respectifs. Une bonne gouvernance suppose que les décisions soient prises en temps opportun. Dans la mesure où le gouvernement territorial du Yukon plaide que les traités du Yukon constituent un nouveau départ et non pas simplement un prolongement du *statu quo*, je crois qu'il a raison. Toutefois, comme le juge Veale l'a si justement fait remarquer en première instance, le nouveau départ ne représente qu'une étape — mais une étape très importante — dans le long voyage de la réconciliation (par. 69).

[13] Comme je l'ai indiqué, le traité PNLSC conférait expressément aux membres de la première nation, dans le cas présent, un droit de chasse et de pêche de subsistance sur leurs terres ancestrales, qui ont fait l'objet d'une cession et sont maintenant considérées comme des terres de la Couronne. Même si le traité n'interdisait pas aux autorités d'octroyer des terres faisant partie des terres de la Couronne, — en fait, cette possibilité y était envisagée — il était évident que cela risquait d'avoir des conséquences négatives sur les activités économiques traditionnelles de la PNLSC, et le gouvernement territorial était tenu de consulter cette dernière afin de déterminer la nature et l'étendue de ces conséquences négatives.

[14] Le décideur délégué en vertu de la loi était l'appellant David Beckman, le directeur de la Direction de l'agriculture du ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources du Yukon. Il était autorisé, sous réserve des clauses du traité, à concéder

to non-settlement lands under the *Lands Act*, R.S.Y. 2002, c. 132, and the *Territorial Lands (Yukon) Act*, S.Y. 2003, c. 17. The First Nation argues that in exercising his discretion to approve the grant the Director was required to have regard to First Nation's concerns and to engage in consultation. This is true. The First Nation goes too far, however, in seeking to impose on the territorial government not only the procedural protection of consultation but also a substantive right of accommodation. The First Nation protests that its concerns were not taken seriously — if they had been, it contends, the Paulsen application would have been denied. This overstates the scope of the duty to consult in this case. The First Nation does not have a veto over the approval process. No such substantive right is found in the treaty or in the general law, constitutional or otherwise. The Paulsen application had been pending almost three years before it was eventually approved. It was a relatively minor parcel of 65 hectares whose agricultural use, according to the advice received by the Director (and which he was entitled to accept), would not have any significant adverse effect on First Nation's interests.

[15] Unlike *Mikisew Cree* where some accommodation was possible through a rerouting of the proposed winter road, in this case, the stark decision before the appellant Director was to grant or refuse the modified Paulsen application. He had before him the relevant information. Face-to-face consultation between the First Nation and the Director (as decision maker) was not required. In my view, the decision was reasonable having regard to the terms of the treaty, and in reaching it the Director did not breach the requirements of the duty to consult, natural justice, or procedural fairness. There was no *constitutional* impediment to approval of the Paulsen application and from an *administrative* law perspective the outcome fell within a range of reasonable outcomes.

des terres non visées par un règlement en vertu de la *Loi sur les terres*, L.R.Y. 2002, ch. 132, et de la *Loi du Yukon sur les terres territoriales*, L.Y. 2003, ch. 17. Selon la première nation, le directeur était obligé, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'approuver la concession de terres, de tenir compte des préoccupations de la première nation et de tenir des consultations. C'est exact. Mais la première nation va trop loin lorsqu'elle prétend imposer au gouvernement territorial non seulement la protection procédurale qu'offre la consultation, mais également le respect d'un droit substantif à l'accommodement. La première nation se plaint de ce que ses préoccupations n'ont pas été prises au sérieux — sinon, dit-elle, la demande de M. Paulsen aurait été rejetée. Elle se trouve ainsi à élargir indûment l'obligation de consulter en l'espèce. La première nation ne jouit pas d'un droit de veto à l'égard du processus d'approbation. Aucun droit semblable n'est prévu par le traité ni par le droit commun, constitutionnel ou autre. La demande de M. Paulsen est demeurée en suspens pendant près de trois ans avant d'être finalement approuvée. Elle concernait une parcelle relativement petite de 65 hectares dont l'utilisation à des fins agricoles, suivant l'avis reçu par le directeur — un avis qu'il était en droit d'accepter — n'aurait aucune incidence négative notable sur les intérêts de la première nation.

[15] Contrairement à la situation dans *Première nation crie Mikisew*, où un accommodement était possible par la modification du tracé de la route hivernale projetée, dans la présente affaire, la décision consistait purement et simplement, pour le directeur appelant, à accorder ou à rejeter la demande modifiée de M. Paulsen. Il disposait de l'information pertinente. Les représentants de la première nation et le directeur (en tant que décideur) n'étaient pas tenus de se rencontrer pour tenir des consultations. Je suis d'avis que la décision était raisonnable, compte tenu des termes du traité, et que le directeur, lorsqu'il l'a prise, n'a en aucun cas écarté l'obligation de tenir des consultations, la justice naturelle ou l'équité procédurale. Il n'existait aucun obstacle *constitutionnel* à l'approbation de la demande de M. Paulsen, et du point de vue du droit *administratif*, le résultat entrainait dans la gamme des résultats raisonnables.

## II. Facts

[16] On November 5, 2001, Larry Paulsen submitted his application for an agricultural land grant of 65 hectares. He planned to grow hay, put up some buildings and raise livestock. The procedure governing such grant applications was set out in a pre-treaty territorial government policy, *Agriculture for the 90s: A Yukon Policy* (1991) (the “1991 Agriculture Policy”).

[17] The Paulsen application (eventually in the form of a “Farm Development Plan”) was pre-screened by the Agriculture Branch and the Lands Branch as well as the Land Claims and Implementation Secretariat (all staffed by territorial civil servants) for completeness and compliance with current government policies.

[18] The Paulsen application was then sent to the Agriculture Land Application Review Committee (“ALARC”) for a more in-depth technical review by various Yukon government officials. ALARC was established under the 1991 Agriculture Policy. It predates and is completely independent from the treaty. The civil servants on ALARC recommended that Mr. Paulsen reconfigure his parcel to include only the “bench” of land set back from the Yukon River for reasons related to the suitability of the soil and unspecified environmental, wildlife, and trapping concerns. Mr. Paulsen complied.

[19] On February 24, 2004, ALARC recommended that the Paulsen application for the parcel, as reconfigured, proceed to the next level of review, namely, the Land Application Review Committee (“LARC”), which includes First Nation’s representatives. LARC also functioned under the 1991 Agriculture Policy and, as well, existed entirely independently of the treaties.

## II. Les faits

[16] Le 5 novembre 2001, Larry Paulsen a présenté une demande de concession de 65 hectares de terres agricoles. Il projetait de cultiver du fourrage, de construire quelques bâtiments et d'élever du bétail. La façon de traiter de telles demandes était énoncée dans une politique du gouvernement territorial antérieure au traité, intitulée *Agriculture for the 90s : A Yukon Policy* (1991) (la « Politique agricole pour 1991 »).

[17] La Direction de l'agriculture et la Direction des terres ainsi que le Secrétariat des revendications territoriales (le personnel de tous ces services étant formé de fonctionnaires territoriaux) ont procédé à un examen préliminaire de la demande de M. Paulsen (devenue depuis un « plan de développement agricole »), afin de vérifier si la demande était complète et respectait les politiques gouvernementales en vigueur.

[18] La demande de M. Paulsen a ensuite été transmise au Comité d'examen des demandes concernant les terres agricoles (« CEDTA »), où elle devait faire l'objet d'un examen technique plus approfondi par divers fonctionnaires du Yukon. Institué en vertu de la Politique agricole pour 1991, le CEDTA est antérieur au traité et n'a rien à voir avec celui-ci. Les fonctionnaires du CEDTA ont recommandé à M. Paulsen de redélimiter sa parcelle de terre de façon à n'y inclure que la partie du terrain formant terrasse en retrait du fleuve Yukon, pour des raisons liées aux caractéristiques du sol et à des préoccupations non précisées concernant l'environnement, la faune et la flore ainsi que le piégeage. M. Paulsen s'est conformé à cette recommandation.

[19] Le 24 février 2004, le CEDTA a recommandé que la demande de M. Paulsen, ainsi redélimitée, soit soumise au palier d'examen supérieur, soit celui du Comité d'examen des demandes d'aliénation de terres (« CEDAT »), où siègent des représentants des premières nations. Le CEDAT exerçait des fonctions prévues à la Politique agricole pour 1991 et il n'avait lui non plus rien à voir avec les traités.

[20] Reference should also be made at this point to the Fish and Wildlife Management Board — a treaty body composed of persons nominated by the First Nation and Yukon government — which in August 2004 (i.e. while the Paulsen application was pending) adopted a Fish and Wildlife Management Plan (“FWMP”) that identified a need to protect wildlife and habitat in the area of the Yukon River, which includes the Paulsen lands. It proposed that an area in the order of some 10,000 hectares be designated as a Habitat Protection Area under the *Wildlife Act*, R.S.Y. 2002, c. 229. The FWMP also recognized the need to preserve the First Nation’s ability to transfer its culture and traditions to its youth through opportunities to participate in traditional activities. The FWMP did not, however, call for a freeze on approval of agricultural land grants in the area pending action on the FWMP proposals.

[21] Trapline #143 was registered to Johnny Sam, a member of the LSCFN. His trapline is in a category administered by the Yukon government, not the First Nation. It helps him to earn a livelihood as well as to provide a training ground for his grandchildren and other First Nation youth in the ways of trapping and living off the land. The trapline covers an area of approximately 21,435 hectares. As noted by the Court of Appeal, the 65 hectares applied for by Mr. Paulsen is approximately one-third of one percent of the trapline. A portion of the trapline had already been damaged by forest fire, which, in the LSCFN view, added to the significance of the loss of a further 65 hectares. The severity of the impact of land grants, whether taken individually or cumulatively, properly constituted an important element of the consultation with LARC and, ultimately, a relevant consideration to be taken into account by the Director in reaching his decision.

[20] Il faut aussi mentionner la Commission de gestion des ressources halieutiques et fauniques — un organe constitué par le traité dont les membres sont désignés par la première nation et le gouvernement du Yukon — qui, en août 2004 (soit pendant que la demande de M. Paulsen était toujours à l’étude) a adopté un plan de gestion des ressources halieutiques et fauniques (« PGRHF ») faisant état de la nécessité de protéger la faune et son habitat dans la région du fleuve Yukon où se trouvent les terres demandées par M. Paulsen. Il y était proposé qu’une superficie de quelque 10 000 hectares soit désignée comme région de protection de l’habitat sous le régime de la *Loi sur la faune*, L.R.Y. 2002, ch. 229. Était en outre reconnue dans le PGRHF la nécessité de préserver la capacité de la première nation de transmettre sa culture et ses traditions aux nouvelles générations en leur donnant l’occasion de participer à des activités traditionnelles. Le PGRHF ne prévoyait cependant pas le gel des approbations de concession de terres agricoles dans la région jusqu’à ce qu’il ait été donné suite aux propositions contenues dans le plan.

[21] Le territoire de piégeage n° 143 a été enregistré au nom de Johnny Sam, un membre de la PNLSC. Ce territoire de piégeage appartient à une catégorie administrée par le gouvernement du Yukon, et non par la première nation. Johnny Sam l’utilise comme gagne-pain partiel et comme une base où ses petits-enfants ainsi que d’autres jeunes de la première nation s’y entraînent aux méthodes de piégeage et y apprennent à vivre des ressources de la nature. Le territoire de piégeage s’étend sur une superficie d’environ 21 435 hectares. Comme l’a relevé la Cour d’appel, la parcelle de 65 hectares visée par la demande de M. Paulsen correspond approximativement à un tiers de un pour cent du territoire de piégeage en question. Une partie du territoire de piégeage avait déjà été détériorée par un incendie de forêt, ce qui, pour la PNLSC, avait pour effet de rendre plus onéreuse la perte de 65 autres hectares. La grande incidence des concessions de terres, prises individuellement ou cumulativement, constituait à juste titre pour le CEDAT un élément important de la consultation et, en définitive, une considération pertinente que le directeur devait prendre en compte pour rendre sa décision.

[22] The LARC meeting to discuss the Paulsen application was scheduled for August 13, 2004. The First Nation received notice and was invited to provide comments prior to the meeting and to participate in the discussion as a member of LARC.

[23] On July 27, 2004, the First Nation submitted a letter of opposition to the Paulsen application. The letter identified concerns about impacts on Trapline #143, nearby timber harvesting, the loss of animals to hunt in the area, and adjacent cultural and heritage sites. No reference was made in the First Nation's letter to Johnny Sam's concerns about cultural transfer or to the FWMP. The letter simply states that "[t]he combination of agricultural and timber harvesting impacts on this already-damaged trapline would certainly be a significant deterrent to the ability of the trapper to continue his traditional pursuits" (A.R., vol. II, at p. 22).

[24] Nobody from the LSCFN attended the August 13, 2004 meeting. Susan Davis, its usual representative, was unable to attend for undisclosed reasons. The meeting went on as planned.

[25] The members of LARC who were present (mainly territorial government officials) considered the Paulsen application and recommended approval in principle. The minutes of the August 13 meeting show that LARC *did* consider the concerns voiced by the LSCFN in its July 27, 2004 letter. Those present at the meeting concluded that the impact of the loss of 65 hectares on Trapline #143 would be minimal as the Paulsen application covered a very small portion of the trapline's overall area and noted that Johnny Sam could apply under Chapter 16 of the LSCFN Treaty for compensation for any diminution in its value. LARC recommended an archaeological survey to address potential heritage and cultural sites. (An archaeological assessment was later conducted and reported on

[22] Le CEDAT devait se réunir le 13 août 2004 pour discuter de la demande de M. Paulsen. La première nation en a été avisée; elle a été invitée à présenter des observations avant la réunion et à participer à la discussion en sa qualité de membre du CEDAT.

[23] Le 27 juillet 2004, la première nation a exprimé par lettre son opposition à la demande de M. Paulsen. La lettre faisait état de préoccupations touchant les incidences sur le territoire de piégeage n° 143, la récolte de bois dans les environs, la perte d'animaux pour la chasse dans la région et certains sites d'intérêt culturel et patrimonial. La lettre de la première nation ne faisait pas mention des préoccupations de Johnny Sam concernant la transmission de la culture, ni du PGRHF. Il y était simplement écrit que [TRADUCTION] « [L]a conjugaison d'incidences relatives à l'agriculture et à la récolte de bois sur ce territoire de piégeage déjà détérioré aurait certainement un effet dissuasif notable quant à la possibilité pour le trappeur de continuer à se livrer à ses activités traditionnelles » (d.a., vol. II, p. 22).

[24] Aucun représentant de la PNLSC n'était présent à la réunion du 13 août 2004. Susan Davis, la personne qui représentait habituellement la première nation, n'a pu y assister pour des raisons non précisées. La réunion a eu lieu comme prévu.

[25] Les membres du CEDAT qui étaient présents (principalement des fonctionnaires du gouvernement territorial) ont étudié la demande de M. Paulsen et en ont recommandé l'approbation de principe. Le procès-verbal de la réunion du 13 août indique que le CEDAT a *bel et bien* pris en considération les préoccupations exprimées par la PNLSC dans sa lettre du 27 juillet 2004. Les personnes présentes à la réunion sont arrivées à la conclusion que la perte de 65 hectares aurait une incidence minimale sur le territoire de piégeage n° 143, du fait que la demande de M. Paulsen visait une très petite partie du territoire en question. Elles ont signalé que Johnny Sam pouvait, en vertu du chapitre 16 du traité PNLSC, demander une indemnisation pour toute diminution de la valeur du

September 2, 2004, that it was unable to identify any sites that would be impacted adversely by the grant.)

[26] On September 8, 2004, the First Nation representatives met with Agriculture Branch staff who were conducting an agricultural policy review. The meeting did not focus specifically on the Paulsen application. Nevertheless, the First Nation made the general point that its concerns were not being taken seriously. Agriculture Branch officials replied that they consult on such matters through LARC but they were not required by the Final Agreement to consult on such issues. Meetings and discussions with the First Nation had been conducted, they said, only as a courtesy.

[27] On October 18, 2004, the Director approved the Paulsen application and sent a letter to Larry Paulsen, informing him of that fact. He did not notify the LSCFN of his decision, as he ought to have done.

[28] Apparently unaware that the Paulsen application had been approved, the First Nation continued to express its opposition by way of a series of letters from Chief Eddie Skookum to the Yukon government. Johnny Sam also wrote letters expressing his opposition. It seems the government officials failed to disclose that the Director's decision to approve the grant had already been made. This had the unfortunate effect of undermining appropriate communication between the parties.

[29] In the summer of 2005, Susan Davis, representing the First Nation, made enquiries of the Agriculture Branch and obtained confirmation that the Paulsen application had already been approved. She was sent a copy of the October 18, 2004 approval letter.

territoire de piégeage. Le CEDAT a recommandé qu'on procède à une reconnaissance archéologique au sujet des sites d'intérêt patrimonial et culturel. (Une évaluation archéologique a été effectuée par la suite, et selon le rapport en date du 2 septembre 2004, elle n'a permis l'identification d'aucun site sur lequel l'octroi de la parcelle aurait des incidences négatives.)

[26] Le 8 septembre 2004, des représentants de la première nation ont rencontré les fonctionnaires de la Direction de l'agriculture qui procédaient à un examen de la politique agricole. Cette rencontre n'a pas porté spécifiquement sur la demande de M. Paulsen. La première nation a tout de même signalé que ses préoccupations n'avaient pas été prises au sérieux. Les fonctionnaires ont répondu qu'ils tiennent des consultations sur ces questions dans le cadre du CEDAT, mais que l'Entente définitive ne les obligeait pas à tenir des consultations sur de telles questions. C'est uniquement par courtoisie, ont-ils dit, qu'on avait tenu des réunions et des discussions avec la première nation.

[27] Le 18 octobre 2004, le Directeur a approuvé la demande de M. Paulsen et lui a envoyé une lettre pour l'en informer. Il n'a pas avisé la PNLSC de sa décision, ce qu'il aurait dû faire.

[28] N'étant apparemment pas au courant de l'approbation de la demande de M. Paulsen, la première nation a continué à manifester son opposition par une série de lettres adressées par le chef Eddie Skookum au gouvernement du Yukon. Johnny Sam a lui aussi écrit des lettres dans lesquelles il faisait part de son opposition. Les fonctionnaires semblent avoir tu le fait que le directeur avait déjà décidé d'approuver la concession de la parcelle de terre. Cette omission a eu pour effet malheureux de miner la communication opportune entre les parties.

[29] Au cours de l'été 2005, Susan Davis, la représentante de la première nation, a demandé à la Direction de l'agriculture où en était le dossier. On lui a confirmé que la demande de M. Paulsen avait déjà été approuvée et on lui a fait parvenir une copie de la lettre d'approbation du 18 octobre 2004.

[30] In response, by letter dated August 24, 2005, the First Nation launched an administrative appeal of the Paulsen grant to the Assistant Deputy Minister.

[31] On December 12, 2005, the request to review the decision was rejected on the basis that the First Nation had no right of appeal because it was a member of LARC, and not just an intervener under the LARC Terms of Reference. The Terms of Reference specify that only applicants or interveners may initiate an appeal. The Terms of Reference had no legislative or treaty basis whatsoever, but the Yukon government nevertheless treated them as binding both on the government and on the First Nation.

[32] Frustrated by the territorial government's approach, which it believed broadly misconceived and undermined relations between the territorial government and the LSCFN, the First Nation initiated the present application for judicial review.

### III. Analysis

[33] The decision to entrench in s. 35 of the *Constitution Act, 1982* the recognition and affirmation of existing Aboriginal and treaty rights, signalled a commitment by Canada's political leaders to protect and preserve constitutional space for Aboriginal peoples to be Aboriginal. At the same time, Aboriginal people do not, by reason of their Aboriginal heritage, cease to be citizens who fully participate with other Canadians in their collective governance. This duality is particularly striking in the Yukon, where about 25 percent of the population identify themselves as Aboriginal. The territorial government, elected in part by Aboriginal people, represents Aboriginal people as much as it does non-Aboriginal people, even though Aboriginal culture and tradition are and will remain distinctive.

[34] Underlying the present appeal is not only the need to respect the rights and reasonable expectations of Johnny Sam and other members of his community, but the rights and expectations of

[30] En réponse, la première nation, par une lettre du 24 août 2005, a fait appel de la concession de la parcelle à M. Paulsen auprès du sous-ministre adjoint.

[31] Le 12 décembre 2005, la demande d'examen de la décision a été rejetée au motif que la première nation n'avait aucun droit d'appel, puisqu'en vertu du mandat du CEDAT, elle était un membre de ce comité et non simplement un intervenant. Il est précisé dans ce mandat que seuls les demandeurs ou les intervenants peuvent former un appel. Le mandat ne trouvait aucun fondement dans un texte législatif ou un traité, mais le gouvernement du Yukon considérait tout de même qu'il liait tant le gouvernement que la première nation.

[32] Irritée par la démarche du gouvernement territorial qui, selon elle, dénaturait et bafouait gravement les relations entre le gouvernement et la PNLSC, la première nation a présenté la demande de contrôle judiciaire à l'origine du pourvoi.

### III. Analyse

[33] Par la décision d'inscrire à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* la reconnaissance et la confirmation des droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones, les dirigeants politiques du Canada s'engageaient à protéger et à préserver un espace constitutionnel permettant aux Autochtones d'être des Autochtones. Mais l'existence de leur héritage autochtone ne fait pas en sorte que les Autochtones cessent d'être des citoyens qui participent pleinement avec les autres Canadiens à leur gouvernance collective. Cette dualité est particulièrement frappante au Yukon, où environ 25 pour 100 de la population se réclame d'une identité autochtone. Le gouvernement territorial, élu en partie par les Autochtones, représente tout autant ces derniers que les non-Autochtones, même si la culture et la tradition autochtones conservent maintenant et pour l'avenir leur caractère distinctif.

[34] À la base du présent pourvoi, il y a la nécessité de respecter non seulement les droits et les attentes raisonnables de Johnny Sam et d'autres membres de sa communauté, mais aussi ceux d'autres habitants



other Yukon residents, including both Aboriginal people *and* Larry Paulsen, to good government. The Yukon treaties are intended, in part, to replace expensive and time-consuming *ad hoc* procedures with mutually agreed upon legal mechanisms that are efficient but fair.

[35] I believe the existence of Larry Paulsen's stake in this situation is of considerable importance. Unlike *Mikisew Cree*, which involved a dispute between the Federal government and the Mikisew Cree First Nation over the route of a winter road, Mr. Paulsen made his application as an ordinary citizen who was entitled to a government decision reached with procedural fairness within a reasonable time. On the other hand, the entitlement of the trapper Johnny Sam was a derivative benefit based on the collective interest of the First Nation of which he was a member. I agree with the Court of Appeal that he was not, as an individual, a necessary party to the consultation.

A. *The LSCFN Treaty Reflects a Balance of Interests*

[36] Under the treaty, the LSCFN surrendered all undefined Aboriginal rights, title, and interests in its traditional territory in return for which it received:

- title to 2,589 square kilometres of "settlement land" [Chapters 9 and 15];
- financial compensation of \$34,179,210 [Chapter 19];
- potential for royalty sharing [Chapter 23];
- economic development measures [Chapter 22];
- rights of access to Crown land (except that disposed of by agreement for sale, surface licence, or lease) [Chapter 6];
- special management areas [Chapter 10];

du Yukon, y compris les Autochtones *et* Larry Paulsen, relativement à un bon gouvernement. Les traités du Yukon visent notamment à substituer à des procédures ponctuelles coûteuses en temps et en argent des mécanismes juridiques mutuellement acceptés qui sont efficaces tout en étant équitables.

[35] Je crois que l'existence de l'intérêt de Larry Paulsen dans la présente situation revêt une importance considérable. Contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *Première nation crie Mikisew*, où le litige opposait le gouvernement fédéral et la Première nation crie Mikisew au sujet du tracé d'une route hivernale, M. Paulsen a présenté sa demande en qualité de simple citoyen ayant droit à une décision gouvernementale prise conformément à l'équité procédurale dans un délai raisonnable. Par ailleurs, le droit du trappeur Johnny Sam constituait un avantage dérivé qu'il tenait de l'intérêt collectif de la première nation dont il était membre. Je suis d'accord avec la cour d'appel pour dire qu'il n'était pas, à titre individuel, une partie nécessaire à la consultation.

A. *Le traité PNLSC présente un juste équilibre des intérêts*

[36] Aux termes du traité, la PNLSC a renoncé à la totalité de ses droits, titres et intérêts ancestraux non précisés concernant son territoire traditionnel, en échange de quoi elle a reçu :

[TRADUCTION]

- un titre à l'égard d'une superficie de 2 589 kilomètres carrés de « terres visées par le règlement » [chapters 9 et 15];
- une indemnisation pécuniaire de 34 179 210 \$ [chapitre 19];
- une possibilité de partage des redevances [chapitre 23];
- des mesures de développement économique [chapitre 22];
- des droits d'accès aux terres de la Couronne (à l'exception de celles faisant l'objet d'un contrat de vente, d'un permis ou d'un bail de surface) [chapitre 6];
- des zones spéciales de gestion [chapitre 10];

- protection of access to settlement land [s. 6.2.7];
  - rights to harvest fish and wildlife [Chapter 16];
  - rights to harvest forest resources [Chapter 17];
  - rights to representation and involvement in land use planning [Chapter 11] and resource management [Chapters 14, 16-18].
- la protection de l'accès aux terres visées par le règlement [art. 6.2.7];
  - des droits relatifs à la récolte des ressources halieutiques et fauniques [chapitre 16];
  - des droits relatifs à la récolte des ressources forestières [chapitre 17];
  - des droits relatifs à la représentation et à la participation dans le cadre de l'aménagement du territoire [chapitre 11] et de la gestion des ressources [chapters 14, 16-18].

(C.A. reasons, para. 41)

These are substantial benefits, especially when compared to the sparse offerings of earlier treaties such as those provided to the Mikisew Cree in Treaty No. 8. With the substantive benefits, however, came not only rights but duties and obligations. It is obvious that the long-term interdependent relationship thus created will require work and good will on both sides for its success.

[37] The reason for the government's tight-lipped reaction to the unfolding Paulsen situation, as explained to us at the hearing by its counsel, was the fear that if the duty of consultation applies, "these parties will be in court like parties are in areas where there are no treaties, and there will be litigation over whether the consultation applies; what is the appropriate level of the consultation? Is accommodation required? It is all under court supervision" (transcript, at p. 18). The history of this appeal shows, however, that taking a hard line does not necessarily speed matters up or make litigation go away.

[38] The denial by the Yukon territorial government of any duty to consult except as specifically listed in the LSCFN Treaty complicated the Paulsen situation because at the time the Director dealt with the application the treaty implementation provision contemplated in Chapter 12 had itself not yet been implemented. I do not believe the Yukon Treaty was intended to be a "complete code". **Be that as it**

(motifs de la C.A., par. 41)

Il s'agit là d'avantages substantiels, surtout si on les compare aux rares avantages offerts par les anciens traités comme ceux accordés à la Première nation crie Mikisew dans le Traité n° 8. Ces avantages considérables, toutefois, s'accompagnaient non seulement de droits, mais aussi d'obligations. La réussite de la relation d'interdépendance à long terme qui a été établie nécessitera de toute évidence du travail et de la bonne volonté de part et d'autre.

[37] Le silence du gouvernement face à la situation que présentait la demande de M. Paulsen, comme l'a expliqué l'avocat du gouvernement à l'audience, était attribuable à la crainte que, dans le cas où l'obligation de consulter s'appliquerait, [TRADUCTION] « les parties se trouveront devant le tribunal dans la même situation que dans les domaines où il n'existe pas de traité, et on débattrà la question de savoir si la consultation s'applique, ainsi que celles de savoir quel est le niveau de consultation requis et si un accommodement est nécessaire. Tout est soumis à la supervision du tribunal » (transcription, p. 18). L'historique du présent pourvoi montre cependant que l'adoption de la ligne dure n'accélère pas nécessairement les choses, pas plus qu'elle n'élimine les litiges.

[38] La négation, par le gouvernement territorial du Yukon, de toute obligation de consulter sauf dans les cas prévus spécifiquement dans le traité PNLSC a compliqué la situation que présentait la demande de M. Paulsen car, à l'époque où le directeur a pris une décision sur la demande, la disposition relative à la mise en œuvre du traité envisagée au chapitre 12 n'avait elle-même pas encore été mise en

may, the duty to consult is derived from the honour of the Crown which applies independently of the expressed or implied intention of the parties (see below, at para. 61). In any event, the procedural gap created by the failure to implement Chapter 12 had to be addressed, and the First Nation, in my view, was quite correct in calling in aid the duty of consultation in putting together an appropriate procedural framework.

[39] Nevertheless, consultation *was* made available and *did* take place through the LARC process under the 1991 Agriculture Policy, and the ultimate question is whether what happened in this case (even though it was mischaracterized by the territorial government as a courtesy rather than as the fulfilment of a legal obligation) was sufficient. In *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, the Court held that participation in a forum created for other purposes may nevertheless satisfy the duty to consult if *in substance* an appropriate level of consultation is provided.

#### B. *The Relationship Between Section 35 and the Duty to Consult*

[40] The First Nation relies in particular on the following statements in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 20:

It is a corollary of s. 35 that the Crown act honourably in defining the rights it guarantees and in reconciling them with other rights and interests. This, in turn, implies a duty to consult and, if appropriate, accommodate.

Further, at para. 32:

The jurisprudence of this Court supports the view that the duty to consult and accommodate is part of a process of fair dealing and reconciliation that begins with the assertion of sovereignty and continues beyond formal claims resolution. Reconciliation is not a final

œuvre. Je ne crois pas que le traité du Yukon était censé constituer un « code complet ». Quoi qu'il en soit, l'obligation de consulter découle du principe de l'honneur de la Couronne, qui s'applique indépendamment de l'intention expresse ou implicite des parties (voir le par. 61 ci-après). De toute façon, il fallait remédier à la lacune procédurale suscitée par l'absence de mise en œuvre du chapitre 12, et la première nation a eu tout à fait raison à mon avis d'invoquer l'obligation de consulter et d'établir un cadre de procédure approprié.

[39] Quoi qu'il en soit, la consultation *a effectivement* été rendue possible et *a bel et bien* eu lieu dans le cadre du processus du CEDAT en vertu de la Politique agricole pour 1991. En dernière analyse, la question à trancher est de savoir si, dans la présente affaire, ce que l'on a fait était suffisant (bien que le gouvernement territorial y ait vu à tort une mesure de courtoisie plutôt que l'exécution d'une obligation juridique). Dans *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, la Cour a conclu que la participation à un forum créé pour d'autres besoins peut tout de même satisfaire à l'obligation de consulter si, *pour l'essentiel*, un niveau approprié de consultation a été rendu possible.

#### B. *La relation entre l'art. 35 et l'obligation de consulter*

[40] La première nation se fonde en particulier sur le passage suivant de l'arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 20 :

L'article 35 a pour corollaire que la Couronne doit agir honorablement lorsqu'il s'agit de définir les droits garantis par celui-ci et de les concilier avec d'autres droits et intérêts. Cette obligation emporte à son tour celle de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder.

Également, au par. 32 :

La jurisprudence de la Cour étaye le point de vue selon lequel l'obligation de consulter et d'accommoder fait partie intégrante du processus de négociation honorable et de conciliation qui débute au moment de l'affirmation de la souveraineté et se poursuit au-delà du

legal remedy in the usual sense. Rather, it is a process flowing from rights guaranteed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. [Emphasis added.]

[41] Reference should also be made to *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 6, where the Court said:

The decision to enhance aboriginal participation in the commercial fishery may also be seen as a response to the directive of this Court in *Sparrow*, at p. 1119, that the government consult with aboriginal groups in the implementation of fishery regulation in order to honour its fiduciary duty to aboriginal communities. Subsequent decisions have affirmed the duty to consult and accommodate aboriginal communities with respect to resource development and conservation; it is a constitutional duty, the fulfilment of which is consistent with the honour of the Crown; see e.g. *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010. [Emphasis added.]

[42] The obligation of honourable dealing was recognized from the outset by the Crown itself in the *Royal Proclamation of 1763* (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1), in which the British Crown pledged its honour to the protection of Aboriginal peoples from exploitation by non-Aboriginal peoples. The honour of the Crown has since become an important anchor in this area of the law: see *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1981] 2 S.C.R. xi; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; as well as *Badger, Marshall* and *Mikisew Cree*, previously referred to. The honour of the Crown has thus been confirmed in its status as a constitutional principle.

[43] However, this is not to say that every policy and procedure of the law adopted to uphold the honour of the Crown is itself to be treated as if inscribed in s. 35. As the Chief Justice noted in *Haida Nation*, “[t]he honour of the Crown gives rise to different duties in different circumstances” (para. 18). This appeal considers its application in

règlement formel des revendications. La conciliation ne constitue pas une réparation juridique définitive au sens usuel du terme. Il s’agit plutôt d’un processus découlant des droits garantis par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. [Je souligne.]

[41] On peut également citer l’arrêt *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 6, où la Cour a dit ce qui suit :

La décision de favoriser la participation des Autochtones à la pêche commerciale peut aussi être perçue comme une réponse à la directive donnée par notre Cour dans l’arrêt *Sparrow*, p. 1119, selon laquelle, en appliquant la réglementation sur les pêches, le gouvernement doit consulter les groupes autochtones afin de respecter l’obligation de fiduciaire qu’il a envers ces collectivités. Des arrêts subséquents ont confirmé l’obligation de consulter et d’accommoder les collectivités autochtones dans les domaines de l’exploitation et de la conservation des ressources; il s’agit là d’une obligation constitutionnelle qui concorde avec le principe de l’honneur de la Couronne : voir, par exemple, l’arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010. [Je souligne.]

[42] L’obligation de se conduire honorablement a été reconnue dès le départ par la Couronne elle-même dans la *Proclamation royale de 1763* (L.R.C. 1985, App. II, n<sup>o</sup> 1). La Couronne britannique s’y engageait sur l’honneur à protéger les peuples autochtones contre l’exploitation de la part des peuples non autochtones. L’honneur de la Couronne est devenu depuis lors un important point d’ancrage dans ce domaine du droit : voir *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (C.A. Ont.), autorisation d’appel refusée, [1981] 2 R.C.S. xi; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, de même que *Badger, Marshall* et *Première nation crie Mikisew*, dont il a déjà été fait état. L’honneur de la Couronne a par conséquent été confirmé dans son statut de principe constitutionnel.

[43] Il ne faut pas en conclure pour autant que toute politique et procédure juridique adoptée en vue de préserver l’honneur de la Couronne doive elle-même être considérée comme inscrite dans l’art. 35. Ainsi que l’a souligné la Juge en chef dans *Nation haïda*, « [l]’honneur de la Couronne fait naître différentes obligations selon les circonstances » (par. 18).

the modern treaty context; its application where no treaty has yet been signed was recently the subject of this Court's decision in *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650.

[44] The respondents' submission, if I may put it broadly, is that because the *duty* to consult is "constitutional", therefore there must be a reciprocal constitutional *right* of the First Nation to be consulted, and constitutional rights of Aboriginal peoples are not subject to abrogation or derogation except as can be justified under the high test set out in *Sparrow*. On this view, more or less every case dealing with consultation in the interpretation and implementation of treaties becomes a constitutional case. The trouble with this argument is that the content of the duty to consult varies with the circumstances. In relation to what *Haida Nation* called a "spectrum" of consultation (para. 43), it cannot be said that consultation at the lower end of the spectrum instead of at the higher end must be justified under the *Sparrow* doctrine. The minimal content of the consultation imposed in *Mikisew Cree* (para. 64), for example, did not have to be "justified" as a limitation on what would otherwise be a right to "deep" consultation. The circumstances in *Mikisew Cree* never gave rise to anything more than minimal consultation. The concept of the duty to consult is a valuable adjunct to the honour of the Crown, but it plays a supporting role, and should not be viewed independently from its purpose.

[45] The LSCFN invited us to draw a bright line between the duty to consult (which it labelled constitutional) and administrative law principles such as procedural fairness (which it labelled unsuitable). At the hearing, counsel for the LSCFN was dismissive of resort in this context to administrative law principles:

Dans le présent pourvoi, nous examinons l'application du principe de l'honneur de la Couronne dans le contexte d'un traité récent; son application lorsqu'aucun traité n'a été signé a récemment fait l'objet de la décision de notre Cour dans *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650.

[44] La thèse de l'intimée, si je peux la résumer à grands traits, est celle-ci : étant donné la nature « constitutionnelle » de l'*obligation* de consulter, il doit exister un *droit* constitutionnel réciproque de la première nation d'être consultée, et les droits constitutionnels des peuples autochtones sont à l'abri de toute abrogation ou dérogation, exception faite de celles qui peuvent se justifier au regard du critère rigoureux établi dans *Sparrow*. Selon cette logique, pratiquement chaque affaire ayant trait à la consultation dans le cadre de l'interprétation et de la mise en œuvre des traités devient une affaire constitutionnelle. Cet argument est problématique en ce que le contenu de l'obligation de consulter varie suivant les circonstances. Relativement à ce que l'on a appelé dans *Nation haïda* un « continuum » de consultation (par. 43), on ne peut affirmer que la consultation au bas plutôt qu'au haut du continuum doit être justifiée suivant la doctrine de l'arrêt *Sparrow*. Le contenu minimal de la consultation imposé dans *Première nation crie Mikisew* (par. 64), par exemple, n'avait pas à être justifié comme une limite à ce qui serait autrement un droit à une consultation « approfondie ». Dans *Première nation crie Mikisew*, les circonstances n'ont jamais requis plus qu'un minimum de consultation. Si la notion d'obligation de consulter se veut un complément valable à l'honneur de la Couronne, elle joue un rôle de soutien et ne devrait pas être considérée indépendamment de l'objectif qu'elle vise à atteindre.

