

**Minister of Forests and Attorney
General of British Columbia
on behalf of Her Majesty The Queen
in Right of the Province
of British Columbia** *Appellants*

v.

**Council of the Haida Nation and
Guujaaw, on their own behalf
and on behalf of all members of the
Haida Nation** *Respondents*

and between

Weyerhaeuser Company Limited *Appellant*

v.

**Council of the Haida Nation and
Guujaaw, on their own behalf
and on behalf of all members of the
Haida Nation** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of Nova Scotia,
Attorney General for Saskatchewan,
Attorney General of Alberta,
Squamish Indian Band and
Lax-kw'alaams Indian Band,
Haisla Nation, First Nations Summit,
Dene Tha' First Nation,
Tenimgyet, aka Art Matthews,
Gitxsan Hereditary Chief, Business
Council of British Columbia,
Aggregate Producers Association
of British Columbia, British Columbia
and Yukon Chamber of Mines,
British Columbia Chamber of Commerce,
Council of Forest Industries, Mining
Association of British Columbia,**

**Ministre des Forêts et procureur
général de la Colombie-Britannique
au nom de Sa Majesté la Reine du
chef de la province de la
Colombie-Britannique** *Appellants*

c.

**Conseil de la Nation haïda et
Guujaaw, en leur propre nom et
au nom des membres de la
Nation haïda** *Intimés*

et entre

Weyerhaeuser Company Limited *Appelante*

c.

**Conseil de la Nation haïda et
Guujaaw, en leur propre nom et
au nom des membres de la
Nation haïda** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l'Ontario,
procureur général du Québec,
procureur général de la
Nouvelle-Écosse, procureur général
de la Saskatchewan, procureur
général de l'Alberta, Bande indienne
de Squamish et Bande indienne
des Lax-kw'alaams, Nation haisla,
Sommet des Premières nations,
Première nation Dene Tha', Tenimgyet,
aussi connu sous le nom
d'Art Matthews, chef héréditaire
Gitxsan, Business Council of
British Columbia, Aggregate Producers
Association of British Columbia,
British Columbia and Yukon Chamber of
Mines, British Columbia
Chamber of Commerce, Council of**

**British Columbia Cattlemen’s Association
and Village of Port Clements** *Interveners*

**INDEXED AS: HAIDA NATION v. BRITISH COLUMBIA
(MINISTER OF FORESTS)**

Neutral citation: 2004 SCC 73.

File No.: 29419.

2004: March 24; 2004: November 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Crown — Honour of Crown — Duty to consult and
accommodate Aboriginal peoples — Whether Crown
has duty to consult and accommodate Aboriginal peo-
ples prior to making decisions that might adversely
affect their as yet unproven Aboriginal rights and title
claims — Whether duty extends to third party.*

For more than 100 years, the Haida people have claimed title to all the lands of Haida Gwaii and the waters surrounding it, but that title has not yet been legally recognized. The Province of British Columbia issued a “Tree Farm License” (T.F.L. 39) to a large forestry firm in 1961, permitting it to harvest trees in an area of Haida Gwaii designated as Block 6. In 1981, 1995 and 2000, the Minister replaced T.F.L. 39, and in 1999, the Minister approved a transfer of T.F.L. 39 to Weyerhaeuser Co. The Haida challenged in court these replacements and the transfer, which were made without their consent and, since at least 1994, over their objections. They asked that the replacements and transfer be set aside. The chambers judge dismissed the petition, but found that the government had a moral, not a legal, duty to negotiate with the Haida. The Court of Appeal reversed the decision, declaring that both the government and Weyerhaeuser Co. have a duty to consult with and accommodate the Haida with respect to harvesting timber from Block 6.

Held: The Crown’s appeal should be dismissed. Weyerhaeuser Co.’s appeal should be allowed.

While it is open to the Haida to seek an interlocutory injunction, they are not confined to that remedy, which

**Forest Industries, Mining Association
of British Columbia, British Columbia
Cattlemen’s Association et Village de Port
Clements** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : NATION HAÏDA c. COLOMBIE-
BRITANNIQUE (MINISTRE DES FORÊTS)**

Référence neutre : 2004 CSC 73.

N° du greffe : 29419.

2004 : 24 mars; 2004 : 18 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Couronne — Honneur de la Couronne — Obligation
de consulter les peuples autochtones et de trouver des
accommodements à leurs préoccupations — La Cou-
ronne a-t-elle envers les peuples autochtones une
obligation de consultation et d’accommodement avant
de prendre une décision susceptible d’avoir un effet
préjudiciable sur des revendications de droits et titres
ancestraux non encore prouvées? — L’obligation vise-t-
elle aussi les tiers?*

Depuis plus de 100 ans, les Haïda revendiquent un titre sur les terres des îles Haïda Gwaii et les eaux les entourant; ce titre n’a pas encore été juridiquement reconnu. En 1961, la province de la Colombie-Britannique a délivré à une grosse compagnie forestière une « concession de ferme forestière » (CFF 39) l’autorisant à récolter des arbres dans la région des îles Haïda Gwaii connue sous le nom de Bloc 6. En 1981, en 1995 et en l’an 2000, le ministre a remplacé la CFF 39 et en 1999 il a autorisé la cession de la CFF 39 à Weyerhaeuser Co. Les Haïda ont contesté devant les tribunaux ces remplacements et cette cession, qui ont été effectués sans leur consentement et, depuis 1994 au moins, en dépit de leurs objections. Ils demandent leur annulation. Le juge en son cabinet a rejeté la demande, mais a conclu que le gouvernement a l’obligation morale, mais non légale, de négocier avec les Haïda. La Cour d’appel a infirmé cette décision, déclarant que le gouvernement et Weyerhaeuser Co. ont tous deux l’obligation de consulter les Haïda et de trouver des accommodements à leurs préoccupations.

Arrêt : Le pourvoi de la Couronne est rejeté. Le pourvoi de Weyerhaeuser Co. est accueilli.

Il est loisible aux Haïda de demander une injonction interlocutoire, mais ce n’est pas leur seul recours. Par

may fail to adequately take account of their interests prior to final determination thereof. If they can prove a special obligation giving rise to a duty to consult or accommodate, they are free to pursue other available remedies.

The government's duty to consult with Aboriginal peoples and accommodate their interests is grounded in the principle of the honour of the Crown, which must be understood generously. While the asserted but unproven Aboriginal rights and title are insufficiently specific for the honour of the Crown to mandate that the Crown act as a fiduciary, the Crown, acting honourably, cannot cavalierly run roughshod over Aboriginal interests where claims affecting these interests are being seriously pursued in the process of treaty negotiation and proof. 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. The foundation of the duty in the Crown's honour and the goal of reconciliation suggest that the duty arises when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it. Consultation and accommodation before final claims resolution preserve the Aboriginal interest and are an essential corollary to the honourable process of reconciliation that s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, demands.

The scope of the duty is proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed. The Crown is not under a duty to reach an agreement; rather, the commitment is to a meaningful process of consultation in good faith. The content of the duty varies with the circumstances and each case must be approached individually and flexibly. The controlling question in all situations is what is required to maintain the honour of the Crown and to effect reconciliation between the Crown and the Aboriginal people with respect to the interests at stake. The effect of good faith consultation may be to reveal a duty to accommodate. Where accommodation is required in making decisions that may adversely affect as yet unproven Aboriginal rights and title claims, the Crown must balance Aboriginal concerns reasonably

ailleurs, il est possible que l'injonction interlocutoire ne tienne pas suffisamment compte de leurs intérêts avant qu'une décision définitive soit rendue au sujet de ceux-ci. S'ils sont en mesure d'établir l'existence d'une obligation particulière donnant naissance à l'obligation de consulter ou d'accommoder, ils sont libres de demander l'application de ces mesures.

L'obligation du gouvernement de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements à leurs intérêts découle du principe de l'honneur de la Couronne, auquel il faut donner une interprétation généreuse. Bien que les droits et titre ancestraux revendiqués, mais non encore définis ou prouvés, ne soient pas suffisamment précis pour que l'honneur de la Couronne oblige celle-ci à agir comme fiduciaire, cette dernière, si elle entend agir honorablement, ne peut traiter cavalièrement les intérêts autochtones qui font l'objet de revendications sérieuses dans le cadre du processus de négociation et d'établissement d'un traité. 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 de la reconnaissance formelle des revendications. L'objectif de conciliation ainsi que l'obligation de consultation, laquelle repose sur l'honneur de la Couronne, tendent à indiquer que cette obligation prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci. La prise de mesures de consultation et d'accommodement avant le règlement définitif d'une revendication permet de protéger les intérêts autochtones et constitue même un aspect essentiel du processus honorable de conciliation imposé par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'étendue de l'obligation dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre. La Couronne n'a pas l'obligation de parvenir à une entente mais plutôt de mener de bonne foi de véritables consultations. Le contenu de l'obligation varie selon les circonstances et il faut procéder au cas par cas. La question décisive dans toutes les situations consiste à déterminer ce qui est nécessaire pour préserver l'honneur de la Couronne et pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones. Des consultations menées de bonne foi peuvent faire naître l'obligation d'accommodement. Lorsque des mesures d'accommodement sont nécessaires lors de la prise d'une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des revendications de droits et de titre ancestraux non encore prouvées, la Couronne doit établir un équilibre

with the potential impact of the decision on the asserted right or title and with other societal interests.

Third parties cannot be held liable for failing to discharge the Crown's duty to consult and accommodate. The honour of the Crown cannot be delegated, and the legal responsibility for consultation and accommodation rests with the Crown. This does not mean, however, that third parties can never be liable to Aboriginal peoples.

Finally, the duty to consult and accommodate applies to the provincial government. At the time of the Union, the Provinces took their interest in land subject to any interest other than that of the Province in the same. Since the duty to consult and accommodate here at issue is grounded in the assertion of Crown sovereignty which pre-dated the Union, the Province took the lands subject to this duty.

The Crown's obligation to consult the Haida on the replacement of T.F.L. 39 was engaged in this case. The Haida's claims to title and Aboriginal right to harvest red cedar were supported by a good *prima facie* case, and the Province knew that the potential Aboriginal rights and title applied to Block 6, and could be affected by the decision to replace T.F.L. 39. T.F.L. decisions reflect strategic planning for utilization of the resource and may have potentially serious impacts on Aboriginal rights and titles. If consultation is to be meaningful, it must take place at the stage of granting or renewing T.F.L.'s. Furthermore, the strength of the case for both the Haida's title and their right to harvest red cedar, coupled with the serious impact of incremental strategic decisions on those interests, suggest that the honour of the Crown may also require significant accommodation to preserve the Haida's interest pending resolution of their claims.

Cases Cited

Applied: *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; **referred to:** *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245, 2002 SCC 79; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Gladstone*, [1996]

raisonnable entre les préoccupations des Autochtones, d'une part, et l'incidence potentielle de la décision sur le droit ou titre revendiqué et les autres intérêts sociétaux, d'autre part.

Les tiers ne peuvent être jugés responsables de ne pas avoir rempli l'obligation de consultation et d'accommodement qui incombe à la Couronne. Le respect du principe de l'honneur de la Couronne ne peut être délégué, et la responsabilité juridique en ce qui a trait à la consultation et à l'accommodement incombe à la Couronne. Toutefois, cela ne signifie pas que des tiers ne peuvent jamais être tenus responsables envers des peuples autochtones.

Enfin, l'obligation de consultation et d'accommodement s'applique au gouvernement provincial. Les intérêts acquis par la province sur les terres lors de l'Union sont subordonnés à tous intérêts autres que ceux que peut y avoir la province. Comme l'obligation de consulter et d'accommoder qui est en litige dans la présente affaire est fondée sur l'affirmation par la province, avant l'Union, de sa souveraineté sur le territoire visé, la province a acquis les terres sous réserve de cette obligation.

En l'espèce, la Couronne avait l'obligation de consulter les Haïda au sujet du remplacement de la CFF 39. Les revendications par les Haïda du titre et du droit ancestral de récolter du cèdre rouge étaient étayées par une preuve à première vue valable, et la province savait que les droits et titre ancestraux potentiels visaient le Bloc 6 et qu'ils pouvaient être touchés par la décision de remplacer la CFF 39. Les décisions rendues à l'égard des CFF reflètent la planification stratégique touchant l'utilisation de la ressource en cause et risquent d'avoir des conséquences graves sur les droits ou titres ancestraux. Pour que les consultations soient utiles, elles doivent avoir lieu à l'étape de l'octroi ou du renouvellement de la CFF. De plus, la solidité de la preuve étayant l'existence d'un titre haïda et d'un droit haïda autorisant la récolte du cèdre rouge, conjuguée aux répercussions sérieuses sur ces intérêts des décisions stratégiques successives, indique que l'honneur de la Couronne pourrait bien commander des mesures d'accommodement substantielles pour protéger les intérêts des Haïda en attendant que leurs revendications soient réglées.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; **arrêts mentionnés :** *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Nikal*, [1996] 1

2 S.C.R. 723; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *TransCanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403; *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33; *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1997] 4 C.N.L.R. 45, aff'd [1999] 4 C.N.L.R. 1; *Heiltsuk Tribal Council v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)* (2003), 19 B.C.L.R. (4th) 107; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, s. 109.
Constitution Act, 1982, s. 35.
Forest Act, R.S.B.C. 1996, c. 157.
Forestry Revitalization Act, S.B.C. 2003, c. 17.