[45] La PNLSC nous a demandé d'établir une nette distinction entre l'obligation de consulter (qu'elle a qualifiée de constitutionnelle) et les principes du droit administratif tels l'équité procédurale (qu'elle a qualifiés d'inadéquats). Lors de l'audition, l'avocat de la PNLSC a rejeté le recours aux principes du droit administratif dans ce contexte :

[A]dministrative law principles are not designed to address the very unique circumstance of the Crown-Aboriginal history, the Crown-Aboriginal relationship. Administrative law principles, for all their tremendous value, are not tools toward reconciliation of Aboriginal people and other Canadians. They are not instruments to reflect the honour of the Crown principles. [transcript, at p. 62]

However, as Lamer C.J. observed in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, “aboriginal rights exist within the general legal system of Canada” (para. 49). Administrative decision makers regularly have to confine their decisions within constitutional limits: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; and *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256. In this case, the constitutional limits include the honour of the Crown and its supporting doctrine of the duty to consult.

[46] The link between constitutional doctrine and administrative law remedies was already noted in *Haida Nation*, at the outset of our Court’s duty to consult jurisprudence:

In all cases, the honour of the Crown requires that the Crown act with good faith to provide meaningful consultation appropriate to the circumstances. In discharging this duty, regard may be had to the procedural safeguards of natural justice mandated by administrative law. [Emphasis added; para. 41.]

The relevant “procedural safeguards” mandated by administrative law include not only natural justice but the broader notion of procedural fairness. And the content of meaningful consultation “appropriate to the circumstances” will be shaped, and in some cases determined, by the terms of the modern land claims agreement. Indeed, the parties themselves may decide therein to exclude consultation altogether in defined situations and the decision to do so would be upheld by the courts where this

[TRADUCTION] [L]es principes du droit administratif ne sont pas conçus pour s’appliquer au cas tout à fait particulier de l’histoire des relations entre la Couronne et les Autochtones. Ces principes, malgré leur valeur considérable, ne constituent pas des outils favorisant la réconciliation entre les Autochtones et les autres Canadiens. Ce ne sont pas des instruments par lesquels peuvent s’exprimer les principes relatifs à l’honneur de la Couronne. [transcription, p. 62]

Toutefois, comme l’a précisé le Juge en chef Lamer dans *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, « les droits ancestraux existent dans les limites du système juridique canadien » (par. 49). Les décideurs administratifs doivent couramment confiner leurs décisions dans les limites constitutionnelles : *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, et *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256. En l’espèce, les limites constitutionnelles incluent l’honneur de la Couronne et le principe de l’obligation de consulter qui l’appuie.

[46] Le lien entre la doctrine constitutionnelle et les recours de droit administratif a déjà été signalé dans *Nation haïda*, un des premiers arrêts traitant de l’obligation de consulter :

Dans tous les cas, le principe de l’honneur de la Couronne commande que celle-ci agisse de bonne foi et tienne une véritable consultation, qui soit appropriée eu égard aux circonstances. Lorsque vient le temps de s’acquitter de cette obligation, les garanties procédurales de justice naturelle exigées par le droit administratif peuvent servir de guide. [Je souligne; par. 41.]

Les « garanties procédurales » en question qu’exige le droit administratif englobent non seulement la justice naturelle mais aussi la notion plus générale de l’équité procédurale. Et les termes des ententes récentes sur les revendications territoriales suggéreront, et dans certains cas dicteront, le contenu de la véritable consultation « appropriée eu égard aux circonstances ». Les parties elles-mêmes peuvent décider dans ces ententes d’exclure purement et simplement la consultation dans des situations

outcome would be consistent with the maintenance of the honour of the Crown.

[47] The parties in this case proceeded by way of an ordinary application for judicial review. Such a procedure was perfectly capable of taking into account the constitutional dimension of the rights asserted by the First Nation. There is no need to invent a new “constitutional remedy”. Administrative law is flexible enough to give full weight to the constitutional interests of the First Nation. Moreover, the impact of an administrative decision on the interest of an Aboriginal community, whether or not that interest is entrenched in a s. 35 right, would be relevant as a matter of procedural fairness, just as the impact of a decision on any other community or individual (including Larry Paulsen) may be relevant.

### C. *Standard of Review*

[48] In exercising his discretion under the Yukon *Lands Act* and the *Territorial Lands (Yukon) Act*, the Director was required to respect legal and constitutional limits. In establishing those limits no deference is owed to the Director. The standard of review in that respect, including the adequacy of the consultation, is correctness. A decision maker who proceeds on the basis of inadequate consultation errs in law. Within the limits established by the law and the Constitution, however, the Director’s decision should be reviewed on a standard of reasonableness: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, and *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339. In other words, if there was adequate consultation, did the Director’s decision to approve the Paulsen grant, having regard to all the relevant considerations, fall within the range of reasonable outcomes?

précises, et les tribunaux accepteraient cette décision lorsqu’une telle décision serait compatible avec le maintien de l’honneur de la Couronne.

[47] Les parties en l’espèce ont choisi la voie d’une demande ordinaire de contrôle judiciaire. Dans le cadre de cette instance, il était parfaitement possible de prendre en compte la dimension constitutionnelle des droits invoqués par la première nation. Point n’est besoin d’inventer une nouvelle « réparation constitutionnelle ». Le droit administratif est suffisamment souple pour que le tribunal accorde l’importance voulue aux intérêts constitutionnels de la première nation. De plus, l’incidence d’une décision administrative sur un intérêt d’une communauté autochtone — que cet intérêt fasse ou non partie d’un droit reconnu par l’art. 35 — s’avérerait pertinente au titre de l’équité procédurale, tout comme peut s’avérer pertinente l’incidence d’une décision sur toute autre communauté ou tout autre individu (y compris Larry Paulsen).

### C. *Norme de contrôle*

[48] Dans l’exercice des pouvoirs discrétionnaires que lui confèrent la *Loi sur les terres* et la *Loi du Yukon sur les terres territoriales*, le directeur devait respecter les limites légales et constitutionnelles. En ce qui a trait à la détermination de ces limites, on n’a pas à faire preuve de déférence à l’endroit du directeur. La norme de contrôle à cet égard, y compris à l’égard du caractère adéquat de la consultation, est celle de la décision correcte. Un décideur qui rend une décision fondée sur une consultation inadéquate commet une erreur de droit. Dans les limites établies par le droit et la Constitution, toutefois, la décision du directeur doit être examinée selon la norme de la raisonnable : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, et *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339. En d’autres mots, s’il y a eu consultation adéquate, la décision du directeur d’approuver la concession de terres à M. Paulsen se situait-elle, compte tenu de toutes les considérations pertinentes, dans la gamme des résultats raisonnables?

D. *The Role and Function of the LSCFN Treaty*

[49] The territorial government and the LSCFN have very different views on this point. This difference lies at the heart of their opposing arguments on the appeal.

[50] The territorial government regards the role of the LSCFN Treaty as having nailed down and forever settled the rights and obligations of the First Nation community as Aboriginal people. The treaty recognized and affirmed the Aboriginal rights surrendered in the land claim. From 1997 onwards, the rights of the Aboriginal communities of the LSCFN, in the government's view, were limited to the treaty. To put the government's position simplistically, what the First Nations negotiated as terms of the treaty is what they get. Period.

[51] The LSCFN, on the other hand, considers as applicable to the Yukon what was said by the Court in *Mikisew Cree*, at para. 54:

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.

And so it is, according to the First Nation, with the treaty-making process in the Yukon that led in 1997 to the ratification of the LSCFN Treaty.

[52] I agree with the territorial government that the LSCFN Treaty is a major advance over what happened in Fort Chipewyan in 1899, both in the modern treaty's scope and comprehensiveness, and in the fairness of the procedure that led up to it. The eight pages of generalities in Treaty No. 8 in 1899 is not the equivalent of the 435 pages of the LSCFN Treaty almost a century later. The LSCFN Treaty provides a solid foundation for reconciliation, and the territorial government is quite correct that the LSCFN Treaty should not simply set the stage for further negotiations from ground zero. Nor is that

D. *Le rôle et la fonction du traité PNLSC*

[49] Le gouvernement territorial et la PNLSC ont des points de vue très différents sur cette question. Cette divergence d'opinion se retrouve au centre même des arguments opposés qu'ils ont invoqués dans le cadre du pourvoi.

[50] Pour le gouvernement territorial, le traité PNLSC a fixé de façon définitive les droits et les obligations de la première nation en tant que peuple autochtone. Le traité a reconnu et confirmé les droits ancestraux cédés dans le cadre de la revendication territoriale. À partir de 1997, les droits des communautés autochtones de la PNLSC, selon le gouvernement, ont été limités à ce qui est prévu par le traité. Pour exprimer en termes simplistes la position du gouvernement, les premières nations obtiennent ce qu'elles ont négocié comme termes des traités, un point c'est tout.

[51] La PNLSC, pour sa part, juge applicable au Yukon ce que la Cour a écrit dans *Première nation crie Mikisew*, par. 54 :

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.

Il en va de même, selon la première nation, du processus de conclusion de traités relatifs au Yukon qui a conduit en 1997 à la ratification du traité PNLSC.

[52] Je suis d'accord avec le gouvernement territorial lorsqu'il dit que le traité PNLSC marque un progrès majeur par rapport à ce qui s'est produit à Fort Chipewyan en 1899, tant pour la portée et le caractère global du traité récent que pour la justesse de la procédure qui y a mené. Les huit pages de considérations générales du Traité n° 8 de 1899 ne peuvent équivaloir aux 435 pages du traité PNLSC conclu près d'un siècle plus tard. Le traité PNLSC procure une assise solide à la réconciliation, et le gouvernement territorial a tout à fait raison de soutenir que ce traité ne devrait pas simplement préparer le



the First Nation's position. It simply relies on the principle noted in *Haida Nation* that “[t]he honour of the Crown is always at stake in its dealings with Aboriginal peoples” (para. 16 (emphasis added)). Reconciliation in the Yukon, as elsewhere, is not an accomplished fact. It is a work in progress. The “complete code” position advocated by the territorial government is, with respect, misconceived. As the Court noted in *Mikisew Cree*: “The duty to consult is grounded in the honour of the Crown . . . . The honour of the Crown exists as a source of obligation independently of treaties as well, of course” (para. 51).

[53] On this point, *Haida Nation* represented a shift in focus from *Sparrow*. Whereas the Court in *Sparrow* had been concerned about sorting out the consequences of infringement, *Haida Nation* attempted to head off such confrontations by imposing on the parties a duty to consult and (if appropriate) accommodate in circumstances where development might have a significant impact on Aboriginal rights when and if established. In *Mikisew Cree*, the duty to consult was applied to the management of an 1899 treaty process to “take up” (as in the present case) ceded Crown lands for “other purposes”. The treaty itself was silent on the process. The Court held that on the facts of that case the content of the duty to consult was at “the lower end of the spectrum” (para. 64), but that nevertheless the Crown was wrong to act unilaterally.

[54] The difference between the LSCFN Treaty and Treaty No. 8 is not simply that the former is a “modern comprehensive treaty” and the latter is more than a century old. Today's modern treaty will become tomorrow's historic treaty. The distinction lies in the relative precision and sophistication of the modern document. Where adequately resourced and professionally represented parties have sought to order their own affairs, and have

terrain pour d'autres négociations qu'on reprendrait à partir de zéro. Telle n'est pas du reste la position défendue par la première nation. Elle s'appuie simplement sur le principe signalé dans *Nation haïda*, soit que « [l]'honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsque cette dernière transige avec les peuples autochtones » (par. 16 (je souligne)). La réconciliation, au Yukon comme ailleurs, n'est pas un fait accompli, mais un chantier permanent. La thèse du « code complet » avancée par le gouvernement territorial est, à mon avis, mal fondée. Comme l'a observé la Cour dans *Première nation crie Mikisew* : « L'obligation de consultation repose sur l'honneur de la Couronne [. . .] L'honneur de la Couronne existe également en tant que source d'obligation indépendante des traités, bien entendu » (par. 51).

[53] Sur cette question, *Nation haïda* marquait un changement de perspective par rapport à *Sparrow*. Alors que dans *Sparrow*, la Cour s'était employée à dégager les conséquences de la violation, elle a tenté dans *Nation haïda* de prévenir de tels affrontements en imposant aux parties une obligation de consulter et (au besoin) d'accommoder, dans des circonstances où le développement est susceptible d'avoir des conséquences importantes sur les droits ancestraux lorsque ceux-ci ont été établis. Dans *Première nation crie Mikisew*, l'obligation de consulter a été appliquée à la gestion d'un processus prévu par un traité de 1899, concernant la « prise » (comme dans la présente espèce) pour d'« autres objets », de terres cédées à la Couronne. Le traité lui-même ne mentionnait aucunement le processus en question. La Cour a conclu que si, d'après les faits de l'espèce, le contenu de l'obligation de consulter se situait « au bas du continuum » (par. 64), la Couronne n'en avait pas moins eu tort d'agir de façon unilatérale.

[54] La différence entre le traité PNLSC et le Traité n° 8 ne tient pas uniquement au fait que le premier est un « traité récent global » tandis que le second a été conclu il y a plus d'un siècle. Le traité récent d'aujourd'hui deviendra le traité historique de demain. La distinction réside plutôt dans la précision et la complexité relatives du document récent. Lorsque des parties bénéficiant de ressources suffisantes et de l'aide de professionnels ont tenté de

given shape to the duty to consult by incorporating consultation procedures into a treaty, their efforts should be encouraged and, subject to such constitutional limitations as the honour of the Crown, the Court should strive to respect their handiwork: *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557.

[55] However, the territorial government presses this position too far when it asserts that unless consultation is specifically required by the Treaty it is excluded by negative inference. Consultation in some meaningful form is the necessary foundation of a successful relationship with Aboriginal people. As the trial judge observed, consultation works “to avoid the indifference and lack of respect that can be destructive of the process of reconciliation that the Final Agreement is meant to address” (para. 82).

[56] The territorial government would have been wrong to act unilaterally. The LSCFN had existing treaty rights in relation to the land Paulsen applied for, as set out in s. 16.4.2 of the LSCFN Treaty:

Yukon Indian People shall have the right to harvest for Subsistence within their Traditional Territory . . . all species of Fish and Wildlife for themselves and their families at all seasons of the year and in any numbers on Settlement Land and on Crown Land to which they have a right of access pursuant to 6.2.0, subject only to limitations prescribed pursuant to Settlement Agreements.

The Crown land was subject to being taken up for other purposes (as in *Mikisew Cree*), including agriculture, but in the meantime the First Nation had a continuing treaty interest in Crown lands to which their members continued to have a treaty right of access (including but not limited to the Paulsen plot). It was no less a treaty interest because it was defeasible.

mettre de l'ordre dans leurs propres affaires et ont donné forme à l'obligation de consulter en incorporant dans un traité la procédure de consultation, il convient d'encourager leurs efforts et, sous réserve des limitations constitutionnelles comme le principe de l'honneur de la Couronne, la Cour devrait essayer de respecter le fruit de leur travail : *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557.

[55] Cependant, le gouvernement territorial pousse trop loin cette thèse lorsqu'il prétend que la consultation qui n'est pas spécifiquement requise par le traité est exclue par inférence négative. Une consultation digne de ce nom demeure le fondement nécessaire d'une relation réussie avec les peuples autochtones. Comme le juge de première instance l'a pertinemment fait remarquer, la consultation permet [TRADUCTION] « d'éviter l'indifférence et le manque de respect susceptibles d'anéantir le processus de réconciliation que l'entente définitive est censée établir » (par. 82).

[56] Le gouvernement territorial aurait eu tort d'agir de façon unilatérale. La PNLSC avait des droits existants issus d'un traité à l'égard de la parcelle visée par la demande de M. Paulsen, comme l'indique l'art. 16.4.2 du traité PNLSC :

Les Indiens du Yukon ont le droit de récolter, à des fins de subsistance, dans les limites de leur territoire traditionnel [. . .] toute espèce de poisson et d'animal sauvage, pour eux-mêmes et pour leur famille, en toute saison et sans limite de prises, sur des terres visées par un règlement et sur des terres de la Couronne où ils bénéficient d'un droit d'accès conformément à la section 6.2.0, sous réserve seulement des limites prévues par les ententes portant règlement.

Les terres de la Couronne pouvaient être prises à d'autres fins (comme dans *Première nation crie Mikisew*) et notamment à des fins d'agriculture, mais entre-temps, la première nation conservait un intérêt issu d'un traité sur les terres de la Couronne à l'égard desquelles ses membres avaient toujours un droit d'accès issu d'un traité (y compris la parcelle de M. Paulsen). La possibilité que cet intérêt soit supprimé n'en faisait pas moins un intérêt issu d'un traité.

[57] The decision maker was required to take into account the impact of allowing the Paulsen application on the concerns and interests of members of the First Nation. He could not take these into account unless the First Nation was consulted as to the nature and extent of its concerns. Added to the ordinary administrative law duties, of course, was the added legal burden on the territorial government to uphold the honour of the Crown in its dealings with the First Nation. Nevertheless, given the existence of the treaty surrender and the legislation in place to implement it, and the decision of the parties not to incorporate a more general consultation process in the LSCFN Treaty itself, the content of the duty of consultation (as found by the Court of Appeal) was at the lower end of the spectrum. It was not burdensome. But nor was it a mere courtesy.

*E. The Source of the Duty to Consult Is External to the LSCFN Treaty*

[58] The LSCFN Treaty dated July 21, 1997, is a comprehensive lawyerly document. The territorial government argues that the document refers to the duty to consult in over 60 different places but points out that none of them is applicable here (although the implementation of Chapter 12, which was left to subsequent legislative action, did not foreclose the possibility of such a requirement).

[59] There was considerable discussion at the bar about whether the duty to consult, if it applies at all, should be considered an implied term of the LSCFN Treaty or a duty externally imposed as a matter of law.

[60] The territorial government takes the view that terms cannot be implied where the intention of the parties is plainly inconsistent with such an outcome. In this case, it says, the implied term is negated by the parties' treatment of consultation throughout the treaty and its significant absence

[57] Le décideur était tenu de prendre en compte les conséquences qu'aurait le fait d'accorder la demande de M. Paulsen sur les préoccupations et les intérêts des membres de la première nation. Or, il ne pouvait pas le faire sans que la première nation ne soit consultée au sujet de la nature et de la portée de ses préoccupations. S'ajoutait bien sûr aux obligations habituelles ressortissant au droit administratif, l'obligation légale du gouvernement territorial de préserver l'honneur de la Couronne dans ses relations avec la première nation. Néanmoins, étant donné l'existence de la cession opérée par le traité et les textes législatifs adoptés en vue de la mise en œuvre de celui-ci, ainsi que la décision des parties de ne pas incorporer dans le traité PNLSC lui-même un processus de consultation d'un caractère plus général, le contenu de l'obligation de consultation se situait (comme l'a conclu la Cour d'appel) au bas du continuum. Il ne s'agissait pas d'une obligation exigeante. Mais ce n'était pas non plus une simple affaire de courtoisie.

*E. La source de l'obligation de consulter est extrinsèque au traité PNLSC*

[58] Le traité PNLSC, daté du 21 juillet 1997, est un document à caractère juridique des plus détaillé. Le gouvernement territorial fait valoir qu'il est fait mention de l'obligation de consulter à plus de 60 endroits différents dans ce document, mais qu'aucun de ces cas n'est applicable en l'espèce (même si la mise en œuvre du chapitre 12, laissée en suspens dans l'attente d'une mesure législative, n'écartait pas la possibilité d'une telle obligation).

[59] On a longuement débattu, à l'audience, la question de savoir si l'obligation de consulter, à supposer qu'elle soit applicable d'une quelconque façon, devrait être considérée comme une clause implicite du traité PNLSC ou comme une obligation juridique extérieure au traité.

[60] Pour le gouvernement territorial, il ne saurait y avoir de clause implicite qui serait à l'évidence incompatible avec l'intention des parties. En l'espèce, plaide-t-il, la clause implicite est contredite par la manière dont les parties ont abordé la consultation dans l'ensemble du traité et par l'absence

in the case of land grants. The necessary “negative inference”, argues the territorial government, is that failure to include it was intentional.

[61] I think this argument is unpersuasive. The duty to consult is treated in the jurisprudence as a means (in appropriate circumstances) of upholding the honour of the Crown. Consultation can be shaped by agreement of the parties, but the Crown cannot contract out of its duty of honourable dealing with Aboriginal people. As held in *Haida Nation* and affirmed in *Mikisew Cree*, it is a doctrine that applies independently of the expressed or implied intention of the parties.

[62] The argument that the LSCFN Treaty is a “complete code” is untenable. For one thing, as the territorial government acknowledges, nothing in the text of the LSCFN Treaty authorizes the making of land grants on Crown lands to which the First Nation continues to have treaty access for subsistence hunting and fishing. The territorial government points out that authority to alienate Crown land exists in the general law. This is true, but the general law exists outside the treaty. The territorial government cannot select from the general law only those elements that suit its purpose. The treaty sets out rights and obligations of the parties, but the treaty is part of a special relationship: “In all its dealings with Aboriginal peoples, from the assertion of sovereignty to the resolution of claims and the implementation of treaties, the Crown must act honourably” (*Haida Nation*, at para. 17 (emphasis added)). As the text of s. 35(3) makes clear, a modern comprehensive land claims agreement is as much a treaty in the eyes of the Constitution as are the earlier pre- and post-Confederation treaties.

[63] At the time the Paulsen application was pending, the implementation of the LSCFN Treaty was in transition. It contemplates in Chapter 12

significative de celle-ci dans le cas de la concession de terres. La nécessaire « inférence négative », soutient le gouvernement territorial, est que le fait de ne pas prévoir la consultation était intentionnel.

[61] Cet argument ne me paraît pas convaincant. L’obligation de consulter est considérée, dans la jurisprudence, comme un moyen de préserver l’honneur de la Couronne (lorsque cela s’avère indiqué). Les parties ont la possibilité de s’entendre sur les modalités de la consultation, mais la Couronne ne peut pas se soustraire à son obligation de traiter honorablement avec les Autochtones. Cette doctrine, comme nous l’avons affirmé dans *Nation haïda* et confirmé dans *Première nation crie Mikisew*, s’applique indépendamment de l’intention expresse ou implicite des parties.

[62] L’argument suivant lequel le traité PNLSC est un « code complet » ne tient pas. D’une part, comme le reconnaît le gouvernement territorial, le texte du traité PNLSC n’autorise d’aucune manière l’octroi de terres de la Couronne à l’égard desquelles la première nation continue de jouir, en vertu du traité, d’un droit d’accès à des fins de chasse et de pêche de subsistance. Le gouvernement territorial souligne que le pouvoir d’aliéner des terres de la Couronne existe selon le droit commun. C’est vrai, mais le droit commun existe à l’extérieur du traité. Le gouvernement territorial ne peut pas retenir uniquement, dans le droit commun, les éléments qui lui conviennent. Le traité énonce les droits et les obligations des parties, tout en s’inscrivant dans une relation spéciale : « Dans tous ses rapports avec les peuples autochtones, qu’il s’agisse de l’affirmation de sa souveraineté, du règlement de revendications ou de la mise en œuvre de traités, la Couronne doit agir honorablement » (*Nation haïda*, par. 17 (je souligne)). Comme il ressort clairement du texte du par. 35(3), une entente récente relative à des revendications globales constitue, du point de vue de la Constitution, un traité au même titre que les anciens traités conclus avant et après la Confédération.

[63] Au moment où la demande de M. Paulsen était à l’étude, la mise en œuvre du traité PNLSC était dans une phase de transition. Le chapitre 12

the enactment of a “development assessment process” to implement the treaty provisions. This was ultimately carried into effect in the *Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Act*, S.C. 2003, c. 7 (“YESAA”). The territorial government acknowledges that the YESAA would have applied to the Paulsen application. Part 2 of the Act (regarding the assessment process) did not come into force until after the Paulsen application was approved (s. 134). The treaty required the government to introduce the law within two years of the date of the settlement legislation (s. 12.3.4). This was not done. The subsequent legislative delay did not empower the territorial government to proceed without consultation.

[64] The purpose of the YESAA is broadly stated to “[give] effect to provisions of the Umbrella Final Agreement respecting assessment of environmental and socio-economic effects” by way of a “comprehensive, neutrally conducted assessment process” (s. 5) where “an authorization or the grant of an interest in land” would be required (s. 47(2)(c)). The neutral assessor is the Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Board, to which (excluding the chair) the Council for Yukon Indians would nominate half the members and the territorial government the other half. The Minister, after consultation, would appoint the chair.

[65] The territorial government contends that this new arrangement is intended to satisfy the requirement of consultation on land grants in a way that is fair both to First Nations and to the other people of the Yukon. Assuming (without deciding) this to be so, the fact remains that no such arrangement was in place at the relevant time.

[66] In the absence of the agreed arrangement, consultation was necessary in this case to uphold the honour of the Crown. It was therefore imposed as a matter of law.

envisage l’adoption d’un « processus d’évaluation des activités de développement » en vue de la mise en œuvre des dispositions du traité. Cette mise en œuvre a finalement été accomplie par la *Loi sur l’évaluation environnementale et socioéconomique au Yukon*, L.C. 2003, ch. 7 (« LÉESY »). Le gouvernement territorial reconnaît que la LÉESY se serait appliquée à la demande de M. Paulsen. La partie 2 de cette loi (concernant le processus d’évaluation) n’est entrée en vigueur qu’après l’approbation de la demande en question (art. 134). Le gouvernement était tenu, aux termes du traité, d’édicter une mesure législative dans les deux ans suivant l’entrée en vigueur de la loi de mise en œuvre (art. 12.3.4). Il ne l’a pas fait. Le retard législatif subséquent ne donnait pas au gouvernement territorial le pouvoir d’agir sans consultation.

[64] La LÉESY vise d’une manière générale à « met[tre] en œuvre diverses dispositions de l’accord-cadre relatives à l’évaluation des effets sur l’environnement ou la vie socioéconomique » par l’instauration d’un « processus complet et impartial d’évaluation » (art. 5) lorsque « l’autorisation [...] ou l’attribution [...] de droits fonciers » serait nécessaire (al. 47(2)c)). L’évaluateur neutre est l’Office d’évaluation environnementale et socioéconomique du Yukon, dont les membres (sauf le président) seraient nommés pour moitié par le Conseil des Indiens du Yukon et pour l’autre moitié par le gouvernement territorial. Le ministre nommerait le président après consultation.

[65] Selon le gouvernement territorial, ce nouveau régime vise à répondre à l’exigence de consultation au sujet de la concession de terres d’une façon équitable à la fois pour les premières nations et pour les autres habitants du Yukon. En supposant que tel soit le cas (je ne me prononce pas sur la question), il n’en demeure pas moins que le régime en question n’était pas en vigueur à l’époque en cause.

[66] En l’absence du régime sur lequel on s’était entendu, la consultation était nécessaire en l’espèce pour préserver l’honneur de la Couronne. Elle était donc imposée par le droit.

F. *The LSCFN Treaty Does Not Exclude the Duty to Consult and, if Appropriate, Accommodate*

[67] When a modern treaty has been concluded, the first step is to look at its provisions and try to determine the parties' respective obligations, and whether there is some form of consultation provided for in the treaty itself. If a process of consultation has been established in the treaty, the scope of the duty to consult will be shaped by its provisions.

[68] The territorial government argues that a mutual objective of the parties to the LSCFN Treaty was to achieve certainty, as is set out in the preamble:

... the parties to this Agreement wish to achieve certainty with respect to the ownership and use of lands and other resources of the Little Salmon/Carmacks First Nation Traditional Territory;

the parties wish to achieve certainty with respect to their relationships to each other . . . .

Moreover the treaty contains an "entire agreement" clause. Section 2.2.15 provides that

Settlement Agreements shall be the entire agreement between the parties thereto and there shall be no representation, warranty, collateral agreement or condition affecting those Agreements except as expressed in them.

[69] However, as stated, the duty to consult is not a "collateral agreement or condition". The LSCFN Treaty *is* the "entire agreement", but it does not exist in isolation. The duty to consult is imposed as a matter of law, irrespective of the parties' "agreement". It does not "affect" the agreement itself. It is simply part of the essential legal framework within which the treaty is to be interpreted and performed.

[70] The First Nation points out that there is an express exception to the "entire agreement" clause in the case of "existing or future constitutional rights", at s. 2.2.4:

Subject to 2.5.0, 5.9.0, 5.10.1 and 25.2.0, Settlement Agreements shall not affect the ability of aboriginal

F. *Le traité PNLSC n'exclut pas l'obligation de consulter et, au besoin, d'accommoder*

[67] Lorsqu'un traité récent a été conclu, la première étape consiste à en examiner les dispositions et à tenter de déterminer les obligations respectives des parties et l'existence, dans le traité lui-même, d'une forme quelconque de consultation. Si un processus de consultation a été établi dans le traité, les dispositions du traité indiqueront la portée de l'obligation de consulter.

[68] Le gouvernement territorial plaide que la certitude constituait un objectif mutuel des parties au traité PNLSC, comme l'indique le préambule :

... les parties à la présente entente désirent définir avec certitude les droits de propriété et d'utilisation des terres et autres ressources du territoire traditionnel de la première nation de Little Salmon/Carmacks;

les parties à la présente entente désirent définir avec certitude leurs rapports les unes avec les autres . . . .

Qui plus est, le traité renferme une clause du type « intégralité de l'entente », soit l'art. 2.2.15 :

Chaque entente portant règlement constitue l'entente complète intervenue entre les parties à cette entente et il n'existe aucune autre assertion, garantie, convention accessoire ou condition touchant cette entente que celles qui sont exprimées dans cette dernière.

[69] Toutefois, l'obligation de consulter ne constitue pas, comme je l'ai indiqué, une « convention accessoire ou condition ». Le traité PNLSC *constate* effectivement l'« entente complète », mais il n'existe pas isolément. L'obligation de consulter est imposée par le droit sans égard à l'« entente » conclue entre les parties. Elle ne « touche » pas l'entente elle-même. Elle fait simplement partie du cadre juridique essentiel dans lequel le traité doit être interprété et exécuté.

[70] La première nation souligne qu'une exception à la clause de l'« entente complète » est expressément prévue à l'art. 2.2.4, pour les « droits constitutionnels — existants ou futurs » :

Sous réserve des sections 2.5.0, 5.9.0 et 25.2.0 et de l'article 5.10.1, les ententes portant règlement n'ont pas pour

people of the Yukon to exercise, or benefit from, any existing or future constitutional rights for aboriginal people that may be applicable to them.

Section 2.2.4 applies, the LSCFN argues, because the duty of consultation is a new constitutional duty and should therefore be considered a “future” constitutional right within the scope of the section.

[71] As discussed, the applicable “existing or future *constitutional* right” is the right of the Aboriginal parties to have the treaty performed in a way that upholds the honour of the Crown. That principle is readily conceded by the territorial government. However, the honour of the Crown may not *always require consultation*. The parties may, in their treaty, negotiate a different mechanism which, nevertheless, in the result, upholds the honour of the Crown. In this case, the duty applies, the content of which will now be discussed.

#### G. *The Content of the Duty to Consult*

[72] The adequacy of the consultation was the subject of the First Nation’s cross-appeal. The adequacy of what passed (or failed to pass) between the parties must be assessed in light of the role and function to be served by consultation on the facts of the case and whether that purpose was, on the facts, satisfied.

[73] The Yukon *Lands Act* and the *Territorial Lands (Yukon) Act* created a discretionary authority to make grants but do not specify the basis on which the discretion is to be exercised. It was clear that the Paulsen application might *potentially* have an adverse impact on the LSCFN Treaty right to have access to the 65 hectares for subsistence “harvesting” of fish and wildlife, and that such impact would include the First Nation’s beneficial use of the surrounding Crown lands to which its members have a continuing treaty right of access. There was at least the possibility that the impact would be significant in economic and cultural terms. The Director was then required, as a matter of both

effet de porter atteinte à la capacité des peuples autochtones du Yukon d’exercer des droits constitutionnels — existants ou futurs — qui sont reconnus aux peuples autochtones et qui s’appliquent à eux ou de tirer parti de tels droits.

L’article 2.2.4 s’applique, soutient la PNLSC, parce que l’obligation de consultation est une nouvelle obligation constitutionnelle et devrait donc être considérée comme un droit constitutionnel « futur » tombant dans le champ d’application de cet article.

[71] Comme nous l’avons vu, le « droit *constitutionnel* existant ou futur » applicable est le droit des parties autochtones à ce que le traité soit exécuté d’une manière propre à préserver l’honneur de la Couronne. Ce principe est admis volontiers par le gouvernement territorial. Toutefois, l’honneur de la Couronne peut ne pas *toujours exiger la consultation*. Les parties peuvent, dans leur traité, négocier un mécanisme différent qui permet malgré tout, dans son résultat, de préserver l’honneur de la Couronne. En l’espèce, l’obligation s’applique, et j’en viens maintenant à l’examen de son contenu.

#### G. *Le contenu de l’obligation de consulter*

[72] Le pourvoi incident de la première nation porte sur le caractère adéquat de la consultation. Ce qui s’est passé (ou ne s’est pas passé) entre les parties doit être évalué à la lumière du rôle et de la fonction de la consultation au regard des faits de l’espèce, et de la question de savoir si cet objectif a été rempli au regard des faits.

[73] La *Loi sur les terres* du Yukon et la *Loi du Yukon sur les terres territoriales* ont institué un pouvoir discrétionnaire de concession de terres, mais sans préciser la base sur laquelle ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé. Il ne faisait de doute que la demande de M. Paulsen était *susceptible* d’avoir des incidences négatives sur le droit d’accès aux 65 hectares conféré par le traité PNLSC pour la « récolte » de poissons et d’animaux sauvages à des fins de subsistance, incidences comprenant l’usage bénéficiaire par la première nation des terres de la Couronne avoisinantes auxquelles ses membres continuent d’avoir un droit d’accès en vertu du traité. Il existait au moins une possibilité que ces

compliance with the legal duty to consult based on the honour of the Crown *and* procedural fairness to be informed about the nature and severity of such impacts before he made a decision to determine (amongst other things) whether accommodation was necessary or appropriate. The purpose of consultation was not to reopen the LSCFN Treaty or to renegotiate the availability of the lands for an agricultural grant. Such availability was already established in the Treaty. Consultation was required to help manage the important ongoing relationship between the government and the Aboriginal community in a way that upheld the honour of the Crown.

[74] This “lower end of the spectrum” approach is consistent with the LSCFN Treaty itself which sets out the elements the parties themselves regarded as appropriate regarding consultation (where consultation is required) as follows:

“Consult” or “Consultation” means to provide:

- (a) to the party to be consulted, notice of a matter to be decided in sufficient form and detail to allow that party to prepare its views on the matter;
- (b) a reasonable period of time in which the party to be consulted may prepare its views on the matter, and an opportunity to present such views to the party obliged to consult; and
- (c) full and fair consideration by the party obliged to consult of any views presented.

(LSCFN Treaty, Chapter 1)

At the hearing of this appeal, counsel for the First Nation contended that the territorial government has “to work with the Aboriginal people to understand what the effect will be, and then they have to try and minimize it” (transcript, at p. 48 (emphasis added)). It is true that these treaties were negotiated prior to *Haida Nation* and *Mikisew Cree*, but it must have been obvious to the negotiators that

incidences soient importantes sur les plans économique et culturel. Le directeur était par conséquent tenu, pour se conformer à l’obligation juridique de consulter fondée sur l’honneur de la Couronne *et* au nom de l’équité procédurale, d’être informé de la nature et de la gravité de telles incidences avant de prendre une décision, pour déterminer (entre autres choses) si des accommodements étaient nécessaires ou appropriés. La consultation n’avait pas pour objet de rouvrir le traité PNLSC ou de renégocier la possibilité de concéder les terres à des fins agricoles. Cette possibilité était déjà prévue au traité. La consultation était requise afin de faciliter la gestion de la relation importante entre le gouvernement et la communauté autochtone en conformité avec la préservation de l’honneur de la Couronne.

[74] Cette approche au « bas du continuum » est conforme au traité PNLSC lui-même, qui précise les éléments considérés par les parties elles-mêmes comme constituant une consultation appropriée (lorsqu’une consultation est nécessaire) :

« consulter » ou « consultation » La procédure selon laquelle :

- a) un avis suffisamment détaillé concernant la question à trancher doit être communiqué à la partie devant être consultée afin de lui permettre de préparer sa position sur la question;
- b) la partie devant être consultée doit se voir accorder un délai suffisant pour lui permettre de préparer sa position sur la question, ainsi que l’occasion de présenter cette position à la partie obligée de tenir la consultation;
- c) la partie obligée de tenir la consultation doit procéder à un examen complet et équitable de toutes les positions présentées.

(Traité PNLSC, chapitre 1)

Lors de l’audition du pourvoi, l’avocat de la première nation a soutenu que le gouvernement territorial doit [TRADUCTION] « s’efforcer, de concert avec les peuples autochtones, de comprendre quels seront les effets, et ensuite il doit essayer de les réduire au minimum » (transcription, p. 48 (je souligne)). Il est vrai que ces traités ont été négociés avant les arrêts *Nation haïda* et *Première nation crie Mikisew*, mais



there is a substantial difference between imposing on a decision maker a duty to provide “full and fair consideration” of the First Nation’s “views” and (on the other hand) an obligation to try “to understand what the effect will be, and then . . . to try and minimize it”. It is the former formulation which the parties considered sufficient and appropriate. Even in the absence of treaty language, the application of *Haida Nation* and *Mikisew Cree* would have produced a similar result.

[75] In my view, the negotiated definition is a reasonable statement of the content of consultation “at the lower end of the spectrum”. The treaty does not apply directly to the land grant approval process, which is not a treaty process, but it is a useful indication of what the parties themselves considered fair, and is consistent with the jurisprudence from *Haida Nation* to *Mikisew Cree*.

#### H. *There Was Adequate Consultation in This Case*

[76] The First Nation acknowledges that it received appropriate notice and information. Its letter of objection dated July 27, 2004, set out its concerns about the impact on Trapline #143, a cabin belonging to Roger Rondeau (who was said in the letter to have “no concerns with the application”) as well as Johnny Sam’s cabin, and “potential areas of heritage and cultural interest” that had not however “been researched or identified”. The letter recommended an archaeological survey for this purpose (this was subsequently performed *before* the Paulsen application was considered and approved by the Director). Nothing was said in the First Nation’s letter of objection about possible inconsistency with the FWMP, or the need to preserve the 65 hectares for educational purposes.

il devait être évident pour les négociateurs qu’il existe une différence substantielle entre, d’une part, le fait d’imposer à un décideur une obligation de procéder à « un examen complet et équitable » des « positions » de la première nation, et, d’autre part, une obligation de s’efforcer [TRADUCTION] « de comprendre quels seront les effets, et ensuite [. . .] essayer de les réduire au minimum ». C’est la première de ces obligations que les parties ont considérée comme suffisante et appropriée. Même en l’absence de clauses au traité, l’application des arrêts *Nation haïda* et *Première nation crie Mikisew* aurait produit un résultat semblable.

[75] À mon avis, la définition négociée constitue un énoncé raisonnable du contenu de la consultation « au bas du continuum ». Le traité ne régit pas directement le processus d’approbation des concessions de terres, qui ne relève pas d’un traité, mais il indique de façon utile ce que les parties elles-mêmes jugeaient équitable, et il est conforme à la jurisprudence des arrêts *Nation haïda* et *Première nation crie Mikisew*.

#### H. *Il y a eu une consultation adéquate en l’espèce*

[76] La première nation reconnaît avoir reçu un avis suffisant et l’information utile. Sa lettre d’opposition datée du 27 juillet 2004 faisait état de ses préoccupations au sujet des incidences de la concession de la parcelle sur le territoire de piégeage n° 143, sur une cabane appartenant à Roger Rondeau (chez qui, d’après la lettre, [TRADUCTION] « la demande [ne suscitait] aucune inquiétude ») ainsi que sur la cabane de Johnny Sam, et sur [TRADUCTION] « des zones pouvant présenter un intérêt patrimonial et culturel » mais qui n’avaient pas « été identifiées » ou n’avaient pas « fait l’objet de recherches ». La lettre recommandait qu’on procède à cette fin à une reconnaissance archéologique (reconnaissance qui a eu lieu par la suite, *avant* l’examen et l’approbation, par le directeur, de la demande de M. Paulsen). Nulle part dans la lettre d’opposition de la première nation n’était-il fait mention d’une possible non-conformité avec le PGRHF, ou de la nécessité de préserver les 65 hectares à des fins éducatives.

[77] The concerns raised in the First Nation's letter of objection dated July 27, 2004, were put before the August 13, 2004 meeting of LARC (which the First Nation did not attend) and, for the benefit of those not attending, were essentially reproduced in the minutes of that meeting. The minutes noted that "[t]here will be some loss of wildlife habitat in the area, but it is not significant." The minutes pointed out that Johnny Sam was entitled to compensation under the LSCFN Treaty to the extent the value of Trapline #143 was diminished. The minutes were available to the LSCFN as a member of LARC.

[78] The First Nation complains that its concerns were not taken seriously. It says, for example, the fact that Johnny Sam is eligible for compensation ignores the cultural and educational importance of Trapline #143. He wants the undiminished trapline, not compensation. However, Larry Paulsen also had an important stake in the outcome. The Director had a discretion to approve or not to approve and he was not obliged to decide this issue in favour of the position of the First Nation. Nor was he obliged as a matter of law to await the outcome of the FWMP. The Director had before him the First Nation's concerns and the response of other members of LARC. He was entitled to conclude that the impact of the Paulsen grant on First Nation's interests was not significant.

[79] It is important to stress that the First Nation does not deny that it had full notice of the Paulsen application, and an opportunity to state its concerns through the LARC process to the ultimate decision maker in whatever scope and detail it considered appropriate. Moreover, unlike the situation in *Mikisew Cree*, the First Nation here was consulted as a First Nation through LARC and not as members of the general public. While procedural fairness is a flexible concept and takes into account the

[77] Les préoccupations soulevées dans la lettre d'opposition de la première nation datée du 27 juillet 2004 ont été évoquées lors de la réunion du CEDAT tenue le 13 août 2004 (à laquelle la première nation n'était pas représentée) et ont été décrites, pour l'essentiel, dans le procès-verbal de cette réunion, à l'intention des personnes qui étaient absentes. Il est mentionné dans le procès-verbal qu'[TRADUCTION] « [i]l y aura une certaine perte au plan de l'habitat faunique dans la région, mais elle n'est pas importante. » Il y est également souligné que Johnny Sam avait droit à une indemnisation en vertu du traité PNLSC dans la mesure où la valeur du territoire de piégeage n° 143 se trouvait diminuée. La PNLSC, en tant que membre du CEDAT, pouvait consulter le procès-verbal.

[78] La première nation se plaint de ce que ses préoccupations n'aient pas été prises au sérieux. Elle dit par exemple que le fait que Johnny Sam ait droit à une indemnisation témoigne d'une incompréhension de l'importance du territoire de piégeage n° 143 aux plans culturel et éducatif. Il veut conserver le territoire de piégeage dans son intégralité, et non toucher une indemnisation. L'enjeu était cependant important pour Larry Paulsen également. Le directeur avait le pouvoir discrétionnaire d'approuver ou de ne pas approuver sa demande et il n'était pas obligé de trancher la question en faveur de la position défendue par la première nation. Il n'était pas non plus légalement tenu d'attendre le résultat du PGRHF. Le directeur connaissait les préoccupations de la première nation et la réponse des autres membres du CEDAT. Il était en droit de conclure que la concession à M. Paulsen de la parcelle en question n'avait pas d'incidences importantes sur les intérêts de la première nation.

[79] Il importe de signaler que la première nation ne nie pas avoir reçu un avis suffisant de la demande de M. Paulsen, et avoir eu l'occasion d'exposer, dans toute l'ampleur et la précision jugées appropriées, ses préoccupations au décideur ultime dans le cadre des procédures du CEDAT. De plus, contrairement à la situation en cause dans l'affaire *Première nation crie Mikisew*, la première nation en l'espèce a été consultée dans le cadre du CEDAT en tant que première nation et non en tant que membre du grand

Aboriginal dimensions of the decision facing the Director, it is nevertheless a doctrine that applies as a matter of administrative law to regulate relations between the government decision makers and all residents of the Yukon, Aboriginal as well as non-Aboriginal, Mr. Paulsen as well as the First Nation. On the record, and for the reasons already stated, the requirements of procedural fairness were met, as were the requirements of the duty to consult.

[80] It is impossible to read the record in this case without concluding that the Paulsen application was simply a flashpoint for the pent-up frustration of the First Nation with the territorial government bureaucracy. However, the result of disallowing the application would simply be to let the weight of this cumulative problem fall on the head of the hapless Larry Paulsen (who still awaits the outcome of an application filed more than eight years ago). This would be unfair.

#### I. *The Duty to Accommodate*

[81] The First Nation's argument is that in this case the legal requirement was not only procedural consultation but substantive accommodation. *Haida Nation* and *Mikisew Cree* affirm that the duty to consult *may* require, in an appropriate case, accommodation. The test is not, as sometimes seemed to be suggested in argument, a duty to accommodate to the point of undue hardship for the non-Aboriginal population. Adequate consultation having occurred, the task of the Court is to review the exercise of the Director's discretion taking into account all of the relevant interests and circumstances, including the First Nation entitlement and the nature and seriousness of the impact on that entitlement of the proposed measure which the First Nation opposes.

[82] The 65-hectare plot had already been reconfigured at government insistence to accommodate

public. Si l'équité procédurale est une notion souple et prend en compte les aspects qui, dans la décision que doit prendre le directeur, touchent directement les Autochtones, il n'en demeure pas moins que cette doctrine s'applique en droit administratif pour encadrer les relations entre les décideurs gouvernementaux et tous les habitants du Yukon, Autochtones comme non-Autochtones, et M. Paulsen comme la première nation. Au vu du dossier et pour les raisons exposées précédemment, les exigences de l'équité procédurale ont été respectées, tout comme celles de l'obligation de consulter.

[80] Il est impossible de parcourir le dossier de cette affaire sans voir dans la demande de M. Paulsen la petite étincelle qui allait faire éclater le mécontentement accumulé par la première nation face à la bureaucratie du gouvernement territorial. Le rejet de cette demande, cependant, ferait simplement porter le poids de ce problème cumulatif à l'infortuné Larry Paulsen (qui attend toujours l'issue d'une demande présentée il y a plus de huit ans). Ce résultat serait injuste.

#### I. *L'obligation d'accommoder*

[81] La première nation avance que dans la présente affaire, il y avait une obligation juridique non seulement de tenir une consultation au plan procédural, mais d'offrir des mesures concrètes d'accommodement. Il est précisé dans *Nation haïda* et dans *Première nation crie Mikisew* que l'obligation de consulter *peut*, dans certains cas, exiger des accommodements. Le critère ne consiste pas, comme on a parfois semblé le soutenir dans l'argumentation, dans une obligation d'accommoder jusqu'au point où la population non autochtone subit une contrainte excessive. Une consultation adéquate ayant eu lieu, il incombe à la Cour d'examiner la façon dont le directeur a exercé son pouvoir discrétionnaire, compte tenu de l'ensemble des circonstances et des intérêts pertinents, y compris les droits de la première nation ainsi que la nature et la gravité de l'incidence, sur ces droits, de la mesure proposée à laquelle la première nation s'oppose.

[82] La parcelle de 65 hectares avait déjà été redélimitée à la demande pressante du gouvernement

various concerns. The First Nation did not suggest any alternative configuration that would be more acceptable (although it suggested at one point that any farming should be organic in nature). In this case, in its view, accommodation must inevitably lead to rejection of the Paulsen application. However, with respect, nothing in the treaty itself or in the surrounding circumstances gave rise to a requirement of accommodation. The government was “taking up” surrendered Crown land for agricultural purposes as contemplated in the treaty.

[83] The concerns raised by the First Nation were important, but the question before the Director was in some measure a policy decision related to the 1991 Agricultural Policy as well as to whether, on the facts, the impact on the First Nation interests were as serious as claimed. He then had to weigh those concerns against the interest of Larry Paulsen in light of the government’s treaty and other legal obligations to Aboriginal people. It is likely that many, if not most, applications for grants of remote land suitable for raising livestock will raise issues of wildlife habitat, and many grants that interfere with traplines and traditional economic activities will also have a cultural and educational dimension. The First Nation points out that the Paulsen proposed building would trigger a “no-shooting zone” that would affect Johnny Sam’s use of his cabin (as well as his trapline). However, where development occurs, shooting is necessarily restricted, and the LSCFN Treaty is not an anti-development document.

[84] *Somebody* has to bring consultation to an end and to weigh up the respective interests, having in mind the Yukon public policy favouring agricultural development where the rigorous climate of the Yukon permits. The Director is the person with the delegated authority to make the decision whether to approve a grant of land already surrendered by the

pour tenir compte de certaines préoccupations. La première nation n’a suggéré aucune autre délimitation qui lui aurait été plus acceptable (bien qu’elle ait mentionné à un certain moment que toute activité agricole devait être de nature biologique). Dans le cas présent, l’accommodement doit inévitablement, à ses yeux, entraîner le rejet de la demande de M. Paulsen. Toutefois, le traité lui-même ou l’ensemble des circonstances ne donnent en aucun cas ouverture à une obligation d’accommodement. Le gouvernement « prenait » des terres de la Couronne cédées pour qu’elles servent à l’agriculture, ce que le traité envisageait.

[83] Les préoccupations soulevées par la première nation étaient certes importantes, mais la question soumise au directeur constituait dans une certaine mesure une décision touchant à la Politique agricole pour 1991 ainsi qu’à la question de savoir si, d’après les faits, les incidences sur les intérêts de la première nation étaient aussi graves que celle-ci le prétendait. Il devait alors mettre dans la balance ces préoccupations et l’intérêt de Larry Paulsen à la lumière des obligations juridiques (issues de traités ou non) du gouvernement envers les Autochtones. Bon nombre, sinon la plupart, des demandes de concession de terres éloignées propres à l’élevage du bétail susciteront des préoccupations au chapitre de l’habitat faunique, et de nombreuses concessions de terres nuisant aux territoires de piégeage et aux activités économiques traditionnelles auront aussi une dimension culturelle et éducative. La première nation souligne que le bâtiment proposé par M. Paulsen entraînerait la création d’une [TRADUCTION] « zone d’interdiction de chasse » qui entraverait l’utilisation par Johnny Sam de sa cabane (et de son territoire de piégeage). Cependant, le développement a nécessairement pour conséquence des restrictions en matière de chasse, et le traité PNLSC n’est pas un document anti-développement.

[84] Il doit y avoir *quelqu’un* qui met un terme à la consultation et soupèse les intérêts respectifs en jeu en tenant compte de la politique du Yukon favorable au développement de l’agriculture là où le climat rigoureux le permet. Or, le directeur est la personne à qui a été délégué le pouvoir de décider s’il y a lieu d’approuver la concession de terres déjà

First Nation. The purpose of the consultation was to ensure that the Director's decision was properly informed.

[85] The Director did not err in law in concluding that the consultation in this case with the First Nation was adequate.

[86] The advice the Director received from his officials after consultation is that the impact would not be significant. There is no evidence that he failed to give the concerns of the First Nation "full and fair consideration". The material filed by the parties on the judicial review application does not demonstrate any palpable error of fact in his conclusion.

[87] It seems the Director was simply not content to put Mr. Paulsen's interest on the back burner while the government and the First Nation attempted to work out some transitional rough spots in their relationship. He was entitled to proceed as he did.

[88] Whether or not a court would have reached a different conclusion on the facts is not relevant. The decision to approve or not to approve the grant was given by the Legislature to the Minister who, in the usual way, delegated the authority to the Director. His disposition was not unreasonable.

#### IV. Conclusion

[89] I would dismiss the appeal and cross-appeal, with costs.

English version of the reasons of LeBel and Deschamps JJ. delivered by

[90] DESCHAMPS J. — The Court has on numerous occasions invited governments and Aboriginal peoples to negotiate the precise definitions of Aboriginal rights and the means of exercising them. To protect the integrity of the negotiation process, the Court developed, on the basis of what was

cédées par la première nation. La consultation avait pour but de garantir que la décision du directeur était prise en connaissance de cause.

[85] Le directeur n'a pas commis d'erreur de droit en concluant qu'en l'espèce, la consultation avec la première nation était adéquate.

[86] Selon l'avis reçu de ses fonctionnaires par le directeur après la consultation, les incidences ne seraient pas importantes. Rien n'indique que les préoccupations de la première nation n'ont pas fait l'objet d'un « examen complet et équitable » de sa part. Les documents déposés par les parties lors de la demande de contrôle judiciaire ne révèlent l'existence d'aucune erreur de fait manifeste dans sa conclusion.

[87] Il semble que le directeur était simplement mécontent de mettre en veilleuse le cas de M. Paulsen alors que le gouvernement et la première nation tentaient d'aplanir certaines difficultés liées à la transition dans le cadre de leur relation. Il avait le droit d'agir comme il l'a fait.

[88] Le fait qu'un tribunal judiciaire aurait éventuellement pu arriver à une conclusion différente à partir des mêmes faits n'est pas pertinent. La décision d'approuver ou de ne pas approuver la concession de la parcelle de terre a été confiée par l'assemblée législative au ministre qui, de la façon habituelle, a délégué ce pouvoir au directeur. La décision prise par ce dernier n'était pas déraisonnable.

#### IV. Conclusion

[89] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et le pourvoi incident, avec dépens.

Les motifs des juges LeBel et Deschamps ont été rendus par

[90] LA JUGE DESCHAMPS — La Cour a maintes fois invité les gouvernements et les peuples autochtones à négocier la définition précise et les modalités d'exercice des droits ancestraux de ces peuples. Afin de protéger l'intégrité du processus de négociation, la Cour a formulé, à partir de ce qui n'était à

originally just one step in the test for determining whether infringements of Aboriginal rights are justifiable, a duty to consult that must be discharged before taking any action that might infringe as-yet-undefined rights. It later expanded the minimum obligational content of a treaty that is silent regarding how the Crown might exercise those of its rights under the treaty that affect rights granted to the Aboriginal party in the same treaty.

[91] In Yukon, the parties sat down to negotiate. An umbrella agreement and 11 specific agreements were reached between certain First Nations, the Yukon government and the Government of Canada. Through these agreements, the First Nations concerned have taken control of their destiny. The agreements, which deal in particular with land and resources, are of course not exhaustive, but they are binding on the parties with respect to the matters they cover. The Crown's exercise of its rights under the treaty is subject to provisions on consultation. To add a further duty to consult to these provisions would be to defeat the very purpose of negotiating a treaty. Such an approach would be a step backward that would undermine both the parties' mutual undertakings and the objective of reconciliation through negotiation. This would jeopardize the negotiation processes currently under way across the country. Although I agree with Binnie J. that the appeal and cross-appeal should be dismissed, my reasons for doing so are very different.

[92] Mr. Paulsen's application constituted a project to which the assessment process provided for in Chapter 12 of the Little Salmon/Carmacks First Nation Final Agreement ("Final Agreement") applied. Although that process had not yet been implemented, Chapter 12, including the transitional legal rules it contains, had been. Under those rules, any existing development assessment process would remain applicable. The requirements of the processes in question included not only consultation with the First Nation concerned, but also its participation in the assessment of the project. Any such participation would involve a more extensive

l'origine qu'une étape de la justification des atteintes aux droits ancestraux, une obligation de consultation préalable à la prise de mesures pouvant porter atteinte à ces droits non encore définis. Plus tard, elle a élargi le contenu obligationnel minimal d'un traité lorsque celui-ci omettait de prévoir la façon dont la Couronne peut exercer les droits que lui reconnaît un traité et qui ont une incidence sur ceux conférés à la partie autochtone par ce même traité.

[91] Au Yukon, les parties se sont assises ensemble. Un accord-cadre et 11 ententes particulières ont été conclus par des premières nations, le gouvernement du Yukon et le gouvernement du Canada. Ces ententes constituent la concrétisation de la prise en charge par les premières nations concernées de leur destinée. Il va de soi que tout n'est pas prévu dans ces ententes, qui portent tout particulièrement sur les terres et les ressources. En revanche, ce qui l'est lie les parties. L'exercice par la Couronne des droits qui lui sont conférés par le traité fait l'objet dans celui-ci de dispositions concernant la consultation. C'est faire affront à l'objectif même de la négociation d'un traité que d'ajouter à ces dispositions une obligation additionnelle de consultation. Une telle approche constitue un recul, qui a pour effet de saper les engagements pris par les parties l'une à l'égard de l'autre et de miner l'objectif de réconciliation par la négociation. Cet affront met en péril les processus de négociation actuellement en cours d'un bout à l'autre du pays. Si, à l'instar du juge Binnie, je suis d'avis de rejeter l'appel principal et l'appel incident, je le fais cependant pour des motifs fort différents.

[92] La demande de M. Paulsen constituait un projet soumis au processus d'évaluation prévu au chapitre 12 de l'Entente définitive de la Première nation de Little Salmon/Carmacks (« Entente définitive »). Ce processus n'avait pas été mis en œuvre, mais le chapitre 12 l'avait été, y compris les règles de droit provisoire y figurant. En vertu de ces règles, tout processus existant d'évaluation des activités de développement demeurait en vigueur. Ces processus prévoyaient non seulement la consultation de la nation autochtone concernée, mais aussi sa participation à l'évaluation du projet. Une telle participation impliquait un niveau de consultation supérieur

consultation than would be required by the common law duty in that regard. Therefore, nothing in this case can justify resorting to a duty other than the one provided for in the Final Agreement.

[93] The Crown's constitutional duty to specifically consult Aboriginal peoples was initially recognized as a factor going to the determination of whether an Aboriginal right was infringed (*Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335), and was later established as one component of the test for determining whether infringements of Aboriginal rights by the Crown were justified: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. The Court was subsequently asked in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, and *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, whether such a duty to consult could apply even before an Aboriginal or treaty right is proven to exist. The Court's affirmative answer was based on a desire to encourage the Crown and Aboriginal peoples to negotiate treaties rather than resorting to litigation.

[94] I disagree with Binnie J.'s view that the common law constitutional duty to consult applies in every case, regardless of the terms of the treaty in question. And I also disagree with the appellants' assertion that an external duty to consult can never apply to parties to modern comprehensive land claims agreements and that the Final Agreement constitutes a complete code. In my view, *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, stands for the proposition that the common law constitutional duty to consult Aboriginal peoples applies to the parties to a treaty only if they have said nothing about consultation in respect of the right the Crown seeks to exercise under the treaty. Moreover, it is essential to understand that in this context, the signature of the treaty entails a change in the nature of the consultation. When consultation is provided for in a treaty, it ceases to

à celui qui aurait été fondé sur l'obligation faite par la jurisprudence à cet égard. En conséquence, rien, en l'espèce, ne saurait justifier le recours à une obligation externe à celle prévue par l'Entente définitive.

[93] L'obligation constitutionnelle qui incombe à la Couronne de consulter de façon spéciale les Autochtones est apparue à l'origine comme facteur d'évaluation d'une atteinte à un droit autochtone (*Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335), puis a été établie en tant que composante du critère de vérification du caractère justifié des atteintes portées par la première aux droits constitutionnels des seconds : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Les affaires *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, et *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, ont ensuite posé la question de savoir si une telle obligation de consultation pouvait être mise en œuvre avant que soit établie l'existence d'un droit ancestral ou issu de traité. La réponse positive qu'a donnée notre Cour était fondée sur une volonté de favoriser la négociation de traités entre la Couronne et les peuples autochtones plutôt que le recours aux tribunaux.

[94] Si, contrairement au juge Binnie, je ne dis pas que l'obligation constitutionnelle de consultation dérogée par la jurisprudence s'applique dans tous les cas, peu importe les stipulations du traité en cause, je ne dis pas non plus, comme le font les appelants, qu'on peut affirmer qu'une obligation externe de consultation ne saurait jamais s'appliquer aux parties à un accord moderne de règlement de revendication territoriale globale et que l'Entente définitive constitue un code complet. À mon avis, il ressort de l'arrêt *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388, que l'obligation constitutionnelle de consultation des Autochtones établie par la jurisprudence ne s'applique aux parties à un traité que si celles-ci ont été silencieuses à cet égard relativement au droit que la Couronne cherche à exercer en vertu du traité. En outre, il est capital de signaler que, dans un tel contexte, un pas est franchi et que

be a measure to prevent the infringement of one or more rights, as in *Haida Nation*, and becomes a duty that applies to the Crown's exercise of rights granted to it in the treaty by the Aboriginal party. This means that where, as in *Mikisew*, the common law duty to consult applies to treaty rights despite the existence of the treaty — because the parties to the treaty included no provisions in this regard — it represents the minimum obligational content.

[95] Binnie J. has set out the facts. I will return to them only to make some clarifications I consider necessary. For now, I will simply mention that the appellants' position is based on the fact that this case concerns a modern treaty. The appellants argue that in a case involving a modern treaty, the duty to consult is strictly limited to the terms expressly agreed on by the parties and there is no such duty if none has been provided for. In their view, a duty to consult can be found to exist only if the parties have expressly provided for one. The appellants seek not a reversal of the Court of Appeal's ultimate conclusion, but a declaration on the scope of the duty to consult. The respondents, who are also cross-appellants, are asking us to overturn the Court of Appeal's decision and affirm the judgment of the Supreme Court of the Yukon Territory quashing the decision to approve the grant of land to Mr. Paulsen. The respondents submit that the source of the Crown's duty to consult them lies outside the treaty, that is, that the duty derives exclusively from constitutional values and common law principles. According to the respondents, the treaty does not purport to define their constitutional relationship with the Crown, nor does the constitutional duty apply in order to fill a gap in the treaty (R.F., at para. 11). They submit that the common law duty to consult applies because Mr. Paulsen's application would affect their interests. They invoke three interests: a right of access for subsistence harvesting purposes to the land in question in the application, their interest under the treaty in fish and wildlife

la consultation change alors de sens. Lorsqu'elle est prévue par les dispositions d'un traité, la consultation ne constitue plus une mesure visant à prévenir des atteintes à un ou plusieurs droits, comme dans l'affaire *Nation haïda*, mais plutôt une obligation touchant les modalités d'exercice, par la Couronne, des droits que la partie autochtone lui reconnaît par traité. Cela veut donc dire que dans les cas où, comme dans *Mikisew*, l'obligation jurisprudentielle de consultation intervient relativement à des droits issus d'un traité nonobstant l'existence de celui-ci — en raison du défaut des parties à ce traité d'avoir stipulé à cet égard —, c'est à titre de contenu obligational minimal.

[95] Le juge Binnie a exposé les faits. Je n'y reviendrai que pour y ajouter les précisions qui me paraîtront s'imposer. Pour l'instant, il suffit de rappeler que la thèse des appelants repose sur le fait qu'il s'agit d'un traité moderne. Ils soutiennent que, en présence d'un tel traité, l'obligation de consultation se limite strictement aux modalités dont les parties ont expressément convenu, et que si rien n'a été prévu, il n'y a pas d'obligation. Selon eux, pour pouvoir conclure à l'existence d'une obligation de consulter, il faut que celle-ci ait été explicitement formulée par les parties. Les appelants ne demandent pas l'infirmité de la conclusion ultime de la Cour d'appel, mais plutôt une déclaration sur la portée de l'obligation de consulter. Les intimés, qui sont aussi appelants incidents, sollicitent pour leur part la cassation du jugement de la Cour d'appel. Ils voudraient que soit confirmé le jugement de la Cour suprême du Yukon qui a cassé la décision autorisant la cession de la terre à M. Paulsen. Les intimés soutiennent que l'obligation qu'a la Couronne de les consulter puise sa source à l'extérieur du traité, soit exclusivement dans les valeurs constitutionnelles et les principes de la common law. Pour eux, le traité n'a pas pour objet de définir leurs relations constitutionnelles avec la Couronne et l'obligation constitutionnelle ne sert pas à combler un hiatus dans le traité (m.i., par. 11). Ils soutiennent que l'obligation jurisprudentielle de consultation s'applique parce que la demande de M. Paulsen affecte leurs intérêts. Ils invoquent trois intérêts : un droit d'accès aux fins de récolte non commerciale à la terre faisant l'objet de la demande, leur intérêt dans la gestion



management, and the reduced value of the trapline of the respondent Johnny Sam.

[96] In my view, the answers to the questions before the Court can be found first in the general principles of Aboriginal law and then in the terms of the treaty. To explain my conclusion, I must review the origin, the nature, the function and the specific purpose of the duty being relied on, after which I will discuss what can be learned from a careful review of the treaty.

### I. General Principles

[97] In *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 48-82, this Court identified four principles that underlie the whole of our constitution and of its evolution: (1) constitutionalism and the rule of law; (2) democracy; (3) respect for minority rights; and (4) federalism. These four organizing principles are interwoven in three basic compacts: (1) one between the Crown and individuals with respect to the individual's fundamental rights and freedoms; (2) one between the non-Aboriginal population and Aboriginal peoples with respect to Aboriginal rights and treaties with Aboriginal peoples; and (3) a "federal compact" between the provinces. The compact that is of particular interest in the instant case is the second one, which, as we will see, actually incorporates a fifth principle underlying our Constitution: the honour of the Crown.

[98] The Aboriginal and treaty rights of the Aboriginal peoples of Canada are recognized and affirmed in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The framers of the Constitution also considered it advisable to specify in s. 25 of that same Act that the guarantee of fundamental rights and freedoms to persons and citizens must not be considered to be inherently incompatible with the recognition of special rights for Aboriginal peoples. In other words, the first and second compacts should be interpreted not in a way that brings them into conflict with one another, but rather as being complementary. Finally, s. 35(4) provides that, notwithstanding any other provision of the *Constitution*

des ressources halieutiques et fauniques prévue au traité et la diminution de valeur de la ligne de piège que détient l'intimé Johnny Sam.

[96] À mon avis, la réponse aux questions qui sont posées à la Cour se trouve d'abord dans les principes généraux du droit relatif aux Autochtones puis dans les stipulations du traité. Pour expliquer ma conclusion, je dois revenir sur l'origine, la nature, la fonction ainsi que l'objet précis de l'obligation invoquée et sur ce qu'une lecture attentive du traité révèle.

### I. Principes généraux

[97] À l'occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 48-82, notre Cour a dégagé quatre principes qui sous-tendent l'ensemble de notre Constitution et de son évolution : (1) le constitutionnalisme et la primauté du droit; (2) la démocratie; (3) le respect des droits des minorités; (4) le fédéralisme. Ces quatre principes structurants s'articulent dans trois pactes fondamentaux : (1) pacte entre l'État et les personnes au sujet des droits et libertés fondamentaux de ces dernières; (2) pacte entre la population allochtone et les peuples autochtones sur le respect des droits ancestraux des seconds et des traités conclus avec eux; (3) « pacte fédératif » entre les provinces. Le pacte qui nous intéresse tout spécialement en l'espèce est le deuxième, dont nous verrons qu'il est, dans les faits, porteur d'un cinquième principe sous-jacent à notre Constitution : l'honneur de la Couronne.

[98] Notre *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 35(1), reconnaît et confirme les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones du Canada. Le constituant a également jugé bon de préciser, à l'art. 25 de cette même loi, que le fait qu'il reconnaisse des droits et libertés fondamentaux aux personnes et citoyens ne devait pas être jugé en soi incompatible avec la reconnaissance de droits spéciaux aux peuples autochtones. Autrement dit, lorsqu'on interprète les premier et deuxième pactes, il ne faut pas le faire de sorte qu'ils entrent en conflit, mais plutôt qu'ils se complètent. Enfin, le par. 35(4) confirme que, nonobstant toute autre disposition de la *Loi constitutionnelle de 1982*,

*Act, 1982*, the Aboriginal and treaty rights recognized and affirmed in s. 35(1) “are guaranteed equally to male and female persons”. The compact relating to the special rights of Aboriginal peoples is therefore in harmony with the other two basic compacts and with the four organizing principles of our constitutional system.

[99] In the case at bar, all the parties are, in one way or another, bound by the Final Agreement, which settles the comprehensive land claim of the Little Salmon/Carmacks First Nation. Section 35(3) of the *Constitution Act, 1982* provides that “in subsection (1)” the expression “treaty rights” includes “rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired”. The appellants’ position is based on one such agreement.

[100] The respondents, intending to rely on *Mikisew*, invoke only the Crown’s common law duty to consult Aboriginal peoples, and not the agreement, which, as can be seen from the transcript of the hearing (at p. 46), they do not allege has been breached; they submit that the purpose of the agreement in the instant case was not to define the parties’ constitutional duties.

[101] Prior consultation was used originally as a criterion to be applied in determining whether an Aboriginal right had been infringed (*Guerin*, at p. 389), and then as one factor in favour of finding that a limit on a constitutional right — whether an Aboriginal or a treaty right — of the Aboriginal peoples in question was justified (*Sparrow*, at p. 1119). The Crown failed to consult Aboriginal peoples at its own risk, so to speak, if it took measures that, should Aboriginal title or an Aboriginal or treaty right be proven to exist, infringed that right.

[102] Then, in *Haida Nation* and *Taku River*, it was asked whether such a duty to consult exists even though the existence of an Aboriginal right has not been fully and definitively established in a court proceeding or the framework for exercising such a right has not been established in a

les droits ancestraux ou issus de traités reconnus et confirmés par le par. 35(1) « sont garantis également aux personnes des deux sexes ». Le pacte relatif aux droits spéciaux des peuples autochtones s’harmonise donc avec les deux autres pactes fondamentaux et avec les quatre principes structurants de notre ordre constitutionnel.

[99] En l’espèce, les parties sont toutes, d’une manière ou d’une autre, liées par l’Entente définitive qui porte règlement de la revendication territoriale globale de la Première nation de Little Salmon/Carmacks. Justement, le par. 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982* précise que les « droits issus de traités », « dont il est fait mention au paragraphe (1) », comprennent « les droits existants issus d’accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d’être ainsi acquis. » Les appelants assoient leur position sur un tel accord.

[100] Entendant bien s’appuyer sur l’arrêt *Mikisew*, les intimés n’invoquent quant à eux que l’obligation jurisprudentielle qu’a la Couronne de consulter les Autochtones et non l’accord, à l’égard duquel ils n’allèguent aucune violation, selon ce que révèle la transcription de l’audience (p. 46), et prétendent, en l’espèce, qu’il n’avait pas pour objet de définir les obligations constitutionnelles des parties.

[101] À l’origine, la consultation préalable a été utilisée comme critère d’évaluation de la violation d’un droit autochtone (*Guerin*, p. 389), puis comme un facteur militant en faveur du caractère justifié de la restriction apportée au droit constitutionnel — ancestral ou issu de traité — des Autochtones concernés (*Sparrow*, p. 1119). Si la Couronne ne consultait pas les Autochtones, c’était pour ainsi dire à ses risques et périls si les mesures qu’elle prenait devait, en cas de preuve de l’existence d’un titre aborigène ou d’un droit ancestral ou issu de traité, se révéler attentatoires à ce droit.

[102] Les affaires *Nation haïda* et *Taku River* ont ensuite posé la question de l’existence d’une telle obligation de consultation, indépendamment de l’établissement complet et définitif d’un droit ancestral au terme d’une instance judiciaire ou d’un processus d’aménagement de ses modalités d’exercice

treaty. Had the answer to this question been no, this would have amounted, in particular, to denying that under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, the rights of Aboriginal peoples are protected by the Constitution even if no court has yet declared that those rights exist and no undertaking has yet been given to exercise them only in accordance with a treaty. A negative answer would also have had the effect of increasing the recourse to litigation rather than to negotiation, and the interlocutory injunction would have been left as the only remedy against threats to Aboriginal rights where the framework for exercising those rights has yet to be formally defined. It was just such a scenario that the Court strove to avoid in *Haida Nation* and *Taku River*, as the Chief Justice made clear in her reasons in *Haida Nation* (paras. 14 and 26).

[103] Thus, the constitutional duty to consult Aboriginal peoples involves three objectives: in the short term, to provide “interim” or “interlocutory” protection for the constitutional rights of those peoples; in the medium term, to favour negotiation of the framework for exercising such rights over having that framework defined by the courts; and, in the longer term, to assist in reconciling the interests of Aboriginal peoples with those of other stakeholders. As one author recently noted, the *raison d’être* of the constitutional duty to consult Aboriginal peoples is to some extent, if not primarily, to contribute to attaining the ultimate objective of reconciliation through the negotiation of treaties, and in particular of comprehensive land claims agreements (D. G. Newman, *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples* (2009), at pp. 18 and 41). This objective of reconciliation of course presupposes active participation by Aboriginal peoples in the negotiation of treaties, as opposed to a necessarily more passive role and an antagonistic attitude in the context of constitutional litigation (*Haida Nation*, at para. 14; S. Grammond, *Aménager la coexistence: Les peuples autochtones et le droit canadien* (2003), at p. 247). The duty to consult can be enforced in different ways. However, the courts must ensure that this duty is not distorted and invoked in a way that compromises rather than fostering negotiation.

dans un traité. Une réponse négative à cette question aurait notamment eu pour effet de nier que, en vertu de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les droits ancestraux des peuples autochtones bénéficient de la protection de la Constitution, même s’ils n’ont pas encore fait l’objet d’une déclaration judiciaire ou d’un engagement à n’être exercés que conformément aux stipulations d’un traité. Une réponse négative aurait aussi eu pour conséquence d’accroître le recours aux tribunaux plutôt qu’à la négociation et de ne laisser que l’injonction interlocutoire comme seul remède en cas de menace à des droits ancestraux dont les modalités d’exercice n’ont pas encore été formellement définies. C’est un tel scénario qu’a résolument voulu écarter la Cour dans *Nation haïda* et *Taku River*. Ce qui précède se dégage clairement des motifs rédigés par la Juge en chef dans l’affaire *Nation haïda* (par. 14 et 26).