Authors Cited

Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, "accommodate", "accommodation".
 Hunter, John J. L. "Advancing Aboriginal Title Claims after *Delgamuukw*: The Role of the Injunction". Continuing Legal Education Conference on Litigating Aboriginal Title, June 2000.
 Isaac, Thomas, and Anthony Knox. "The Crown's Duty to Consult Aboriginal People" (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49.
 Lawrence, Sonia, and Patrick Macklem. "From Consultation to Reconciliation: Aboriginal Rights and the Crown's Duty to Consult" (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 252.
 New Zealand. Ministry of Justice. *A Guide for Consultation with Māori*. Wellington: The Ministry, 1997.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal, [2002] 6 W.W.R. 243, 164 B.C.A.C. 217, 268 W.A.C. 217, 99 B.C.L.R. (3d) 209, 44 C.E.L.R. (N.S.) 1, [2002] 2 C.N.L.R. 121, [2002] B.C.J. No. 378 (QL), 2002 BCCA 147,

R.C.S. 1013; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *TransCanada Pipelines Ltd. c. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33; *Halfway River First Nation c. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1997] 4 C.N.L.R. 45, conf. par [1999] 4 C.N.L.R. 1; *Heiltsuk Tribal Council c. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)* (2003), 19 B.C.L.R. (4th) 107; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

Lois et règlements cités

Forest Act, R.S.B.C. 1996, ch. 157.
Forestry Revitalization Act, S.B.C. 2003, ch. 17.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 109.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

Doctrine citée

Hunter, John J. L. « Advancing Aboriginal Title Claims after *Delgamuukw*: The Role of the Injunction ». Continuing Legal Education Conference on Litigating Aboriginal Title, June 2000.
 Imbs, Paul, dir. *Trésor de la langue française, dictionnaire de la langue du XIX^e et du XX^e siècle (1789-1960)*, t. 1. Paris : Centre national de la recherche scientifique, 1971, « accommodement », « accommoder ».
 Isaac, Thomas, and Anthony Knox. « The Crown's Duty to Consult Aboriginal People » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49.
 Lawrence, Sonia, and Patrick Macklem. « From Consultation to Reconciliation : Aboriginal Rights and the Crown's Duty to Consult » (2000), 79 *R. du B. can.* 252.
 Nouvelle-Zélande. Ministry of Justice. *A Guide for Consultation with Māori*. Wellington : The Ministry, 1997.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [2002] 6 W.W.R. 243, 164 B.C.A.C. 217, 268 W.A.C. 217, 99 B.C.L.R. (3d) 209, 44 C.E.L.R. (N.S.) 1, [2002] 2 C.N.L.R. 121, [2002] B.C.J. No. 378 (QL), 2002 BCCA 147, avec motifs

with supplementary reasons (2002), 216 D.L.R. (4th) 1, [2002] 10 W.W.R. 587, 172 B.C.A.C. 75, 282 W.A.C. 75, 5 B.C.L.R. (4th) 33, [2002] 4 C.N.L.R. 117, [2002] B.C.J. No. 1882 (QL), 2002 BCCA 462, reversing a decision of the British Columbia Supreme Court (2000), 36 C.E.L.R. (N.S.) 155, [2001] 2 C.N.L.R. 83, [2000] B.C.J. No. 2427 (QL), 2000 BCSC 1280. Appeal by the Crown dismissed. Appeal by Weyerhaeuser Co. allowed.

Paul J. Pearlman, Q.C., and Kathryn L. Kickbush, for the appellants the Minister of Forests and the Attorney General of British Columbia on behalf of Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia.

John J. L. Hunter, Q.C., and K. Michael Stephens, for the appellant Weyerhaeuser Company Limited.

Louise Mandell, Q.C., Michael Jackson, Q.C., Terri-Lynn Williams-Davidson, Gidfahl Gudslaay and Cheryl Y. Sharvit, for the respondents.

Mitchell R. Taylor and Brian McLaughlin, for the intervener the Attorney General of Canada.

E. Ria Tzimas and Mark Crow, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Pierre-Christian Labeau, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *Alexander MacBain Cameron*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Graeme G. Mitchell, Q.C., and P. Mitch McAdam, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Stanley H. Rutwind and Kurt Sandstrom, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Gregory J. McDade, Q.C., and John R. Rich, for the interveners the Squamish Indian Band and the Lax-kw'alaams Indian Band.

Allan Donovan, for the intervener the Haisla Nation.

supplémentaires (2002), 216 D.L.R. (4th) 1, [2002] 10 W.W.R. 587, 172 B.C.A.C. 75, 282 W.A.C. 75, 5 B.C.L.R. (4th) 33, [2002] 4 C.N.L.R. 117, [2002] B.C.J. No. 1882 (QL), 2002 BCCA 462, qui a infirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (2000), 36 C.E.L.R. (N.S.) 155, [2001] 2 C.N.L.R. 83, [2000] B.C.J. No. 2427 (QL), 2000 BCSC 1280. Pourvoi de la Couronne rejeté. Pourvoi de Weyerhaeuser Co. accueilli.

Paul J. Pearlman, c.r., et Kathryn L. Kickbush, pour les appelants le ministre des Forêts et le procureur général de la Colombie-Britannique au nom de Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique.

John J. L. Hunter, c.r., et K. Michael Stephens, pour l'appelante Weyerhaeuser Company Limited.

Louise Mandell, c.r., Michael Jackson, c.r., Terri-Lynn Williams-Davidson, Gidfahl Gudslaay et Cheryl Y. Sharvit, pour les intimés.

Mitchell R. Taylor et Brian McLaughlin, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

E. Ria Tzimas et Mark Crow, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Pierre-Christian Labeau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Alexander MacBain Cameron*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Graeme G. Mitchell, c.r., et P. Mitch McAdam, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Stanley H. Rutwind et Kurt Sandstrom, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Gregory J. McDade, c.r., et John R. Rich, pour les intervenantes la Bande indienne de Squamish et la Bande indienne des Lax-kw'alaams.

Allan Donovan, pour l'intervenante la Nation haisla.

Hugh M. G. Braker, Q.C., Anja Brown, Arthur C. Pape and Jean Teillet, for the intervener the First Nations Summit.

Robert C. Freedman, for the intervener the Dene Tha' First Nation.

Robert J. M. Janes and Dominique Nouvet, for the intervener Tenimgyet, aka Art Matthews, Gitxsan Hereditary Chief.

Charles F. Willms and Kevin O'Callaghan, for the interveners the Business Council of British Columbia, the Aggregate Producers Association of British Columbia, the British Columbia and Yukon Chamber of Mines, the British Columbia Chamber of Commerce, the Council of Forest Industries and the Mining Association of British Columbia.

Thomas F. Isaac, for the intervener the British Columbia Cattlemen's Association.

Stuart A. Rush, Q.C., for the intervener the Village of Port Clements.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

To the west of the mainland of British Columbia lie the Queen Charlotte Islands, the traditional homeland of the Haida people. Haida Gwaii, as the inhabitants call it, consists of two large islands and a number of smaller islands. For more than 100 years, the Haida people have claimed title to all the lands of the Haida Gwaii and the waters surrounding it. That title is still in the claims process and has not yet been legally recognized.

The islands of Haida Gwaii are heavily forested. Spruce, hemlock and cedar abound. The most important of these is the cedar which, since time immemorial, has played a central role in the economy and culture of the Haida people. It is from cedar that they made their ocean-going canoes, their clothing, their utensils and the totem poles that guarded their

Hugh M. G. Braker, c.r., Anja Brown, Arthur C. Pape et Jean Teillet, pour l'intervenant le Sommet des Premières nations.

Robert C. Freedman, pour l'intervenante la Première nation Dene Tha'.

Robert J. M. Janes et Dominique Nouvet, pour l'intervenant Tenimgyet, aussi connu sous le nom d'Art Matthews, chef héréditaire Gitxsan.

Charles F. Willms et Kevin O'Callaghan, pour les intervenants Business Council of British Columbia, Aggregate Producers Association of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of Commerce, Council of Forest Industries et Mining Association of British Columbia.

Thomas F. Isaac, pour l'intervenante British Columbia Cattlemen's Association.

Stuart A. Rush, c.r., pour l'intervenant le village de Port Clements.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

À l'ouest de la partie continentale de la Colombie-Britannique s'étendent les îles de la Reine-Charlotte, patrie traditionnelle des Haïda. Les îles Haïda Gwaii, comme leurs habitants les appellent, se composent de deux grandes îles et de plusieurs petites îles. Depuis plus de 100 ans, les Haïda revendiquent un titre sur les terres des îles Haïda Gwaii et les eaux les entourant. Ce titre en est toujours à l'étape de la revendication et n'a pas encore été juridiquement reconnu.

Les îles Haïda Gwaii sont densément boisées. L'épinette, la pruche et le cèdre y foisonnent. Le plus important de ces arbres est le cèdre, qui, depuis des temps immémoriaux, joue un rôle central dans l'économie et la culture des Haïda. C'est à partir du cèdre qu'ils fabriquaient leurs canots maritimes, leurs vêtements, leurs ustensiles et les totems qui

2004 SCC 73 (CanLII)

1

Haida claim title to lands, but claim not yet legally recognized

Cedar is central to Haida culture and economy

lodges. The cedar forest remains central to their life and their conception of themselves.

protégeaient leurs habitations. La forêt de cèdres demeure essentielle à leur vie et à la conception qu'ils se font d'eux-mêmes.

3 The forests of Haida Gwaii have been logged since before the First World War. Portions of the island have been logged off. Other portions bear second-growth forest. In some areas, old-growth forests can still be found.

Les forêts des îles Haïda Gwaii étaient déjà exploitées avant la Première Guerre mondiale. Certaines parties du territoire ont été coupées à blanc. D'autres sont occupées par une forêt secondaire. Dans certaines régions, on peut encore trouver de vieilles forêts.

4 The Province of British Columbia continues to issue licences to cut trees on Haida Gwaii to forestry companies. The modern name for these licenses are Tree Farm Licences, or T.F.L.'s. Such a licence is at the heart of this litigation. A large forestry firm, MacMillan Bloedel Limited acquired T.F.L. 39 in 1961, permitting it to harvest trees in an area designated as Block 6. In 1981, 1995 and 2000, the Minister replaced T.F.L. 39 pursuant to procedures set out in the *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157. In 1999, the Minister approved a transfer of T.F.L. 39 to Weyerhaeuser Company Limited ("Weyerhaeuser"). The Haida people challenged these replacements and the transfer, which were made without their consent and, since at least 1994, over their objections. Nevertheless, T.F.L. 39 continued.

La province de la Colombie-Britannique continue de délivrer à des compagnies forestières des permis de coupe autorisant l'abattage d'arbres sur les îles Haïda Gwaii. Ce sont ces permis, maintenant appelés [TRADUCTION] « concessions de ferme forestière » (« CFF »), qui sont au cœur du présent litige. En 1961, MacMillan Bloedel Limited, une grosse compagnie forestière, a obtenu la CFF 39, qui lui permettait de récolter des arbres dans la région connue sous le nom de « Bloc 6 ». En 1981, en 1995 et en l'an 2000, le ministre a remplacé la CFF 39 conformément à la procédure prévue par la *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 157. En 1999, il a autorisé la cession de la CFF 39 à Weyerhaeuser Company Limited (« Weyerhaeuser »). Les Haïda ont contesté ces remplacements et cette cession, qui ont été effectués sans leur consentement et, depuis 1994 au moins, en dépit de leurs objections. La CFF 39 est cependant restée en vigueur.

Province issues licenses to cut trees to forestry companies over the objections of the Haida

5 In January of 2000, the Haida people launched a lawsuit objecting to the three replacement decisions and the transfer of T.F.L. 39 to Weyerhaeuser and asking that they be set aside. They argued legal encumbrance, equitable encumbrance and breach of fiduciary duty, all grounded in their assertion of Aboriginal title.

En janvier 2000, les Haïda ont engagé une procédure par laquelle ils s'opposent aux trois remplacements et à la cession de la CFF 39 à Weyerhaeuser, et demandent leur annulation. Invoquant l'existence d'un titre ancestral, ils ont plaidé grèvement en common law, grèvement en equity et manquement à l'obligation de fiduciaire.