[103] L’obligation constitutionnelle de consulter les Autochtones vise donc trois objectifs : à court terme, assurer la protection « provisoire » ou « interlocutoire » des droits constitutionnels des peuples autochtones; à moyen terme, favoriser la négociation des modalités d’exercice de tels droits plutôt que leur définition par les tribunaux; enfin, à plus long terme, permettre la réconciliation des intérêts respectifs des Autochtones et des autres parties concernées. Comme l’a d’ailleurs récemment souligné un auteur, l’obligation constitutionnelle de consultation des Autochtones a notamment, sinon principalement, pour raison d’être de contribuer à l’objectif ultime de réconciliation par la négociation de traités, en particulier d’accords de règlement de revendications territoriales globales (D. G. Newman, *The Duty to Consult : New Relationships with Aboriginal Peoples* (2009), p. 18 et 41). Cet objectif de réconciliation suppose bien entendu l’exercice, par les Autochtones, d’un rôle actif de nature constituante lors de la négociation de traités plutôt qu’un rôle forcément plus passif et une attitude antagoniste en cas de contentieux constitutionnel (*Nation haïda*, par. 14; S. Grammond, *Aménager la coexistence : Les peuples autochtones et le droit canadien* (2003), p. 247). L’obligation de consultation peut faire l’objet d’une forme ou une autre d’exécution forcée. Les tribunaux doivent toutefois veiller à ce que cette obligation de

That, in my view, would be the outcome if we were to accept the respondents' argument that the treaties, and the Final Agreement in particular, do not purport to define the parties' constitutional duties, including what the Crown party must do to consult the Aboriginal party before exercising its rights under the treaty.

[104] The short-, medium- and long-term objectives of the constitutional duty to consult Aboriginal peoples are all rooted in the same fundamental principle with respect to the rights of Aboriginal peoples, namely the honour of the Crown, which is always at stake in relations between the Crown and Aboriginal peoples (*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 24). Obviously, when these relations involve the special constitutional rights of Aboriginal peoples, the honour of the Crown becomes a source of constitutional duties and rights, such as the Crown's duty to consult Aboriginal peoples with respect to their Aboriginal or treaty rights (*R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 6).

[105] This Court has, over time, substituted the principle of the honour of the Crown for a concept — the fiduciary duty — that, in addition to being limited to certain types of relations that did not always concern the constitutional rights of Aboriginal peoples, had paternalistic overtones (*St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211, at p. 219; *Guerin; Sparrow; Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159, at p. 183; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Haida Nation; Taku River Tlingit First Nation; Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911, at para. 9, *per* McLachlin C.J.; *Mikisew*, at para. 51). Before being raised to the status of a constitutional principle, the honour of the Crown was originally referred to as the “sanctity” of the “word of the white man” (*R. v. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (B.C.C.A.), at p. 649, *aff'd* (1965), 52 D.L.R. (2d) 481 (S.C.C.); see also *R. v. Sioui*,

consultation ne soit pas dénaturée et invoquée d'une manière qui compromette la négociation au lieu de la favoriser. C'est ce qui se produirait, à mon avis, si on retenait l'argument des intimés selon lequel les traités, et plus particulièrement l'Entente définitive, n'ont pas pour objet de définir les obligations constitutionnelles des parties, y compris les modalités de la consultation de la partie autochtone par la partie étatique avant l'exercice par cette dernière des droits que lui reconnaît le traité.

[104] Les différents objectifs — à court, moyen et long terme — de l'obligation constitutionnelle de consultation des Autochtones procèdent tous d'un même principe fondamental en ce qui concerne les droits des peuples autochtones : l'honneur de la Couronne, qui est toujours en jeu dans les rapports entre l'État et les peuples autochtones (*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 24). De toute évidence, lorsque ces rapports portent sur les droits constitutionnels spéciaux de ces peuples, l'honneur de la Couronne devient alors source d'obligations et de droits constitutionnels, comme c'est le cas pour l'obligation de la Couronne de consulter les Autochtones relativement aux droits ancestraux ou issus de traités de ces derniers (*R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 6).

[105] Dans notre jurisprudence, le principe de l'honneur de la Couronne tend à se substituer à une notion qui possède à la fois une portée se limitant à certains types de rapports n'intéressant pas toujours les droits constitutionnels des Autochtones et des relents de paternalisme, à savoir l'obligation de fiduciaire (*St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. The King*, [1950] R.C.S. 211, p. 219; *Guerin; Sparrow; Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159, p. 183; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Nation haïda; Première nation Tlingit de Taku River; Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 9, la juge en chef McLachlin; *Mikisew*, par. 51). Avant d'être élevé au rang de principe constitutionnel, l'honneur de la Couronne s'est d'abord entendu du caractère « sacré » de la [TRADUCTION] « parole de l'homme blanc » (*R. c. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (C.A.C.-B.), p. 649, *conf. par* (1965), 52 D.L.R.

[1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1041, and *Province of Ontario v. Dominion of Canada* (1895), 25 S.C.R. 434, at pp. 511-12, per Gwynne J. (dissenting)). The honour of the Crown thus became a key principle for the interpretation of treaties with Aboriginal peoples (*R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 41; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393, at paras. 24 and 46; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, at para. 78, per McLachlin J. (as she then was), dissenting, but not on this issue; *Mikisew*, at para. 51).

[106] Associating the honour of the Crown with the observance of duly negotiated treaties implies that some value is placed on the treaty negotiation process. But for the treaty to have legal value, its force must be such that neither of the parties can disregard it. The principle of the honour of the Crown does not exempt the Aboriginal party from honouring its own undertakings. What is in question here is respect for the ability of Aboriginal peoples to participate actively in defining their special constitutional rights, and for their autonomy of judgment.

[107] To allow one party to renege unilaterally on its constitutional undertaking by superimposing further rights and obligations relating to matters already provided for in the treaty could result in a paternalistic legal contempt, compromise the national treaty negotiation process and frustrate the ultimate objective of reconciliation. This is the danger of what seems to me to be an unfortunate attempt to take the constitutional principle of the honour of the Crown hostage together with the principle of the duty to consult Aboriginal peoples that flows from it.

[108] The Crown does indeed act honourably when it negotiates in good faith with an Aboriginal nation to conclude a treaty establishing how that nation is to exercise its special rights in its traditional territory. Adhering to the principle of the honour of the Crown also requires that in the course of negotiations the Crown consult the Aboriginal party, to an extent that can vary, and in some cases find ways to “accommodate” it, before taking steps or making

(2d) 481 (C.S.C.); voir également *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1041, et *Province of Ontario c. Dominion of Canada* (1895), 25 R.C.S. 434, p. 511-512, le juge Gwynne (dissident)). L'honneur de la Couronne est ainsi devenu un principe cardinal d'interprétation des traités conclus avec les Autochtones (*R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 41; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, par. 24 et 46; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 78, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dissidente, mais non sur cette question; *Mikisew*, par. 51).

[106] Associer l'honneur de la Couronne au respect des traités dûment négociés suppose une certaine valorisation du processus de négociation de ces traités. Or, la valeur juridique même du traité dépend de la capacité de celui-ci d'être respecté par les deux parties. Le principe de l'honneur de la Couronne ne dispense pas la partie autochtone de l'obligation d'honorer ses propres engagements. Il en va du respect de la capacité des peuples autochtones de prendre une part active à la définition de leurs droits constitutionnels spéciaux, du respect de leur autonomie de jugement.

[107] Permettre à une partie de revenir unilatéralement sur son engagement constitutionnel en y superposant des droits et obligations additionnels portant sur des matières déjà prévues au traité risque de se traduire par un mépris juridique paternaliste, de compromettre le processus national de négociation de traités et de nuire à la poursuite de l'objectif ultime de réconciliation. Voilà le péril auquel nous expose ce qui me semble être une malheureuse prise en otage du principe constitutionnel de l'honneur de la Couronne et du principe en découlant, l'obligation de consulter les Autochtones.

[108] La Couronne se montre assurément honorable lorsqu'elle négocie de bonne foi avec une nation autochtone un traité précisant les modalités d'exercice des droits spéciaux de celle-ci sur son territoire traditionnel. Le respect du principe de l'honneur de la Couronne exige aussi que, en cas de négociation, cette dernière consulte avec une intensité variable la partie autochtone et, dans certains cas, trouve le moyen de l'« accommoder » avant de prendre des

decisions that could infringe special constitutional rights in respect of which the Crown has already agreed to negotiate a framework for exercising them (*Haida Nation; Taku River*). Since the honour of the Crown is more a normative legal concept than a description of the Crown's actual conduct, it implies a duty on the part of the Crown to consult Aboriginal peoples not only with respect to the Aboriginal rights to which the negotiations actually relate, but also with respect to any Aboriginal right the potential existence of which the Crown can be found to have constructive knowledge, provided, of course, that what it plans to do might adversely affect such rights (*Haida Nation*, at para. 35). As we have seen, this principle also requires that the Crown keep its word and honour its undertakings after a treaty has been signed.

[109] In concluding a treaty, the Crown does not act dishonourably in agreeing with an Aboriginal community on an elaborate framework involving various forms of consultation with respect to the exercise of that community's rights: consultation in the strict sense, participation in environmental and socio-economic assessments, co-management, etc. Nor, in such cases — which are the norm since the signing of the *James Bay and Northern Québec Agreement* in 1975 — does the Crown act dishonourably in concluding a land claim agreement based on Aboriginal rights if it requires the Aboriginal party to agree that no parallel mechanism relating to a matter covered by the treaty will enable that party to renege on its undertakings. Legal certainty is the primary objective of all parties to a comprehensive land claim agreement.

[110] It has sometimes been asserted, incorrectly in my opinion, that in treaty negotiations, the Crown and Aboriginal parties have deeply divergent points of view respecting this objective of legal certainty, which only the Crown is really interested in pursuing. Excessive weight should not be given to the arguments of the parties to this case, as their

mesures ou décisions susceptibles d'attenter à des droits constitutionnels spéciaux dont elle a justement accepté de négocier les modalités d'exercice (*Nation haïda; Taku River*). En réalité, étant davantage un concept juridique normatif qu'un concept descriptif de l'action réelle de la Couronne, l'honneur de la Couronne implique l'obligation pour celle-ci de consulter les Autochtones non seulement au sujet des droits ancestraux effectivement visés par les négociations, mais également au sujet de tout droit ancestral dont la connaissance ou l'existence potentielle peut lui être imputée, pour autant, bien entendu, que les dispositions qu'elle envisage de prendre seraient susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur de tels droits (*Nation haïda*, par. 35). Ce même principe commande aussi, comme nous l'avons vu, que la Couronne tienne parole et respecte ses engagements une fois un traité conclu.

[109] Dans le cadre de la conclusion d'un traité, il n'y a rien de déshonorant pour la Couronne à s'entendre avec une communauté autochtone sur un régime détaillé et multiforme de consultation relative à l'exercice des droits de cette communauté : consultation au sens strict, participation à l'évaluation environnementale et socioéconomique, cogestion, etc. En outre, dans un tel cas — et c'est normalement ce qui se produit depuis la signature de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* en 1975 — lors de la conclusion de tout accord de règlement d'une revendication territoriale fondée sur des droits ancestraux, il n'y a rien non plus de déshonorant de la part de la Couronne à exiger de la partie autochtone qu'aucun régime parallèle relatif à une matière prévue au traité ne permette à celle-ci de revenir sur ses engagements. En effet, la sécurité juridique est l'objectif premier de toutes les parties à un accord portant règlement de revendication territoriale globale.

[110] On a parfois affirmé, à tort selon moi, que, dans la négociation d'un traité, la partie étatique et la partie autochtone divergeaient profondément d'opinions relativement à cet objectif de sécurité juridique, ou « certitude », dont seul l'État aurait à cœur la poursuite. Il ne faut pas accorder un poids démesuré aux thèses avancées par les parties en

positions have clearly become polarized as a result of the adversarial context of this proceeding.

[111] In fact, according to studies commissioned by the United Nations, (1) lack of precision with respect to their special rights continues to be the most serious problem faced by Aboriginal peoples, and (2) Aboriginal peoples attach capital importance to the conclusion of treaties with the Crown (M. Saint-Hilaire, “La proposition d’entente de principe avec les Innus: vers une nouvelle génération de traités?” (2003), 44 *C. de D.* 395, at pp. 397-98). It is also wrong, in my opinion, to say that Aboriginal peoples’ relational understanding of the treaty is incompatible with the pursuit of the objective of legal certainty. On this understanding, that of “treaty making”, the primary purpose of these instruments is to establish a relationship that will have to evolve (M. L. Stevenson, “Visions of Certainty: Challenging Assumptions”, in Law Commission of Canada, ed., *Speaking Truth to Power: A Treaty Forum* (2001), 113, at p. 121; R. A. Williams, *Linking Arms Together* (1997)). The concept of an agreement that provides certainty is not synonymous with that of a “final agreement”, or even with that of an “entire agreement”. Legal certainty cannot be attained if one of the parties to a treaty can unilaterally renege on its undertakings with respect to a matter provided for in the treaty where there is no provision for its doing so in the treaty. This does not rule out the possibility of there being matters not covered by a treaty with respect to which the Aboriginal party has not surrendered possible Aboriginal rights. Nor does legal certainty imply that an equitable review mechanism cannot be provided for in a treaty.

[112] Thus, it should be obvious that the best way for a court to contribute to ensuring that a treaty fosters, in the words of Binnie J., “a positive long-term relationship between Aboriginal and non-Aboriginal communities” (at para. 10) consists first and foremost in ensuring that the parties cannot unilaterally renege on their undertakings. And once legal certainty has been pursued as a common objective at the negotiation stage, it

l’espèce, qui ont arrêté des positions sans nul doute polarisées par le contexte contradictoire de la présente instance.

[111] En effet, des travaux commandés par l’Organisation des Nations Unies ont révélé que (1) le déficit de précision de leurs droits spéciaux demeurerait le problème le plus important pour les peuples autochtones, en même temps que (2) l’importance capitale que revêt aux yeux de ces peuples la conclusion de traités avec les États (M. Saint-Hilaire, « La proposition d’entente de principe avec les Innus : vers une nouvelle génération de traités? » (2003), 44 *C. de D.* 395, p. 397-398). On fait également fausse route, à mon avis, lorsqu’on affirme que la conception relationnelle que se font les Autochtones des traités est incompatible avec la poursuite d’un objectif de sécurité juridique. Suivant cette conception de la [TRADUCTION] « négociation de traités » (« *treaty making* »), ces instruments viseraient principalement à établir une relation qui serait appelée à évoluer (M. L. Stevenson, « Visions de certitude : question d’hypothèses », dans Commission du droit du Canada, dir., *Parlons franchement à propos des traités* (2001), 123, p. 132; R. A. Williams, *Linking Arms Together* (1997)). Or, la notion d’« accord sûr » ne coïncide pas avec celle d’« accord définitif », ni même avec celle d’« accord complet ». Il ne saurait y avoir de sécurité juridique si une des parties à un traité pouvait — unilatéralement et sans que cela ne soit prévu au traité — revenir sur ses engagements à l’égard d’une matière prévue à ce traité. Cela ne veut pas dire qu’il ne peut pas exister de matières dont les parties n’auront pas traité et à l’égard desquelles la partie autochtone pourra ne pas avoir renoncé à d’éventuels droits ancestraux. La sécurité juridique n’exclut pas non plus la possibilité de prévoir, dans un traité, un mécanisme équitable de réexamen.

[112] En ce sens, il devrait être évident que la meilleure façon pour les tribunaux de contribuer à ce qu’un traité favorise, comme le souhaite le juge Binnie, « une relation à long terme harmonieuse entre les collectivités autochtones et non autochtones » (par. 10), consiste d’abord et avant tout à s’assurer que les parties ne puissent revenir unilatéralement sur leurs engagements. Et il se trouve que, en aval de sa poursuite en tant qu’objectif partagé à

cannot become a one-way proposition at the stage of implementation of the treaty. On the contrary, certainty with respect to one party's rights implies that the party in question must discharge its obligations and respect the other party's rights. Having laboured so hard, in their common interest, to substitute a well-defined legal system for an uncertain normative system, both the Aboriginal party and the Crown party have an interest in seeing their efforts bear fruit.

[113] Except where actions are taken that are likely to unilaterally infringe treaty rights of an Aboriginal people, it is counterproductive to assert, as the respondents do, that the common law duty to consult continues to apply in all cases, even where a treaty exists. However, the appellants' argument goes much too far. As I explain more fully below, the fact that a treaty has been signed and that it is the entire agreement on some aspects of the relationship between an Aboriginal people and the non-Aboriginal population does not imply that it is a complete code that covers every aspect of that relationship. It is in fact because the agreement in issue does provide that the Aboriginal party has a right to various forms of consultation with respect to the rights the Crown wishes to exercise in this case that rights and obligations foreign to the mechanism provided for in the treaty must not be superimposed on it, and not simply, as the appellants submit, because this is a "modern" treaty constituting a land claims agreement.

[114] It is true that s. 35(3) of the *Constitution Act, 1982* recognizes the existence of a category of treaties, called "land claims agreements", which, in constitutional law, create "treaty" rights within the meaning of s. 35(1). Thus, although the courts will certainly take the context of the negotiation of each treaty into consideration, they will avoid, for example, developing rules specific to each category of treaty identified in the legal literature or by the government (e.g., "peace and friendship" treaties, "pre-Confederation" treaties, "numbered" treaties and "modern" treaties).

l'étape de la négociation, la sécurité juridique ne saurait, à l'étape de la mise en œuvre d'un traité, opérer à sens unique. Au contraire, la sécurité des droits d'une partie implique nécessairement que celle-ci s'acquitte de ses obligations et respecte les droits de l'autre partie. S'étant toutes deux échinées, dans leur intérêt commun, à substituer un système juridique précis à un régime normatif incertain, la partie autochtone et la partie étatique ont toutes deux intérêt à ce que leur œuvre produise ses effets.

[113] Sauf en ce qui concerne la prise de mesures susceptibles d'enfreindre unilatéralement des droits reconnus par traité à un peuple autochtone, il est contre-productif d'affirmer, comme le font les intimés, que l'obligation de consultation de régime jurisprudentiel demeure toujours applicable, même en présence d'un traité. Cela dit, la thèse des appelants va beaucoup trop loin. Comme je l'explique plus amplement ci-dessous, le fait qu'un traité ait été signé et qu'il s'agisse de l'entente complète sur certains aspects de la relation des Autochtones avec les non-Autochtones ne signifie pas qu'il s'agit d'un code complet couvrant tous les aspects de cette relation. En l'espèce, c'est justement parce que l'accord en cause traite bel et bien des différentes formes de consultation auxquelles a droit la partie autochtone concernant les droits que la Couronne veut exercer qu'il faut se garder de superposer à ce régime des droits et obligations qui lui sont étrangers, et non pas simplement, comme le prétendent les appelants, parce qu'il s'agit d'un traité « moderne » constituant un accord portant règlement de revendications territoriales.

[114] Il est vrai que le par. 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît l'existence d'une catégorie de traités, appelés « accords sur des revendications territoriales », dont la loi constitutionnelle confirme qu'ils créent des droits « issus de traités » visés au par. 35(1). Cela dit, les tribunaux prendront certes acte du contexte des négociations de chaque traité, mais ils éviteront, par exemple, de dégager des règles particulières pour chaque catégorie de traités reconnue par la doctrine ou l'administration publique (p. ex. traités « de paix et d'amitié », traités « préconfédératifs », traités « numérotés », traités « modernes »).



[115] In *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557, LeBel J. and I rejected the date of signature as the criterion for determining the rules of interpretation applicable to treaties entered into with Aboriginal peoples: “. . . the issue relates to the context in which an agreement was negotiated and signed, not to the date of its signature” (para. 114). We arrived at that conclusion because we did not believe that distinct legal meanings flowed from the identification in the legal literature and by the government of various categories of treaties on the basis of the historical periods in which the treaties were signed. This approach was also taken by McLachlin J., dissenting on a different issue, in *Marshall*, as she said that “each treaty must be considered in its unique historical and cultural context”, which “suggests” that the practice of “slot[ting] treaties into different categories, each with its own rules of interpretation . . . should be avoided” (para. 80).

[116] If, in a given case, a court feels freer to maintain a certain critical distance from the words of a treaty and can as a result interpret them in a manner favourable to the Aboriginal party, this will be because it has been established on the evidence, including historical and oral evidence, that the written version of the exchange of promises probably does not constitute an accurate record of all the rights of the Aboriginal party and all the duties of the Crown that were created in that exchange. It is true that, where certain time periods are concerned, the context in which the agreements were reached will more readily suggest that the words are not faithful. But this is a question that relates more to the facts than to the applicable law, which is, in the final analysis, concerned with the common intention of the parties. From a legal standpoint, a comprehensive land claim agreement is still a treaty, and nothing, not even the fact that the treaty belongs to a given “category”, exempts the court from reading and interpreting the treaty in light of the context in which it was concluded in order to identify the parties’ common intention. This Court has had occasion to mention that, even where the oldest of treaties are involved, the interpretation “must be realistic and reflect the intention

[115] Dans *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557, le juge LeBel et moi avons rejeté la date de conclusion comme critère déterminant les règles d’interprétation des traités conclus avec les Autochtones : « . . . le choix de la méthode d’interprétation se rattache au contexte de la négociation et de la signature d’un accord, et non à la date à laquelle il a été signé » (par. 114). Cette conclusion procédait d’un refus de reconnaître une signification juridique autonome ou immédiate aux diverses catégories de traités que la doctrine et l’administration publique ont établies sur la base d’un découpage historique. Cette approche a aussi été défendue par la juge McLachlin, dissidente sur une autre question, qui a affirmé, dans l’arrêt *Marshall*, que « chaque traité doit être examiné à la lumière de son contexte historique et culturel particulier », principe qui « tend à indiquer » que la pratique consistant à « classer les traités en diverses catégories, dont chacune aurait ses propres règles d’interprétation [. . .] devrait être évitée » (par. 80).

[116] Dans les cas où les tribunaux se sentiront davantage libres de prendre une certaine distance critique par rapport au texte d’un traité et pourront, de ce fait, l’interpréter d’une manière favorable à la partie autochtone, ce sera parce que la preuve, y compris la preuve historique et orale, aura établi qu’il est probable que la version écrite de l’échange de promesses ne consigne pas fidèlement tous les droits de la partie autochtone et toutes les obligations de la Couronne qu’a créés cet échange. Il est vrai que, pour certaines époques, le contexte de conclusion des accords suggérera plus facilement l’existence d’une telle infidélité du texte. Mais cela ressortit davantage aux faits qu’au droit applicable, lequel s’attache en dernière analyse à l’intention commune des parties. Du point de vue juridique, les accords de règlement de revendications territoriales globales demeurent des traités. Et rien, pas même l’appartenance du traité à une « catégorie » donnée, ne dispense de lire et d’interpréter ce traité à la lumière du contexte de sa conclusion afin de dégager l’intention commune des parties. La Cour a d’ailleurs eu l’occasion de rappeler que, même lorsqu’il s’agit de traités plus anciens, l’interprétation « doit être réaliste et refléter l’intention des deux parties et non seulement celle [de la première

of both parties, not just that of the [First Nation]” (*Sioui*, at p. 1069). I would even say that it would be wrong to think that the negotiating power of Aboriginal peoples is directly related to the time period in which the treaty was concluded, as certain Aboriginal nations were very powerful in the early years of colonization, and the European newcomers had no choice but to enter into alliances with them.

[117] My finding with regard to the interpretation of treaties is equally applicable to the relationship between treaties and the law external to them or, in other words, to the application to treaties of the rules relating to conflicting legislation: the mere fact that a treaty belongs to one “category” or another cannot mean that a different set of rules applies to it in this regard. The appellants’ invitation must therefore be declined: even when the treaty in issue is a land claims agreement, the Court must first identify the common intention of the parties and then decide whether the common law constitutional duty to consult applies to the Aboriginal party.

[118] Thus, the basis for distinguishing this case from *Mikisew* is not the mere fact that the treaty in issue belongs to the category of modern land claims agreements. As Binnie J. mentions in the case at bar (at para. 53), the treaty in issue in *Mikisew* was silent on how the Crown was to exercise its right under the treaty to require or take up tracts “from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes”. This constituted an omission, as, without guidance, the exercise of such a right by the Crown might have the effect of nullifying the right of the Mikisew under the same treaty “to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing”. Therefore, where there is a treaty, the common law duty to consult will apply only if the parties to the treaty have failed to address the issue of consultation.

nation] » (*Sioui*, p. 1069). Je dirais même qu’il serait erroné de penser que le pouvoir de négociation des Autochtones est directement fonction de l’époque du traité, car certaines nations autochtones étaient très puissantes au début de la colonisation et les arrivants européens ne pouvaient se passer d’alliances avec elles.

[117] Ma conclusion au sujet de l’interprétation des traités vaut tout autant en ce qui concerne la relation entre ceux-ci et le droit qui leur est extérieur, autrement dit, au sujet de l’application aux traités des règles relatives aux conflits de lois : le simple fait qu’un traité appartienne à l’une ou l’autre des « catégories » ne saurait assujettir celui-ci à un régime distinct à cet égard. L’invitation des appelants doit donc être déclinée : même lorsque le traité en cause est un accord portant règlement de revendications territoriales, la Cour doit d’abord dégager l’intention commune des parties; elle se prononcera ensuite sur l’application, à la partie autochtone, du régime jurisprudentiel relatif à l’obligation constitutionnelle de consultation.

[118] C’est donc sur une autre base que la simple appartenance du traité en cause à la catégorie des accords modernes de règlement de revendications territoriales que la présente affaire se distingue de l’affaire *Mikisew*. Comme le rappelle en l’espèce le juge Binnie (par. 53), le traité en cause dans *Mikisew* était silencieux sur les modalités d’exercice du droit reconnu à la Couronne de requérir ou prendre des terrains « de temps à autre [. . .] pour des fins d’établissements, de mine, d’opérations forestières, de commerce ou autres objets ». Il s’agissait là d’une omission, car, en l’absence de balises, l’exercice d’un tel droit par la Couronne risquait de rendre inopérant le droit des Mikisew « de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche » que le même traité leur reconnaissait par ailleurs. Par conséquent, en présence d’un traité, l’obligation jurisprudentielle de consultation ne s’appliquera qu’en cas d’omission des parties au traité d’avoir prévu cette matière.

[119] Moreover, where, as in *Mikisew*, the common law duty to consult must be discharged to remedy a gap in the treaty, the duty undergoes a transformation. Where there is a treaty, the function of the common law duty to consult is so different from that of the duty to consult in issue in *Haida Nation* and *Taku River* that it would be misleading to consider these two duties to be one and the same. It is true that both of them are constitutional duties based on the principle of the honour of the Crown that applies to relations between the Crown and Aboriginal peoples whose constitutional — Aboriginal or treaty — rights are at stake. However, it is important to make a clear distinction between, on the one hand, the Crown's duty to consult before taking actions or making decisions that might infringe Aboriginal rights and, on the other hand, the minimum duty to consult the Aboriginal party that necessarily applies to the Crown with regard to its exercise of rights granted to it by the Aboriginal party in a treaty. This, in my opinion, is the exact and real meaning of the comment in *Mikisew* that the “honour of the Crown exists as a source of obligation independently of treaties as well” (para. 51). This is also the exact meaning of the comment in *Haida Nation* that the “jurisprudence of this Court supports the view that the duty to consult and accommodate is part of a process of fair dealing and reconciliation that begins with the assertion of sovereignty and continues beyond formal claims resolution” (para. 32).

[120] Where the Crown unilaterally limits a right granted to an Aboriginal people in a treaty in taking an action that does not amount to an exercise of one of its own rights under that treaty, the infringement is necessarily a serious one, and the Crown's duty is one of reasonable accommodation. This principle is very similar to that of minimal impairment, with respect to which a duty to consult was held to exist in *Sparrow*.

[119] Par ailleurs, lorsque, comme dans l'affaire *Mikisew*, l'obligation de consultation de régime jurisprudentiel doit être mobilisée afin de combler une lacune du traité, cette obligation connaît alors un phénomène de différenciation. En effet, en présence d'un traité, l'obligation jurisprudentielle de consultation remplit une fonction bien distincte de celle de l'obligation de consultation en cause dans les affaires *Nation haïda* et *Taku River*, si bien qu'il serait trompeur d'assimiler ces deux obligations. Certes, il s'agit dans les deux cas d'une obligation constitutionnelle, fondée sur le principe de l'honneur de la Couronne qui doit présider aux relations entre celle-ci et les peuples autochtones lorsque les droits constitutionnels — ancestraux ou issus de traités — des seconds sont en jeu. Cependant, il est important de bien distinguer, d'une part, l'obligation de consultation qui s'impose à la Couronne préalablement à la prise de mesures ou dispositions qui risquent d'enfreindre les droits ancestraux d'un peuple autochtone et, d'autre part, l'obligation minimale en matière de consultation de la partie autochtone qui s'applique impérativement à la Couronne relativement à l'exercice par celle-ci des droits que la première lui a reconnus par traité. Voilà, à mon avis, la signification précise et véritable du passage suivant de l'arrêt *Mikisew*, selon lequel l'« honneur de la Couronne existe également en tant que source d'obligation indépendante des traités » (par. 51). C'est dans ce sens précis que doit être également compris le passage suivant de l'arrêt *Nation haïda* selon lequel la « jurisprudence de la Cour étaye le point de vue selon lequel l'obligation de consulter et d'accommoder fait partie intégrante du processus de négociation honorable et de conciliation qui débute au moment de l'affirmation de la souveraineté et se poursuit au-delà du règlement formel des revendications » (par. 32).

[120] Lorsque, autrement que dans l'exercice d'un droit découlant d'un traité, la Couronne restreint unilatéralement un droit conféré par ce traité à un peuple autochtone, une telle atteinte est forcément grave et l'obligation qu'a alors la Couronne consiste à prendre des mesures d'accommodement raisonnable. Et cette norme rejoint d'ailleurs celle de l'atteinte minimale, contexte dans lequel l'arrêt *Sparrow* a reconnu l'obligation de consulter.

[121] The consultation that must take place if the Crown's exercise of its own rights under a treaty impairs a right of the Aboriginal party will consist in either: (1) the measures provided for in the treaty in this regard; or (2) if no such measures are provided for in the treaty, the consultation required under the common law framework, which varies with the circumstances, and in particular with the seriousness of any potential effects on the Aboriginal party's rights under the treaty (*Haida Nation*, at para. 39; *Mikisew*).

[122] One thing must be made clear at this point, however. Where a treaty provides for a mechanism for consulting the Aboriginal party when the Crown exercises its rights under the treaty — one example would be the participation of the Aboriginal party in environmental and socio-economic assessments with respect to development projects — what the treaty does is to override the common law duty to consult the Aboriginal people; it does not affect the general administrative law principle of procedural fairness, which may give rise to a duty to consult rights holders individually. The constitutional duty to consult Aboriginal peoples is rooted in the principle of the honour of the Crown, which concerns the special relationship between the Crown and Aboriginal peoples as peoples (*Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, at paras. 59-60). It is as a result of this special relationship, originally based on the recognition of Aboriginal institutions that existed before the Crown asserted its sovereignty, that Aboriginal peoples, as peoples, can enter into treaties with the Crown. The general rules of administrative law do not normally form part of the matters provided for in comprehensive land claims agreements.

[123] When all is said and done, the fatal flaw in the appellants' argument that the duty to consult can never apply in the case of a modern treaty is that they confuse the concept of an agreement that provides certainty with that of an "entire agreement". The imperative of legal certainty that is central to the negotiation of a modern treaty and

[121] La consultation requise en vue de l'exercice de droits reconnus à la Couronne par un traité, lorsqu'il y a atteinte à un droit des Autochtones, comportera : (1) soit les mesures prévues par le traité à cet égard; (2) soit, à défaut de telles mesures dans le traité, au degré de consultation que le régime jurisprudentiel établit et qui est fonction des circonstances, notamment la gravité des effets potentiels sur les droits que le traité reconnaît à la partie autochtone (*Nation haïda*, par. 39; *Mikisew*).

[122] Une précision importante doit toutefois être apportée ici. Lorsqu'un traité établit des mesures de consultation de la partie autochtone en vue de l'exercice par la partie étatique des droits que lui reconnaît ce traité, par exemple la participation de la partie autochtone concernée à l'évaluation environnementale et socioéconomique des projets de développement, ce que le traité a pour effet d'écartier dans un tel cas est bien l'obligation jurisprudentielle de consultation du peuple autochtone, non pas toute obligation de consulter individuellement le titulaire d'un droit pouvant découler du principe général du droit administratif qu'est l'équité procédurale. L'obligation constitutionnelle de consultation des Autochtones procède du principe de l'honneur de la Couronne, lequel concerne la relation toute particulière qu'entretiennent avec l'État les Autochtones en tant que peuples (*Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 59-60). C'est d'ailleurs cette relation particulière, fondée à l'origine sur la reconnaissance d'ordres autochtones préexistants à l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté, qui explique que, en tant que peuples, les Autochtones peuvent conclure des traités avec l'État. Les règles générales du droit administratif ne font normalement pas partie des matières prévues dans les accords de règlement de revendications territoriales globales.

[123] Au fond, l'erreur qui vicie la thèse des appelants selon laquelle tout traité moderne écarte, de par sa nature, l'obligation jurisprudentielle de consultation est qu'ils confondent la notion d'« accord sûr » et celle d'« accord complet ». L'impératif de sécurité juridique qui est à la base de la négociation d'un traité moderne et qui appelle au respect de la volonté

that requires a court to defer to the will of the parties must not blind the courts to omissions by the parties. That an agreement is complete cannot be presumed; it must be found to be complete.

[124] The Court obviously cannot bind itself in future cases by assuming that every modern treaty is free of omissions or other gaps with respect to consultation. The possibility of so important a matter being omitted from a modern treaty may at first blush seem unlikely, but as can be seen from the instant case, it is very real. Were it not for the transitional law provisions in Chapter 12, there would probably have been a gap in this case and, on an exceptional basis, in the legal context of the modern treaty, the common law duty to consult could duly have been applied to fill that gap. But no such gap can be found in this case. Yet it is in fact just such a “procedural gap” that Binnie J. finds (at para. 38) to be confirmed here, but he reaches this conclusion without considering the treaty’s transitional law provisions, which, in my view, contain the answers to the questions raised in this case. I disagree with the argument that such a procedural gap exists in this case, and I also disagree with superimposing the common law duty to consult on the treaty. These, therefore, are the basic differences between us.

[125] Yukon also submits that the existence of a duty to consult may be inferred from a treaty only in accordance with its express terms. Once again, this is an argument that goes too far and is in no way consistent with the general principles of interpretation of treaties with Aboriginal peoples, even when those principles are applied to modern treaties. As we will see, the treaty itself contains interpretive provisions to the effect that an interpretation should not be limited to the express terms of the treaty, and in particular that its provisions must be read together and that any ambiguities should be resolved in light of the objectives set out at the beginning of each chapter.

des parties ne saurait rendre les tribunaux aveugles aux omissions de ces dernières. La complétude d’un accord ne se présume pas, elle se constate.

[124] La Cour ne peut évidemment pas se lier pour l’avenir et tenir pour acquis que tout traité moderne ne comporte aucune omission ou autre lacune en matière de consultation. La possibilité que, dans un traité moderne, on ait pu omettre une matière aussi importante peut sembler à première vue étonnante, mais nous verrons que la présente affaire démontre qu’une telle éventualité est pourtant bien réelle. En effet, si ce n’était des dispositions de droit provisoire que contient le chapitre 12, il y aurait probablement eu lacune en l’espèce et, à titre exceptionnel dans l’univers juridique des traités modernes au point de vue empirique, l’obligation jurisprudentielle de consultation aurait pu dûment s’appliquer pour combler cette lacune. Mais aucune lacune de ce genre ne peut être constatée dans la présente affaire. Il se trouve que c’est précisément une telle « lacune procédurale » (« *procedural gap* », par. 38) que le juge Binnie affirme être confirmée en l’espèce, et ce, sans se pencher sur le droit provisoire prévu au traité, dispositions qui, selon moi, apportent la réponse aux questions posées par les pourvois. Rejetant la thèse de l’existence, en l’espèce, d’un tel hiatus procédural, je ne souscris pas davantage à la surimposition au traité du régime jurisprudentiel de l’obligation de consultation. Voilà donc ce qui nous sépare pour l’essentiel.

[125] Dans son appel, le Yukon prétend en outre que l’existence d’une obligation de consultation ne pourra être inférée d’un traité que suivant les stipulations expresses de celui-ci. Une fois de plus, il s’agit d’un argument qui va trop loin et ne correspond d’aucune manière aux principes généraux d’interprétation des traités avec les peuples autochtones, même lorsque ces principes sont appliqués aux traités modernes. Comme nous le verrons, le traité lui-même contient des dispositions interprétatives qui précisent qu’il ne faut pas s’en tenir aux stipulations expresses, et notamment qu’il faut lire ses dispositions en corrélation et, au besoin, résoudre les ambiguïtés à la lumière des objectifs énoncés au début de chaque chapitre.

[126] These general considerations alone would form a sufficient basis for dismissing the appeal. But the provisions of the Final Agreement also confirm this conclusion, and they must, in any event, be reviewed in order to assess the respondents' argument.

## II. Treaty in Issue

[127] The analysis of the treaty that must be conducted in this case has three steps. To begin, it will be necessary to review the general framework of the treaty and highlight its key concepts. The next step will be to identify the substantive treaty rights that are in issue here, namely, on the one hand, the Crown's right the exercise of which raises the issue of consultation and, on the other hand, the right or rights of the Aboriginal party, which could be limited by the exercise of the Crown's right. Finally, and this is the determining factor, it will be necessary to discuss the formal rights and duties that result from the consultation process provided for in the treaty.

### A. *General Framework*

[128] "Comprehensive" Aboriginal land claims agreements form part of the corpus of our constitutional law. And the effect of the implementing legislation of such agreements is that they are usually binding on third parties. The agreements are most often the fruit of many years of intense negotiations. The documents in which they are set out therefore command the utmost respect.

[129] This Court was recently asked to interpret the *James Bay and Northern Québec Agreement* for the first time, some 35 years after it was signed in 1975. Since that year, 19 other similar agreements have been concluded across the country. Subsequently, to take the most striking example, although only one comprehensive claim in British Columbia has resulted in a final settlement and only seven others in that province are currently at relatively advanced stages of negotiation, no fewer than 52 other claims there have been accepted for negotiation by the Treaty Commission.

[126] Il serait possible, sur la seule base des considérations d'ordre général qui précèdent, de rejeter l'appel principal. Cependant, les dispositions de l'Entente définitive confirment elles aussi cette conclusion. Leur examen est d'ailleurs nécessaire pour évaluer la thèse des intimés.

## II. Traité en cause

[127] L'analyse du traité que requiert la présente affaire comporte trois volets. Il faudra d'abord en discerner le régime général et en dégager les notions clés. Il s'agira ensuite de déterminer les droits matériels issus de traités qui sont ici en jeu, c'est-à-dire, d'une part, le droit de la partie étatique dont l'exercice soulève la question de la consultation et, d'autre part, le droit ou les droits de la partie autochtone qui, du fait de cet exercice risque de se retrouver limités par celui du droit de la Couronne. Enfin, élément déterminant, il sera question des droits et obligations formels qui résultent du processus de consultation prévu au traité.

### A. *Régime général*

[128] Les accords portant règlement de revendications territoriales autochtones dites « globales » font partie de notre corpus constitutionnel. Qui plus est, par l'effet de leur loi de mise en œuvre, ces accords lient normalement les tiers. Ils sont d'habitude le fruit de nombreuses années d'intenses négociations. Les documents qui les consignent commandent donc le plus grand respect.

[129] Notre Cour a récemment été appelée à interpréter pour la première fois la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, quelque 35 ans après sa signature en 1975. Or, depuis cette date, c'est 19 autres accords du genre qui ont été conclus à travers le pays. Ensuite, et pour prendre l'exemple le plus fort, si à ce jour une seule revendication globale a fait l'objet d'un accord de règlement définitif en Colombie-Britannique et si sept autres seulement y sont à un stade plus ou moins avancé de négociation, en revanche pas moins de 52 autres revendications y ont été acceptées pour négociation par la Commission des traités.

[130] It was after 20 years of negotiations that the Umbrella Final Agreement between the Government of Canada, the Council for Yukon Indians and the Government of the Yukon (“Umbrella Agreement”) was signed on May 29, 1993. At that time, the Little Salmon/Carmacks First Nation was a member of the Council for Yukon Indians, and it still is today, along with nine other First Nations. The Umbrella Agreement provided for the conclusion, in accordance with its terms, of specific agreements with the various Yukon First Nations (s. 2.1.1).

[131] Although the Umbrella Agreement “does not create or affect any legal rights” (s. 2.1.2), it provides that “Settlement Agreements shall be land claims agreements within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982*” (s. 2.2.1). Moreover, according to the Umbrella Agreement, “[a] Yukon First Nation Final Agreement shall include the provisions of the Umbrella Final Agreement and the specific provisions applicable to that Yukon First Nation” (s. 2.1.3). It can be seen from the final agreements in question that the parties have given effect to this undertaking. Even the numbering of the Umbrella Agreement’s provisions has been reproduced in the 11 final agreements that have been concluded under it so far. These 11 final agreements represent over half of all the “comprehensive” land claims agreements (that is, agreements resulting from claims that Aboriginal rights exist) signed across the country. The Final Agreement in issue here was signed near Carmacks on July 21, 1997 and was subsequently ratified and implemented by enacting legislation; this last step was a condition of validity (ss. 2.2.11 and 2.2.12).

[132] The Umbrella Agreement, as a whole, is founded on a few basic concepts. It should be noted from the outset that this agreement applies to a larger territory than the land claims settlement concluded under it actually does. The agreement refers to “Settlement Land”, which is defined as “Category A Settlement Land, Category B Settlement Land or Fee Simple Settlement Land”, and to “Non-Settlement Land”, which is defined as “all land and water in the Yukon other than

[130] C’est au terme d’une vingtaine d’années de négociations que, le 29 mai 1993, était signé l’Accord-cadre définitif entre le gouvernement du Canada, le Conseil des Indiens du Yukon et le gouvernement du Yukon (« Accord-cadre »). La Première nation de Little Salmon/Carmacks était alors membre du Conseil des Indiens du Yukon. Elle l’est toujours, avec neuf autres premières nations. L’Accord-cadre prévoyait la conclusion, suivant ses stipulations, d’ententes particulières avec les diverses premières nations du Yukon (art. 2.1.1).

[131] Tandis que l’Accord-cadre « n’a pas pour effet de créer des droits légaux ou de porter atteinte à de tels droits » (art. 2.1.2), en revanche « [l]es ententes portant règlement constituent des accords sur des revendications territoriales au sens de l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* » (art. 2.2.1). De plus, l’Accord-cadre précise que « [t]oute entente définitive conclue par une première nation du Yukon doit inclure les dispositions de l’Accord-cadre définitif ainsi que les dispositions spécifiques applicables à cette première nation du Yukon » (art. 2.1.3). La lecture des ententes définitives en question révèle que cet engagement a été tenu par les parties. On a même repris, dans les 11 ententes définitives conclues jusqu’à maintenant conformément à l’Accord-cadre, la numérotation des dispositions de cet accord. Ces 11 ententes représentent ainsi plus de la moitié de la totalité des accords de règlement de revendications territoriales « globales » (c’est-à-dire fondée sur l’allégation de droits ancestraux) conclus au pays. L’Entente définitive qui nous intéresse a été signée près de Carmacks, le 21 juillet 1997, et ultérieurement ratifiée et mise en œuvre par des lois, dernière étape qui constituait une condition de validité (art. 2.2.11 et 2.2.12).

[132] Certaines notions structurent l’ensemble de l’Accord-cadre. Soulignons d’entrée de jeu que celui-ci vise un territoire plus grand que ne le fait, comme tel, le règlement des revendications dont il est porteur. En effet, il y est question, outre d’une « terre visée par le règlement » ou « terre visée par un règlement » (« *Settlement Land* ») coïncidant avec, « [s]elon le cas, les terres visées par le règlement de catégorie A, les terres visées par le règlement de catégorie B ou les terres visées par le règlement

Settlement Land” and as including “Mines and Minerals in Category B Settlement Land and Fee Simple Settlement Land, other than Specified Substances” (Chapter 1). The nature of this distinction will be helpful in our analysis of the provisions relating to legal certainty (Division 2.5.0). But one point that should be made here is that the framework provided for in the agreement varies considerably depending on which of these two broad categories the land in question belongs to. It should also be pointed out that, under the agreement, “Crown land” — such as the land in issue here that was transferred to Mr. Paulsen on October 18, 2004 — is land that, as defined, is not settlement land. Another concept used in the Umbrella Agreement is that of “traditional territory”, which transcends the distinction between settlement land and non-settlement land (Chapter 1 and Division 2.9.0). This concept of “traditional territory” is relevant not only to the possibility of overlapping claims of various Yukon First Nations, but also to the extension of claims beyond the limits of Yukon and to the negotiation of transboundary agreements (Division 2.9.0). As we will see, it is also central to the fish and wildlife co-management system established in Chapter 16 of the Final Agreement. The land that was in question in the decision of the Director of Agriculture dated October 18, 2004 in respect of Mr. Paulsen’s application is located within the traditional territory of the Little Salmon/Carmacks First Nation, and more specifically in the northern part of that territory, in a portion that overlaps with the traditional territory of the Selkirk First Nation.

[133] The appellants’ argument is based entirely on the principle that the agreement provides certainty. More precisely, it is based on an interpretation according to which that principle is indistinguishable from the principle of the “entire agreement”. As a result, they have detached a key general provision of the Final Agreement from its context and

détenues en fief simple », d’une « terre non visée par un règlement » ou « terre non visée par le règlement » (« *Non-Settlement Land* »), expression qui s’entend ici « de terres et d’eaux du Yukon qui ne sont pas des terres visées par un règlement » ainsi que des « mines et [des] minéraux — à l’exclusion des matières spécifiées — des terres visées par le règlement de catégorie B et des terres visées par le règlement détenues en fief simple » (chapitre 1). La nature de cette distinction sera utile lorsque nous examinerons les dispositions relatives à la sécurité juridique ou certitude (section 2.5.0). Mais signalons déjà que le régime prévu par l’accord varie considérablement selon qu’il est question de terres relevant de l’une ou l’autre de ces deux grandes catégories. Il convient aussi de souligner que, aux termes de l’accord, une « terre de la Couronne » — telle celle dont la cession à M. Paulsen le 18 octobre 2004 est ici en cause — est une terre qui, par définition, n’est pas une terre visée par le règlement. L’Accord-cadre utilise aussi la notion de « territoire traditionnel » qui dépasse l’opposition entre les terres visées par le règlement de la revendication et celles qui ne le sont pas (chapitre 1 et section 2.9.0). Cette notion de « territoire traditionnel » n’intéresse pas seulement la question du possible chevauchement des revendications de différentes premières nations du Yukon, mais aussi de leur débordement au-delà des limites du Yukon et de la négociation d’accords transfrontaliers (section 2.9.0). Comme nous le verrons, cette notion est également au cœur du régime de cogestion des ressources halieutiques et fauniques instauré par le chapitre 16 de l’entente définitive. La terre qui, le 18 octobre 2004, faisait l’objet de la décision du directeur de l’agriculture relativement à la demande de M. Paulsen se situe à l’intérieur du territoire traditionnel de la Première nation de Little Salmon/Carmacks, plus précisément dans sa partie nord, sur une portion qui chevauche le territoire traditionnel de la Première nation de Selkirk.

[133] La thèse des appelants repose entièrement sur le principe de l’« accord sûr ». Plus exactement, elle repose sur une interprétation imperméable à ce qui le distingue de celui d’« accord complet ». C’est ce qui explique comment ils en arrivent à détacher de son contexte une disposition générale fort importante de l’entente définitive pour en donner



interpreted it in a way that I do not find convincing. The “entire agreement” clause (s. 2.2.15), the actual source of which is the Umbrella Agreement and on which the appellants rely, provides that “Settlement Agreements shall be the entire agreement between the parties thereto and [that] there shall be no representation, warranty, collateral agreement or condition affecting those Agreements except as expressed in them.” This clause is consistent with the “out-of-court settlement” aspect of comprehensive land claims agreements. But it is not the only one, which means that such clauses must be considered in the broader context of the Final Agreement, and in particular of the provisions respecting legal certainty, which are set out under the heading “Certainty” (Division 2.5.0).

[134] On this key issue of legal certainty, the Umbrella Agreement and, later, all the final agreements negotiated under it were entered into in accordance with the 1986 federal policy on comprehensive claims (Saint-Hilaire, at pp. 407-8, note 45). It is actually possible to refer to the 1993 policy, as the 1986 policy was not modified on this point. Since 1986, the official federal policy has stated in this respect that rights with respect to land that are consistent with the agreement and “Aboriginal rights which are not related to land and resources or to other subjects under negotiation will not be affected by the exchange” (Indian and Northern Affairs Canada, *Federal Policy for the Settlement of Native Claims* (1993), at p. 9). In short, in the 1986 policy, the government announced that its conduct would be honourable in that it would aim for equitable, or [TRANSLATION] “orthodox”, exchanges (Saint-Hilaire, at p. 407). In other words, the principle endorsed in the federal policy since 1986 has involved a distinction between the agreement that provides certainty and the “entire agreement”. So much for the general principle behind the division of the agreement in issue entitled “Certainty”. Let us now consider in greater detail the specific provisions applicable to the exchange of rights established in the Final Agreement.

une interprétation qui ne me convainc pas. La clause de l’« entente complète » (« *entire agreement clause* ») (art. 2.2.15), dont la source matérielle est l’Accord-cadre et sur laquelle les appelants se fondent, est rédigée ainsi : « Chaque entente portant règlement constitue l’entente complète intervenue entre les parties à cette entente et il n’existe aucune autre assertion, garantie, convention accessoire ou condition touchant cette entente que celles qui sont exprimées dans cette dernière. » Il s’agit ici de la dimension transaction ou « règlement à l’amiable » des accords portant règlement de revendications territoriales globales. Or, celle-ci n’est pas la seule, de sorte qu’il faut replacer une telle clause dans le contexte plus général de l’entente définitive, et notamment de ses dispositions relatives à la sécurité juridique — ou « certitude » — ou, comme ici, relative aux « Précisions » (section 2.5.0).

[134] Sur cette question essentielle de la sécurité juridique, l’Accord-cadre et, par la suite, toutes les ententes définitives négociées suivant les stipulations de celui-ci, ont été conclus conformément à la politique fédérale de 1986 sur les revendications globales (Saint-Hilaire, p. 407-408, note 45). En fait, on peut ici se reporter à la politique de 1993, puisque sur cette question celle-ci n’apportait aucune modification à la politique de 1986. Depuis 1986, la politique fédérale officielle indique à cet égard que « ne seront pas touchés par l’échange » les droits de nature foncière qui sont compatibles avec l’accord ni les « droits ancestraux qui ne sont pas liés aux terres et aux ressources ou à d’autres points négociés » (Affaires indiennes et du Nord Canada, *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones* (1993), p. 10). En somme, la politique de 1986 annonçait un comportement honorable en visant des échanges équitables c’est-à-dire « orthodoxes » (Saint-Hilaire, p. 407). Autrement dit, le principe promu par la politique fédérale depuis 1986 établit une distinction entre la notion d’« accord sûr » et celle d’« accord complet ». Voilà pour le principe général qui préside à la section relative aux « Précisions » de l’accord qui nous occupe. Voyons maintenant plus en détail les modalités précises de l’échange de droits établi par l’Entente définitive.

[135] The Umbrella Agreement provides (in s. 2.5.1) that, in consideration of the promises, terms, conditions and provisos in a Yukon First Nation's final agreement,

2.5.1.1 subject to 5.14.0 [which sets out a procedure for designating "Site Specific Settlement Land" to which s. 2.5.0 will not apply], that Yukon First Nation and all persons who are eligible to be Yukon Indian People it represents, as of the Effective Date of that Yukon First Nation's Final Agreement, cede, release and surrender to Her Majesty the Queen in Right of Canada, all their aboriginal claims, rights, titles, and interests, in and to,

- (a) Non-Settlement Land and all other land and water including the Mines and Minerals within the sovereignty or jurisdiction of Canada, except the Northwest Territories, British Columbia and Settlement Land,
- (b) the Mines and Minerals within all Settlement Land, and
- (c) Fee Simple Settlement Land; [and]

2.5.1.2 that Yukon First Nation and all persons eligible to be Yukon Indian People it represents, as of the Effective Date of that Yukon First Nation's Final Agreement, cede, release and surrender to Her Majesty the Queen in Right of Canada all their aboriginal claims, rights, titles and interests in and to Category A and Category B Settlement Land and waters therein, to the extent that those claims, rights, titles and interests are inconsistent or in conflict with any provision of a Settlement Agreement . . .

According to the agreement settling its comprehensive land claim, the Little Salmon/Carmacks First Nation therefore "surrender[ed]" any Aboriginal rights it might have *in respect of land, water, mines and minerals*, (1) subject to the procedure for designating "site specific settlement land" (of which

[135] L'Accord-cadre prévoit (art. 2.5.1) que, en contrepartie des promesses, conditions et réserves prévues par l'entente définitive conclue par une première nation du Yukon :

2.5.1.1 sous réserve de la section 5.14.0 [qui prévoit une procédure de désignation de « sites spécifiques » auxquels la section 2.5.0 ne s'appliquera pas], cette première nation du Yukon et toutes les personnes qui sont admissibles en tant qu'Indiens du Yukon représentées par cette première nation — à la date d'entrée en vigueur de cette entente définitive — renoncent, en faveur de Sa Majesté la Reine du chef du Canada, à l'ensemble de leurs revendications, droits, titres et intérêts ancestraux :

- a) concernant les terres non visées par le règlement et les autres terres et eaux — y compris les mines et les minéraux — relevant de la souveraineté ou de la compétence du Canada, à l'exception des Territoires du Nord-Ouest, de la Colombie-Britannique et des terres visées par le règlement;
- b) concernant les mines et les minéraux se trouvant à l'intérieur des terres visées par le règlement;
- c) concernant les terres visées par le règlement détenues en fief simple;

2.5.1.2 cette première nation du Yukon et toutes les personnes admissibles en tant qu'Indiens du Yukon représentées par cette première nation — à la date de cette entente définitive — renoncent, en faveur de Sa Majesté la Reine du chef du Canada, à l'ensemble de leurs revendications, droits, titres et intérêts ancestraux à l'égard des terres visées par le règlement de catégorie A et de catégorie B et des eaux qui s'y trouvent, dans la mesure où ces revendications, droits, titres et intérêts sont incompatibles ou entrent en conflit avec quelque disposition d'une entente portant règlement . . .

Aux termes de l'accord portant règlement de sa revendication globale, la Première nation de Little Salmon/Carmacks a donc « renonc[é] » à tous ses possibles droits ancestraux *relatifs aux terres, eaux, mines et minéraux*, (1) sous réserve de la procédure de désignation de « sites spécifiques » — dont

two parcels were located near the land in question in Mr. Paulsen's application), (2) except insofar as those rights extended into the Northwest Territories or British Columbia, and (3) except for those relating to settlement land and waters therein, but only to the extent that the rights in question were not inconsistent with the settlement and provided that they extended neither to land held in fee simple nor to mines and minerals — as is specified in the definition of non-settlement lands. For greater certainty, the Final Agreement accordingly adds that

2.5.1.4 neither that Yukon First Nation nor any person eligible to be a Yukon Indian Person it represents, their heirs, descendants and successors, shall, after the Effective Date of that Yukon First Nation's Final Agreement, assert any cause of action, action for declaration, claim or demand of whatever kind or nature, which they ever had, now have, or may hereafter have against Her Majesty the Queen in Right of Canada, the Government of any Territory or Province, or any person based on,

- (a) any aboriginal claim, right, title or interest ceded, released or surrendered pursuant to 2.5.1.1 and 2.5.1.2; [or]
- (b) any aboriginal claim, right, title or interest in and to Settlement Land, lost or surrendered in the past, present or future . . .

[136] It is also important to consider general provision 2.2.4, which reflects the new orthodox exchange principle introduced by the 1986 federal policy that applied to the negotiation of the Umbrella Agreement:

Subject to 2.5.0, 5.9.0 [effects of the registration, granting, declaration or expropriation of any interest in a Parcel of Settlement Land less than the entire interest], 5.10.1 [effects of the registration, granting or expropriation of the fee simple title in a Parcel of Settlement Land] and 25.2.0 [negotiation of the transboundary aspect of claims], Settlement Agreements shall not affect the ability of aboriginal people of the Yukon to

deux se situent à proximité de la terre faisant l'objet de la demande de Paulsen —, (2) sauf dans la mesure où ces droits s'étendraient aux Territoires du Nord-Ouest ou à la Colombie-Britannique et (3) à l'exception de ceux qui porteraient sur des terres et eaux visées par le règlement, mais cela dans la seule mesure où ils ne seraient pas incompatibles avec celui-ci et ne s'étendraient ni à des terres détenues en fief simple ni aux mines et minéraux — ce qui précise la définition des terres non visées par un règlement. Pour plus de sûreté, l'Entente définitive ajoute qu'en conséquence :

2.5.1.4 ni cette première nation du Yukon ni aucune personne admissible en tant qu'Indien du Yukon représentée par cette première nation, ou leurs héritiers, descendants et successeurs, ne feront valoir ou présenteront, selon le cas, après la date d'entrée en vigueur de cette entente définitive, quelque cause d'action, action déclaratoire, réclamation ou demande de quelque nature que ce soit — passée, actuelle ou future — à l'encontre soit de Sa Majesté la Reine du chef du Canada, soit du gouvernement d'un territoire ou d'une province, ou de quelque autre personne, et qui serait fondée, selon le cas :

- a) sur quelque revendication, droit, titre ou intérêt ancestral visé par la renonciation prévue aux articles 2.5.1.1 et 2.5.1.2;
- b) sur quelque revendication, droit, titre ou intérêt ancestral relatif à des terres visées par le règlement qui a été ou sera perdu, ou qui a fait, fait ou fera l'objet d'une renonciation . . .

[136] Il est également important de souligner la disposition générale 2.2.4, qui reprend le nouveau principe des échanges orthodoxes introduit par la politique fédérale de 1986, laquelle a présidé à la négociation de l'Accord-cadre :

Sous réserve des sections 2.5.0, 5.9.0 [effets de l'enregistrement, de l'octroi, de la déclaration ou de l'expropriation d'un intérêt inférieur à l'intérêt complet dans une parcelle de terre visée par le règlement] et 25.2.0 [négociation de la dimension transfrontalière des revendications] et de l'article 5.10.1 [effets de l'enregistrement, de l'octroi ou de l'expropriation du titre en fief simple dans une parcelle de terre visée par le règlement],

exercise, or benefit from, any existing or future constitutional rights for aboriginal people that may be applicable to them.

[137] The spirit of the Final Agreement is apparent on the very face of these provisions respecting legal certainty: except where otherwise provided in the agreement itself, the agreement replaces the common law Aboriginal rights framework with the one it establishes for the matters it covers. But that is not all.

[138] The Final Agreement also includes general and interpretive provisions, such as general provision 2.2.5, which, like so many others, is reproduced from the Umbrella Agreement. This provision states that “Settlement Agreements shall not affect the rights of Yukon Indian People as Canadian citizens and their entitlement to all of the rights, benefits and protection of other citizens applicable from time to time.” There are also relevant provisions in Division 2.6.0 of the Umbrella Agreement:

2.6.1 The provisions of the Umbrella Final Agreement, the specific provisions of the Yukon First Nation Final Agreement and Transboundary Agreement applicable to each Yukon First Nation shall be read together.

2.6.2 Settlement Legislation shall provide that:

2.6.2.1 subject to 2.6.2.2 to 2.6.2.5, all federal, territorial and municipal Law shall apply to Yukon Indian People, Yukon First Nations and Settlement Land;

2.6.2.2 where there is any inconsistency or conflict between any federal, territorial or municipal Law and a Settlement Agreement, the Settlement Agreement shall prevail to the extent of the inconsistency or conflict;

2.6.2.3 where there is any inconsistency or conflict between the provisions of

les ententes portant règlement n’ont pas pour effet de porter atteinte à la capacité des peuples autochtones du Yukon d’exercer des droits constitutionnels — existants ou futurs — qui sont reconnus aux peuples autochtones et qui s’appliquent à eux ou de tirer parti de tels droits.

[137] L’esprit de l’Entente définitive ressort déjà à la lecture de ces dispositions relatives à l’objectif de sécurité juridique : sauf exception prévue par l’entente elle-même, celle-ci substitue au régime jurisprudentiel relatif aux droits ancestraux celui qu’elle instaure pour les matières dont elle dispose. Mais il y a plus.

[138] L’Entente définitive comporte également des dispositions générales et interprétatives, notamment la disposition générale 2.2.5, qui a comme tant d’autres été reprise de l’Accord-cadre et qui précise que « [l]es ententes portant règlement ne portent pas atteinte aux droits des Indiens du Yukon en tant que citoyens canadiens ni à leur droit de jouir de tous les droits, avantages et protections reconnus aux autres citoyens. » La section 2.6.0 de l’Accord-cadre contient elle aussi des dispositions pertinentes :

2.6.1 Les dispositions de l’Accord-cadre définitif, les dispositions spécifiques de l’entente définitive conclue par une première nation du Yukon ainsi que l’accord transfrontalier applicable à chaque première nation du Yukon doivent être lus en corrélation.

2.6.2 La loi de mise en œuvre doit renfermer des dispositions portant que:

2.6.2.1 sous réserve des articles 2.6.2.2 à 2.6.2.6, les règles de droit fédérales, territoriales et municipales s’appliquent aux Indiens du Yukon, aux premières nations du Yukon et aux terres visées par un règlement;

2.6.2.2 les dispositions d’une entente portant règlement l’emportent sur les dispositions incompatibles d’une règle de droit fédérale, territoriale ou municipale;

2.6.2.3 les dispositions de l’Accord-cadre définitif l’emportent sur les

|         |   |         |   |
|---------|---|---------|---|
|         | the Umbrella Final Agreement and the specific provisions applicable to a Yukon First Nation, the provisions of the Umbrella Final Agreement shall prevail to the extent of the inconsistency or conflict; [and]                                   |         | dispositions spécifiques incompatibles, applicables à une première nation du Yukon;   |
| 2.6.2.4 | where there is any inconsistency or conflict between Settlement Legislation and any other Legislation, the Settlement Legislation shall prevail to the extent of the inconsistency or conflict;   | 2.6.2.4 | les dispositions de la loi de mise en œuvre l'emportent sur les dispositions incompatibles de toute autre mesure législative;   |
|         | . . .   |         | . . .   |
| 2.6.3   | There shall not be any presumption that doubtful expressions in a Settlement Agreement be resolved in favour of any party to a Settlement Agreement or any beneficiary of a Settlement Agreement.   | 2.6.3   | Il n'existe aucune présomption que les expressions ambiguës d'une entente portant règlement doivent être interprétées en faveur soit d'une partie à cette entente soit de quelque personne en bénéficiant.  |
|         | . . .   |         | . . .   |
| 2.6.5   | Nothing in a Settlement Agreement shall be construed to preclude any party from advocating before the courts any position on the existence, nature or scope of any fiduciary or other relationship between the Crown and the Yukon First Nations. | 2.6.5   | Les ententes portant règlement n'ont pas pour effet d'empêcher une partie de faire valoir, devant les tribunaux, sa position quant à l'existence, à la nature ou à l'étendue des rapports fiduciaires ou autres qui existeraient entre la Couronne et les premières nations du Yukon. |
| 2.6.6   | Settlement Agreements shall be interpreted according to the <i>Interpretation Act</i> , R.S.C. 1985, c. I-21, with such modifications as the circumstances require.   | 2.6.6   | Les ententes portant règlement sont interprétées conformément à la <i>Loi d'interprétation</i> , L.R.C. (1985) ch. I-21, avec les adaptations nécessaires.  |
| 2.6.7   | Objectives in Settlement Agreements are statements of the intentions of the parties to a Settlement Agreement and shall be used to assist in the interpretation of doubtful or ambiguous expressions.   | 2.6.7   | Les objectifs figurant dans une entente portant règlement constituent l'énoncé des intentions des parties à cette entente et doivent être utilisés dans l'interprétation des expressions douteuses ou ambiguës.   |
| 2.6.8   | Capitalized words or phrases shall have the meaning assigned in the Umbrella Final Agreement.   | 2.6.8   | Les mots et expressions définis et utilisés dans l'Accord-cadre définitif ont le sens qui leur est attribué dans la définition correspondante.  |

These interpretive provisions establish, *inter alia*, a principle of equality between the parties (s. 2.6.3) and a principle of contextual interpretation based on the general scheme of the provisions, divisions and chapters and of the treaty as a whole in accordance with its systematic nature (s. 2.6.1). The latter principle is confirmed by the rule that in the event of ambiguity, the provisions of the treaty are to

De ces stipulations interprétatives se dégagent notamment le principe d'égalité des parties (art. 2.6.3) et le principe d'une interprétation contextuelle fondée sur l'économie générale des dispositions, sections, chapitres et de l'ensemble du traité suivant sa nature systématique (art. 2.6.1). Ce dernier principe est confirmé par la règle voulant que, en cas d'ambiguïté, l'interprétation des dispositions

be interpreted in light of the objectives stated at the beginning of certain chapters of the treaty (s. 2.6.7). The systematic nature of the treaty is also confirmed by the rule that when defined words and phrases are used, they have the meanings assigned to them in the definitions (s. 2.6.8). In other cases, the rules set out in the federal *Interpretation Act* apply (s. 2.6.6). This, then, is the framework for interpretation agreed on by the parties to the treaty. More precisely, this framework was first developed by the parties to the Umbrella Agreement, and was then incorporated by the parties into the various final agreements concluded under the Umbrella Agreement. Where there is any inconsistency or conflict, the rules of this framework prevail over the common law principles on the interpretation of treaties between governments and Aboriginal peoples.

[139] These general and interpretive provisions also establish certain rules with respect to the relationships of the Umbrella Agreement and any final agreement concluded under it, not only the relationship between them, but also that with the law in general. One of these rules is that in the event of inconsistency or conflict, the Umbrella Agreement prevails over the agreements concluded under it (s. 2.6.2.3). At first glance, this rule is surprising, since the parties to the Umbrella Agreement were very careful to specify that, on its own, that agreement “does not create or affect any legal rights” (s. 2.1.2). Section 2.6.2.3 is therefore somewhat imprecise. It can only refer to the provisions of the final agreement whose substance (and not form) derives from the Umbrella Agreement, and which prevail over the “specific” provisions. The implementing legislation, the *Yukon First Nations Land Claims Settlement Act*, S.C. 1994, c. 34, provides that “[i]n the event of a conflict or inconsistency between provisions of the Umbrella Final Agreement incorporated in a final agreement that is in effect and provisions of the final agreement that are specific to the first nation, the provisions of the Umbrella Final Agreement prevail to the extent of the conflict or inconsistency” (s. 13(4)). The other provisions of the treaty that relate to this issue of conflicting legislation have also been drawn from the federal implementing legislation (s. 13) and from its territorial

du traité tiennent compte des objectifs énoncés au début de certains chapitres de celui-ci (art. 2.6.7). Le caractère systématique du traité est également confirmé par la règle selon laquelle les mots et expressions définis sont porteurs de ces définitions lorsqu'ils sont utilisés (art. 2.6.8). Pour le reste, ce sont les règles établies par la loi fédérale d'interprétation qui s'appliquent (art. 2.6.6). Voilà donc le régime interprétatif dont les parties au traité ont elles-mêmes convenu. Plus exactement, ce régime a d'abord été élaboré par les parties à l'Accord-cadre, puis repris par les parties aux différentes ententes définitives conclues conformément aux stipulations de cet accord. Advenant toute incompatibilité, ce régime l'emporte sur les principes dégagés par la jurisprudence en matière d'interprétation de traités conclus par les gouvernements et les peuples autochtones.

[139] Les dispositions interprétatives et générales que nous venons de voir posent aussi certaines normes relatives aux rapports qu'entretiennent l'Accord-cadre et toute entente définitive conclue conformément à ses stipulations, non seulement entre eux, mais avec le reste du droit également. On peut noter à cet égard la norme énonçant la prépondérance — en cas d'incompatibilité constatée — de l'Accord-cadre sur les ententes conclues suivant ses stipulations (art. 2.6.2.3). À première vue, cette norme surprend, dans la mesure où les parties à l'Accord-cadre ont bien pris soin de préciser que, à lui seul, ce dernier « n'a pas pour effet de créer des droits légaux ou de porter atteinte à de tels droits » (art. 2.1.2). L'article 2.6.2.3 souffre donc d'une imprécision. Il ne peut s'agir que des dispositions de l'entente définitive dont la source matérielle (et non pas formelle) est l'Accord-cadre, lesquelles ont préséance sur les dispositions dites « spécifiques ». La loi de mise en œuvre, nommément la *Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon*, L.C. 1994, ch. 34, précise d'ailleurs que ce sont « [l]es dispositions de l'accord-cadre reprises dans un accord définitif en vigueur [qui] l'emportent sur les dispositions incompatibles qui sont propres à la première nation » (par. 13(4)). Le reste des stipulations du traité relatives à cette question des « conflits de loi » est également repris dans la loi fédérale de mise en œuvre (art. 13)

équivalent (s. 5). The rules can therefore be summarized in the principle that the Final Agreement prevails over any other non-constitutional legal rule, subject to the requirement that its provisions not be so construed as to affect the rights of “Yukon Indian people” as Canadian citizens and their entitlement to all the rights, benefits and protections of other citizens (s. 2.2.5). In short, therefore, with certain exceptions, the treaty overrides Aboriginal rights related to the matters to which it applies, and in cases of conflict or inconsistency, it prevails over all other non-constitutional law.

[140] It should be noted that in certain circumstances, the principle applied in the treaty with respect to particular non-constitutional legislation — the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, where reserves are concerned — is that the treaty replaces that legislation rather than prevailing over it (s. 4.1.2).

[141] Regarding the relationship between the treaty in issue and the rest of our constitutional law other than the case law on Aboriginal rights, such a treaty clearly cannot on its own amend the “Constitution of Canada” within the meaning of s. 52 and Part V of the *Constitution Act, 1982*. Thus, to give one example, it cannot on its own alter either the protections of rights and freedoms provided for in Part I of that Act, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (support for this can be found in s. 2.2.5 of the Final Agreement, which was discussed above), or the constitutional division of powers established in Part VI of the *Constitution Act, 1867*. Next, on the specific issue before us in the instant case, since the right to be consulted that corresponds to the common law duty to consult (1) transcends the distinction between Aboriginal rights and treaty rights, (2) is therefore not an Aboriginal right and even less so an Aboriginal right related to land and resources, and (3) accordingly cannot be surrendered under Division 2.5.0, it must be asked whether there is anything explicit in the treaty in issue about how the parties intended to deal with this duty. In other words, does the Final Agreement contain provisions that affect the general principle

ainsi que dans son équivalent territorial (art. 5). Les règles pertinentes peuvent donc être résumées par le principe selon lequel l’Entente définitive l’emporte sur toute autre règle de droit infraconstitutionnel, sous réserve du fait que ses dispositions ne doivent pas être interprétées d’une manière portant atteinte aux droits des « Indiens du Yukon » en tant que citoyens canadiens ni à leur droit de jouir de tous les droits, avantages et protections reconnus aux autres citoyens (art. 2.2.5). En somme, donc, sauf exception le traité se substitue aux droits ancestraux relativement aux matières dont il dispose et il a préséance, en cas d’incompatibilité, sur le reste du droit infraconstitutionnel.

[140] Il importe de souligner ici que, dans certaines circonstances, le traité fait également intervenir le principe de substitution plutôt que le principe de préséance à l’égard d’un texte infraconstitutionnel donné, en l’occurrence la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, pour ce qui est des réserves (art. 4.1.2).

[141] En ce qui a trait à la relation entre le traité en cause et le reste de notre droit constitutionnel au-delà du seul régime jurisprudentiel des droits ancestraux, un tel traité ne saurait évidemment à lui seul modifier la « Constitution du Canada » au sens de l’art. 52 et de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il ne pourrait donc pas, par exemple, modifier à lui seul la protection des droits et libertés prévue à la partie I de cette dernière loi, c’est-à-dire la *Charte canadienne des droits et libertés* (ce qui tend à être confirmé par l’art. 2.2.5 de l’Entente définitive dont il a été question plus haut), ou la répartition fédérative des compétences prévue à la partie VI de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ensuite, relativement à la question qui nous intéresse particulièrement en l’espèce, dans la mesure où le droit d’être consulté qui est corrélatif de l’obligation de consultation de régime jurisprudentiel (1) dépasse l’opposition entre droits ancestraux et droits issus de traité, (2) qu’il n’est donc pas un droit ancestral et encore moins un droit ancestral aux terres et aux ressources et (3) que, par conséquent, il ne saurait avoir fait l’objet d’une renonciation en vertu de la section 2.5.0, il convient de se demander si le traité qui nous occupe contient quelque chose d’explicite

discussed above that the common law duty to consult will apply only where the parties have failed to address this issue? I see none.

[142] It should be borne in mind that an Aboriginal people cannot, by treaty, surrender its constitutional right to be consulted before the Crown takes measures in a manner not provided for in the treaty that might violate, infringe or limit a right that Aboriginal people is recognized as having in the same treaty. By analogy, in contract law, such a surrender would constitute an unconscionable term. But it is not this rule that is in issue here so much as the minimum required content of the duty in the context of treaties with Aboriginal peoples. As set out above, s. 2.6.5 of the Final Agreement, which was reproduced from the Umbrella Agreement, provides that “[n]othing in a Settlement Agreement shall be construed to preclude any party from advocating before the courts any position on the existence, nature or scope of any fiduciary or other relationship between the Crown and the Yukon First Nations”. However, the fiduciary duty is not always constitutional in nature. Nor is it equivalent to the duty to consult implied by the principle of the honour of the Crown that the Crown must maintain in its relations with Aboriginal peoples as holders of special constitutional rights. The fiduciary duty may arise, for example, from relations the Crown maintains with Indians in managing reserve lands and, more generally, in administering the *Indian Act* (*Guerin; Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, 2001 SCC 85, [2001] 3 S.C.R. 746).