Haida challenged forest license decisions, grounded in assertion of Aboriginal title

6 This brings us to the issue before this Court. The government holds legal title to the land. Exercising that legal title, it has granted Weyerhaeuser the right to harvest the forests in Block 6 of the land. But the Haida people also claim title to the land — title which they are in the process of trying to prove — and object to the harvesting of the forests on Block 6 as proposed in T.F.L. 39. In this situation, what duty if any does the government owe the

Cela nous amène à la question dont la Cour est saisie. Le gouvernement détient le titre en common law sur les terres en question. Dans l'exercice des pouvoirs que lui confère ce titre, il a accordé à Weyerhaeuser le droit d'exploiter les forêts du Bloc 6. Mais les Haïda prétendent également déterminer un titre sur ces terres — titre dont ils tentent actuellement d'établir l'existence — et s'opposent à l'exploitation des forêts du Bloc 6 prévue par la

What duty does government owe to the Haida before Aboriginal title and rights have been proven?

Haida people? More concretely, is the government required to consult with them about decisions to harvest the forests and to accommodate their concerns about what if any forest in Block 6 should be harvested before they have proven their title to land and their Aboriginal rights?

The stakes are huge. The Haida argue that absent consultation and accommodation, they will win their title but find themselves deprived of forests that are vital to their economy and their culture. Forests take generations to mature, they point out, and old-growth forests can never be replaced. The Haida’s claim to title to Haida Gwaii is strong, as found by the chambers judge. But it is also complex and will take many years to prove. In the meantime, the Haida argue, their heritage will be irretrievably despoiled.

The government, in turn, argues that it has the right and responsibility to manage the forest resource for the good of all British Columbians, and that until the Haida people formally prove their claim, they have no legal right to be consulted or have their needs and interests accommodated.

The chambers judge found that the government has a moral, but not a legal, duty to negotiate with the Haida people: [2001] 2 C.N.L.R. 83, 2000 BCSC 1280. The British Columbia Court of Appeal reversed this decision, holding that both the government and Weyerhaeuser have a duty to consult with and accommodate the Haida people with respect to harvesting timber from Block 6: (2002), 99 B.C.L.R. (3d) 209, 2002 BCCA 147, with supplementary reasons (2002), 5 B.C.L.R. (4th) 33, 2002 BCCA 462.

CFF 39. Dans ces circonstances, le gouvernement est-il tenu à une obligation envers les Haïda et, si oui, laquelle? De façon plus concrète, a-t-il l’obligation de consulter les Haïda avant de prendre des décisions concernant l’exploitation des forêts et de trouver des accommodements à leurs préoccupations quant à la question de savoir si les forêts du Bloc 6 peuvent être exploitées — et, dans l’affirmative, lesquelles — avant qu’ils aient pu établir l’existence de leur titre sur les terres et leurs droits ancestraux?

Les enjeux sont énormes. Les Haïda font valoir que, si on ne procède pas à ces consultation et accommodement, ils obtiendront leur titre mais se retrouveront privés de forêts qui sont vitales à leur économie et à leur culture. Il faut des générations aux forêts pour parvenir à maturité, soulignent-ils, et les vieilles forêts sont irremplaçables. Comme a conclu le juge en son cabinet, leur revendication du titre sur les îles Haïda Gwaii s’appuie sur des arguments solides. Mais elle est également complexe, et il faudra de nombreuses années pour l’établir. Les Haïda affirment qu’entre-temps ils auront été irrémédiablement dépouillés de leur héritage.

Le gouvernement, pour sa part, soutient qu’il a le droit et le devoir d’aménager les ressources forestières dans l’intérêt de tous les habitants de la Colombie-Britannique et que, tant que les Haïda n’auront pas formellement établi le bien-fondé de leur revendication, ils n’ont aucun droit à des consultations ou à des accommodements à leurs besoins et intérêts.

Le juge en son cabinet a décidé que le gouvernement a l’obligation morale, mais non légale, de négocier avec les Haïda : [2001] 2 C.N.L.R. 83, 2000 BCSC 1280. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a infirmé cette décision, déclarant que le gouvernement et Weyerhaeuser ont tous deux l’obligation de consulter les Haïda et de trouver des accommodements à leurs préoccupations en ce qui concerne la récolte de bois sur le bloc 6 : (2002), 99 B.C.L.R. (3d) 209, 2002 BCCA 147, avec motifs supplémentaires (2002), 5 B.C.L.R. (4th) 33, 2002 BCCA 462.

2004 SCC 73 (CanLII)

7

Haida: Without consultation, forests will be destroyed before title is recognized

8

Crown: Haida have no legal right to be consulted until claim is formally proven

9

Lower court: Moral but no legal duty to negotiate

Court of Appeal: Both Crown and industry have duty to consult

10 I conclude that the government has a legal duty to consult with the Haida people about the harvest of timber from Block 6, including decisions to transfer or replace Tree Farm Licences. Good faith consultation may in turn lead to an obligation to accommodate Haida concerns in the harvesting of timber, although what accommodation if any may be required cannot at this time be ascertained. Consultation must be meaningful. There is no duty to reach agreement. The duty to consult and, if appropriate, accommodate cannot be discharged by delegation to Weyerhaeuser. Nor does Weyerhaeuser owe any independent duty to consult with or accommodate the Haida people's concerns, although the possibility remains that it could become liable for assumed obligations. It follows that I would dismiss the Crown's appeal and allow the appeal of Weyerhaeuser.

11 This case is the first of its kind to reach this Court. Our task is the modest one of establishing a general framework for the duty to consult and accommodate, where indicated, before Aboriginal title or rights claims have been decided. As this framework is applied, courts, in the age-old tradition of the common law, will be called on to fill in the details of the duty to consult and accommodate.

First duty to consult case

II. Analysis

A. *Does the Law of Injunctions Govern This Situation?*

12 It is argued that the Haida's proper remedy is to apply for an interlocutory injunction against the government and Weyerhaeuser, and that therefore it is unnecessary to consider a duty to consult or accommodate. In *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, the requirements for obtaining an interlocutory injunction were reviewed. The plaintiff must establish: (1) a serious issue to be tried; (2) that irreparable harm will be

Je conclus que le gouvernement est légalement tenu de consulter les Haïda au sujet de la récolte de bois sur le bloc 6, y compris en ce qui concerne la cession ou le remplacement des CFF. Une consultation menée de bonne foi pourrait à son tour entraîner l'obligation de trouver des accommodements aux préoccupations des Haïda à propos de la récolte de bois, mais il est impossible pour le moment de préciser le genre d'accommodement qui s'impose, à supposer qu'une telle mesure soit requise. Il faut une véritable consultation. Les intéressés n'ont aucune obligation de parvenir à une entente. Le gouvernement ne peut se décharger des obligations de consultation et d'accommodement en les déléguant à Weyerhaeuser. De son côté, cette dernière n'a pas d'obligation indépendante de consulter les Haïda ou de trouver des accommodements à leurs préoccupations, bien qu'il demeure possible qu'elle soit tenue responsable à l'égard d'obligations qu'elle aurait assumées. Je suis donc d'avis de rejeter l'appel de la Couronne et d'accueillir l'appel de Weyerhaeuser.

Il s'agit de la première affaire du genre à être soumise à la Cour. Notre tâche se limite modestement à établir le cadre général d'application, dans les cas indiqués, de l'obligation de consultation et d'accommodement avant que les revendications de titre et droits ancestraux soient tranchées. Au fur et à mesure de l'application de ce cadre, les tribunaux seront appelés, conformément à la méthode traditionnelle de la common law, à préciser l'obligation de consultation et d'accommodement.

II. Analyse

A. *Le droit en matière d'injonction s'applique-t-il en l'espèce?*

On fait valoir que le recours approprié pour les Haïda consiste à demander une injonction interlocutoire contre le gouvernement et contre Weyerhaeuser et qu'il est en conséquence inutile d'examiner la question de l'existence de l'obligation de consulter ou d'accommoder. Dans *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, les critères à respecter pour obtenir une injonction interlocutoire ont été examinés. Le demandeur

SCC: Government has legal duty to consult in good faith
No duty to reach agreement
Duty cannot be discharged by third party

2004 SCC 7 (para 11)

suffered if the injunction is not granted; and (3) that the balance of convenience favours the injunction.

It is open to plaintiffs like the Haida to seek an interlocutory injunction. However, it does not follow that they are confined to that remedy. If plaintiffs can prove a special obligation giving rise to a duty to consult or accommodate, they are free to pursue these remedies. Here the Haida rely on the obligation flowing from the honour of the Crown toward Aboriginal peoples.

Interlocutory injunctions may offer only partial imperfect relief. First, as mentioned, they may not capture the full obligation on the government alleged by the Haida. Second, they typically represent an all-or-nothing solution. Either the project goes ahead or it halts. By contrast, the alleged duty to consult and accommodate by its very nature entails balancing of Aboriginal and other interests and thus lies closer to the aim of reconciliation at the heart of Crown-Aboriginal relations, as set out in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 31, and *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 186. Third, the balance of convenience test tips the scales in favour of protecting jobs and government revenues, with the result that Aboriginal interests tend to “lose” outright pending a final determination of the issue, instead of being balanced appropriately against conflicting concerns: J. J. L. Hunter, “Advancing Aboriginal Title Claims after *Delgamuukw*: The Role of the Injunction” (June 2000). Fourth, interlocutory injunctions are designed as a stop-gap remedy pending litigation of the underlying issue. Aboriginal claims litigation can be very complex and require years and even decades to resolve in the courts. An interlocutory injunction over such a long period of time might work unnecessary prejudice and may diminish incentives on the part of the successful party to compromise. While Aboriginal claims can be and are pursued through litigation, negotiation is a preferable way of reconciling state

doit établir les éléments suivants : (1) il existe une question sérieuse à juger; (2) le refus de l’injonction causera un préjudice irréparable; (3) la prépondérance des inconvénients favorise l’octroi de l’injonction.

Il est loisible à des demandeurs comme les Haïda de demander une injonction interlocutoire. Cependant, cela ne signifie pas qu’il s’agit là de leur seul recours. Si des demandeurs sont en mesure d’établir l’existence d’une obligation particulière donnant naissance à l’obligation de consulter ou d’accommoder, ils sont libres de demander l’application de ces mesures. Ici, les Haïda invoquent l’obligation découlant du principe que la Couronne doit agir honorablement envers les peuples autochtones.

L’injonction interlocutoire n’offre parfois qu’une réparation partielle et imparfaite. Premièrement, comme nous l’avons déjà mentionné, elle peut ne pas faire apparaître toute l’obligation du gouvernement, qui, selon les Haïda, incombe au gouvernement. Deuxièmement, elle représente généralement la solution du tout ou rien. Ou le projet se poursuit, ou il s’arrête. Par contre, l’obligation de consulter et d’accommoder invoquée en l’espèce nécessite, de par sa nature même, une mise en balance des intérêts autochtones et des intérêts non autochtones et se rapproche donc de l’objectif de conciliation qui est au cœur des rapports entre la Couronne et les Autochtones et qui a été énoncé dans les arrêts *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 31, et *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 186. Troisièmement, le critère de la balance des inconvénients fait pencher la balance du côté de la protection des emplois et des recettes de l’État, de sorte que les intérêts autochtones tendent à « être écartés » totalement jusqu’à ce que la question en litige ait été tranchée de façon définitive, au lieu d’être convenablement mis en balance avec les préoccupations opposées : J. J. L. Hunter, « Advancing Aboriginal Title Claims after *Delgamuukw* : The Role of the Injunction » (juin 2000). Quatrièmement, l’injonction interlocutoire est considérée comme une mesure corrective provisoire jusqu’à ce que le tribunal ait statué sur la question litigieuse fondamentale. Les affaires portant sur des revendications autochtones peuvent

13

2004 SCC 73 (CanLII)

14

and Aboriginal interests. For all these reasons, interlocutory injunctions may fail to adequately take account of Aboriginal interests prior to their final determination.

être extrêmement complexes et prendre des années, voire des décennies, avant d'être tranchées par les tribunaux. L'application d'une injonction interlocutoire pendant une si longue période pourrait causer des préjudices inutiles et pourrait inciter la partie en bénéficiant à faire moins de compromis. Même si les revendications autochtones sont et peuvent être réglées dans le cadre de litiges, il est préférable de recourir à la négociation pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones. Pour toutes ces raisons, il est possible qu'une injonction interlocutoire ne tienne pas suffisamment compte des intérêts autochtones avant qu'une décision définitive soit rendue au sujet de ceux-ci.

15 I conclude that the remedy of interlocutory injunction does not preclude the Haida's claim. We must go further and see whether the special relationship with the Crown upon which the Haida rely gives rise to a duty to consult and, if appropriate, accommodate. In what follows, I discuss the source of the duty, when the duty arises, the scope and content of the duty, whether the duty extends to third parties, and whether it applies to the provincial government and not exclusively the federal government. I then apply the conclusions flowing from this discussion to the facts of this case.

J'estime que le recours en injonction interlocutoire ne fait pas obstacle à la revendication des Haïda. Nous devons aller plus loin et décider si les rapports particuliers avec la Couronne qu'invoquent les Haïda font naître une obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder. Je vais maintenant analyser la source de l'obligation, le moment où elle prend naissance, sa portée et son contenu, la question de savoir si elle vise aussi les tiers et si elle s'applique au gouvernement provincial, et non exclusivement au gouvernement fédéral. J'appliquerai ensuite les conclusions de cette analyse aux faits de l'espèce.