[143] In actual fact, two points are made in s. 2.6.5. First, the settlement of an Aboriginal nation’s comprehensive claim does not automatically entail the settlement of any specific claim — based not on Aboriginal rights but rather on the *Indian Act* — that

au sujet de la façon dont les parties entendent régir cette obligation. Autrement dit, l’Entente définitive contient-elle des dispositions qui auraient une incidence sur le principe général dégagé plus haut, selon lequel l’obligation de consultation de régime jurisprudentiel ne s’appliquera qu’en cas d’omission des parties au traité d’avoir prévu cette matière? Je ne vois aucune disposition à cet effet.

[142] Il est utile de rappeler qu’un peuple autochtone ne saurait, par traité, renoncer à son droit constitutionnel d’être consulté avant la prise de mesures étatiques d’une manière non prévue par un traité et susceptible de violer, d’enfreindre ou de restreindre un droit reconnu aux Autochtones par ce même traité. Par analogie avec le droit des contrats, une telle renonciation constituerait une sorte de clause abusive. Or, ce n’est pas tant cette règle comme telle qui est en cause ici que le contenu minimal impératif de l’obligation dans le cas de traités conclus avec les peuples autochtones. Comme il a été souligné ci-dessus, l’art. 2.6.5 de l’Entente définitive — qui a été repris de l’Accord-cadre — précise que « [l]es ententes portant règlement n’ont pas pour effet d’empêcher une partie de faire valoir, devant les tribunaux, sa position quant à l’existence, à la nature ou à l’étendue des rapports fiduciaires ou autres qui existeraient entre la Couronne et les premières nations du Yukon ». L’obligation de fiduciaire n’a cependant pas toujours un caractère constitutionnel. De plus, elle ne coïncide pas avec l’obligation de consultation qu’implique le principe de l’honneur de la Couronne que celle-ci se doit de préserver dans ses relations avec les peuples autochtones en leur qualité de titulaires de droits constitutionnels spéciaux. Par exemple, l’obligation de fiduciaire peut naître des rapports qu’entretient la Couronne avec les Indiens dans sa gestion des terres de réserve et, de façon plus générale, dans l’administration de la *Loi sur les Indiens* (*Guerin; Bande indienne d’Osoyoos c. Oliver (Ville)*, 2001 CSC 85, [2001] 3 R.C.S. 746).

[143] En réalité, l’art. 2.6.5 vise à rappeler deux choses. Premièrement le règlement de la revendication globale d’une nation autochtone n’emporte pas nécessairement règlement de toute revendication particulière que pourrait avoir cette même nation et



this nation might have, generally on the strength of the Crown's fiduciary duty. A specific claim could also be based on a "historical" treaty. In the instant case, however, the Little Salmon/Carmacks First Nation expressly ceded, released and surrendered, in the agreement to settle its comprehensive land claim, namely the Final Agreement, any "claims, rights or causes of action which they may ever have had, may now have or may have hereafter" as a result of Treaty 11 (ss. 2.5.1.3, 2.5.1.4(c) and 2.5.2). Finally, unlike a comprehensive claim, a specific claim is not necessarily limited to land or resources. It was therefore quite natural to specify that the mere existence of a settlement of a Yukon First Nation's comprehensive land claim did not, without further verification, support a conclusion that any specific claim the First Nation might have had been settled.

[144] Second, s. 2.6.5 also evokes a more general principle. It provides that a final agreement does not preclude any party from advocating before the courts the existence of not only fiduciary, but also "other", relationships between the Crown and the Yukon First Nations. This, in reality, is but one manifestation of the equitable principle involving a higher standard for exchanges of rights between Aboriginal peoples and the Crown — which the Crown aimed to make more orthodox — that was first mentioned in the federal policy of 1986.

[145] Thus, s. 2.6.5 of the Final Agreement is not at all inconsistent with the general principle discussed above that the common law duty to consult, in its minimum required obligational form, will apply — despite the existence of a treaty — only if the parties to the treaty have clearly failed to provide for it. This will depend on whether the parties have come to an agreement on the issue, and if they have, the treaty will — unless, of course, the treaty itself provides otherwise — override the application to the parties of any parallel framework, including the common law framework.

qui reposerait, par exemple, non pas sur des droits ancestraux, mais sur la *Loi sur les Indiens*, le plus souvent sur le fondement de l'obligation de fiduciaire de la Couronne. Une revendication particulière pourrait aussi être basée sur un traité « historique ». En l'occurrence cependant, la Première nation de Little Salmon/Carmacks a renoncé expressément, dans l'accord de règlement de sa revendication globale que constitue l'Entente définitive, à tout éventuel « réclamation, droit ou cause d'action, passé, actuel ou futur » qui serait issu du Traité n° 11 (art. 2.5.1.3, 2.5.1.4c) et 2.5.2). Enfin, contrairement à une revendication globale, une revendication particulière ne porte pas toujours uniquement sur des terres ou ressources. Il était donc normal de rappeler que la seule existence du règlement de la revendication globale d'une première nation du Yukon ne permet pas, sans autre forme de vérification, de conclure au règlement de toute revendication particulière que pourrait avoir cette première nation.

[144] Deuxièmement, l'article 2.6.5 vise aussi à rappeler un principe d'ordre plus général. En effet, il prévoit qu'une entente définitive n'empêche pas une partie de défendre en justice l'existence de rapports non seulement fiduciaires mais également « autres » entre la Couronne et les premières nations du Yukon. Il ne s'agit là en réalité que d'une manifestation du principe équitable visant des échanges d'une qualité supérieure entre les peuples autochtones et la Couronne — que celle-ci veut plus orthodoxes — qui a d'abord été exprimé dans la politique fédérale de 1986.

[145] L'article 2.6.5 de l'Entente définitive n'est donc nullement incompatible avec le principe général qui a été dégagé plus haut et suivant lequel, comme contenu obligationnel minimal impératif, l'obligation de consultation de régime jurisprudentiel ne s'appliquera, nonobstant la présence d'un traité, que dans les cas d'omission claire des parties à ce traité d'avoir stipulé à cet égard. En effet, tout dépendra de ce que les parties auront ou non convenu sur la question, auquel cas le traité, sauf bien sûr renvoi à l'effet contraire dans celui-ci, aura écarté l'application entre les parties de tout régime parallèle, y compris le régime jurisprudentiel.

[146] In short, in providing in s. 2.2.4 that, subject to certain restrictions, “Settlement Agreements shall not affect the ability of aboriginal people of the Yukon to exercise, or benefit from, any existing or future constitutional rights for aboriginal people that may be applicable to them”, the parties could only have had an orthodox exchange of rights in mind. They most certainly did not intend that a consultation framework would apply in parallel with the one they were in the process of establishing in the treaty. If the treaty in issue establishes how the Crown is to exercise its rights under the treaty by providing for a given form of consultation with the Aboriginal party, then the effect of the entire agreement clause in s. 2.2.15 will be to override any parallel framework, including the one developed by this Court.

#### B. *Substantive Rights in Issue*

##### (1) Right to Transfer and Right of Access to Crown Land

[147] In the case at bar, it is Chapter 6 on rights of access that must be considered first in respect of the right of the Crown the exercise of which could affect the exercise of rights of the Aboriginal party. As I mentioned above, the agreement in issue establishes two broad categories of land: settlement land and non-settlement land. The category of non-settlement land includes Crown land, and the land in question in Mr. Paulsen’s application was Crown land. Chapter 6 is structured on the basis of the principle that the Aboriginal party and third parties have rights of access to unoccupied Crown land, on the one hand, and that the Crown and third parties have rights of access to undeveloped settlement land, on the other. This is a general principle to which there may, of course, be exceptions.

[146] En somme, en stipulant à l’art. 2.2.4 que, sous certaines réserves, « les ententes portant règlement n’ont pas pour effet de porter atteinte à la capacité des peuples autochtones du Yukon d’exercer des droits constitutionnels — existants ou futurs — qui sont reconnus aux peuples autochtones et qui s’appliquent à eux ou de tirer parti de tels droits », les parties ne pouvaient avoir à l’esprit qu’un échange orthodoxe de droits. Elles n’avaient assurément pas l’intention de prévoir l’application d’un régime de consultation parallèle à celui qu’elles pouvaient être en train d’établir par traité. Si le traité qui nous occupe énonce les modalités d’exercice par la Couronne des droits qu’il lui confère en instaurant une forme ou une autre de consultation de la partie autochtone, alors la clause de l’entente complète figurant à l’art. 2.2.15 aura pour effet d’écarter tout régime parallèle, y compris celui qui a été élaboré par la jurisprudence de notre Cour.

#### B. *Droits matériels en cause*

##### (1) Droit de cession et droit d’accès aux terres de la Couronne

[147] C’est le chapitre 6 sur les droits d’accès qui doit d’abord retenir notre attention en l’espèce relativement à la question du droit de la Couronne dont l’exercice est susceptible d’affecter l’exercice des droits de la partie autochtone. J’ai mentionné précédemment que l’accord en cause établit deux grandes catégories de terres, les terres visées par le règlement (« *Settlement Lands* ») et les autres (« *Non-Settlement Lands* ») qui comprennent les terres de la Couronne, parmi lesquelles se trouvait la terre faisant l’objet de la demande de M. Paulsen. Le principe qui structure le chapitre 6 est celui des droits d’accès de la partie autochtone et des tiers aux terres inoccupées de la Couronne d’une part (« *unoccupied Crown Land* ») et des droits d’accès de la Couronne et des tiers aux terres visées par le règlement qui n’ont pas été « mises en valeur » (« *undeveloped Settlement Land* ») de l’autre. Il s’agit d’un principe général qui peut certes connaître des exceptions.

[148] It is in Division 6.2.0 that the parties to the Umbrella Agreement — Canada, Yukon and the Council for Yukon Indians — provided for the right of access to Crown land — to be confirmed in the final agreements — of every Yukon Indian person and Yukon First Nation. The effect of the reproduction of that provision in the various final agreements was to grant every Yukon Indian person and Yukon First Nation to which those agreements applied a right of access for non-commercial purposes (s. 6.2.1), which is the right being relied on in this case. However, a review of that right leads to the right of the Crown the exercise of which is in issue here and which constitutes an exception to the right of access.

[149] The right of access of First Nations to Crown land for non-commercial purposes is subject to strict limits, and also to conditions and exceptions. It is limited in that the access in question is only “casual and insignificant” (s. 6.2.1.1), or “is for the purpose of Harvesting Fish and Wildlife in accordance with Chapter 16 — Fish and Wildlife” (s. 6.2.1.2), which is a chapter I will discuss below. The applicable conditions are set out in s. 6.2.4 — one example is a prohibition against significant interference with the use and peaceful enjoyment of the land by other persons. Finally, regarding the exceptions that are relevant here, the right of access in issue does not apply to Crown land “where access or use by the public is limited or prohibited” (s. 6.2.3.2), or “which is subject to an agreement for sale or a surface licence or lease”, except “to the extent the surface licence or lease permits public access” or “where the holder of the interest allows access” (s. 6.2.3.1 (emphasis added)).

[150] This last provision is the very one on which the decision on Mr. Paulsen’s application was based. It must therefore be determined whether the treaty requires the Crown to consult the Aboriginal party before exercising its right to transfer land belonging

[148] C’est à la section 6.2.0 que les parties à l’Accord-cadre, soit le Canada, le Yukon et le Conseil des Indiens du Yukon, ont prévu la confirmation dans les ententes définitives du droit de chaque Indien et première nation du Yukon d’accéder aux terres de la Couronne. La reprise de cette disposition dans les diverses ententes définitives a pour effet de conférer à chaque Indien et première nation du Yukon concerné un droit d’accès à des fins non commerciales (art. 6.2.1), droit qui est invoqué ici. Or, c’est en examinant ce droit qu’on arrive à cerner celui de la Couronne dont l’exercice est ici en cause et qui s’impose comme une exception au premier.

[149] En effet, le droit des premières nations d’accéder aux terres de la Couronne à des fins non commerciales est étroitement limité, en plus d’être assorti de conditions et d’exceptions. Il est limité en ce qu’il ne confère qu’un accès « occasionnel et négligeable » (art. 6.2.1.1) ou ayant « pour but la récolte de poissons ou d’animaux sauvages conformément aux dispositions du Chapitre 16 — Ressources halieutiques et fauniques » (art. 6.2.1.2), chapitre sur lequel je reviendrai. Les conditions applicables sont prévues à l’art. 6.2.4 — par exemple, une interdiction de porter atteinte de façon importante à l’utilisation et à la jouissance paisible de ces terres par d’autres personnes. Enfin, au sujet des exceptions qui sont pertinentes ici, le droit d’accès en cause ne s’applique pas aux terres de la Couronne « dont l’accès ou l’utilisation par le public est restreint ou prohibé » (art. 6.2.3.2) ou « faisant l’objet d’un contrat de vente, d’un permis ou d’un bail de surface », et ce, sauf « dans la mesure où le permis ou le bail de surface accorde un droit d’accès au public » ou « si le titulaire du contrat de vente ou encore du permis ou du bail de surface en permet l’accès » (art. 6.2.3.1 (je souligne)).

[150] Cette dernière disposition est précisément celle sur laquelle se fonde la décision sur la demande de M. Paulsen. Il s’agit donc de vérifier si, aux termes du traité, avant d’exercer son droit de céder des terres lui appartenant, d’une manière

to it in a way that could limit one or more rights granted to the Aboriginal party in the treaty. As I explain below, there are provisions in the treaty in question that govern this very issue.

[151] The Crown's right is clear, however. This exception to the right of access of First Nations to Crown land obviously implies that the Crown's general right to transfer land belonging to it continues to exist. Crown land, in respect of which Yukon's Aboriginal peoples have surrendered all Aboriginal rights and all rights arising out of Treaty No. 11, and which is not included in the land covered by the settlement of their comprehensive land claims, is defined in the agreement itself as land "vested from time to time in Her Majesty in Right of Canada, whether the administration and control thereof is appropriated to the Commissioner of the Yukon or not" (Chapter 1). Ownership of property implies, with some exceptions, the right to dispose of the property. The Crown's right to transfer land belonging to it is confirmed not only by s. 6.2.3.1 of the treaty, but also by s. 6.2.7, which limits that right by indicating that "Government shall not alienate Crown Land abutting any block of Settlement Land so as to deprive that block of Settlement Land of access from adjacent Crown Land or from a highway or public road." The treaty right being specifically invoked by the Little Salmon/Carmacks First Nation in respect of access to Crown land clearly ends where the Crown's right to transfer such land begins.

[152] Moreover, in invoking the right granted in s. 6.2.1.2 to every Yukon Indian person and Yukon First Nation, that of access to Crown land for the purpose of "Harvesting Fish and Wildlife in accordance with Chapter 16", the respondents are also engaging that chapter on fish and wildlife management. They further submit that the transfer of the land in question would reduce the value of the trapline held by one of them, Johnny Sam, under the *Wildlife Act*, R.S.Y. 2002, c. 229, and — in a more direct, but certainly no less significant,

susceptible de restreindre un ou plusieurs droits que le traité reconnaît à la partie autochtone, la Couronne doit au préalable consulter cette dernière. Comme je l'explique ci-dessous, le traité en cause contient des dispositions régissant précisément cette question.

[151] Le droit de la Couronne est cependant clair. En effet, cette exception au droit d'accès des premières nations aux terres de la Couronne suppose de toute évidence le maintien du droit général de la Couronne de céder des terres lui appartenant. Les terres de la Couronne sur lesquelles les Autochtones du Yukon ont renoncé à tout droit ancestral ou issu du Traité n° 11 et qui ne font pas partie des terres visées par le règlement de leur revendication territoriale globale sont définies dans l'accord même comme des terres « dont la propriété est dévolue à Sa Majesté du chef du Canada — que le commissaire du Yukon ait ou non pleine autorité sur celle-ci » (chapitre 1). Or, sauf exception, la propriété d'un bien implique le droit d'en disposer. Ce droit de la Couronne de céder des terres lui appartenant est confirmé non seulement par l'art. 6.2.3.1 du traité, mais aussi par l'art. 6.2.7 qui limite ce droit en indiquant que « [l]e gouvernement ne peut aliéner des terres de la Couronne attenantes à une pièce de terres visées par un règlement si cela aurait pour effet de couper cette pièce de terres soit des terres de la Couronne qui lui sont adjacentes, soit d'une route ou d'un chemin public. » Le droit issu de traité qu'invoque précisément la Première nation de Little Salmon/Carmacks relativement à l'accès aux terres de la Couronne s'arrête clairement là où commence le droit de celle-ci de céder de telles terres.

[152] Par ailleurs, en invoquant le droit que reconnaît l'art. 6.2.1.2 à chaque Indien et première nation du Yukon d'accéder aux terres de la Couronne pour s'adonner à « la récolte de poissons ou d'animaux sauvages conformément aux dispositions du Chapitre 16 », les intimés font également intervenir le chapitre relatif à la gestion des ressources halieutiques et fauniques. Ils soutiennent aussi que la cession de terre en cause diminuerait la valeur de la ligne de piégeage dont l'un d'entre eux, Johnny Sam, est titulaire en vertu de la *Loi sur la faune*,

manner — under the same Chapter 16 of the Final Agreement. Chapter 16 is accordingly in issue in this case and will have to be considered in greater detail.

(2) Fish and Wildlife Management

[153] Chapter 16 of the Final Agreement establishes a co-management framework with respect to fish and wildlife. It generally confirms the right of Yukon Indian people

to harvest for Subsistence within their Traditional Territory, and with the consent of another Yukon First Nation in that Yukon First Nation's Traditional Territory, all species of Fish and Wildlife for themselves and their families at all seasons of the year and in any numbers on Settlement Land and on Crown Land to which they have a right of access pursuant to 6.2.0 . . . [s. 16.4.2]

However, the actual scope of this general principle is limited in that the same provision concludes with the following words: “. . . subject only to limitations prescribed pursuant to Settlement Agreements” (s. 16.4.2). Those limitations are significant and they go beyond the exception to the right of access granted in Division 6.2.0, namely the Crown's exercise of its right to transfer land belonging to it. The exercise of the rights granted to the Aboriginal party in Chapter 16 is subject to limitations provided for not only in the final agreements, but also in “Legislation enacted for purposes of Conservation, public health or public safety” (s. 16.3.3); limitations provided for in legislation “must be consistent with this chapter, reasonably required to achieve those purposes and may only limit those rights to the extent necessary to achieve those purposes” (s. 16.3.3.1).

[154] There are other provisions in Chapter 16 of the Final Agreement, aside from s. 16.3.3, that regulate, in various ways, the right of Yukon Indian people to harvest fish and wildlife by, in particular, authorizing the fixing of quotas — referred to as

L.R.Y. 2002, ch. 229, et — de manière plus immédiate, mais assurément non moins importante — de ce même chapitre 16 de l'Entente définitive. Ce chapitre est donc en cause en l'espèce et il y a lieu de l'examiner plus en détail.

(2) Gestion des ressources halieutiques et fauniques

[153] Le chapitre 16 de l'Entente définitive instaure un régime de cogestion des ressources halieutiques et fauniques. Il vient confirmer de manière générale le droit des Indiens du Yukon

de récolter, à des fins de subsistance, dans les limites de leur territoire traditionnel et, avec le consentement de celle-ci, sur le territoire traditionnel d'une autre première nation du Yukon, toute espèce de poisson et d'animal sauvage, pour eux-mêmes et pour leur famille, en toute saison et sans limite de prises, sur des terres visées par un règlement et sur des terres de la Couronne où ils bénéficient d'un droit d'accès conformément à la section 6.2.0 . . . [art. 16.4.2]

Cependant, la portée réelle de ce principe général est limitée dans la mesure où la même disposition se termine par les mots suivants : « . . . sous réserve seulement des limites prévues par les ententes portant règlement » (art. 16.4.2). Ces limites sont importantes et vont au-delà de l'exception au droit d'accès conféré par la section 6.2.0 que constitue l'exercice par la Couronne de son droit de céder des terres lui appartenant. L'exercice des droits reconnus à la partie autochtone par le chapitre 16 est assujéti non seulement aux restrictions prévues par les dispositions des ententes définitives, mais aussi aux « mesures législatives édictées à des fins de conservation, de santé publique ou de sécurité publique » (art. 16.3.3), mesures qui « doivent être compatibles avec les dispositions du présent chapitre, être raisonnablement nécessaires à la réalisation des fins susmentionnées et ne limiter les droits en question que dans la mesure nécessaire à la réalisation de ces fins » (art. 16.3.3.1).

[154] Outre l'article 16.3.3, d'autres dispositions du chapitre 16 de l'Entente définitive viennent encadrer de diverses manières le droit des Indiens du Yukon d'exploiter les ressources halieutiques et fauniques, notamment en permettant l'instauration

“total allowable harvest[s]” — “[w]hen opportunities to harvest Freshwater Fish or Wildlife are limited for Conservation, public health or public safety” (s. 16.9.1.1). Chapter 16 also establishes principles for sharing such harvests “between Yukon Indian People and other harvesters” (s. 16.9.1). Overall, the logic behind the principles used to allocate quotas is to “give priority to the Subsistence needs of Yukon Indian People while providing for the reasonable needs of other harvesters” (s. 16.9.1.1).

[155] Another goal of Chapter 16 of each of the final agreements, in addition to the simple fixing and allocation of quotas, is to regulate the exercise by Yukon Indian people of their rights to harvest fish and wildlife by setting up a multi-level management framework that combines the principle of participation of the First Nations in question and that of decentralization. Those with responsibilities in the context of that framework are, in each case, the First Nation in question, the renewable resources council (“council”), which has jurisdiction in respect of that First Nation’s traditional territory, the Fish and Wildlife Management Board (“Board”) (and its Salmon Sub-Committee), which has jurisdiction throughout the Yukon Territory, and, finally, the Minister responsible for the matter in issue. There is equal representation on the councils and the Board: thus, “[s]ubject to Transboundary Agreements and Yukon First Nation Final Agreements, each Council shall be comprised of six members consisting of three nominees of the Yukon First Nation and three nominees of the Minister” (s. 16.6.2), and “[t]he Board shall be comprised of six nominees of Yukon First Nations and six nominees of Government” (s. 16.7.2). Regarding the composition of the councils, the specific provisions of the final agreements add only that the First Nation and the Minister may each nominate one additional member as an alternate member (ss. 16.6.2.1 to 16.6.2.3). The chairperson of each council, and of the Board, is selected from the membership of the body in question in

de quotas, en l’occurrence des « récolte[s] totale[s] autorisée[s] », « [l]orsque les possibilités de récolter du poisson d’eau douce ou des animaux sauvages sont limitées pour des raisons de conservation, de santé publique ou de sécurité publique » (art. 16.9.1.1). Ce même chapitre prévoit aussi les principes de répartition de ces récoltes « entre les Indiens du Yukon et les autres personnes exerçant des activités de récolte » (art. 16.9.1). Dans l’ensemble, la logique présidant aux principes de répartition des quotas vise à « satisfaire en priorité les besoins pour fins de subsistance des Indiens du Yukon, tout en répondant aux besoins raisonnables des autres personnes qui s’adonnent à des activités de récolte » (art. 16.9.1.1).

[155] Au-delà des seules fins d’établissement et de répartition de quotas, le chapitre 16 de chacune des ententes définitives entend encadrer l’exercice par les Indiens du Yukon de leurs droits d’exploitation des ressources halieutiques et fauniques par la mise en place d’une structure de gestion à plusieurs niveaux conjuguant les principes de participation des premières nations concernées et de décentralisation. Les organes composant cette structure sont, dans chaque cas, la première nation concernée, le conseil des ressources renouvelables (« conseil ») compétent sur le territoire traditionnel de cette première nation, la Commission de gestion des ressources halieutiques et fauniques (« Commission ») (et son sous-comité du saumon) — qui a compétence à l’échelle du territoire du Yukon — et, enfin, le ministre responsable de la matière en question. Les conseils et la Commission sont des organismes paritaires; « [s]ous réserve des dispositions des accords transfrontaliers et des ententes définitives conclues par les premières nations du Yukon, chaque conseil est formé de six membres dont trois sont choisis par la première nation du Yukon visée et trois par le ministre » (art. 16.6.2), et « [l]a Commission est formée de six personnes choisies par les premières nations du Yukon et de six autres choisies par le gouvernement » (art. 16.7.2). Relativement à la composition des conseils, les dispositions spécifiques des ententes définitives ne font qu’ajouter la possibilité pour la première nation et le ministre de proposer chacun un membre supplémentaire à titre de membre suppléant (art. 16.6.2.1

accordance with procedures it has established for itself (ss. 16.6.3 and 16.7.3). If no chairperson is selected within 30 days in the case of a council, or 60 days in the case of the Board, the Minister must, after consulting the council or the Board, as the case may be, appoint one from its membership (ss. 16.6.3.1 and 16.7.3.1).

[156] There are very few instances in which the organs referred to in Chapter 16, other than the Minister, are given decision-making powers. In one of the rare cases, the First Nation is given, “for Category 1 Traplines, the final allocation authority” (ss. 16.11.10.6 and 16.5.1.2) — I should mention that this is not the category to which Johnny Sam’s trapline belongs. The First Nation also has sole authority to “align, realign or group Category 1 Traplines where such alignments, realignments or groupings do not affect Category 2 Traplines” (s. 16.5.1.3).

[157] More generally, the First Nation also has the following decision-making powers:

... [to] manage, administer, allocate or otherwise regulate the exercise of the rights of Yukon Indian People under 16.4.0 [concerning the harvesting of fish and wildlife] within the geographical jurisdiction of the Council established for that Yukon First Nation’s Traditional Territory by,

- (a) Yukon Indian People enrolled pursuant to that Yukon First Nation Final Agreement,
- (b) other Yukon Indian People who are exercising rights pursuant to 16.4.2, and
- (c) except as otherwise provided in a Transboundary Agreement, members of a transboundary claimant group who are Harvesting pursuant to that Transboundary Agreement in that Yukon First Nation’s Traditional Territory . . . [s. 16.5.1.1]

However, the final paragraph of this provision contains the following clarification: “. . . where not inconsistent with the regulation of those rights by

à 16.6.2.3). Le président de chaque conseil et celui de la Commission sont choisis parmi les membres de l’organe en question, conformément à la procédure de sélection établie par celui-ci (art. 16.6.3 et 16.7.3). Si cela n’est pas fait dans un délai de 30 ou 60 jours, suivant le cas et respectivement, le ministre, après consultation de l’organe concerné, désigne l’un des membres de celui-ci comme président (art. 16.6.3.1 et 16.7.3.1).

[156] Hormis le ministre, les organes prévus au chapitre 16 sont très rarement investis de pouvoirs décisionnels. L’un de ces rares cas est l’attribution à la première nation de la « compétence en dernier ressort en ce qui concerne la répartition des lignes de piégeage de catégorie 1 » (art. 16.11.10.6 et 16.5.1.2) — signalons qu’il ne s’agit pas de la catégorie à laquelle appartient la ligne de piégeage de Johnny Sam. La première nation est aussi seule compétente pour « tracer ou modifier le tracé des lignes de piégeage de catégorie 1 ou encore grouper ces lignes de piégeage, si ces mesures n’ont aucune incidence sur les lignes de piégeage de catégorie 2 » (art. 16.5.1.3).

[157] La première nation détient en outre, plus généralement, les pouvoirs décisionnels suivants :

... gérer, administrer, répartir ou réglementer de quelque autre façon que ce soit l’exercice, par les personnes énumérées ci-après, des droits des Indiens du Yukon prévus par la section 16.4.0 [relativement au prélèvement des ressources halieutiques et fauniques], dans la région qui relève de la compétence du conseil établi pour son territoire traditionnel :

- a) les Indiens du Yukon inscrits en application de son entente définitive;
- b) les autres Indiens du Yukon qui exercent des droits prévus par l’article 16.4.2;
- c) sauf disposition contraire d’un accord transfrontalier, les membres d’un groupe revendicateur transfrontalier qui exercent, sur son territoire traditionnel, des activités de récolte conformément à cet accord transfrontalier . . . [art. 16.5.1.1]

Or, le dernier alinéa de cette même disposition donne la précision suivante : « . . . en respectant les mesures de réglementation de ces droits qui sont

Government in accordance with 16.3.3 and other provisions of this chapter” (s. 16.5.1.1, final portion). The reality is that, aside from the allocation of individual rights from a group harvesting allocation, Chapter 16 mainly concerns management activities that ultimately fall under the Minister’s authority. The organs mentioned in Chapter 16 other than the Minister have in most cases — with some exceptions where they are given a form of decision-making authority — a power limited to holding consultations before a decision is made.

[158] It is in this context that the respondents’ argument regarding the *Community-based Fish and Wildlife Management Plan: Little Salmon/Carmacks First Nation Traditional Territory, 2004-2009* (2004) must be considered. Management plans such as this one are referred to in Chapter 16 of the various final agreements and more specifically, for our purposes, in ss. 16.6.10 and 16.6.10.1, which read as follows:

Subject to Yukon First Nation Final Agreements, and without restricting 16.6.9 [on the Councils’ general powers], each Council:

16.6.10.1 may make recommendations to the Minister on the need for and the content and timing of Freshwater Fish and Wildlife management plans, including Harvesting plans, Total Allowable Harvests and the allocation of the remaining Total Allowable Harvest [under 16.9.4], for species other than the species referred to in 16.7.12.2 [species included in international agreements, threatened species declared by the Minister as being of territorial, national or international interest, and Transplanted Populations and Exotic Species] . . .

[159] A management plan such as the one relied on by the respondents is a policy statement regarding proposed legal acts, in particular decision

appliquées par le gouvernement conformément à l’article 16.3.3 et aux autres dispositions du présent chapitre » (art. 16.5.1.1, *in fine*). Le fait est que, sauf en matière de répartition de droits individuels à partir d’une allocation de prélèvement de groupe, il est surtout question au chapitre 16 d’activités de gestion qui relèvent, en fin de processus, du ministre. Les organes mentionnés au chapitre 16 — à l’exception du ministre — se voient parfois confier un pouvoir quasi décisionnel, mais il ne s’agit le plus souvent que d’un simple pouvoir consultatif prédécisionnel.

[158] C’est dans ce contexte qu’il faut situer l’argument des intimés relatif au plan de gestion des ressources halieutiques et fauniques de la Première nation de Little Salmon/Carmacks — *Community-based Fish and Wildlife Management Plan: Little Salmon/Carmacks First Nation Traditional Territory, 2004-2009* (2004). Il est question de tels plans de gestion au chapitre 16 des diverses ententes définitives et, plus particulièrement, pour les fins qui nous intéressent, aux art. 16.6.10 et 16.6.10.1, qui prévoient ce qui suit :

Sous réserve des dispositions des ententes définitives conclues par les premières nations du Yukon et sans restreindre la portée générale de l’article 16.6.9 [relatif aux attributions générales des Conseils], chaque conseil peut :

16.6.10.1 présenter au ministre des recommandations quant au besoin d’établir des plans de gestion du poisson d’eau douce et des animaux sauvages, à la teneur de ces plans et au moment de leur production, notamment en ce qui concerne les plans de récolte, les récoltes totales autorisées et la répartition du reste de la récolte totale autorisée [en vertu de l’article 16.9.4], à l’égard des espèces autres que celles visées à l’article 16.7.12.2 [espèces visées par des accords internationaux, espèces menacées ou déclarées par le ministre comme étant d’intérêt territorial, national ou international, populations transplantées et espèces exotiques] . . .

[159] Un plan de gestion tel celui invoqué par les intimés constitue un énoncé de politique faisant état d’actes juridiques projetés, le plus souvent des



making and the making of regulations under statutory authority. As its title indicates, therefore, this plan only sets out an administrative agreement on how the partners plan to exercise their legal powers.

[160] The passage from the management plan to which the respondents refer reads as follows:

**Concern: There is a need to protect the Yukon River from Tatchun Creek to Minto as important habitat for moose, salmon, and other wildlife.**

This section of the Yukon River contains a number of sloughs and islands, and was identified as important habitat for moose during calving, summer and winter. Moose were commonly seen in this area back in the 1960s, but fewer have been seen in recent years. “Dog Salmon Slough” was one area noted in particular as an important habitat area. Bears use Dog Salmon Slough for fishing. Moose might be staying away from river corridors now with the increased river travel traffic during summer. The review process for land applications in this area needs to consider the importance of these habitat areas to fish and wildlife.

**Solution: Conserve the important moose and salmon habitat along the Yukon River from Tatchun Creek to Minto.**

Pursue designating the area between Tatchun Creek and Minto along the Yukon River as a Habitat Protection Area under the *Wildlife Act*.

The community and governments need to get together to decide what kind of activities should happen in this important wildlife habitat. This is an overlap area with Selkirk First Nation, and the CRRC [Carmacks Renewable Resource Council] needs to consult with them. A [Little Salmon/Carmacks First Nation] Game Guardian could also assist in evaluating the area for designation and providing management guidelines. [pp. 32-33]

[161] Two concerns can therefore be identified: the protection of fish and wildlife and the designation of areas. As I will explain below, the protection of fish and wildlife could be, and in fact

décisions ou des textes réglementaires devant être pris en vertu de la loi. Comme l’indique son titre, ce plan ne fait donc que consigner une entente administrative sur la façon dont les partenaires prévoient exercer leurs pouvoirs juridiques.

[160] Le passage pertinent du plan de gestion auquel renvoient les intimés est le suivant :

[TRADUCTION] **Préoccupation : Il faut protéger le fleuve Yukon, de Tatchun Creek jusqu’à Minto, puisqu’il s’agit d’un habitat important pour le saumon, les orignaux et d’autres animaux sauvages.**

Cette partie du fleuve Yukon contient un certain nombre de faux chenaux et d’îles, et elle est considérée comme un habitat important pour les orignaux pendant le vélage, l’été et l’hiver. On y voyait couramment des orignaux dans les années 1960, alors qu’on en observe plus rarement au cours des dernières années. Le faux chenal Dog Salmon (« *Dog Salmon Slough* ») était un endroit particulièrement reconnu comme un habitat important. Les ours pêchent à cet endroit. C’est peut-être en raison de l’accroissement de la circulation maritime pendant l’été que les orignaux se tiennent loin des corridors fluviaux. Il faut, dans le cadre du processus d’examen des demandes d’aliénation de terres dans cette région, tenir compte de l’importance de ces habitats pour le poisson et les animaux sauvages.

**Solution : Conserver l’habitat important pour les orignaux et le saumon le long du fleuve Yukon, de Tatchun Creek jusqu’à Minto.**

Demander la désignation de la région entre Tatchun Creek et Minto, le long du fleuve Yukon, comme région de protection de l’habitat sous le régime de la *Loi sur la faune*.

La communauté et les gouvernements doivent se concerter pour décider quels types d’activités devraient être menées dans cet habitat faunique important. Il s’agit d’un territoire qui chevauche celui de la Première Nation de Selkirk, et le CRRC [Conseil des ressources renouvelables de Carmacks] doit consulter cette première nation. Un garde-faune [de la Première nation de Little Salmon/Carmacks] pourrait aussi aider à l’évaluation de la région devant être désignée et fournir des lignes directrices en matière de gestion. [p. 32-33]

[161] Deux préoccupations ressortent donc : la protection du poisson et des animaux sauvages et la désignation des sites. Comme je l’expliquerai plus loin, le processus menant à la cession de terre

was, taken into consideration in the process leading to the transfer of land. As for the designation of a protected area, which could have prevented any transfer of the land in question in Mr. Paulsen's application from occurring, it was a complex process. Such a designation would have required that three steps be completed successfully: (1) the Little Salmon/Carmacks First Nation would have to recommend the designation after consulting the Selkirk First Nation and the renewable resources council, in accordance with the relevant provisions of the management plan; (2) the Commissioner in Executive Council would have to designate the area by making a regulation under s. 187 of the *Wildlife Act*, the effect of which would simply be to make it possible to withdraw the lands in question from disposition; and (3) the Commissioner in Executive Council would have to actually withdraw the lands from disposition by making an order under s. 7(1)(a) of the *Yukon Lands Act*, R.S.Y. 2002, c. 132, which would be done if the Commissioner in Executive Council considered it advisable to do so in the public interest. These steps had not yet been taken, and in the meantime no provisional suspension of the processing of applications for land in the area in question had been agreed upon, despite the fact that such a suspension had been suggested in September 2004, a few weeks before the decision on Mr. Paulsen's application, at a meeting concerning an agricultural policy review that was attended by representatives from the First Nation and the Agriculture Branch.

[162] In sum, the provisions of Chapter 16 on fish and wildlife management establish a framework under which the First Nations are generally invited to participate in fish and wildlife management at the pre-decision stage. In particular, the invitation they receive to propose fish and wildlife management plans can be regarded as consultation.

### (3) Trapline

[163] The respondents submit that the land transfer in issue will reduce the value of the trapline

pouvait prendre en considération la protection du poisson et des animaux sauvages et, de fait, il le faisait. Pour ce qui est d'une désignation d'aire protégée, ce qui aurait pu éventuellement conduire à soustraire à toute cession la terre visée par la demande de M. Paulsen, il s'agissait d'un processus complexe. Une telle désignation aurait requis que trois étapes soient franchies avec succès : (1) une recommandation de désignation formulée par la Première nation de Little Salmon/Carmacks après consultation avec la Première nation de Selkirk et le conseil des ressources renouvelables conformément aux dispositions pertinentes du plan de gestion; (2) une désignation effectuée par le commissaire en conseil exécutif au moyen d'un règlement pris en vertu de l'art. 187 de la *Loi sur la faune*, désignation qui a tout simplement pour effet d'ouvrir la possibilité de soustraire les terres à la cession; (3) la soustraction comme telle des terres à la cession par décret du commissaire en conseil exécutif pris en vertu de l'al. 7(1)a de la loi du Yukon intitulée *Loi sur les terres*, L.R.Y. 2002, ch. 132, une telle mesure étant prise dans les cas où ce dernier l'estime conforme à l'intérêt public. De telles étapes restaient à franchir et, dans l'intervalle, aucune suspension provisoire du traitement des demandes portant sur des terres de la région visée n'avait été convenue, malgré une suggestion à cet effet formulée lors d'une rencontre qui avait eu lieu en septembre 2004, soit quelques semaines avant la décision sur la demande de M. Paulsen, et qui portait sur la révision de la politique agricole et réunissait des représentants de la première nation et de la Direction de l'agriculture.

[162] En somme, les dispositions du chapitre 16 qui concernent la gestion des ressources halieutiques et fauniques instaurent un régime par lequel les premières nations sont généralement invitées à participer à la gestion des ressources halieutiques et fauniques sur une base prédécisionnelle. Notamment, l'invitation qui leur est faite de proposer des plans de gestion des ressources halieutiques et fauniques peut être considérée comme une consultation.

### (3) Ligne de piégeage

[163] Les intimés soutiennent que la cession de terre en cause diminuera la valeur de la ligne de

held by Johnny Sam under the *Wildlife Act*, to which Division 16.11.0 of the Final Agreement on trapline management and use applies. In addition to the principles on the allocation of possible quotas between the First Nations and other harvesters, Chapter 16 of the Yukon final agreements includes specific rules for the trapping of furbearers. Division 16.11.0 incorporates, with necessary changes, the framework for granting individual traplines, or “concessions”, established in the *Wildlife Act*. The changes made to that general framework in the final agreements relate primarily to the allocation of traplines in the First Nations’ traditional territory.

[164] Section 16.11.2 of the final agreements concluded with the Yukon First Nations under the Umbrella Agreement reads as follows:

In establishing local criteria for the management and Use of Furbearers in accordance with 16.6.10.6 [which delegates the authority to adopt bylaws under the *Wildlife Act*] and 16.6.10.7 [which grants the authority to make recommendations to the Minister and the First Nation], the Councils shall provide for:

- 16.11.2.1 the maintenance and enhancement of the Yukon’s wild fur industry and the Conservation of the fur resource; and
- 16.11.2.2 the maintenance of the integrity of the management system based upon individual trapline identity, including individual traplines within group trapping areas.

[165] The Final Agreement contains a specific provision concerning the allocation of traplines between Aboriginal and non-Aboriginal people in the traditional territory of the Little Salmon/Carmacks First Nation, namely s. 16.11.4.1, which provides that “[t]he overall allocation of traplines which have more than 50 percent of their area in that portion of the Traditional Territory of the Little Salmon/Carmacks First Nation which is

piégeage dont est titulaire Johnny Sam en vertu de la *Loi sur la faune* et à laquelle se rapporte la section 16.11.0 de l’Entente définitive relative à la gestion et à l’utilisation des lignes de piégeage. Au-delà des principes relatifs à la répartition d’éventuels contingents entre les premières nations et les autres exploitants, le chapitre 16 des ententes définitives du Yukon assujettit le piégeage d’animaux à fourrure à des règles particulières. En fait, la section 16.11.0 renvoie avec les adaptations nécessaires au régime d’octroi de lignes, ou « concessions » de piégeage individuelles que prévoit la *Loi sur la faune*. Les modifications qu’apportent les ententes définitives à ce régime d’application générale concernent pour l’essentiel la répartition des lignes de piégeage au sein du territoire traditionnel des premières nations concernées.

[164] En effet, l’art. 16.11.2 des diverses ententes définitives conclues aux termes de l’Accord-cadre avec les premières nations du Yukon stipule que :

Dans l’établissement, conformément aux articles 16.6.10.6 [portant délégation d’un pouvoir réglementaire en vertu de la *Loi sur la faune*] et 16.6.10.7 [attribuant un pouvoir de recommandation auprès du ministre et de la première nation], des critères locaux en matière de gestion et d’utilisation des animaux à fourrure, les conseils doivent viser les objectifs suivants :

- 16.11.2.1 le maintien et la mise en valeur de l’industrie de la fourrure d’animaux sauvages au Yukon et la conservation de cette ressource;
- 16.11.2.2 le maintien de l’intégrité du système de gestion fondé sur l’identification des lignes de piégeage individuelles, y compris des lignes de piégeage individuelles situées dans des secteurs de piégeage collectif.

[165] L’Entente définitive contient une disposition spécifique relative à la répartition des lignes de piégeage entre Autochtones et allochtones sur le territoire traditionnel de la Première nation de Little Salmon/Carmacks. Il s’agit de l’art. 16.11.4.1, qui précise que « [l]e nombre total de lignes de piégeage qui sont situées dans une proportion de plus de 50 % dans la partie du territoire traditionnel de la première nation de Little Salmon/Carmacks

not overlapped by another Yukon First Nation's Traditional Territory is 11 traplines held by Yukon Indian People and three traplines held by other Yukon residents." This allocation does not apply to Johnny Sam's trapline, since it is located entirely within the portion of the traditional territory of the Little Salmon/Carmacks First Nation that overlaps the traditional territory of the Selkirk First Nation.

[166] Furthermore, as I mentioned above, the Final Agreement establishes two categories of traplines. After being granted to an individual, a trapline located in the traditional territory of a First Nation may, with the written consent of its registered holder, be designated a Category 1 trapline (s. 16.11.8). Otherwise, it will be a Category 2 trapline. Such a designation gives the First Nation the authority — particularly if the trapline is vacant or underused — to reallocate it (ss. 16.5.1.2 and 16.11.10.6), or to align it, realign it or group it with another line "where such alignments, realignments or groupings do not affect Category 2 Traplines" (s. 16.5.1.3). Authority over Category 2 lines rests not with the First Nation, but with the Minister (ss. 16.3.1 and 16.11.10.7 and Division 16.8.0). In their decisions, the courts below indicated that Johnny Sam's trapline is a Category 2 trapline.

[167] Section 16.11.13 establishes the right of "Yukon Indian People holding traplines whose Furbearer Harvesting opportunities will be diminished due to other resource development activities [to] be compensated". This right is broader than the right to compensation the holder of a trapline has under s. 82 of the *Wildlife Act*, which is limited to situations in which a concession is revoked or the re-issuance of a concession is refused for purposes related to the conservation of wildlife or to protection of the public interest, but without giving two years' notice. Regarding the consequences the transfer of land to one person might have on another person's right to trap, I would point out that the *Wildlife Act* (s. 13(1)) provides that "[a] person

qui ne coïncide pas avec le territoire traditionnel d'une autre première nation est de onze lignes de piégeage détenues par les Indiens du Yukon et de trois lignes de piégeage détenues par d'autres résidents du Yukon. » La ligne de piégeage dont est titulaire Johnny Sam n'est pas visée par cette répartition, dans la mesure où elle se situe entièrement dans cette portion du territoire traditionnel de la Première nation de Little Salmon/Carmacks qui chevauche celui de la Première nation de Selkirk.

[166] En outre, tel qu'il est mentionné ci-dessus, l'Entente définitive établit deux catégories de lignes de piégeage. Une fois octroyée à un individu, une ligne de piégeage se situant dans le territoire traditionnel d'une première nation peut, avec le consentement écrit de son détenteur inscrit, être désignée ligne de piégeage de catégorie 1 (art. 16.11.8). À défaut, la ligne sera donc de catégorie 2. Une telle désignation a pour effet de conférer compétence à la première nation en ce qui concerne — notamment en cas de vacance ou de sous-utilisation — sa réattribution (art. 16.5.1.2 et 16.11.10.6) ou encore son tracé ou son groupage avec une autre ligne « si ces mesures n'ont aucune incidence sur les lignes de piégeage de catégorie 2 » (art. 16.5.1.3). Les lignes de catégorie 2 relèvent quant à elles non pas de la première nation mais du ministre (art. 16.3.1 et 16.11.10.7 et section 16.8.0). Les décisions des juridictions inférieures indiquent que la ligne de piégeage détenue par Johnny Sam appartient à la catégorie 2.

[167] L'article 16.11.13 établit le droit des « Indiens du Yukon qui détiennent des lignes de piégeage et dont les possibilités de récolte d'animaux à fourrure diminueront en raison d'autres activités de mise en valeur des ressources [d']être indemnisés ». Ce droit va au-delà de ce que prévoit l'art. 82 de la *Loi sur la faune* en faveur du titulaire d'une ligne de piégeage, c'est-à-dire le droit d'être indemnisé pour seule cause de révocation ou refus de renouvellement, aux fins de protection de la faune ou de l'intérêt public, sans préavis d'au moins deux ans. Relativement aux conséquences que peut avoir la cession d'une terre à une personne sur le droit de trapper d'une autre, je signale que la *Loi sur la faune* (par. 13(1)) précise qu'« [i] est interdit de chasser ou

shall not hunt or trap wildlife within one kilometre of a building which is a residence, whether or not the occupants are present in the building at the time, unless the person has the permission of the occupants to do so.”

[168] Having discussed the granting of rights and establishment of duties in Chapter 16 of the Final Agreement, on which the respondents are relying, I must now ask whether this chapter establishes a specific procedure to be followed by the Yukon government to consult the signatory First Nation before exercising its right to transfer Crown land under the (Yukon) territory’s jurisdiction. The answer is no. The consultation provided for in ss. 16.3.3.2, 16.5.4 and 16.7.16 relates to the management of fish and wildlife, not to the impact an action might have in relation to fish and wildlife. However, ss. 16.5.3, 16.6.11 and 16.7.13 provide that the First Nation, the renewable resources council and the Fish and Wildlife Management Board, respectively, have standing as interested parties to participate in the public proceedings of any agency, board or commission on matters that affect the management and conservation of fish and wildlife and their habitats in the particular traditional territory. But the terms “agency”, “board” or “commission” refer, in particular, to the bodies in question in Chapter 12 of the Final Agreement, which establishes a procedure for consulting the First Nations signatories by ensuring their participation in the environmental and socio-economic assessment of development activities such as the one that resulted from the approval of Mr. Paulsen’s application.

[169] I would nevertheless like to point out that Johnny Sam had rights as the holder of the trapline. He had the same rights as anyone else where procedural fairness is concerned. He also had the right to be compensated in accordance with s. 16.11.13. But the respondents are neither arguing that there has been a breach of procedural fairness nor asserting their right to compensation. What they are seeking

de piéger une espèce faunique dans un rayon d’un kilomètre d’une maison d’habitation, que les occupants soient présents ou non à ce moment, à moins d’avoir la permission de ces derniers. »

[168] Après avoir exposé la répartition de droits et d’obligations effectuée au chapitre 16 de l’Entente définitive invoqué par les intimés, il faut maintenant se demander si ce chapitre instaure une procédure particulière de consultation de la première nation signataire par le gouvernement du Yukon, préalablement à l’exercice par ce dernier de son droit de céder des terres de la Couronne relevant du Territoire (du Yukon). La réponse est négative. En effet, la consultation prévue aux art. 16.3.3.2, 16.5.4 et 16.7.16 se rapporte à la gestion des ressources halieutiques et fauniques et non pas aux répercussions qu’une mesure est susceptible d’entraîner en ce domaine. En revanche, les art. 16.5.3, 16.6.11 et 16.7.13 disposent que la première nation, le conseil des ressources renouvelables et la Commission de gestion des ressources halieutiques et fauniques, respectivement, ont qualité, en tant que partie intéressée, pour participer aux audiences publiques d’une agence, d’un office ou d’une commission relativement à des questions ayant une incidence sur la gestion et la conservation des ressources halieutiques et fauniques et de leurs habitats dans le territoire traditionnel concerné. Or, cette « agence », cet « office » ou cette « commission », ce seront notamment les organes dont il est question au chapitre 12 de l’Entente définitive, lequel prévoit une procédure de consultation des premières nations signataires concernées en garantissant leur participation à l’évaluation environnementale et socioéconomique des activités de développement, comme l’est l’activité qui résulte de l’approbation de la demande de M. Paulsen.

[169] Je tiens tout de même à signaler que la ligne de piégeage conférait des droits à Johnny Sam. Ce dernier bénéficiait en effet des droits que possède tout administré en matière d’équité procédurale. Il avait aussi le droit d’être indemnisé conformément aux dispositions de l’art. 16.11.13. Or, les intimés n’invoquent ni un manquement à l’équité procédurale ni leur droit à une

is to have the decision on Mr. Paulsen's application quashed on the ground that the Crown had a common law duty to consult them (R.F. on cross-appeal, at para. 86). It is my view, therefore, that a review of the rights granted in the Final Agreement with respect to consultation prior to a decision such as the one in issue in this case is indispensable.

### C. *Formal Rights and Duties in Issue*

[170] The appellants argue that Chapter 12 is not applicable on the ground that it had not yet been implemented at the relevant time. According to the respondents, the process provided for in Chapter 12 would have been applicable had it been implemented, but it is only one form of consultation among all those that would be applicable — in their view, the common law duty is not excluded. Binnie J. also proposes that the common law duty to consult should apply where the Crown exercises a right granted to it in the treaty, even if the treaty provides for consultation in relation to that right. I disagree with him on this point. As I mentioned above, respect for the autonomy of the parties implies that effect must be given to the provisions they have agreed on in finalizing the relationship between them on a given matter. I cannot therefore agree with disregarding provisions adopted by the parties with respect to the transitional law.

[171] The Umbrella Agreement and the Final Agreement in issue here state that the settlement legislation must provide that a settlement agreement is binding on third parties (s. 2.4.2.3), and the *Yukon First Nations Land Claims Settlement Act* provides that “[a final agreement or transboundary agreement that is in effect] is binding on all persons and bodies that are not parties to it” (s. 6(2)). Both these agreements are binding not only on the parties, but also on third parties. Therefore, in my opinion, it is necessary for this Court to review the provisions of Chapter 12.

indemnit . Ce qu'ils r clament c'est la cassation de la décision sur la demande de M. Paulsen, au motif que la Couronne avait, selon la jurisprudence pertinente, l'obligation de les consulter (m.i. en appel incident, par. 86). Il est donc déterminant, à mon avis, d'examiner les droits que confère l'Entente définitive en matière de consultation lors d'une décision comme celle en cause en l'espèce.

### C. *Droits et obligations formels en cause*

[170] Les appelants écartent l'application du chapitre 12, au motif qu'il n'aurait pas été mis en œuvre au moment des faits pertinents. Par ailleurs, du point de vue des intimés, le processus prévu par le chapitre 12 se serait appliqué s'il avait été mis en vigueur mais ne représente qu'une forme de consultation parmi toutes celles qui seraient applicables — l'obligation jurisprudentielle de consultation ne serait pas exclue. Le juge Binnie, quant à lui, propose aussi le maintien de l'obligation jurisprudentielle de consultation lors de l'exercice par la Couronne d'un droit prévu par le traité et ce, même en présence de dispositions relatives à la consultation relativement à ce droit. Je ne suis pas d'accord avec lui sur ce point. Comme je l'ai mentionné plus tôt, il en va du respect de l'autonomie des parties de respecter les stipulations dont elles ont convenu pour sceller leurs relations sur une matière donnée. Pour cette raison je ne peux accepter qu'on fasse fi des stipulations des parties concernant le droit transitoire.

[171] L'Accord-cadre et l'Entente définitive ici en cause prévoient que la loi de mise en œuvre devra indiquer que l'entente portant règlement lie les tiers (art. 2.4.2.3), et la *Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon* précise qu'« [i] est entendu [que tout accord — définitif ou transfrontalier — en vigueur] a force obligatoire pour toute personne et tout organisme qui n'y sont pas parties » (par. 6(2)). Cet accord et cette entente lient non seulement les parties, mais aussi les tiers. Par conséquent, je suis d'avis que notre Cour ne saurait écarter l'examen des dispositions du chapitre 12.

[172] Chapter 12 of the Umbrella Agreement, which can also be found in the final agreements, did not simply lay the foundations for an environmental and socio-economic assessment process that was to be implemented by means of a statute other than the general implementing legislation for those agreements — which was done by enacting the *Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Act*, S.C. 2003, c. 7 (“YESAA”) — it also contains transitional law provisions regarding the duties of the parties to the Umbrella Agreement and the final agreements that would apply even before the enactment of that statute implementing the process in question.

[173] In reality, the Yukon final agreements provided that they would be implemented and would come into effect by way of legislation or of an order-in-council, as the case may be, and that their coming into effect was a condition precedent to their validity (ss. 2.2.11 and 2.2.12). This could be understood to mean that, since Chapter 12 required the enactment of specific implementing legislation, it constituted an exception to the general implementation of a final agreement and created no legal rights or duties until that legislation was enacted. But that is not what the Final Agreement says.

[174] In Division 12.2.0 of the Final Agreement, the expression “Development Assessment Legislation” is defined as “Legislation enacted to implement the development assessment process set out in this chapter” (emphasis added). This definition therefore does not concern special implementing legislation for Chapter 12 as a whole, but legislation to implement the *process* provided for in that chapter. This is confirmed by s. 12.3.1, which provides that “Government shall implement a development assessment process consistent with this chapter by Legislation”. Logically, therefore, when a final agreement concluded under the Umbrella Agreement with the Yukon First Nations comes into effect, the result, even if the assessment process has not yet been implemented, is to give effect to several provisions of Chapter 12 that are common to all the final agreements, including

[172] Le chapitre 12 de l’Accord-cadre, qu’on retrouve aussi dans les ententes définitives, n’a pas fait que jeter les bases d’un processus d’évaluation environnementale et socioéconomique qui devait être mis en œuvre au moyen d’une loi distincte de la loi de mise en œuvre générale de ces ententes — ce qui fut fait par la *Loi sur l’évaluation environnementale et socioéconomique au Yukon*, L.C. 2003, ch. 7 (« LÉESY ») — mais il contient également des dispositions de droit provisoires relatives aux obligations des parties à l’Accord-cadre et aux ententes définitives qui s’appliquent même avant la promulgation de cette loi de mise en œuvre du processus qu’il envisage.

[173] En réalité, les ententes définitives du Yukon prévoient que leur mise en œuvre et mise en vigueur se font par loi ou par décret, selon le cas, et que leur mise en vigueur constitue une condition de leur validité (art. 2.2.11 et 2.2.12). On pourrait donc être amené à croire que, dans la mesure où il requiert la promulgation d’une loi de mise en œuvre spécifique, le chapitre 12 constitue une exception à la mise en vigueur générale d’une entente définitive, de telle sorte que, tant que n’a pas été promulguée cette loi, le chapitre 12 n’est porteur d’aucun droit ou obligation juridique. Or, ce n’est pas ce qui ressort du texte de l’Entente définitive.

[174] Aux termes de la section 12.2.0 de l’instrument qui nous occupe, l’expression « [loi] sur l’évaluation des activités de développement » s’entend de la « mesure législative édictée pour assurer la mise en œuvre du processus d’évaluation des activités de développement défini dans le présent chapitre » (je souligne). Cette définition ne renvoie donc pas à une loi de mise en œuvre particulière du chapitre 12 dans son ensemble, mais à la mise en œuvre du *processus* prévu à ce chapitre. Cette conclusion est confirmée par l’art. 12.3.1, qui prévoit que « [l]e gouvernement assure, au moyen d’une mesure législative, la mise en œuvre d’un processus d’évaluation des activités de développement conforme aux dispositions du présent chapitre ». Par conséquent, en toute logique, même si le processus d’évaluation n’a pas encore été mis en œuvre, l’entrée en vigueur d’une entente définitive conclue aux termes

those that establish the applicable transitional law.

[175] Section 12.19.5 provides that “[n]othing in [Chapter 12] shall be construed to affect any existing development assessment process in the Yukon prior to the Development Assessment Legislation coming into effect.” This provision sets out the transitional law that would apply until the *YESAA* came into force, establishing that until then, existing statutes and regulations with respect to development assessment would constitute the minimum to which Yukon First Nations were entitled, which meant that those statutes and regulations could not be amended so as to reduce the level of protection enjoyed by the First Nations. Chapter 12 does not require that any amendments be made to that existing law in the meantime.

[176] In addition, s. 12.3.4 provides that “Government shall recommend to Parliament or the Legislative Assembly, as the case may be, the Development Assessment Legislation consistent with this chapter as soon as practicable and in any event no later than two years after the effective date of Settlement Legislation.” The “settlement legislation” referred to here is clearly not the implementing legislation for the process contemplated in Chapter 12, but the “settlement legislation” provided for in Division 2.4.0 — the legislation to implement the particular final agreement. Both the territorial settlement legislation and the corresponding federal legislation came into force in 1995. As for the specific process contemplated in Chapter 12, it was ultimately implemented by Parliament by means of the *YESAA*.

[177] The transitional law, that is, the law that applied before the *YESAA* came into force, included, in addition to s. 12.19.5, which was discussed above, s. 12.3.6 of the Final Agreement, which read as follows:

de l’Accord-cadre avec les premières nations du Yukon donne effet à plusieurs dispositions de ce chapitre 12 que toutes les ententes définitives ont en commun, notamment ses dispositions établissant le droit provisoire applicable.

[175] L’article 12.19.5 dispose que le chapitre 12 « n’a pas pour effet de porter atteinte à tout processus existant d’évaluation des activités de développement au Yukon avant l’entrée en vigueur de la [loi] sur l’évaluation des activités de développement. » Cette disposition établit le droit provisoire applicable avant l’entrée en vigueur de la *LÉESY* et signifie que, avant son entrée en vigueur, les lois et règlements existants en la matière établissent le minimum auquel ont droit les premières nations du Yukon, de sorte que ces textes ne sauraient être modifiés d’une manière qui réduirait le niveau de protection reconnu à ces dernières. Par ailleurs, durant ce même intervalle aucune modification de ce même droit existant n’est exigée par le chapitre 12.

[176] En outre, l’art. 12.3.4 prévoit que « [l]e gouvernement recommande au Parlement ou à l’Assemblée législative, selon le cas, l’édiction d’une mesure législative sur l’évaluation des activités de développement qui soit compatible avec les dispositions du présent chapitre et ce, dès que possible ou au plus tard deux ans après la date d’entrée en vigueur de la loi de mise en œuvre. » Cette toute dernière loi de mise en œuvre n’est de toute évidence pas la loi de mise en œuvre du processus envisagé au chapitre 12, mais bien la loi de mise en œuvre dont il est question à la section 2.4.0 — la loi de mise en œuvre de l’entente définitive concernée. Tant la loi territoriale de mise en œuvre des premières ententes définitives que la loi fédérale correspondante sont entrées en vigueur en 1995. Quant à la mise en œuvre spécifique du processus prévu au chapitre 12, c’est finalement le Parlement qui y a procédé avec la *LÉESY*.

[177] Relativement au droit provisoire, c’est-à-dire au droit qui était applicable avant l’entrée en vigueur de la *LÉESY*, outre l’art. 12.19.5 vu plus haut, l’art. 12.3.6 de l’Entente définitive prévoyait ceci :



Prior to the enactment of Development Assessment Legislation, the parties to the Umbrella Final Agreement shall make best efforts to develop and incorporate in the implementation plan provided for in 12.19.1, interim measures for assessing a Project which shall be consistent with the spirit of this chapter and within the existing framework of Law and regulatory agencies. [Emphasis added.]

No implementation plan of the type provided for in s. 12.19.1 was produced in this case. Moreover, s. 12.19.4 provided that Chapter 12 was not to “be construed to prevent Government, in Consultation with Yukon First Nations, from acting to improve or enhance socio-economic or environmental procedures in the Yukon in the absence of any approved detailed design of the development assessment process”. No evidence of any such action was adduced in the case at bar. By virtue of s. 12.19.5, therefore, the applicable interim framework corresponded to the “existing development assessment process in the Yukon prior to the Development Assessment Legislation coming into effect”.

[178] However, it should be mentioned that the interim framework, which was intended to apply for only a relatively short period, was ultimately in effect longer than planned. This is because the bill that became the implementing legislation for the process contemplated in Chapter 12 was not introduced until October 3, 2002, that is, over five and a half years after the February 14, 1997 deadline provided for in s. 12.3.4 of the Final Agreement. In fact, that deadline had already passed when the Final Agreement was signed in 1997. Since it is clear from the provisions of Chapter 12 that before the *YESAA* came into force, the parties to the Umbrella Agreement were required to make best efforts to ensure that the Yukon First Nations received the benefit of the spirit of that chapter as soon as was practicable, it is important to begin — not in order to apply the *letter* of the *YESAA*, but in order to clearly understand the *spirit* of Chapter 12, of which certain other provisions that were applicable expressly stated that, in the interim, best efforts were to be made to honour that spirit — by

Avant l'édition de la législation sur l'évaluation des activités de développement, les parties à l'Accord-cadre définitif s'efforcent d'élaborer et d'incorporer au plan de mise en œuvre prévu à l'article 12.19.1 des mesures provisoires d'évaluation des projets qui soient conformes à l'esprit du présent chapitre et respectent les limites existantes établies par les règles de droit applicables et les organismes réglementaires. [Je souligne.]

Aucun plan de mise en œuvre de la nature de celui visé à l'art. 12.19.1 n'a été produit en l'espèce. Du reste, l'art. 12.19.4 précisait que le chapitre 12 n'avait « pas pour effet d'empêcher le gouvernement, en consultation avec les premières nations du Yukon, de prendre des mesures afin d'améliorer les procédures existantes en matière socio-économique ou environnementale au Yukon, en l'absence d'un plan détaillé approuvé [*« approved detailed design »*] du processus d'évaluation des activités de développement ». Aucune preuve n'a été déposée en l'espèce à l'égard d'une telle mesure. Par conséquent, conformément à l'art. 12.19.5, le régime provisoire applicable correspondait au « processus existant d'évaluation des activités de développement au Yukon avant l'entrée en vigueur de la [loi] sur l'évaluation des activités de développement ».

[178] Il convient cependant de noter que le régime provisoire, qui ne devait s'appliquer que pendant une période relativement courte, s'est prolongé plus longtemps que prévu. En effet, je dois souligner que le projet qui est à l'origine de la loi de mise en œuvre du processus envisagé au chapitre 12 n'a été déposé que le 3 octobre 2002, soit plus de cinq ans et demi après l'échéance du 14 février 1997 prévue à l'art. 12.3.4 de l'Entente définitive. En fait, lorsque cette entente a été signée en 1997, cette échéance était déjà dépassée. Comme il ressort de l'économie des dispositions du chapitre 12 que, avant l'entrée en vigueur de la *LÉESY*, les parties à l'Accord-cadre devaient s'efforcer de faire en sorte que les premières nations du Yukon bénéficient de l'esprit de ce chapitre dans les meilleurs délais, il importe, dans un premier temps, de vérifier ce à quoi aurait eu droit la Première nation de Little Salmon/Carmacks en vertu de la *LÉESY* si le processus que celle-ci met en œuvre s'était appliqué à la demande de M. Paulsen, et ce, dans le but, non pas de rendre applicable la *lettre* de la *LÉESY*, mais

determining what the Little Salmon/Carmacks First Nation would have been entitled to under the *YESAA* if the process implemented in that Act had applied to Mr. Paulsen's application.

(1) Permanent Process: *YESAA*

[179] One objective of Chapter 12 of the final agreements concluded with the Yukon First Nations is to ensure the implementation of a development assessment process that “provides for guaranteed participation by Yukon Indian People and utilizes the knowledge and experience of Yukon Indian People in the development assessment process” (s. 12.1.1.2). This framework was designed to incorporate both the participation of the First Nations and a certain degree, if not of decentralization, at least of administrative deconcentration. These objectives are achieved through the membership of the bodies established in Chapter 12 of the final agreements and the *YESAA*, and through the oversight by those bodies of development activities planned for the territory in question. This integrated mechanism was intended, with some exceptions, to become Yukon's default assessment procedure. The relationship between the process established in Chapter 12 and the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37, is made clear in s. 63 of the *YESAA*. In addition to the principle of a *single* assessment, Chapter 12 (ss. 12.14.1.2 and 12.14.3.2) and its implementing legislation (ss. 82(1), 83(1) and 84(1)) confirm the principle of *prior* assessment (prior to the authorization of any project).

[180] The process for which Chapter 12 lays the foundations involves two main organs: the Yukon Development Assessment Board and all the “designated offices” at the local level. The *YESAA* also refers to them as the “Board” and the “designated offices”. The membership of the Board is established in s. 8 of the *YESAA*. The basis for its membership is equal representation. The Board's Executive Committee consists of one member nominated by the Council for Yukon Indians, one member nominated by the government and a chairperson appointed by the Minister after consultation with the first two members. The Minister then appoints additional members such that, excluding

de bien saisir l'*esprit* du chapitre 12, dont certaines autres dispositions qui étaient quant à elles applicables prévoyaient expressément qu'on devait provisoirement s'efforcer d'y faire honneur.

(1) Processus permanent : *LÉESY*

[179] Le chapitre 12 des ententes définitives conclues avec les premières nations du Yukon a notamment pour objectif d'assurer la mise en place d'un processus d'évaluation des activités de développement « garantissant la participation des Indiens du Yukon au processus d'évaluation des activités de développement et faisant appel à leurs connaissances et à leur expérience » (art. 12.1.1.2). Ce régime devait intégrer à la fois la participation des premières nations et un certain niveau, sinon de décentralisation, du moins de déconcentration administrative. Ces objectifs sont assurés par la composition des organes établis par le chapitre 12 des ententes définitives et la *LÉESY*, ainsi que par le droit de regard de ces organes sur les activités de développement prévues sur le territoire touché. Ce dispositif intégré était appelé, sous réserve d'exceptions, à devenir la procédure d'évaluation par défaut au Yukon. La relation entre le processus établi au chapitre 12 et la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37, est précisée à l'art. 63 de la *LÉESY*. Outre le principe de l'évaluation *unique*, le chapitre 12 (art. 12.14.1.2 et 12.14.3.2) et sa loi de mise en œuvre (par. 82(1), 83(1) et 84(1)) reprennent celui de l'évaluation *préalable* (à toute autorisation d'un projet donné).

[180] Le processus dont le chapitre 12 jette les fondations est constitué de deux organes principaux : la Commission d'évaluation des activités de développement du Yukon et l'ensemble des « organismes désignés » au niveau local. Dans la *LÉESY*, la Commission devient un « Office » et les organismes des « bureaux ». La composition de l'Office est prévue à l'art. 8 de la *LÉESY*. L'Office se veut paritaire. Son comité de direction — appelé « comité exécutif » dans les ententes définitives — est composé d'un membre proposé par le Conseil des Indiens du Yukon, d'un membre proposé par le gouvernement et d'un président nommé par le ministre après consultation des deux premiers. Le

the chairperson, half the members are nominees of the Council for Yukon Indians and the other half are nominees of the government. As for the designated offices, they are, pursuant to the *YESAA*, outposts of the Board. Their staff “shall be composed of employees of the Board assigned to that office by the Board” (s. 23(1)).

[181] Chapter 12 establishes two broad categories of assessments — mandatory assessments and optional assessments — which are conducted upon request by the government or by a First Nation, but when the request is made by a First Nation, the government’s consent is required, with some exceptions that are subject to specific conditions (ss. 12.8.1.4, 12.8.1.5, 12.8.1.8, 12.8.1.9 and 12.8.1.10 of the Final Agreement, and s. 60 of the *YESAA*). The Board is responsible for optional assessments. It is possible to simply except a project from assessment (s. 47(2) *YESAA*). As for mandatory assessments, they are the responsibility of the designated office for the assessment district in which the project is to be undertaken, or of the Board if the assessment district office refers the assessment to it (s. 50(1) *YESAA*) or if such projects have been classified by way of regulations as requiring submission to the Board (s. 122(c) *YESAA*). In short, if a project (1) is not excepted from assessment, (2) is not the subject of an accepted optional assessment, or (3) is not one that is required by regulations to be assessed by the Board or that has been referred to the Board by the office for the project’s assessment district, it will be assessed by the assessment district office.

[182] If the environmental and socio-economic assessment process provided for in Chapter 12 — and in fact in the *YESAA*, which implements the process — had applied at the time of the events in this case, Mr. Paulsen’s application would have had to be assessed by the designated office for the Mayo assessment district, which was established along with five others (for a total of six) by order of the Minister under s. 20(1) of the *YESAA*. Projects like the one in question in Mr. Paulsen’s application were neither excepted by regulations nor required to be assessed by the Board. Section 2 of the

ministre y nomme ensuite des membres supplémentaires de façon à ce que, exclusion faite du président, la moitié des membres soient des personnes dont la nomination a été proposée par le Conseil des Indiens du Yukon et l’autre moitié par le gouvernement. Quant aux bureaux désignés, en vertu de la *LÉESY*, ils sont des antennes de l’Office. Leur personnel « est formé des personnes que l’Office y affecte parmi son propre personnel » (par. 23(1)).

[181] Le chapitre 12 établit deux grandes catégories d’évaluation : les évaluations obligatoires et les évaluations facultatives, lesquelles sont effectives sur demande du gouvernement ou d’une première nation, mais dans ce dernier cas, sauf exceptions et conditions prévues, avec l’assentiment du gouvernement (art. 12.8.1.4, 12.8.1.5, 12.8.1.8, 12.8.1.9 et 12.8.1.10 de l’Entente définitive et art. 60 de la *LÉESY*). Les évaluations facultatives relèvent de l’Office. Un projet peut aussi être simplement exclu de l’évaluation (par. 47(2) *LÉESY*). Les évaluations obligatoires relèvent quant à elles soit du bureau désigné de la circonscription où le projet doit être réalisé, soit de l’Office si le bureau de circonscription le lui réfère (par. 50(1) *LÉESY*) ou si un tel projet a fait l’objet d’une telle classification par règlement (al. 122c) *LÉESY*). En somme, si un projet (1) n’est pas exclu de toute évaluation, (2) ne fait pas l’objet d’une évaluation facultative acceptée ou (3) n’est pas soumis par règlement à une évaluation par l’Office ou ne lui a pas été déféré par le bureau de la circonscription du projet, il fera l’objet d’une évaluation par ce dernier.

[182] Si le processus d’évaluation environnementale et socioéconomique prévu au chapitre 12, en fait, à la *LÉESY* qui le met en œuvre, s’était appliqué au moment des faits, alors la demande de M. Paulsen aurait dû obligatoirement être évaluée par le bureau désigné de la circonscription de Mayo, créée avec cinq autres (pour un total de six) par arrêté ministériel en vertu du par. 20(1) de la *LÉESY*. En effet, un projet comme celui faisant l’objet de la demande de M. Paulsen n’a pas été exclu par règlement, ni fait l’objet d’une précision pour évaluation par l’Office. L’article 2 du *Règlement sur les*

*Assessable Activities, Exceptions and Executive Committee Projects Regulations*, SOR/2005-379, refers to Schedule 1 to those regulations concerning “activities that may . . . be made subject to assessment” within the meaning of s. 47 of the *YESAA*. The following activity is listed as Item 27 of Part 13 — entitled “Miscellaneous” — of Schedule 1:

On land under the administration and control of the Commissioner of Yukon or on settlement land, the construction, establishment, modification, decommissioning or abandonment of a structure, facility or installation for the purpose of agriculture, commercial recreation, public recreation, tourist accommodation, telecommunications, trapping or guiding persons hunting members of a species prescribed as a species of big game animal by a regulation made under the *Wildlife Act*, R.S.Y. 2002, c. 229.

[183] Finally, s. 5 of the *Assessable Activities, Exceptions and Executive Committee Projects Regulations* provides that “[p]rojects for which proposals are to be submitted to the executive committee under paragraph 50(1)(a) of the [YESAA] are specified in Schedule 3.” Since nothing in that schedule corresponds to Mr. Paulsen’s application, it must be concluded that the assessment would have been the responsibility of the Mayo designated office, although that office could have referred the project to the Board.

[184] Since Mr. Paulsen’s project falls into the category of projects for which an assessment by an assessment district office is mandatory, it is possible to give a precise answer to the question of what measures the respondents would have been entitled to had the letter of the process provided for in Chapter 12 of the Final Agreement applied in the case of Mr. Paulsen’s application.

[185] It should first be observed that neither the Final Agreement nor the *YESAA* provides for direct participation by the First Nation in the assessment itself. It is only through the Council for Yukon Indians, or more precisely through those of the Board’s members assigned to the Mayo office who were appointed after being nominated by the Council, that the First Nation

*activités susceptibles d’évaluation, les exceptions et les projets de développement soumis au comité de direction*, DORS/2005-379, renvoie à l’annexe 1 de celui-ci concernant les « activités qui pourraient [. . .] être assujetties à l’évaluation » au sens de l’art. 47 de la *LÉESY*. Cette annexe, à l’art. 27 de sa partie 13, intitulée « Divers », fait état de l’activité suivante :

Sur une terre dont le commissaire du Yukon a la gestion et la maîtrise ou sur une terre désignée, construction, exploitation, modification, désaffectation, fermeture ou abandon d’une structure ou installation agricole, récréative commerciale ou publique, touristique, de télécommunication, de piégeage ou destinée aux guides de chasse au gros gibier d’une espèce prévue par règlement du Yukon pris en vertu de la *Loi sur la faune*, L.R.Y. 2002, ch. 229.