B. *The Source of a Duty to Consult and Accommodate*

B. *La source de l'obligation de consulter et d'accommoder*

16 The government's duty to consult with Aboriginal peoples and accommodate their interests is grounded in the honour of the Crown. The honour of the Crown is always at stake in its dealings with Aboriginal peoples: see for example *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 41; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456. It is not a mere incantation, but rather a core precept that finds its application in concrete practices.

L'obligation du gouvernement de consulter les peuples autochtones et de prendre en compte leurs intérêts découle du principe de l'honneur de la Couronne. L'honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsque cette dernière transige avec les peuples autochtones : voir par exemple *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 41; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456. Il ne s'agit pas simplement d'une belle formule, mais d'un précepte fondamental qui peut s'appliquer dans des situations concrètes.

Source of duty to consult - honour of the Crown

17 The historical roots of the principle of the honour of the Crown suggest that it must be understood generously in order to reflect the underlying realities from which it stems. 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

Les origines historiques du principe de l'honneur de la Couronne tendent à indiquer que ce dernier doit recevoir une interprétation généreuse afin de refléter les réalités sous-jacentes dont il découle. 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

Honour of the Crown rooted in historic Crown-Indigenous relationship

Crown must act honourably to achieve reconciliation

honourably. Nothing less is required if we are to achieve “the reconciliation of the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown”: *Delgamuukw, supra*, at para. 186, quoting *Van der Peet, supra*, at para. 31.

Honour of the Crown give rise to different duties in different circumstances

The honour of the Crown gives rise to different duties in different circumstances. Where the Crown has assumed discretionary control over specific Aboriginal interests, the honour of the Crown gives rise to a fiduciary duty: *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245, 2002 SCC 79, at para. 79. The content of the fiduciary duty may vary to take into account the Crown’s other, broader obligations. However, the duty’s fulfilment requires that the Crown act with reference to the Aboriginal group’s best interest in exercising discretionary control over the specific Aboriginal interest at stake. As explained in *Wewaykum*, at para. 81, the term “fiduciary duty” does not connote a universal trust relationship encompassing all aspects of the relationship between the Crown and Aboriginal peoples:

... “fiduciary duty” as a source of plenary Crown liability covering all aspects of the Crown-Indian band relationship ... overshoots the mark. The fiduciary duty imposed on the Crown does not exist at large but in relation to specific Indian interests.

Here, Aboriginal rights and title have been asserted but have not been defined or proven. The Aboriginal interest in question is insufficiently specific for the honour of the Crown to mandate that the Crown act in the Aboriginal group’s best interest, as a fiduciary, in exercising discretionary control over the subject of the right or title.

The honour of the Crown also infuses the processes of treaty making and treaty interpretation. In making and applying treaties, the Crown must act with honour and integrity, avoiding even the appearance of “sharp dealing” (*Badger*, at para. 41). Thus in *Marshall, supra*, at para. 4, the majority of this Court supported its interpretation of a treaty by

de traités, la Couronne doit agir honorablement. Il s’agit là du minimum requis pour parvenir à « concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté » : *Delgamuukw*, précité, par. 186, citant *Van der Peet*, précité, par. 31.

L’honneur de la Couronne fait naître différentes obligations selon les circonstances. Lorsque la Couronne assume des pouvoirs discrétionnaires à l’égard d’intérêts autochtones particuliers, le principe de l’honneur de la Couronne donne naissance à une obligation de fiduciaire : *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79, par. 79. Le contenu de l’obligation de fiduciaire peut varier en fonction des autres obligations, plus larges, de la Couronne. Cependant, pour s’acquitter de son obligation de fiduciaire, la Couronne doit agir dans le meilleur intérêt du groupe autochtone lorsqu’elle exerce des pouvoirs discrétionnaires à l’égard des intérêts autochtones en jeu. Comme il est expliqué dans *Wewaykum*, par. 81, l’expression « obligation de fiduciaire » ne dénote pas un rapport fiduciaire universel englobant tous les aspects des rapports entre la Couronne et les peuples autochtones :

... [considérer l’] « obligation de fiduciaire » [...] comme si elle imposait à la Couronne une responsabilité totale à l’égard de tous les aspects des rapports entre la Couronne et les bandes indiennes[, c’est] aller trop loin. L’obligation de fiduciaire incombant à la Couronne n’a pas un caractère général, mais existe plutôt à l’égard de droits particuliers des Indiens.

En l’espèce, des droits et un titre ancestraux ont été revendiqués, mais n’ont pas été définis ou prouvés. L’intérêt autochtone en question n’est pas suffisamment précis pour que l’honneur de la Couronne oblige celle-ci à agir, comme fiduciaire, dans le meilleur intérêt du groupe autochtone lorsqu’elle exerce des pouvoirs discrétionnaires à l’égard de l’objet du droit ou du titre.

L’honneur de la Couronne imprègne également les processus de négociation et d’interprétation des traités. Lorsqu’elle conclut et applique un traité, la Couronne doit agir avec honneur et intégrité, et éviter la moindre apparence de « manœuvres malhonnêtes » (*Badger*, par. 41). Ainsi, dans *Marshall*, précité, par. 4, les juges majoritaires de la Cour ont

stating that “nothing less would uphold the honour and integrity of the Crown in its dealings with the Mi’kmaq people to secure their peace and friendship . . .”.

20 Where treaties remain to be concluded, the honour of the Crown requires negotiations leading to a just settlement of Aboriginal claims: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at pp. 1105-6. Treaties serve to reconcile pre-existing Aboriginal sovereignty with assumed Crown sovereignty, and to define Aboriginal rights guaranteed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Section 35 represents a promise of rights recognition, and “[i]t is always assumed that the Crown intends to fulfil its promises” (*Badger, supra*, at para. 41). This promise is realized and sovereignty claims reconciled through the process of honourable negotiation. 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.

Crown must act honourably as part of the process of reconciliation

21 This duty to consult is recognized and discussed in the jurisprudence. In *Sparrow, supra*, at p. 1119, this Court affirmed a duty to consult with west-coast Salish asserting an unresolved right to fish. Dickson C.J. and La Forest J. wrote that one of the factors in determining whether limits on the right were justified is “whether the aboriginal group in question has been consulted with respect to the conservation measures being implemented”.

22 The Court affirmed the duty to consult regarding resources to which Aboriginal peoples make claim a few years later in *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, where Cory J. wrote: “So long as every reasonable effort is made to inform and to consult, such efforts would suffice to meet the justification requirement” (para. 110).

justifié leur interprétation du traité en déclarant que « rien de moins ne saurait protéger l’honneur et l’intégrité de la Couronne dans ses rapports avec les Mi’kmaq en vue d’établir la paix avec eux et de s’assurer leur amitié . . . ».

Tant qu’un traité n’a pas été conclu, l’honneur de la Couronne exige la tenue de négociations menant à un règlement équitable des revendications autochtones : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1105-1106. Les traités permettent de concilier la souveraineté autochtone préexistante et la souveraineté proclamée de la Couronne, et ils servent à définir les droits ancestraux garantis par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L’article 35 promet la reconnaissance de droits, et « [i]l faut toujours présumer que [la Couronne] entend respecter ses promesses » (*Badger*, précité, par. 41). Un processus de négociation honnête permet de concrétiser cette promesse et de concilier les revendications de souveraineté respectives. 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.

Cette obligation de consulter a été reconnue et analysée dans la jurisprudence. Dans *Sparrow*, précité, p. 1119, la Cour a confirmé l’existence de l’obligation de consulter les Salish de la côte ouest qui revendiquaient un droit de pêche non encore reconnu. Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont écrit que, pour déterminer si les restrictions imposées au droit sont justifiées, il faut notamment se demander « si le groupe d’autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre ».

Quelques années plus tard, la Cour a confirmé l’existence de l’obligation de consultation à l’égard des ressources visées par une revendication autochtone dans *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, où le juge Cory a écrit que « [d]ans la mesure où tous les efforts raisonnables ont été déployés pour informer et consulter, on a alors satisfait à l’obligation de justifier » (par. 110).

In the companion case of *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, Lamer C.J. referred to the need for “consultation and compensation”, and to consider “how the government has accommodated different aboriginal rights in a particular fishery . . . , how important the fishery is to the economic and material well-being of the band in question, and the criteria taken into account by the government in, for example, allocating commercial licences amongst different users” (para. 64).

The Court’s seminal decision in *Delgamuukw*, *supra*, at para. 168, in the context of a claim for title to land and resources, confirmed and expanded on the duty to consult, suggesting the content of the duty varied with the circumstances: from a minimum “duty to discuss important decisions” where the “breach is less serious or relatively minor”; through the “significantly deeper than mere consultation” that is required in “most cases”; to “full consent of [the] aboriginal nation” on very serious issues. These words apply as much to unresolved claims as to intrusions on settled claims.

Put simply, Canada’s Aboriginal peoples were here when Europeans came, and were never conquered. Many bands reconciled their claims with the sovereignty of the Crown through negotiated treaties. Others, notably in British Columbia, have yet to do so. **The potential rights embedded in these claims are protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The honour of the Crown requires that these rights be determined, recognized and respected. This, in turn, requires the Crown, acting honourably, to participate in processes of negotiation. While this process continues, the honour of the Crown may require it to consult and, where indicated, accommodate Aboriginal interests.**

Dans l’arrêt connexe *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, le juge en chef Lamer a fait état de la nécessité « [des] consultations et [de] l’indemnisation », et de la nécessité d’examiner « la manière dont l’État a concilié les différents droits ancestraux visant une pêche donnée [. . .], l’importance de la pêche pour le bien-être économique et matériel de la bande en question, ainsi que les critères appliqués par l’État, par exemple, dans la répartition des permis de pêche commerciale entre les divers usagers » (par. 64).

Au paragraphe 168 de l’arrêt de principe *Delgamuukw*, précité, prononcé dans le contexte d’une revendication de titre sur des terres et des ressources, la Cour a confirmé l’existence de l’obligation de consulter et a précisé cette obligation, affirmant que son contenu variait selon les circonstances : de la simple « obligation de discuter des décisions importantes » « lorsque le manquement est moins grave ou relativement mineur », en passant par l’obligation nécessitant « beaucoup plus qu’une simple consultation » qui s’impose « [d]ans la plupart des cas », jusqu’à la nécessité d’obtenir le « consentement [de la] nation autochtone » sur les questions très importantes. Ces remarques s’appliquent autant aux revendications non réglées qu’aux revendications déjà réglées et auxquelles il est porté atteinte.

En bref, les Autochtones du Canada étaient déjà ici à l’arrivée des Européens; ils n’ont jamais été conquis. De nombreuses bandes ont concilié leurs revendications avec la souveraineté de la Couronne en négociant des traités. D’autres, notamment en Colombie-Britannique, ne l’ont pas encore fait. Les droits potentiels visés par ces revendications sont protégés par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L’honneur de la Couronne commande que ces droits soient déterminés, reconnus et respectés. Pour ce faire, la Couronne doit agir honorablement et négocier. Au cours des négociations, l’honneur de la Couronne peut obliger celle-ci à consulter les Autochtones et, s’il y a lieu, à trouver des accommodements à leurs intérêts.

23

24

25

C. *When the Duty to Consult and Accommodate Arises*

26 Honourable negotiation implies a duty to consult with Aboriginal claimants and conclude an honourable agreement reflecting the claimants' inherent rights. But proving rights may take time, sometimes a very long time. In the meantime, how are the interests under discussion to be treated? Underlying this question is the need to reconcile prior Aboriginal occupation of the land with the reality of Crown sovereignty. Is the Crown, under the aegis of its asserted sovereignty, entitled to use the resources at issue as it chooses, pending proof and resolution of the Aboriginal claim? Or must it adjust its conduct to reflect the as yet unresolved rights claimed by the Aboriginal claimants?

27 **The answer, once again, lies in the honour of the Crown. The Crown, acting honourably, cannot cavalierly run roughshod over Aboriginal interests where claims affecting these interests are being seriously pursued in the process of treaty negotiation and proof. It must respect these potential, but yet unproven, interests.** The Crown is not rendered impotent. It may continue to manage the resource in question pending claims resolution. But, depending on the circumstances, discussed more fully below, the honour of the Crown may require it to consult with and reasonably accommodate Aboriginal interests pending resolution of the claim. **To unilaterally exploit a claimed resource during the process of proving and resolving the Aboriginal claim to that resource, may be to deprive the Aboriginal claimants of some or all of the benefit of the resource. That is not honourable.**

Crown must respect potential but yet unproven interests

Unilaterally depriving Indigenous peoples of all benefits of a claimed resource is not honourable

28 The government argues that it is under no duty to consult and accommodate prior to final determination of the scope and content of the right. Prior to proof of the right, it is argued, there exists only

C. *Le moment où l'obligation de consulter et d'accommoder prend naissance*

L'obligation de négocier honorablement emporte celle de consulter les demandeurs autochtones et de parvenir à une entente honorable, qui tient compte de leurs droits inhérents. Mais prouver l'existence de droits peut prendre du temps, parfois même beaucoup de temps. Comment faut-il traiter les intérêts en jeu dans l'intervalle? Pour répondre à cette question, il faut tenir compte de la nécessité de concilier l'occupation antérieure des terres par les peuples autochtones et la réalité de la souveraineté de la Couronne. Celle-ci peut-elle, en vertu de la souveraineté qu'elle a proclamée, exploiter les ressources en question comme bon lui semble en attendant que la revendication autochtone soit établie et réglée? Ou doit-elle plutôt adapter son comportement de manière à tenir compte des droits, non encore reconnus, visés par cette revendication?

La réponse à cette question découle, encore une fois, de l'honneur de la Couronne. Si cette dernière entend agir honorablement, elle ne peut traiter cavalièrement les intérêts autochtones qui font l'objet de revendications sérieuses dans le cadre du processus de négociation et d'établissement d'un traité. Elle doit respecter ces intérêts potentiels mais non encore reconnus. La Couronne n'est pas paralysée pour autant. Elle peut continuer à gérer les ressources en question en attendant le règlement des revendications. Toutefois, selon les circonstances, question examinée de façon plus approfondie plus loin, le principe de l'honneur de la Couronne peut obliger celle-ci à consulter les Autochtones et à prendre raisonnablement en compte leurs intérêts jusqu'au règlement de la revendication. Le fait d'exploiter unilatéralement une ressource faisant l'objet d'une revendication au cours du processus visant à établir et à régler cette revendication peut revenir à dépouiller les demandeurs autochtones d'une partie ou de l'ensemble des avantages liés à cette ressource. Agir ainsi n'est pas une attitude honorable.

Le gouvernement prétend qu'il n'a aucune obligation de consulter et d'accommoder tant qu'une décision définitive n'a pas été rendue quant à la portée et au contenu du droit. Avant que le droit ne soit

a broad, common law “duty of fairness”, based on the general rule that an administrative decision that affects the “rights, privileges or interests of an individual” triggers application of the duty of fairness: *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 653; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 20. The government asserts that, beyond general administrative law obligations, a duty to consult and accommodate arises only where the government has taken on the obligation of protecting a specific Aboriginal interest or is seeking to limit an established Aboriginal interest. In the result, the government submits that there is no legal duty to consult and accommodate Haida interests at this stage, although it concedes there may be “sound practical and policy reasons” to do so.

The government cites both authority and policy in support of its position. It relies on *Sparrow, supra*, at pp. 1110-13 and 1119, where the scope and content of the right were determined and infringement established, prior to consideration of whether infringement was justified. The government argues that its position also finds support in the perspective of the Ontario Court of Appeal in *TransCanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403, which held that “what triggers a consideration of the Crown’s duty to consult is a showing by the First Nation of a violation of an existing Aboriginal or treaty right recognized and affirmed by s. 35(1)” (para. 120).

As for policy, the government points to practical difficulties in the enforcement of a duty to consult or accommodate unproven claims. If the duty to consult varies with the circumstances from a “mere” duty to notify and listen at one end of the spectrum to a requirement of Aboriginal consent at the other end, how, the government asks, are the parties to agree which level is appropriate in the face of contested claims and rights? And if they cannot agree, how are courts or tribunals to determine this? The

établi, affirme-t-on, il n’existe qu’une « obligation d’équité » générale en common law, fondée sur la règle générale selon laquelle une décision administrative qui touche « les droits, privilèges ou biens d’une personne » entraîne l’application de cette obligation d’équité : *Cardinal c. Directeur de l’établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, p. 653; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 20. Le gouvernement affirme que, en dehors des obligations générales découlant du droit administratif, l’obligation de consulter et d’accommoder n’existe que dans le cas où le gouvernement s’est engagé à protéger un intérêt autochtone particulier ou cherche à restreindre un intérêt autochtone reconnu. Le gouvernement soutient donc qu’il n’existe, à ce stade-ci, aucune obligation légale de consulter les Haïda et de prendre en compte leurs intérêts, bien qu’il admette qu’il puisse exister de [TRADUCTION] « bonnes raisons sur le plan pratique et politique » de le faire.

Le gouvernement invoque des précédents et des considérations d’intérêt général à l’appui de sa thèse. Il cite *Sparrow*, précité, p. 1110-1113 et 1119, où l’étendue et le contenu du droit avaient été déterminés et l’atteinte avait été établie, avant que soit examinée la question de savoir si l’atteinte était justifiée. Le gouvernement prétend que sa position est également étayée par le point de vue exprimé dans *TransCanada Pipelines Ltd. c. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403, où la Cour d’appel de l’Ontario a jugé que [TRADUCTION] « ce qui déclenche l’examen de l’obligation de la Couronne de consulter, c’est la démonstration par la Première nation qu’il y a eu violation d’un droit existant, ancestral ou issu de traité, reconnu et confirmé par le par. 35(1) » (par. 120).

Du point de vue des considérations d’intérêt général, le gouvernement invoque les difficultés que pose sur le plan pratique l’application de l’obligation de consulter ou d’accommoder dans les cas de revendications non établies. Si, selon les circonstances, l’obligation de consulter peut aller de la « simple » obligation d’informer et d’écouter, à une extrémité de la gamme, à l’obligation d’obtenir le consentement des Autochtones, à l’autre extrémité, comment, demande le gouvernement, les parties peuvent-elles

government also suggests that it is impractical and unfair to require consultation before final claims determination because this amounts to giving a remedy before issues of infringement and justification are decided.

31 The government's arguments do not withstand scrutiny. Neither the authorities nor practical considerations support the view that a duty to consult and, if appropriate, accommodate arises only upon final determination of the scope and content of the right.

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 legal remedy in the usual sense. Rather, it is a process flowing from rights guaranteed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. This process of reconciliation flows from the Crown's duty of honourable dealing toward Aboriginal peoples, which arises in turn from the Crown's assertion of sovereignty over an Aboriginal people and *de facto* control of land and resources that were formerly in the control of that people. As stated in *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33, at para. 9, "[w]ith this assertion [sovereignty] arose an obligation to treat aboriginal peoples fairly and honourably, and to protect them from exploitation" (emphasis added).

33 To limit reconciliation to the post-proof sphere risks treating reconciliation as a distant legalistic goal, devoid of the "meaningful content" mandated by the "solemn commitment" made by the Crown in recognizing and affirming Aboriginal rights and

s'entendre sur le degré de consultation lorsque des revendications et des droits sont contestés? Et si elles n'arrivent pas à s'entendre, comment les tribunaux judiciaires ou administratifs sont-ils censés trancher la question? Le gouvernement affirme également qu'il est irréaliste et injuste d'imposer une consultation avant que les revendications soient réglées de façon définitive, car cela revient à accorder réparation avant que la question de l'atteinte et celle de la justification aient été tranchées.

Les arguments du gouvernement ne résistent pas à un examen minutieux. Ni les précédents ni les considérations d'ordre pratique n'appuient la thèse selon laquelle l'obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder ne prend naissance que lorsqu'une décision définitive a été rendue quant à la portée et au contenu du droit.

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. 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*. Ce processus de conciliation découle de l'obligation de la Couronne de se conduire honorablement envers les peuples autochtones, obligation qui, à son tour, tire son origine de l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur un peuple autochtone et par l'exercice de fait de son autorité sur des terres et ressources qui étaient jusque-là sous l'autorité de ce peuple. Comme il est mentionné dans *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 9, « [c]ette affirmation de souveraineté a fait naître l'obligation de traiter les peuples autochtones de façon équitable et honorable, et de les protéger contre l'exploitation » (je souligne).

Limiter l'application du processus de conciliation aux revendications prouvées comporte le risque que la conciliation soit considérée comme un objectif formaliste éloigné et se voie dénuée du « sens utile » qu'elle doit avoir par suite de l'engagement

Duty to consult is part of process of fair dealing and reconciliation

Process of reconciliation flows from the Crown's assertion of sovereignty

title: *Sparrow, supra*, at p. 1108. It also risks unfortunate consequences. When the distant goal of proof is finally reached, the Aboriginal peoples may find their land and resources changed and denuded. This is not reconciliation. Nor is it honourable.

The existence of a legal duty to consult prior to proof of claims is necessary to understand the language of cases like *Sparrow, Nikal*, and *Gladstone, supra*, where confirmation of the right and justification of an alleged infringement were litigated at the same time. For example, the reference in *Sparrow* to Crown behaviour in determining if any infringements were justified, is to behaviour before determination of the right. This negates the contention that a proven right is the trigger for a legal duty to consult and if appropriate accommodate even in the context of justification.

But, when precisely does a duty to consult arise?

The foundation of the duty in the Crown's honour and the goal of reconciliation suggest that the duty arises when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it: see *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1997] 4 C.N.L.R. 45 (B.C.S.C.), at p. 71, *per* Dorgan J.

This leaves the practical argument. It is said that before claims are resolved, the Crown cannot know that the rights exist, and hence can have no duty to consult or accommodate. This difficulty should not be denied or minimized. As I stated (dissenting) in *Marshall, supra*, at para. 112, one cannot “meaningfully discuss accommodation or justification of a right unless one has some idea of the core of that right and its modern scope”. However, it will

solennel » pris par la Couronne lorsqu'elle a reconnu et confirmé les droits et titres ancestraux : *Sparrow*, précité, p. 1108. Une telle attitude risque également d'avoir des conséquences fâcheuses. En effet, il est possible que, lorsque les Autochtones parviennent finalement à établir le bien-fondé de leur revendication, ils trouvent leurs terres changées et leurs ressources épuisées. Ce n'est pas de la conciliation, ni un comportement honorable.

L'existence d'une obligation légale de consulter le groupe intéressé avant qu'il ait apporté la preuve de sa revendication est nécessaire pour comprendre le langage employé dans des affaires comme *Sparrow, Nikal* et *Gladstone*, précitées, où la confirmation du droit et la justification de l'atteinte reprochée ont été débattues en même temps. Dans *Sparrow*, par exemple, la référence au comportement de la Couronne au cours de l'examen de la justification des atteintes s'entend du comportement avant l'établissement du droit, ce qui réfute l'argument que ce soit la preuve de l'existence du droit revendiqué qui déclenche l'obligation légale de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder, même dans le contexte de la justification.

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

Il reste l'argument d'ordre pratique. On affirme que, tant qu'une revendication n'est pas réglée, la Couronne ne peut pas savoir si les droits revendiqués existent ou non et que, de ce fait, elle ne peut être tenue à une obligation de consulter ou d'accommoder. Cette difficulté ne saurait être niée ou minimisée. Comme je l'ai déclaré (dans mes motifs dissidents) dans *Marshall*, précité, par. 112, on ne peut « analyser utilement la question de la prise en

Crown's duty to consult arises where it has knowledge of a right and contemplates conduct which may affect it

frequently be possible to reach an idea of the asserted rights and of their strength sufficient to trigger an obligation to consult and accommodate, short of final judicial determination or settlement. To facilitate this determination, claimants should outline their claims with clarity, focussing on the scope and nature of the Aboriginal rights they assert and on the alleged infringements. This is what happened here, where the chambers judge made a preliminary evidence-based assessment of the strength of the Haida claims to the lands and resources of Haida Gwaii, particularly Block 6.

compte d'un droit ou de la justification de ses limites sans avoir une idée de l'essence de ce droit et de sa portée actuelle ». Cependant, il est souvent possible de se faire, à l'égard des droits revendiqués et de leur solidité, une idée suffisamment précise pour que l'obligation de consulter et d'accommoder s'applique, même si ces droits n'ont pas fait l'objet d'un règlement définitif ou d'une décision judiciaire finale. Pour faciliter cette détermination, les demandeurs devraient exposer clairement leurs revendications, en insistant sur la portée et la nature des droits ancestraux qu'ils revendiquent ainsi que sur les violations qu'ils allèguent. C'est ce qui s'est produit en l'espèce, lorsque le juge en son cabinet a procédé à une évaluation préliminaire, fondée sur la preuve, de la solidité des revendications des Haïda à l'égard des terres et des ressources des îles Haïda Gwaii, en particulier du Bloc 6.

37 There is a distinction between knowledge sufficient to trigger a duty to consult and, if appropriate, accommodate, and the content or scope of the duty in a particular case. Knowledge of a credible but unproven claim suffices to trigger a duty to consult and accommodate. **The content of the duty, however, varies with the circumstances, as discussed more fully below. A dubious or peripheral claim may attract a mere duty of notice, while a stronger claim may attract more stringent duties. The law is capable of differentiating between tenuous claims, claims possessing a strong *prima facie* case, and established claims. Parties** can assess these matters, and if they cannot agree, tribunals and courts can assist. Difficulties associated with the absence of proof and definition of claims are addressed by assigning appropriate content to the duty, not by denying the existence of a duty.