[183] Enfin, l’article 5 du *Règlement sur les activités susceptibles d’évaluation, les exceptions et les projets de développement soumis au comité de direction* indique que « [I]es projets de développement pour lesquels des propositions doivent être soumises au comité de direction en application du paragraphe 50(1) de la [LÉESY] sont précisés à l’annexe 3. » Or, comme rien dans cette annexe ne correspond à la demande de M. Paulsen, il faut donc en conclure que l’évaluation aurait ressorti au bureau désigné de Mayo, même si ce dernier aurait pu déférer le projet à l’Office.

[184] Comme le projet Paulsen appartient à la catégorie des projets impliquant une évaluation obligatoire par un bureau de circonscription, il est possible de répondre précisément à la question de savoir quelles sont les mesures auxquelles auraient eu droit les intimés si la lettre du processus prévu au chapitre 12 de l’Entente définitive s’était appliquée à la demande de M. Paulsen.

[185] Il faut d’abord constater que ni l’Entente définitive ni la *LÉESY* ne prévoient la participation directe de la première nation au travail d’évaluation comme tel. La première nation n’aurait *participé* à l’évaluation de la demande de M. Paulsen que par l’intermédiaire du Conseil des Indiens du Yukon, plus exactement par le truchement de ceux des membres détachés par l’Office au bureau de Mayo qui

would have *participated* in the assessment of Mr. Paulsen's application. Furthermore, no provisions regarding the proportion of Aboriginal assessors required for assessments by the designated offices can be found either in the final agreements or in the *YESAA*. All that we know in this respect is that the Final Agreement and the *YESAA* require equal representation in the Board's *overall* membership.

[186] Regarding the right of interested parties, not to actively take part in the assessment itself, but to be heard, the Final Agreement provides that “[i]n accordance with the Development Assessment Legislation, a Designated Office . . . shall ensure that interested parties have the opportunity to participate in the assessment process” (s. 12.6.1.3). Moreover, as I mentioned above, the organs — the First Nations, the renewable resources council and the Fish and Wildlife Management Board — that make up the co-management framework for fish and wildlife established in Chapter 16 of the Final Agreement have standing as interested parties to participate in public proceedings of any agency, board or commission on matters that affect the management and conservation of fish and wildlife and their habitats in the traditional territory in question (ss. 16.5.3, 16.6.11 and 16.7.13). Also, s. 55(1)(b) of the *YESAA* provides that “[w]here a proposal for a project is submitted to a designated office under paragraph 50(1)(b), the designated office shall . . . determine whether the project will be located, or might have significant environmental or socio-economic effects, in the territory of a first nation.” The word “territory” is defined as follows in s. 2(1) of the *YESAA*: “in relation to a first nation for which a final agreement is in effect, that first nation’s traditional territory and any of its settlement lands within Yukon that are not part of that traditional territory”. After it has been determined under s. 55(1)(b) that the project will be so located or that it might have such effects, s. 55(4) of the *YESAA* applies. It reads as follows:

auraient été nommés sur proposition de ce conseil. D’ailleurs, ni les ententes définitives ni la *LÉESY* ne précisent la proportion d’évaluateurs autochtones en cas d’évaluation par les bureaux désignés. Tout ce que nous savons à cet égard est que l’Entente définitive et la *LÉESY* exigent la parité dans la composition d’*ensemble* de l’Office.

[186] Au sujet du droit des parties intéressées, non pas de prendre part activement à l’évaluation elle-même, mais d’être entendues, l’Entente définitive prévoit ceci : « Conformément à la législation sur l’évaluation des activités de développement, les organismes désignés [. . .] font en sorte que les parties intéressées aient l’occasion de participer au processus d’évaluation » (art. 12.6.1.3). D’ailleurs, les organes composant le système de cogestion des ressources halieutiques et fauniques mis en place par le chapitre 16 de l’Entente définitive — soit les premières nations, le conseil des ressources renouvelables et la Commission de gestion des ressources halieutiques et fauniques — ont, comme je l’ai mentionné plus tôt, qualité pour participer à titre de partie intéressée aux audiences publiques tenues par une agence, un office ou une commission relativement à des questions ayant une incidence sur la gestion et la conservation des ressources halieutiques et fauniques et de leurs habitats dans le territoire traditionnel concerné (art. 16.5.3, 16.6.11 et 16.7.13). Aussi, l’alinéa 55(1)(b) de la *LÉESY* précise que, « [s]aisi d’une proposition relative à un projet de développement en application du paragraphe 50(1), le bureau désigné [. . .] établit si le lieu de réalisation se trouve dans le territoire d’une première nation ou si le projet est susceptible d’avoir, dans un tel territoire, des effets importants sur l’environnement ou la vie socioéconomique. » Il faut savoir que le par. 2(1) de cette même loi définit ainsi le terme « territoire » : « En ce qui touche les premières nations qui sont parties à un accord définitif en vigueur, leur territoire traditionnel ainsi que leurs terres désignées situées à l’extérieur de celui-ci mais au Yukon ». Une fois faite, la détermination prévue à l’al. 55(1)(b), la *LÉESY* précise en conséquence, au par. 55(4), que

Before making a recommendation . . . a designated office shall seek views about the project, and information that it believes relevant to the evaluation, from any first nation identified under paragraph (1)(b) and from any government agency, independent regulatory agency or first nation that has notified the designated office of its interest in the project or in projects of that kind.

Therefore, under the process provided for in Chapter 12 of the Final Agreement and in the *YESAA*, the Little Salmon/Carmacks First Nation would have had the right only to be heard in the assessment of Mr. Paulsen's application, and not to actively take part in it by delegating assessors.

[187] This, therefore, is the collective consultation measure to which the respondents would have been entitled in the case of Mr. Paulsen's application had the process provided for in Chapter 12 of the Final Agreement and implemented by the *YESAA* applied to it. This should enable us now to answer the ultimate question in the case at bar: whether, given that the letter of that process does not apply, the respondents could receive the benefit of the spirit of the process, as was their right under the transitional provisions of Chapter 12 of the Final Agreement. For this purpose, we must reiterate that although those transitional provisions did impose a particular responsibility on the Crown party, they were nevertheless not silent with respect to the participation of the Aboriginal party. Thus, s. 12.3.6 refers in this regard to efforts on the part not only of "government", but of the parties to the Umbrella Agreement.

(2) Transitional Law: Any "Existing Process" Before the Coming Into Force of the *YESAA*

[188] As far as Mr. Paulsen's application is concerned, the "existing process" within the meaning of the transitional law provisions, that is, of ss. 12.3.6 and 12.19.5 of the Final Agreement, was the process provided for in the *Environmental Assessment Act*, S.Y. 2003, c. 2, and Yukon's 1991

[l]e bureau désigné ne formule ses recommandations [. . .] qu'après avoir, d'une part, demandé l'avis de la première nation dont le territoire est touché aux termes de l'alinéa (1)(b) et des autorités publiques, organismes administratifs autonomes et premières nations l'ayant avisé de leur intérêt dans le projet de développement ou dans les projets de même catégorie et, d'autre part, cherché à obtenir d'eux l'information qu'il estime nécessaire à l'examen.

Aux termes du processus prévu au chapitre 12 de l'Entente définitive et des dispositions de la *LÉESY*, la Première nation de Little Salmon/Carmacks n'aurait donc eu droit que d'être entendue lors de l'évaluation de la demande de M. Paulsen, et non pas d'y prendre part activement en y déléguant des évaluateurs.

[187] Voilà donc ce à quoi auraient eu droit les intimés comme mesure de consultation collective relativement à la demande de M. Paulsen si le processus prévu au chapitre 12 de l'Entente définitive et mis en œuvre par la *LÉESY* s'était appliqué à cette demande. Cela devrait maintenant nous permettre de répondre à la question que pose la présente affaire en dernière analyse, soit celle de savoir si, à défaut d'applicabilité de la lettre de ce processus, les intimés ont pu bénéficier de l'esprit de celui-ci, comme ils y avaient droit en vertu de l'économie des dispositions provisoires du chapitre 12 de l'Entente définitive. Pour ce faire, il faudra nous rappeler que, même si ces dispositions de droit provisoire conféraient une responsabilité particulière à la partie étatique, elles n'étaient pas pour autant silencieuses quant à la participation de la partie autochtone. En effet, l'art. 12.3.6 parle à cet égard des efforts qui sont dus non seulement de la part du « gouvernement », mais de celle de toutes les parties à l'Accord-cadre.

(2) Droit provisoire : tout « processus existant » avant l'entrée en vigueur de la *LÉESY*

[188] Au sens des dispositions de droit provisoire, c'est-à-dire les art. 12.3.6 et 12.19.5 de l'Entente définitive, le « processus existant » était, en ce qui concerne la demande de M. Paulsen, celui prévu à la *Loi sur l'évaluation environnementale*, L.Y. 2003, ch. 2, et à la politique agricole yukonnaise

agriculture policy, which, moreover, also referred to the environmental legislation (*Agriculture for the 90s: A Yukon Policy* (1991) (the “agriculture policy”), Section II, at para. 6(1)). Since the parties did not rely on that Act, I will merely mention that the assessment provided for in it was completed, but more than five months after the date of the decision on Mr. Paulsen’s application, despite the fact that it was a mandatory prior assessment.

[189] Under the 1991 agriculture policy, Mr. Paulsen’s application first had to undergo a “prescreening” by the Land Claims and Implementation Secretariat, the Lands Branch and the Agriculture Branch. The prescreening process involved determining whether the application was eligible for consideration, and in particular whether the application was complete, whether the land in question was available, whether that land was under territorial jurisdiction, whether there was a possibility that the land would be subject to Aboriginal land claims, whether the land had agronomic capability and, more specifically, whether the application was, at first glance, consistent with the policy then in effect.

[190] Mr. Paulsen’s application then had to undergo a more technical review by the Agriculture Land Application Review Committee (“ALARC”). ALARC is a cross-sector, interdepartmental committee that, among other things, reviews the farm development plan that every applicant for agricultural land must submit (agriculture policy, Section II, at subpara. 9(1)(c)). ALARC’s review of Mr. Paulsen’s application was originally scheduled for June 26, 2002, but it could not proceed on that date because the applicant had not yet submitted a farm development plan.

[191] On June 10, 2002, an analysis by the Agriculture Branch showed that if Mr. Paulsen’s application were accepted as configured, it would not represent the most efficient use of the land. On October 20, 2003, Mr. Paulsen reconfigured the parcel in question in his application. On February 24, 2004, ALARC recommended that his

de 1991 qui renvoyait d’ailleurs aussi à la législation sur l’environnement (*Agriculture for the 90s: A Yukon Policy* (1991) (la « politique agricole », section II, par. 6(1)). Comme les parties n’ont pas invoqué cette loi, je me limiterai à mentionner que l’évaluation prévue par celle-ci a été complétée, mais plus de cinq mois après la date de la décision sur la demande de M. Paulsen, et ce, même s’il s’agissait d’une évaluation préalable obligatoire.

[189] Aux termes de la politique agricole de 1991, la demande de M. Paulsen a d’abord fait l’objet d’un examen préliminaire par le Secrétariat des revendications territoriales et de la mise en œuvre, par la Direction des terres ainsi que par la Direction de l’agriculture. Cet examen préliminaire devait consister en un contrôle de recevabilité de la demande, et notamment de son caractère complet, de la disponibilité de la terre visée, de la compétence territoriale sur celle-ci, d’éventuelles revendications territoriales autochtones dont elle pouvait faire l’objet, de son potentiel agricole et, plus généralement, de la conformité a priori de la demande à la politique en vigueur.

[190] La demande de M. Paulsen devait ensuite faire l’objet d’un examen davantage technique par le Comité d’examen des demandes d’aliénation de terres agricoles (« CEDATA »). Il s’agit d’un comité intersectoriel et interministériel qui procède notamment à l’examen du plan d’exploitation exigé de toute personne sollicitant l’obtention d’une terre à des fins agricoles (politique agricole, section II, al. 9(1)c)). L’examen de la demande de M. Paulsen par le CEDATA avait été initialement prévu pour le 26 juin 2002. Toutefois, comme le demandeur n’avait toujours pas produit de plan d’exploitation à cette date, cet examen n’a pas pu avoir lieu au moment prévu.

[191] Le 10 juin 2002, une analyse effectuée par la Direction de l’agriculture a révélé que, si elle était acceptée suivant la délimitation proposée, la demande de M. Paulsen ne constituerait pas une utilisation optimale du sol. Le 20 octobre 2003, M. Paulsen a revu la délimitation de la terre qui faisait l’objet de sa demande. Le 24 février 2004, le

application proceed to an assessment by the Land Application Review Committee (“LARC”).

[192] LARC is a body whose membership consists of representatives of the Yukon government and, depending on the case, of Yukon First Nations, Yukon municipalities and/or the federal Department of Fisheries and Oceans (*Land Application Review Committee (LARC): Terms of Reference*, Section 4.0: Membership/Public Participation, A.R., vol. II, at p. 29). It is chaired by a territorial government official. A First Nation will be represented on LARC if, as was the case here, the application to be reviewed has potential consequences for the management of its “traditional territory”.

[193] LARC’s mandate is, in particular, to “review matters concerning land applications from a technical land-management perspective, in accordance with legislation, First Nation Final & Self Government Agreements and criteria in specific land application policies” (*Land Application Review Committee (LARC): Terms of Reference*, Section 6.0: Land Application & Policy Development Procedures — Mandate, A.R., vol. II, at p. 32).

[194] A notice concerning Mr. Paulsen’s application was published on March 26, 2004, and the public were invited to submit written comments within 20 days. On April 28, 2004, the Agriculture Branch sent a summarized version of the application to the Little Salmon/Carmacks First Nation (A.R., vol. II, at p. 6) together with a letter notifying the First Nation that the application was to be reviewed by LARC and asking it to submit its written comments within 30 days. The First Nation was also sent an information package, which included notice that the LARC meeting was scheduled for August 13, 2004.

[195] On July 27, 2004, Susan Davis, the Director of Land and Resources of the Little Salmon/Carmacks First Nation, sent Yukon’s Lands Branch

CEDATA a recommandé que sa demande soit évaluée par le Comité d’examen des demandes d’aliénation de terres (« CEDAT »).

[192] Le CEDAT se compose de représentants du gouvernement du Yukon et, suivant les cas, des premières nations du Yukon, des municipalités du Yukon et/ou du ministère fédéral des Pêches et Océans (*Land Application Review Committee (LARC): Terms of Reference*, section 4.0: Membership/Public Participation, d.a., vol. II, p. 29). Il est présidé par un fonctionnaire territorial. Une première nation y est représentée si la demande à examiner peut avoir des conséquences sur la gestion de son « territoire traditionnel », ce qui était le cas en l’espèce.

[193] Le CEDAT a notamment pour mandat d’[TRADUCTION] « examiner d’un point de vue technique de gestion du territoire certains aspects des demandes d’aliénation de terres, conformément aux lois, aux ententes définitives et accords d’autonomie gouvernementale des premières nations et aux critères prévus par certaines politiques relatives aux demandes d’aliénation de terres » (*Land Application Review Committee (LARC): Terms of Reference*, section 6.0: Land Application & Policy Development Procedures — Mandate, d.a., vol. II, p. 32).

[194] Le 26 mars 2004, la demande de M. Paulsen a fait l’objet de publicité et le public a été invité à formuler ses observations par écrit dans les 20 jours suivant cette date. Le 28 avril 2004, la Direction de l’agriculture a communiqué une version résumée de la demande de M. Paulsen à la Première nation de Little Salmon/Carmacks (d.a., vol. II, p. 6), accompagnée d’une lettre informant celle-ci que la demande serait examinée par le CEDAT et l’invitant à présenter ses observations écrites dans les 30 jours suivant cette date. Une trousse d’information contenant notamment la date prévue de la réunion du CEDAT, en l’occurrence le 13 août 2004, a aussi été envoyée à la première nation.

[195] Le 27 juillet 2004, la directrice des terres et ressources de la Première nation de Little Salmon/Carmacks, Susan Davis, a fait parvenir à la Direction



a letter in which she expressed the First Nations' concerns about Mr. Paulsen's application (A.R., vol. II, at p. 22). Those concerns were threefold. First of all, the First Nation was concerned about the impact of the application on the trapline. It was also concerned about the anticipated impact on settlement land under its comprehensive land claim agreement, and in particular on two parcels of site specific settlement land (a concept referred to above) as well as on the cabin of the holder of the trapline concession, which was located on one of those parcels. Finally, the First Nation asked the Yukon government to take into consideration the fact that there might be sites of heritage or archaeological interest, including a historical trail, on the land in question in the agriculture land application.

[196] LARC met to review Mr. Paulsen's application on August 13, 2004. For reasons that are not explained in the record of this case, the Little Salmon/Carmacks First Nation, without notifying the other members in advance, did not attend the meeting and did not request an adjournment of the August 13, 2004 review, to which it had been invited as a member of LARC. However, it can be seen from the minutes of that meeting that even though no representatives of the First Nation attended, its concerns had been taken into account even before the meeting. The following passages are relevant:

The original rectangular parcel was reconfigured in October, 2003. The NRO [Natural Resources Officer] inspection report in April this year recommended it be reconfigured again to remove a portion, which is a potential timber allocation area for point source permits [*sic*]. Opposition from the First Nation has caused the abandonment of that plan.

Little Salmon Carmacks First Nation [LSCFN] express concern that the application is within Trapline Concession Number 143, held by an elder [Johnny Sam]. Forestfire burns have impacted this trapline, and

des terres du Yukon une lettre exprimant les préoccupations de la première nation relativement à la demande de M. Paulsen (d.a., vol. II, p. 22). Les préoccupations exprimées étaient de trois ordres. La première nation s'inquiétait d'abord des répercussions de la demande sur la ligne de piégeage. Elle se préoccupait des conséquences à prévoir sur les terres visées par le règlement de la revendication territoriale globale de la première nation, notamment sur deux sites spécifiques (notion vue ci-haut) ainsi que sur le refuge de trappe du titulaire de la ligne de piégeage, qui se trouve sur l'un de ces sites. Enfin, la première nation invitait l'administration yukonnaise à prendre en considération la présence possible de sites pouvant revêtir une valeur patrimoniale ou archéologique, dont un sentier historique, sur la terre faisant l'objet de la demande d'aliénation à des fins agricoles.

[196] Le CEDAT a procédé à l'examen de la demande de M. Paulsen le 13 août 2004. Pour des raisons non précisées dans le présent dossier, sans prévenir d'avance les autres membres, la Première nation de Little Salmon/Carmacks n'a pas pris part à la réunion et n'a pas demandé l'ajournement de l'examen du 13 août 2004 auquel elle avait été invitée à titre de membre du CEDAT. Le procès-verbal de cette réunion atteste toutefois que, en dépit de l'absence de représentants de la première nation, les préoccupations de celles-ci ont été prises en compte, et ce, même avant la réunion en question. Je reproduis ci-après les extraits pertinents du procès-verbal :

[TRADUCTION] La parcelle rectangulaire originale a été reconfigurée en octobre 2003. Le rapport d'inspection de l'agent des ressources naturelles d'avril de cette année recommandait sa reconfiguration afin d'en retirer une partie, qui constitue une zone potentielle d'attribution de permis de coupe de bois visant des sources ponctuelles. Par suite de l'opposition manifestée par la première nation, ce projet a été abandonné.

La Première nation de Little Salmon/Carmacks [PNLSC] s'est dite préoccupée par le fait que la demande vise une terre se trouvant à l'intérieur de la concession de piégeage n° 143 dont est titulaire un aîné [Johnny Sam].

the only area left is a small strip of land between the Klondike Highway and the Yukon River, which is considered to be suitable land for farming. As a result of the report, there have been several agriculture land applications requesting land in the area for raising livestock and building houses. The combination of agriculture and timber harvesting impacts on this already damaged trapline would be a significant deterrent to the ability of the trapper to continue his traditional pursuits. There are two site specific, personal/traditional use areas considered to be LSCFN settlement lands in the area in question, S-4B and S-127B. Both of these locations are in close proximity to the point source timber permit application. The impact on these sites and users would be the loss of animals to hunt in the area. S-4B is also the site of Concession 143's base camp and trapper cabin.

Des incendies de forêt ont endommagé ce territoire et il n'en reste qu'une petite bande de terre entre la route Klondike et le fleuve Yukon, laquelle est considérée propice à l'agriculture. À la suite du rapport, plusieurs demandes d'aliénation de terres à des fins agricoles ont été présentées afin d'obtenir des terres dans la région en vue d'y élever du bétail et d'y construire des maisons. L'effet conjugué d'activités agricoles et d'activités de récolte du bois sur cette ligne de piégeage par ailleurs déjà endommagée nuirait de façon appréciable à la capacité du trappeur de continuer ses activités traditionnelles. Il y a, dans la région en question, deux zones utilisées à des fins personnelles ou traditionnelles, sites spécifiques S-4B et S-127B, qui sont considérées comme des terres visées par le règlement de la PNLSC. Ces deux emplacements se trouvent près de la zone concernant la demande de permis de coupe de bois visant des sources ponctuelles. L'effet des activités envisagées sur les sites et les usagers serait une réduction de la quantité d'animaux pouvant être chassés dans la région. Le site S-4B est aussi l'emplacement du camp de base et de la cabane du trappeur de la concession de piégeage n° 143.

Other LSCFN concerns related [*sic*] to cultural sites: There are potential areas of heritage and cultural interests which may be impacted by point source timber harvesting. An historic First Nation trail follows the ridge in the area. [A]t present these sites have not been researched or identified, and there would need to be an archaeological survey carried out in order to confirm the presence [*sic*] or lack thereof of any such sites.

D'autres préoccupations exprimées par la PNLSC se rapportaient à des sites culturels : il y aurait certains endroits susceptibles de présenter de l'intérêt du point de vue culturel et patrimonial qui pourraient être touchés par les activités de récolte de bois. Un sentier historique de la première nation suit la ligne de crête dans la région. [A]ctuellement, aucun de ces sites n'a été identifié ou n'a fait l'objet de recherches. Il faudrait procéder à une reconnaissance archéologique pour confirmer la présence ou l'absence de tels sites.

Environment advised they walked the site and discovered an old trap on top of the bluff, facing the Yukon River. The owner of Trapline #143 will have the right to seek compensation. An appropriate 30-metre setback is recommended from the bluff. There was evidence of bears and moose. There will be some loss of wildlife habitat in the area, but it is not significant.

Des fonctionnaires du ministère de l'Environnement ont affirmé avoir marché dans le site en question et y avoir découvert un vieux piège en haut de la falaise, face au fleuve Yukon. Le propriétaire de la ligne de piégeage n° 143 aura le droit de demander d'être indemnisé. Il est recommandé de créer une zone tampon adéquate de 30 mètres à partir de la falaise. Certains éléments indiquaient la présence d'ours et d'orignaux. Il y aura une certaine perte au plan de l'habitat faunique dans la zone visée, mais peu importante.

Recommendation: Approval in principle. Setback from the bluff 30 meters . . . . Subdivision approval will be required. Trapper, based on reduced trapping opportunities, has opportunity to seek compensation.

Recommandation : Approbation de principe. Zone tampon de 30 mètres à partir de la falaise [. . .] Il faudra faire approuver le lotissement. Le trappeur pourra demander une indemnisation, sur la base de la réduction des possibilités de piégeage.

[197] On September 2, 2004, the territorial government's archaeologist reported that no evidence of prehistoric artifacts had been found on the land in question in the agriculture land application, but as a precaution he also recommended a 30-metre buffer between the bluff and the land that was to be transferred.

[198] The territorial government's conduct raises questions in some respects. In particular, there is the fact that the appellant David Beckman, in his capacity as Director of Agriculture, did not notify the respondent First Nation of his decision of October 18, 2004 until July 27, 2005. Under s. 81(1) of the *YESAA*, the designated office and, if applicable, the executive committee of the Board would have been entitled to receive copies of that decision and, one can only assume, to receive them within a reasonable time. Here, the functional equivalent of the designated office is LARC. Even if representatives of the respondent First Nation did not attend the August 13 meeting, it would be expected that the Director of Agriculture would inform that First Nation of his decision within a reasonable time. Nonetheless, the time elapsed after the decision did not affect the quality of the prior consultation.

[199] The territorial government's decision to proceed with Mr. Paulsen's application at the pre-screening stage despite the requirement of consultation in the context of the respondent First Nation's fish and wildlife management plan was not an exemplary practice either. In that respect, Yukon's 1991 agriculture policy provided that "[a]pplications to acquire land for agriculture will be reviewed by the Fish and Wildlife Branch to safeguard wildlife interests", that "[m]easures will be taken to avoid overlap between allocation of lands for agriculture and key wildlife habitat" and that, in particular, all "key wildlife habitat will be excluded from agricultural disposition except where the Fish and Wildlife Branch determines that adverse effects upon wildlife interests can be successfully mitigated" (Section II, subpara. 6(3)(b)). As we have seen, however, Susan Davis did not express concern about this in her letter of July 27, 2004 to Yukon's

[197] Le 2 septembre 2004, l'archéologue du gouvernement territorial a rapporté n'avoir pu relever aucune trace d'artefact préhistorique sur la terre faisant l'objet de la demande d'aliénation à des fins agricoles, mais par prudence a recommandé à son tour la création d'une zone tampon de 30 mètres de largeur entre la falaise et la terre qui serait éventuellement cédée.

[198] À certains égards, la conduite des autorités territoriales soulève des interrogations. C'est notamment le cas en ce qui a trait au fait que, en sa qualité de directeur de l'agriculture, l'appellant M. Beckman n'a signifié que le 27 juillet 2005 à la première nation intimée sa décision du 18 octobre 2004. En vertu du par. 81(1) de la *LÉESY*, le bureau désigné et, le cas échéant, le comité de direction de l'Office auraient eu droit de recevoir une copie de cette décision, et ce, on peut le supposer, à l'intérieur d'un délai raisonnable. L'équivalent fonctionnel du bureau désigné est ici le CEDAT. Même si les représentants de la première nation intimée ne se sont pas présentés à la réunion du 13 août, on se serait attendu à ce que le directeur de l'agriculture informe cette première nation de sa décision dans un délai raisonnable. Ce délai, survenu après la décision, n'a cependant pas affecté la qualité de la consultation préalable.

[199] La décision qu'a prise l'administration territoriale, au terme de l'examen préalable, de poursuivre le traitement de la demande de M. Paulsen malgré la consultation qui avait cours dans le cadre du plan de gestion des ressources halieutiques et fauniques de la première nation intimée n'est pas davantage un exemple de bonne pratique. La politique agricole yukonnaise de 1991 prévoyait pourtant à ce sujet que les [TRADUCTION] « [d]emandes d'acquisition de terres à des fins agricoles seraient examinées par la Direction de la faune et du poisson en vue de protéger la faune », que des « [m]esures seraient prises pour éviter que, dans l'attribution de terres à des fins agricoles, on empiète sur des habitats essentiels pour la faune » et qu'en particulier tout « habitat essentiel pour faune serait exclu des terres susceptibles d'aliénation à des fins agricoles, sauf dans les cas où la Direction de la faune et du poisson juge qu'il est possible d'atténuer les effets

Lands Branch. And as can be seen from the minutes of the August 13, 2004 meeting, the concerns of the Little Salmon/Carmacks First Nation with respect to resource conservation were taken into consideration. Also, the required consultation in the context of the fish and wildlife management plan was far more limited than the consultation to which the First Nation was entitled in participating in LARC, which was responsible for assessing the specific project in issue in this appeal. Finally, the First Nation, the renewable resources council and the Minister had not agreed on a provisional suspension of the processing of applications for land in the area in question.

[200] Despite these aspects of the handling of Mr. Paulsen's application that are open to criticism, it can be seen from the facts as a whole that the respondents received what they were entitled to receive from the appellants where consultation as a First Nation is concerned. In fact, in some respects they were consulted to an even greater extent than they would have been under the *YESAA*. As we saw above, the only right the First Nation would have had under the *YESAA* was to be heard by the assessment district office as a stakeholder (s. 55(4)). That consultation would have been minimal, whereas in the context of the 1991 agriculture policy, the First Nation was invited to participate directly in the assessment of Mr. Paulsen's application as a member of LARC.

[201] It is true that the First Nation's representatives did not attend the August 13, 2004 meeting. They did not notify the other members of LARC that they would be absent and did not request that the meeting be adjourned, but they had nonetheless already submitted comments in a letter.

[202] Thus, the process that led to the October 18, 2004 decision on Mr. Paulsen's application was

préjudiciables sur la faune » (section II, al. 6(3)b)). Cependant, comme on a pu le constater, Susan Davis n'a pas exprimé cette préoccupation dans sa lettre du 27 juillet 2004 à la Direction des terres du Yukon. De plus, comme le démontre le procès-verbal de la réunion du 13 août 2004, les préoccupations de la Première nation de Little Salmon/Carmacks concernant la conservation des ressources ont été prises en considération. Au surplus, la consultation qui avait cours dans le cadre du plan de gestion des ressources halieutiques et fauniques était beaucoup plus limitée que celle à laquelle donnait droit la participation de la première nation au CEDAT qui était chargé d'évaluer le projet spécifique faisant l'objet du présent pourvoi. De surcroît, la première nation, le conseil des ressources renouvelables et le ministre ne s'étaient pas entendus sur la suspension provisoire du traitement de toute demande d'aliénation de terres dans la région visée.

[200] Au-delà de ces aspects critiquables du cheminement de la demande de M. Paulsen, l'ensemble des faits révèle que les intimés ont reçu des appels ce à quoi ils avaient droit de la part de ceux-ci en matière de consultation à titre de première nation. En réalité, ils ont même obtenu à certains égards davantage que ce que leur aurait procuré la *LÉESY*. En effet, comme on a pu le constater précédemment, le seul droit qu'aurait obtenu la première nation en vertu de la *LÉESY* est celui d'être entendue à titre de personne intéressée (par. 55(4)) par le bureau de circonscription. Il s'agissait là d'une consultation minimale, alors que, dans le contexte de l'application de la politique agricole de 1991, la première nation a été invitée à participer directement, à titre d'évaluateur membre du CEDAT, à l'évaluation de la demande de M. Paulsen.

[201] Il est vrai que les représentants de la première nation ne se sont pas présentés à la réunion du 13 août 2004. Cela est survenu sans qu'ils ne préviennent au préalable les autres membres du CEDAT et sans demander l'ajournement de la réunion, mais ils avaient néanmoins fait des commentaires par lettre.

[202] Par conséquent, le processus qui a mené à la décision du 18 octobre 2004 relativement à la

consistent with the transitional law provisions of Chapter 12 of the Final Agreement. There is no legal basis for finding that the Crown breached its duty to consult.

### III. Conclusion

[203] Whereas past cases have concerned unilateral actions by the Crown that triggered a duty to consult for which the terms had not been negotiated, in the case at bar, as in the Court's recent decision regarding the *James Bay and Northern Québec Agreement*, the parties have moved on to another stage. Formal consultation processes are now a permanent feature of treaty law, and the Final Agreement affords just one example of this. To give full effect to the provisions of a treaty such as the Final Agreement is to renounce a paternalistic approach to relations with Aboriginal peoples. It is a way to recognize that Aboriginal peoples have full legal capacity. To disregard the provisions of such a treaty can only encourage litigation, hinder future negotiations and threaten the ultimate objective of reconciliation.

[204] The appellants seek a declaration that the Crown did not have a duty to consult under the Final Agreement with respect to Mr. Paulsen's application. Their interpretation of the Final Agreement is supported neither by the applicable principles of interpretation nor by either the context or the provisions of the Final Agreement. The cross-appellants argue that the common law duty to consult continued to apply despite the coming into effect of the Final Agreement. As I explained above, it is my view that there is no gap in the Final Agreement as regards the duty to consult. Its provisions on consultation in relation to the management of fish and wildlife were in effect. And the Little Salmon/Carmacks First Nation had in fact submitted comments in the process provided for in that respect. Moreover, the administrative law rights of Johnny Sam are governed neither by the common law duty to consult nor by the Final Agreement. Although the Little Salmon/Carmacks First Nation's argument

demande de M. Paulsen respectait les dispositions de droit provisoire prévues au chapitre 12 de l'Entente définitive. Il n'existe aucun motif juridique permettant de conclure que l'obligation de consultation de la Couronne a été violée.

### III. Conclusion

[203] Si, jusqu'ici, les litiges ont mis en cause une action unilatérale de la Couronne qui déclenchait une obligation de consulter dont les modalités n'avaient pas été négociées, le présent dossier, tout comme celui dans lequel la Cour a récemment été appelée à étudier la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, indique que les parties sont maintenant passées à une autre étape. Les processus formels de consultation font maintenant résolument partie de l'univers juridique des traités. L'Entente définitive n'en est qu'un exemple. Donner leur plein effet aux stipulations d'un traité comme l'Entente définitive c'est renoncer à toute approche paternaliste à l'égard des peuples autochtones. Il s'agit d'une façon de reconnaître leur pleine capacité juridique. Méconnaître les stipulations d'un tel traité ne peut qu'encourager le recours aux tribunaux, nuire aux négociations futures et compromettre la réalisation de l'objectif ultime de réconciliation.

[204] L'appel principal visait à obtenir une déclaration portant que la Couronne n'avait pas d'obligation de consultation en vertu de l'Entente définitive en relation avec la demande de M. Paulsen. L'interprétation que font les appelants de l'Entente définitive n'est appuyée ni par les principes interprétatifs applicables, ni par le contexte de l'Entente définitive ou les stipulations de celle-ci. Par ailleurs, l'appel incident est fondé sur la survivance, malgré l'entrée en vigueur de l'Entente définitive, de l'obligation de consultation de source jurisprudentielle. Comme je l'ai expliqué précédemment, je suis d'avis qu'il n'existe aucun hiatus dans l'Entente définitive concernant l'obligation de consultation. Ses dispositions concernant la consultation en relation avec la gestion des ressources halieutiques et fauniques étaient en vigueur. La Première nation de Little Salmon/Carmacks a d'ailleurs présenté ses observations dans le cadre du processus prévu à cet effet. Par ailleurs, les droits de Johnny Sam,

that it had a right to be consulted with respect to Mr. Paulsen's application is valid, the source of that right is not the common law framework. The fact is that the transfer to Mr. Paulsen constituted an agricultural development project that was subject to Chapter 12 of the Final Agreement and that that chapter's transitional provisions established the applicable framework.

[205] In this case, given that Mr. Paulsen's application would have been subject to a mandatory assessment by the local assessment district office, the fact that recourse was had to the existing process to assess the application supports a conclusion that the actual consultation with the respondents was more extensive than the consultation to which they would have been entitled under the YESAA.

[206] For these reasons, I would dismiss the appeal and the cross-appeal, both with costs.

*Appeal and cross-appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: Lawson Lundell, Vancouver.*

*Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal: Pape Salter Teillet, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.*

*Solicitors for the interveners the Gwich'in Tribal Council and Sahtu Secretariat Inc.: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

en tant qu'administré, ne sont régis ni par l'obligation de consultation de régime jurisprudentiel ni par l'Entente définitive. Si la Première nation de Little Salmon/Carmacks a raison de soutenir qu'elle avait le droit d'être consultée en ce qui a trait à la demande de M. Paulsen, ce n'est pas en vertu du régime jurisprudentiel. C'est que, conformément à l'Entente définitive la cession à M. Paulsen constituait un projet de développement agricole assujéti aux dispositions du chapitre 12 de ce traité et que ses dispositions provisoires établissaient le régime applicable.

[205] En l'espèce, le recours au processus existant pour l'évaluation de la demande de M. Paulsen, compte tenu du fait que cette demande aurait relevé d'une évaluation obligatoire par le bureau de circonscription locale, permet de conclure que les intimés ont bénéficié d'un régime supérieur à celui auquel ils auraient eu droit en vertu de la *LÉESY* en matière de consultation.

[206] Pour ces motifs, je rejeterais les pourvois principal et incident, avec dépens dans les deux cas.

*Pourvoi et pourvoi incident rejetés avec dépens.*

*Procureurs des appelants/intimés au pourvoi incident : Lawson Lundell, Vancouver.*

*Procureurs des intimés/appellants au pourvoi incident : Pape Salter Teillet, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.*

*Procureurs des intervenants le Conseil tribal des Gwich'in et Sahtu Secretariat Inc. : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee)/Cree Regional Authority: Gowling Lafleur Henderson, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Council of Yukon First Nations: Boughton Law Corporation, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Kwanlin Dün First Nation: Arvay Finlay, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener Nunavut Tunngavik Inc.: Rosenbloom Aldridge Bartley & Rosling, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Tlicho Government: John Donihee, Calgary.*

*Solicitors for the intervener the Te'Mexw Nations: Janes Freedman Kyle Law Corporation, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Hutchins Caron & Associés, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant le Grand conseil des Cris (Eeyou Istchee)/Administration régionale crie : Gowling Lafleur Henderson, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil des Premières nations du Yukon : Boughton Law Corporation, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la Première nation de Kwanlin Dün : Arvay Finlay, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Nunavut Tunngavik Inc. : Rosenbloom Aldridge Bartley & Rosling, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le gouvernement tlicho : John Donihee, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenante les Nations Te'Mexw : Janes Freedman Kyle Law Corporation, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Hutchins Caron & Associés, Montréal.*