Duty to consult will vary with the circumstances

Il y a une différence entre une connaissance suffisante pour entraîner l'application de l'obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder, et le contenu ou l'étendue de cette obligation dans une affaire donnée. La connaissance d'une revendication crédible mais non encore établie suffit à faire naître l'obligation de consulter et d'accommoder. Toutefois, le contenu de l'obligation varie selon les circonstances, comme nous le verrons de façon plus approfondie plus loin. Une revendication douteuse ou marginale peut ne requérir qu'une simple obligation d'informer, alors qu'une revendication plus solide peut faire naître des obligations plus contraignantes. Il est possible en droit de différencier les revendications reposant sur une preuve ténue des revendications reposant sur une preuve à première vue solide et de celles déjà établies. Les parties peuvent examiner la question et, si elles ne réussissent pas à s'entendre, les tribunaux administratifs et judiciaires peuvent leur venir en aide. Il faut régler les problèmes liés à l'absence de preuve et de définition des revendications en délimitant l'obligation de façon appropriée et non en niant son existence.

38 I conclude that consultation and accommodation before final claims resolution, while challenging, is not impossible, and indeed is an essential corollary to the honourable process of reconciliation that s. 35 demands. It preserves the Aboriginal interest

J'estime que, bien que le respect des obligations de consultation et d'accommodement avant le règlement définitif d'une revendication ne soit pas sans poser de problèmes, de telles mesures ne sont toutefois pas impossibles et constituent même un aspect

pending claims resolution and fosters a relationship between the parties that makes possible negotiations, the preferred process for achieving ultimate reconciliation: see S. Lawrence and P. Macklem, “From Consultation to Reconciliation: Aboriginal Rights and the Crown’s Duty to Consult” (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 252, at p. 262. Precisely what is required of the government may vary with the strength of the claim and the circumstances. But at a minimum, it must be consistent with the honour of the Crown.

D. *The Scope and Content of the Duty to Consult and Accommodate*

The content of the duty to consult and accommodate varies with the circumstances. Precisely what duties arise in different situations will be defined as the case law in this emerging area develops. In general terms, however, it may be asserted that the scope of the duty is proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed.

In *Delgamuukw*, *supra*, at para. 168, the Court considered the duty to consult and accommodate in the context of established claims. Lamer C.J. wrote:

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

essentiel du processus honorable de conciliation imposé par l’art. 35. Elles protègent les intérêts autochtones jusqu’au règlement des revendications et favorisent le développement entre les parties d’une relation propice à la négociation, processus à privilégier pour parvenir finalement à la conciliation : voir S. Lawrence et P. Macklem, « From Consultation to Reconciliation : Aboriginal Rights and the Crown’s Duty to Consult » (2000), 79 *R. du B. can.* 252, p. 262. Les mesures précises que doit prendre le gouvernement peuvent varier selon la solidité de la revendication et les circonstances, mais elles doivent à tout le moins être compatibles avec l’honneur de la Couronne.

D. *L’étendue et le contenu de l’obligation de consulter et d’accommoder*

Le contenu de l’obligation de consulter et d’accommoder varie selon les circonstances. La nature précise des obligations qui naissent dans différentes situations sera définie à mesure que les tribunaux se prononceront sur cette nouvelle question. En termes généraux, il est néanmoins possible d’affirmer que l’étendue de l’obligation dépend de l’évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l’existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre.

Dans *Delgamuukw*, précité, par. 168, la Cour a examiné l’obligation de consulter et d’accommoder dans le contexte de revendications dont le bien-fondé a été établi. Le juge en chef Lamer a écrit :

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

41 Transposing this passage to pre-proof claims, one may venture the following. While it is not useful to classify situations into watertight compartments, different situations requiring different responses can be identified. 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.

42 At all stages, good faith on both sides is required. The common thread on the Crown's part must be "the intention of substantially addressing [Aboriginal] concerns" as they are raised (*Delgamuukw, supra*, at para. 168), through a meaningful process of consultation. Sharp dealing is not permitted. However, there is no duty to agree; rather, the commitment is to a meaningful process of consultation. As for Aboriginal claimants, they must not frustrate the Crown's reasonable good faith attempts, nor should they take unreasonable positions to thwart government from making decisions or acting in cases where, despite meaningful consultation, agreement is not reached: see *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1999] 4 C.N.L.R. 1 (B.C.C.A.), at p. 44; *Heiltsuk Tribal Council v. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)* (2003), 19 B.C.L.R. (4th) 107 (B.C.S.C.). Mere hard bargaining, however, will not offend an Aboriginal people's right to be consulted.

Crown must attempt to address concerns
No duty to agree
Indigenous peoples must not frustrate reasonable attempts to consult

Bargaining is not frustrating consultation

43 Against this background, I turn to the kind of duties that may arise in different situations. In this respect, the concept of a spectrum may be helpful, not to suggest watertight legal compartments but rather to indicate what the honour of the Crown may require in particular circumstances. At one end of the spectrum lie cases where the claim to title is weak, the Aboriginal right limited, or the potential for infringement minor. In such cases, the only duty

La transposition de ce passage dans le contexte des revendications non encore établies permet d'avancer ce qui suit. Bien qu'il ne soit pas utile de classer les situations dans des compartiments étanches, il est possible d'identifier différentes situations appelant des solutions différentes. 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.

À toutes les étapes, les deux parties sont tenues de faire montre de bonne foi. Le fil conducteur du côté de la Couronne doit être « l'intention de tenir compte réellement des préoccupations [des Autochtones] » à mesure qu'elles sont exprimées (*Delgamuukw*, précité, par. 168), dans le cadre d'un véritable processus de consultation. Les manœuvres malhonnêtes sont interdites. Cependant, il n'y a pas obligation de parvenir à une entente mais plutôt de procéder à de véritables consultations. Quant aux demandeurs autochtones, ils ne doivent pas contrecarrer les efforts déployés de bonne foi par la Couronne et ne devraient pas non plus défendre des positions déraisonnables pour empêcher le gouvernement de prendre des décisions ou d'agir dans les cas où, malgré une véritable consultation, on ne parvient pas à s'entendre : voir *Halfway River First Nation c. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1999] 4 C.N.L.R. 1 (C.A.C.-B.), p. 44; *Heiltsuk Tribal Council c. British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)* (2003), 19 B.C.L.R. (4th) 107 (C.S.C.-B.). Toutefois, le seul fait de négocier de façon serrée ne porte pas atteinte au droit des Autochtones d'être consultés.

Sur cette toile de fond, je vais maintenant examiner le type d'obligations qui peuvent découler de différentes situations. À cet égard, l'utilisation de la notion de continuum peut se révéler utile, non pas pour créer des compartiments juridiques étanches, mais plutôt pour préciser ce que le principe de l'honneur de la Couronne est susceptible d'exiger dans des circonstances particulières. À une extrémité du continuum se trouvent les cas où la revendication

Consultation is limited at the low end of the spectrum

on the Crown may be to give notice, disclose information, and discuss any issues raised in response to the notice. “[C]onsultation” in its least technical definition is talking together for mutual understanding”: T. Isaac and A. Knox, “The Crown’s Duty to Consult Aboriginal People” (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49, at p. 61.

Consultation obligations will be more significant where there is a strong claim and serious risk of harm

At the other end of the spectrum lie cases where a strong *prima facie* case for the claim is established, the right and potential infringement is of high significance to the Aboriginal peoples, and the risk of non-compensable damage is high. In such cases deep consultation, aimed at finding a satisfactory interim solution, may be required. While precise requirements will vary with the circumstances, the consultation required at this stage may entail the opportunity to make submissions for consideration, formal participation in the decision-making process, and provision of written reasons to show that Aboriginal concerns were considered and to reveal the impact they had on the decision. This list is neither exhaustive, nor mandatory for every case. The government may wish to adopt dispute resolution procedures like mediation or administrative regimes with impartial decision-makers in complex or difficult cases.

Crown must balance societal and Aboriginal interests before claims are settled

Between these two extremes of the spectrum just described, will lie other situations. Every case must be approached individually. Each must also be approached flexibly, since the level of consultation required may change as the process goes on and new information comes to light. The controlling question in all situations is what is required to maintain the honour of the Crown and to effect reconciliation between the Crown and the Aboriginal peoples with respect to the interests at stake. Pending settlement, the Crown is bound by its honour to balance societal and Aboriginal interests in making decisions that may affect Aboriginal claims. The Crown

de titre est peu solide, le droit ancestral limité ou le risque d’atteinte faible. Dans ces cas, les seules obligations qui pourraient incomber à la Couronne seraient d’aviser les intéressés, de leur communiquer des renseignements et de discuter avec eux des questions soulevées par suite de l’avis. La [TRADUCTION] « “consultation”, dans son sens le moins technique, s’entend de l’action de se parler dans le but de se comprendre les uns les autres » : T. Isaac et A. Knox, « The Crown’s Duty to Consult Aboriginal People » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49, p. 61.

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

Entre les deux extrémités du continuum décrit précédemment, on rencontrera d’autres situations. Il faut procéder au cas par cas. Il faut également faire preuve de souplesse, car le degré de consultation nécessaire peut varier à mesure que se déroule le processus et que de nouveaux renseignements sont mis au jour. La question décisive dans toutes les situations consiste à déterminer ce qui est nécessaire pour préserver l’honneur de la Couronne et pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones. Tant que la question n’est pas réglée, le principe de l’honneur de la Couronne commande que celle-ci mette en balance les

may be required to make decisions in the face of disagreement as to the adequacy of its response to Aboriginal concerns. Balance and compromise will then be necessary.

46 **Meaningful consultation may oblige the Crown to make changes to its proposed action based on information obtained through consultations.**

Crown may need to make changes to proposed action
The New Zealand Ministry of Justice's *Guide for Consultation with Māori* (1997) provides insight (at pp. 21 and 31):

Consultation is not just a process of exchanging information. It also entails testing and being prepared to amend policy proposals in the light of information received, and providing feedback. Consultation therefore becomes a process which should ensure both parties are better informed

. . . .
... genuine consultation means a process that involves . . . :

- gathering information to test policy proposals
- putting forward proposals that are not yet finalised
- seeking Māori opinion on those proposals
- informing Māori of all relevant information upon which those proposals are based
- not promoting but listening with an open mind to what Māori have to say
- being prepared to alter the original proposal
- providing feedback both during the consultation process and after the decision-process.

47 When the consultation process suggests amendment of Crown policy, we arrive at the stage of accommodation. Thus the effect of good faith consultation may be to reveal a duty to accommodate. Where a strong *prima facie* case exists for the claim,

intérêts de la société et ceux des peuples autochtones lorsqu'elle prend des décisions susceptibles d'entraîner des répercussions sur les revendications autochtones. Elle peut être appelée à prendre des décisions en cas de désaccord quant au caractère suffisant des mesures qu'elle adopte en réponse aux préoccupations exprimées par les Autochtones. Une attitude de pondération et de compromis s'impose alors.

À la suite de consultations véritables, la Couronne pourrait être amenée à modifier la mesure envisagée en fonction des renseignements obtenus lors des consultations. Le *Guide for Consultation with Māori* (1997) du ministère de la Justice de la Nouvelle-Zélande fournit des indications sur la question (aux p. 21 et 31):

[TRADUCTION] La consultation n'est pas seulement un simple mécanisme d'échange de renseignements. Elle comporte également des mises à l'épreuve et la modification éventuelle des énoncés de politique compte tenu des renseignements obtenus ainsi que la rétroaction. Elle devient donc un processus grâce auquel les deux parties sont mieux informées

. . . .
... de véritables consultations s'entendent d'un processus qui consiste . . . :

- à recueillir des renseignements pour mettre à l'épreuve les énoncés de politique;
- à proposer des énoncés qui ne sont pas encore arrêtés définitivement;
- à chercher à obtenir l'opinion des Māoris sur ces énoncés;
- à informer les Māoris de tous les renseignements pertinents sur lesquels reposent ces énoncés;
- à écouter avec un esprit ouvert ce que les Māoris ont à dire sans avoir à en faire la promotion;
- à être prêt à modifier l'énoncé original;
- à fournir une rétroaction tant au cours de la consultation qu'après la prise de décision.

S'il ressort des consultations que des modifications à la politique de la Couronne s'imposent, il faut alors passer à l'étape de l'accommodement. Des consultations menées de bonne foi peuvent donc faire naître l'obligation d'accommoder. Lorsque la

and the consequences of the government's proposed decision may adversely affect it in a significant way, addressing the Aboriginal concerns may require taking steps to avoid irreparable harm or to minimize the effects of infringement, pending final resolution of the underlying claim. Accommodation is achieved through consultation, as this Court recognized in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533, at para. 22: "... the process of accommodation of the treaty right may best be resolved by consultation and negotiation".

Consultation is not equivalent to a veto

This process does not give Aboriginal groups a veto over what can be done with land pending final proof of the claim. The Aboriginal "consent" spoken of in *Delgamuukw* is appropriate only in cases of established rights, and then by no means in every case. Rather, what is required is a process of balancing interests, of give and take.

This flows from the meaning of "accommodate". The terms "accommodate" and "accommodation" have been defined as to "adapt, harmonize, reconcile" ... "an adjustment or adaptation to suit a special or different purpose ... a convenient arrangement; a settlement or compromise": *Concise Oxford Dictionary of Current English* (9th ed. 1995), at p. 9. The accommodation that may result from pre-proof consultation is just this — seeking compromise in an attempt to harmonize conflicting interests and move further down the path of reconciliation. A commitment to the process does not require a duty to agree. But it does require good faith efforts to understand each other's concerns and move to address them.

Duty to address concerns, but not to agree

The Court's decisions confirm this vision of accommodation. The Court in *Sparrow* raised

revendication repose sur une preuve à première vue solide et que la décision que le gouvernement entend prendre risque de porter atteinte de manière appréciable aux droits visés par la revendication, l'obligation d'accommodement pourrait exiger l'adoption de mesures pour éviter un préjudice irréparable ou pour réduire au minimum les conséquences de l'atteinte jusqu'au règlement définitif de la revendication sous-jacente. L'accommodement est le fruit des consultations, comme la Cour l'a reconnu dans *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, par. 22 : « ... il est préférable de réaliser la prise en compte du droit issu du traité par des consultations et par la négociation ».

Ce processus ne donne pas aux groupes autochtones un droit de veto sur les mesures susceptibles d'être prises à l'égard des terres en cause en attendant que la revendication soit établie de façon définitive. Le « consentement » dont il est question dans *Delgamuukw* n'est nécessaire que lorsque les droits invoqués ont été établis, et même là pas dans tous les cas. Ce qu'il faut au contraire, c'est plutôt un processus de mise en balance des intérêts, de concessions mutuelles.

Cette conclusion découle du sens des termes « accommoder » et « accommodement », définis respectivement ainsi : « **Accommoder qqc. à.** L'adapter à, la mettre en correspondance avec quelque chose . . . » et « Action, résultat de l'action d'accommoder (ou de s'accommoder); moyen employé en vue de cette action. [. . .] Action de (se) mettre ou fait d'être en accord avec quelqu'un; règlement à l'amiable, transaction » (*Trésor de la langue française*, t. 1, 1971, p. 391 et 388). L'accommodement susceptible de résulter de consultations menées avant l'établissement du bien-fondé de la revendication correspond exactement à cela : la recherche d'un compromis dans le but d'harmoniser des intérêts opposés et de continuer dans la voie de la réconciliation. L'engagement à suivre le processus n'emporte pas l'obligation de se mettre d'accord, mais exige de chaque partie qu'elle s'efforce de bonne foi à comprendre les préoccupations de l'autre et à y répondre.

La jurisprudence de la Cour confirme cette conception d'accommodement. Dans *Sparrow*, la Cour

48

49

50

the concept of accommodation, stressing the need to balance competing societal interests with Aboriginal and treaty rights. In *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1072, the Court stated that the Crown bears the burden of proving that its occupancy of lands “cannot be accommodated to reasonable exercise of the Hurons’ rights”. And in *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, at para. 81, the Court spoke of whether restrictions on Aboriginal rights “can be accommodated with the Crown’s special fiduciary relationship with First Nations”. Balance and compromise are inherent in the notion of reconciliation. Where accommodation is required in making decisions that may adversely affect as yet unproven Aboriginal rights and title claims, the Crown must balance Aboriginal concerns reasonably with the potential impact of the decision on the asserted right or title and with other societal interests.

Balance and compromise are part of reconciliation

a évoqué cette notion, insistant sur la nécessité d’établir un équilibre entre des intérêts sociétaux opposés et les droits ancestraux et issus de traités des Autochtones. Dans *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1072, la Cour a affirmé qu’il incombe à la Couronne de prouver que son occupation des terres « ne peut s’accommoder de l’exercice raisonnable des droits des Hurons ». Et, dans *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 81, la Cour s’est demandé si les restrictions imposées aux droits ancestraux « [étaient] conciliable[s] avec les rapports spéciaux de fiduciaire de l’État à l’égard des premières nations ». La mise en équilibre et le compromis font partie intégrante de la notion de conciliation. Lorsque l’accommodement est nécessaire à l’occasion d’une décision susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur des revendications de droits et de titre ancestraux non encore prouvées, la Couronne doit établir un équilibre raisonnable entre les pré-occupations des Autochtones, d’une part, et l’incidence potentielle de la décision sur le droit ou titre revendiqué et les autres intérêts sociétaux, d’autre part.

2004 SCC 73 (CanLII)

51

It is open to governments to set up regulatory schemes to address the procedural requirements appropriate to different problems at different stages, thereby strengthening the reconciliation process and reducing recourse to the courts. As noted in *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, at para. 54, the government “may not simply adopt an unstructured discretionary administrative regime which risks infringing aboriginal rights in a substantial number of applications in the absence of some explicit guidance”. It should be observed that, since October 2002, British Columbia has had a Provincial Policy for Consultation with First Nations to direct the terms of provincial ministries’ and agencies’ operational guidelines. Such a policy, while falling short of a regulatory scheme, may guard against unstructured discretion and provide a guide for decision-makers.

Il est loisible aux gouvernements de mettre en place des régimes de réglementation fixant les exigences procédurales applicables aux différents problèmes survenant à différentes étapes, et ainsi de renforcer le processus de conciliation et réduire le recours aux tribunaux. Comme il a été mentionné dans *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, par. 54, le gouvernement « ne peut pas se contenter d’établir un régime administratif fondé sur l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire non structuré et qui, en l’absence d’indications explicites, risque de porter atteinte aux droits ancestraux dans un nombre considérable de cas ». Il convient de souligner que, depuis octobre 2002, la Colombie-Britannique dispose d’une politique provinciale de consultation des Premières nations établissant les modalités d’application des lignes directrices opérationnelles des ministères et organismes provinciaux. Même si elle ne constitue pas un régime de réglementation, une telle politique peut néanmoins prévenir l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire non structuré et servir de guide aux décideurs.

E. *Do Third Parties Owe a Duty to Consult and Accommodate?*

The Court of Appeal found that Weyerhaeuser, the forestry contractor holding T.F.L. 39, owed the Haida people a duty to consult and accommodate. With respect, I cannot agree.

Third parties do not have a duty to consult

It is suggested (*per* Lambert J.A.) that a third party’s obligation to consult Aboriginal peoples may arise from the ability of the third party to rely on justification as a defence against infringement. However, the duty to consult and accommodate, as discussed above, flows from the Crown’s assumption of sovereignty over lands and resources formerly held by the Aboriginal group. This theory provides no support for an obligation on third parties to consult or accommodate. The Crown alone remains legally responsible for the consequences of its actions and interactions with third parties, that affect Aboriginal interests. The Crown may delegate procedural aspects of consultation to industry proponents seeking a particular development; this is not infrequently done in environmental assessments. Similarly, the terms of T.F.L. 39 mandated Weyerhaeuser to specify measures that it would take to identify and consult with “aboriginal people claiming an aboriginal interest in or to the area” (Tree Farm Licence No. 39, Haida Tree Farm Licence, para. 2.09(g)(ii)). However, the ultimate legal responsibility for consultation and accommodation rests with the Crown. The honour of the Crown cannot be delegated.

Duty to flows from the honour of the Crown
The Crown alone is responsible

Crown may delegate procedural aspects of consultation

It is also suggested (*per* Lambert J.A.) that third parties might have a duty to consult and accommodate on the basis of the trust law doctrine of “knowing receipt”. However, as discussed above, while the Crown’s fiduciary obligations and its duty to consult and accommodate share roots in the principle that the Crown’s honour is engaged in its relationship with Aboriginal peoples, the duty to consult is distinct from the fiduciary duty that is owed in relation to particular cognizable Aboriginal interests.

E. *Les tiers ont-ils l’obligation de consulter et d’accommoder?*

La Cour d’appel a conclu que Weyerhaeuser, l’entreprise forestière détenant la CFF 39, avait l’obligation de consulter les Haïda et de trouver des accommodements à leurs préoccupations. En toute déférence, je ne puis souscrire à cette conclusion.

Il a été dit (le juge Lambert de la Cour d’appel) qu’un tiers peut être tenu de consulter les Autochtones concernés du fait qu’il a la faculté, en cas de violation des droits de ces derniers, de plaider en défense que l’atteinte est justifiée. Comme nous l’avons vu, cependant, l’obligation de consulter et d’accommoder découle de la proclamation de la souveraineté de la Couronne sur des terres et ressources autrefois détenues par le groupe autochtone concerné. Cette théorie ne permet pas de conclure que les tiers ont l’obligation de consulter ou d’accommoder. La Couronne demeure seule légalement responsable des conséquences de ses actes et de ses rapports avec des tiers qui ont une incidence sur des intérêts autochtones. Elle peut déléguer certains aspects procéduraux de la consultation à des acteurs industriels qui proposent des activités d’exploitation; cela n’est pas rare en matière d’évaluations environnementales. Ainsi, la CFF 39 obligeait Weyerhaeuser à préciser les mesures qu’elle entendait prendre pour identifier et consulter les [TRADUCTION] « Autochtones qui revendiquaient un intérêt ancestral dans la région » (CFF 39, CFF haïda, paragraphe 2.09g)(ii)). Cependant, la responsabilité juridique en ce qui a trait à la consultation et à l’accommodement incombe en dernier ressort à la Couronne. Le respect du principe de l’honneur de la Couronne ne peut être délégué.

Il a également été avancé (le juge Lambert de la Cour d’appel) que les tiers pourraient être assujettis à l’obligation de consulter et d’accommoder par l’effet de la doctrine du droit des fiducies appelée « réception en connaissance de cause ». Cependant, comme nous l’avons vu, même si les obligations de fiduciaire de la Couronne et son obligation de consulter et d’accommoder découlent toutes du principe que l’honneur de la Couronne est en jeu dans ses rapports avec les peuples autochtones, l’obligation de

52

53

54

2004 SCC 73 (CanLII)

As noted earlier, the Court cautioned in *Wewaykum* against assuming that a general trust or fiduciary obligation governs all aspects of relations between the Crown and Aboriginal peoples. Furthermore, this Court in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, made it clear that the “trust-like” relationship between the Crown and Aboriginal peoples is not a true “trust”, noting that “[t]he law of trusts is a highly developed, specialized branch of the law” (p. 386). There is no reason to graft the doctrine of knowing receipt onto the special relationship between the Crown and Aboriginal peoples. It is also questionable whether businesses acting on licence from the Crown can be analogized to persons who knowingly turn trust funds to their own ends.

consulter est différente de l’obligation de fiduciaire qui existe à l’égard de certains intérêts autochtones reconnus. Comme il a été indiqué plus tôt, la Cour a souligné, dans *Wewaykum*, qu’il fallait se garder de supposer l’existence d’une obligation générale de fiduciaire régissant tous les aspects des rapports entre la Couronne et les peuples autochtones. En outre, dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, la Cour a clairement dit que la relation « semblable à une fiducie » qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones n’est pas une vraie « fiducie », faisant observer que « [l]e droit des fiducies constitue un domaine juridique très perfectionné et spécialisé » (p. 386). Il n’y a aucune raison d’introduire la doctrine de la réception en connaissance de cause dans la relation spéciale qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones. Il n’est pas certain non plus qu’une entreprise en vertu d’une concession de la Couronne puisse être assimilée à une personne qui, en toute connaissance de cause, divertit à son profit des fonds en fiducie.

55 Finally, it is suggested (*per* Finch C.J.B.C.) that third parties should be held to the duty in order to provide an effective remedy. The first difficulty with this suggestion is that remedies do not dictate liability. Once liability is found, the question of remedy arises. But the remedy tail cannot wag the liability dog. We cannot sue a rich person, simply because the person has deep pockets or can provide a desired result. The second problem is that it is not clear that the government lacks sufficient remedies to achieve meaningful consultation and accommodation. In this case, Part 10 of T.F.L. 39 provided that the Ministry of Forests could vary any permit granted to Weyerhaeuser to be consistent with a court’s determination of Aboriginal rights or title. The government may also require Weyerhaeuser to amend its management plan if the Chief Forester considers that interference with an Aboriginal right has rendered the management plan inadequate (para. 2.38(d)). Finally, the government can control by legislation, as it did when it introduced the *Forestry Revitalization Act*, S.B.C. 2003, c. 17, which claws back 20 percent of all licensees’ harvesting rights, in part to make land available for Aboriginal peoples. The government’s legislative authority over provincial natural resources gives it

Enfin, il a été affirmé (le juge Finch, juge en chef de la C.-B.) que, pour qu’il soit possible d’accorder une réparation efficace, il faudrait considérer que les tiers sont tenus à l’obligation. La première difficulté que comporte cette affirmation réside dans le fait que la réparation ne détermine pas la responsabilité. Ce n’est qu’une fois la question de la responsabilité tranchée que se soulève la question de la réparation. Il ne faut pas mettre la charrue (la réparation) devant les bœufs (la responsabilité). Nous ne pouvons poursuivre une personne riche simplement parce qu’elle a de l’argent plein les poches ou que cela permet d’obtenir le résultat souhaité. La seconde difficulté est qu’il n’est pas certain que le gouvernement ne dispose pas de mécanismes suffisants pour procéder à des mesures de consultation et d’accommodement utiles. En l’espèce, la partie 10 de la CFF 39 prévoit que le ministre des Forêts peut modifier toute concession accordée à Weyerhaeuser pour la rendre conforme aux décisions des tribunaux relativement aux droits ou titres ancestraux. Le gouvernement peut également exiger de Weyerhaeuser qu’elle modifie son plan d’aménagement si le chef des services forestiers le considère inadéquat du fait qu’il porte atteinte à un droit ancestral (paragraphe 2.38d)). Enfin, le

a powerful tool with which to respond to its legal obligations. This, with respect, renders questionable the statement by Finch C.J.B.C. that the government “has no capacity to allocate any part of that timber to the Haida without Weyerhaeuser’s consent or co-operation” ((2002), 5 B.C.L.R. (4th) 33, at para. 119). Failure to hold Weyerhaeuser to a duty to consult and accommodate does not make the remedy “hollow or illusory”.

gouvernement peut exercer son autorité sur la question par voie législative, comme il l’a fait en édictant la *Forestry Revitalization Act*, S.B.C. 2003, ch. 17, qui permet de récupérer 20 pour 100 du droit de coupe des titulaires de concession, en partie pour mettre des terres à la disposition des peuples autochtones. De par son pouvoir de légiférer sur les ressources naturelles de la province, le gouvernement provincial dispose d’un outil puissant pour s’acquitter de ses obligations légales, situation qui met en doute l’affirmation du juge en chef Finch de la C.-B. qu’il [TRADUCTION] « ne peut allouer une partie de ce bois d’œuvre aux Haïda sans le consentement ou la collaboration de Weyerhaeuser » ((2002), 5 B.C.L.R. (4th) 33, par. 119). Le fait de ne pas imposer à Weyerhaeuser l’obligation de consulter et d’accommoder ne rend pas la réparation [TRADUCTION] « futile ou illusoire ».

The fact that third parties are under no duty to consult or accommodate Aboriginal concerns does not mean that they can never be liable to Aboriginal peoples. If they act negligently in circumstances where they owe Aboriginal peoples a duty of care, or if they breach contracts with Aboriginal peoples or deal with them dishonestly, they may be held legally liable. But they cannot be held liable for failing to discharge the Crown’s duty to consult and accommodate.

Le fait que les tiers n’aient aucune obligation de consulter les peuples autochtones ou de trouver des accommodements à leurs préoccupations ne signifie pas qu’ils ne peuvent jamais être tenus responsables envers ceux-ci. S’ils font preuve de négligence dans des circonstances où ils ont une obligation de diligence envers les peuples autochtones, ou s’ils ne respectent pas les contrats conclus avec les Autochtones ou traitent avec eux d’une manière malhonnête, ils peuvent être tenus légalement responsables. Cependant, les tiers ne peuvent être jugés responsables de ne pas avoir rempli l’obligation de consulter et d’accommoder qui incombe à la Couronne.

F. *The Province’s Duty*

The Province of British Columbia argues that any duty to consult or accommodate rests solely with the federal government. I cannot accept this argument.

F. *L’obligation de la province*

La province de la Colombie-Britannique soutient que l’obligation de consulter ou d’accommoder, si elle existe, incombe uniquement au gouvernement fédéral. Je ne peux accepter cet argument.

The Province’s argument rests on s. 109 of the *Constitution Act, 1867*, which provides that “[a]ll Lands, Mines, Minerals, and Royalties belonging to the several Provinces of Canada . . . at the Union . . . shall belong to the several Provinces.” The Province argues that this gives it exclusive right to the land at issue. This right, it argues, cannot be limited by the protection for Aboriginal rights found in s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. To do

L’argument de la province repose sur l’art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui dispose que « [t]outes les terres, mines, minéraux et réserves royales appartenant aux différentes provinces du Canada [. . .] lors de l’union [. . .] appartiendront aux différentes provinces. » Selon la province, cette disposition lui confère des droits exclusifs sur les terres en question. Ce droit, affirme-t-elle, ne peut être limité par la protection accordée aux

Third parties may still be liable on other grounds

Both levels of government may be required to consult

so, it argues, would “undermine the balance of federalism” (Crown’s factum, at para. 96).

59

The answer to this argument is that the Provinces took their interest in land subject to “any Interest other than that of the Province in the same” (s. 109). The duty to consult and accommodate here at issue is grounded in the assertion of Crown sovereignty which pre-dated the Union. It follows that the Province took the lands subject to this duty. It cannot therefore claim that s. 35 deprives it of powers it would otherwise have enjoyed. As stated in *St. Catherine’s Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.), lands in the Province are “available to [the Province] as a source of revenue whenever the estate of the Crown is disencumbered of the Indian title” (p. 59). The Crown’s argument on this point has been canvassed by this Court in *Delgamuukw, supra*, at para. 175, where Lamer C.J. reiterated the conclusions in *St. Catherine’s Milling, supra*. There is therefore no foundation to the Province’s argument on this point.

G. *Administrative Review*

60

Where the government’s conduct is challenged on the basis of allegations that it failed to discharge its duty to consult and accommodate pending claims resolution, the matter may go to the courts for review. To date, the Province has established no process for this purpose. The question of what standard of review the court should apply in judging the adequacy of the government’s efforts cannot be answered in the absence of such a process. General principles of administrative law, however, suggest the following.

61

On questions of law, a decision-maker must generally be correct: for example, *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55. On questions of fact or

droits ancestraux par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La province affirme qu’agir ainsi reviendrait à [TRADUCTION] « rompre l’équilibre du fédéralisme » (mémoire de la Couronne, par. 96).

La réponse à cet argument est que les intérêts que détenait la province sur les terres sont subordonnés à « tous intérêts autres que ceux que peut y avoir la province » (art. 109). L’obligation de consulter et d’accommoder en litige dans la présente affaire est fondée sur l’affirmation de la souveraineté de la Couronne qui a précédé l’Union. Il s’ensuit que la province a acquis les terres sous réserve de cette obligation. Elle ne peut donc pas prétendre que l’art. 35 la prive de pouvoirs dont elle aurait joui autrement. Comme il est précisé dans *St. Catherine’s Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.), les terres situées dans la province [TRADUCTION] « peuvent constituer une source de revenus [pour la province] dans tous les cas où les biens de la Couronne ne sont plus grevés du titre indien » (p. 59). L’argument de la Couronne sur ce point a été examiné de façon approfondie par la Cour dans *Delgamuukw*, précité, par. 175, où le juge en chef Lamer a réitéré les conclusions tirées dans *St. Catherine’s Milling*, précité. Cet argument n’est en conséquence pas fondé.

G. *L’examen administratif*

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

Quant aux questions de droit, le décideur doit, en règle générale, rendre une décision correcte : voir, par exemple, *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S.

mixed fact and law, on the other hand, a reviewing body may owe a degree of deference to the decision-maker. The existence or extent of the duty to consult or accommodate is a legal question in the sense that it defines a legal duty. However, it is typically premised on an assessment of the facts. It follows that a degree of deference to the findings of fact of the initial adjudicator may be appropriate. The need for deference and its degree will depend on the nature of the question the tribunal was addressing and the extent to which the facts were within the expertise of the tribunal: *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Paul*, *supra*. Absent error on legal issues, the tribunal may be in a better position to evaluate the issue than the reviewing court, and some degree of deference may be required. In such a case, the standard of review is likely to be reasonableness. To the extent that the issue is one of pure law, and can be isolated from the issues of fact, the standard is correctness. However, where the two are inextricably entwined, the standard will likely be reasonableness: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748.

The process itself would likely fall to be examined on a standard of reasonableness. Perfect satisfaction is not required; the question is whether the regulatory scheme or government action “viewed as a whole, accommodates the collective aboriginal right in question”: *Gladstone*, *supra*, at para. 170. What is required is not perfection, but reasonableness. As stated in *Nikal*, *supra*, at para. 110, “in . . . information and consultation the concept of reasonableness must come into play. . . . So long as every reasonable effort is made to inform and to consult, such efforts would suffice.” The government is required to make reasonable efforts

585, 2003 CSC 55. Par contre, en ce qui a trait aux questions de fait et aux questions mixtes de fait et de droit, l’organisme de révision peut devoir faire preuve de déférence à l’égard du décideur. L’existence et l’étendue de l’obligation de consulter ou d’accommoder sont des questions de droit en ce sens qu’elles définissent une obligation légale. Cependant, la réponse à ces questions repose habituellement sur l’appréciation des faits. Il se peut donc qu’il convienne de faire preuve de déférence à l’égard des conclusions de fait du premier décideur. La question de savoir s’il y a lieu de faire montre de déférence et, si oui, le degré de déférence requis dépendent de la nature de la question dont était saisi le tribunal administratif et de la mesure dans laquelle les faits relevaient de son expertise : *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Paul*, précité. En l’absence d’erreur sur des questions de droit, il est possible que le tribunal administratif soit mieux placé que le tribunal de révision pour étudier la question, auquel cas une certaine déférence peut s’imposer. Dans ce cas, la norme de contrôle applicable est vraisemblablement la norme de la décision raisonnable. Dans la mesure où la question est une question de droit pur et peut être isolée des questions de fait, la norme applicable est celle de la décision correcte. Toutefois, lorsque les deux types de questions sont inextricablement liées entre elles, la norme de contrôle applicable est vraisemblablement celle de la décision raisonnable : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

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

to inform and consult. This suffices to discharge the duty.

63 Should the government misconceive the seriousness of the claim or impact of the infringement, this question of law would likely be judged by correctness. Where the government is correct on these matters and acts on the appropriate standard, the decision will be set aside only if the government's process is unreasonable. The focus, as discussed above, is not on the outcome, but on the process of consultation and accommodation.

H. *Application to the Facts*

(1) Existence of the Duty

64 **The question is whether the Province had knowledge, real or constructive, of the potential existence of Aboriginal right or title and contemplated conduct that might adversely affect them. On the evidence before the Court in this matter, the answer must unequivocally be "yes".**

In this case, Crown was aware of potential title and rights which could be affected

65 The Haida have claimed title to all of Haida Gwaii for at least 100 years. The chambers judge found that they had expressed objections to the Province for a number of years regarding the rate of logging of old-growth forests, methods of logging, and the environmental effects of logging. Further, the Province was aware since at least 1994 that the Haida objected to replacement of T.F.L. 39 without their consent and without accommodation with respect to their title claims. As found by the chambers judge, the Province has had available evidence of the Haida's exclusive use and occupation of some areas of Block 6 "[s]ince 1994, and probably much earlier". The Province has had available to it evidence of the importance of red cedar to the Haida culture since before 1846 (the assertion of British sovereignty).

été déployés pour informer et consulter, on a alors satisfait à l'obligation de justifier. » Le gouvernement doit déployer des efforts raisonnables pour informer et consulter. Cela suffit pour satisfaire à l'obligation.

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

H. *L'application aux faits*

(1) L'existence de l'obligation

Il s'agit de savoir si la province connaissait, concrètement ou par imputation, l'existence potentielle d'un droit ou titre ancestral et envisageait des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ce droit ou titre. Compte tenu de la preuve présentée à la Cour en l'espèce, il ne fait aucun doute qu'il faut répondre « oui » à cette question.

Les Haïda revendiquent depuis au moins 100 ans le titre sur l'ensemble des îles Haida Gwaii. Le juge de première instance a conclu que les Haïda se plaignaient depuis plusieurs années auprès de la province du rythme d'exploitation des vieilles forêts, des méthodes d'exploitation et des répercussions de l'exploitation forestière sur l'environnement. De plus, la province savait, depuis au moins 1994, que les Haïda s'opposaient à ce qu'on remplace la CFF 39 sans leur consentement et sans que leurs revendications aient fait l'objet de mesures d'accommodement. Comme l'a constaté le juge en son cabinet, la province disposait, [TRADUCTION] « [d]epuis 1994, et peut-être bien avant », d'éléments de preuve établissant que les Haïda utilisaient et occupaient à titre exclusif certaines régions du Bloc 6. Depuis au moins 1846 (affirmation de la souveraineté britannique), elle possède des preuves témoignant de l'importance du cèdre rouge dans la culture haïda.

The Province raises concerns over the breadth of the Haida's claims, observing that "[i]n a separate action the Haida claim aboriginal title to all of the Queen Charlotte Islands, the surrounding waters, and the air space. . . . The Haida claim includes the right to the exclusive use, occupation and benefit of the land, inland waters, seabed, archipelagic waters and air space" (Crown's factum, at para. 35). However, consideration of the duty to consult and accommodate prior to proof of a right does not amount to a prior determination of the case on its merits. Indeed, it should be noted that, prior to the chambers judge's decision in this case, the Province had successfully moved to sever the question of the existence and infringement of Haida title and rights from issues involving the duty to consult and accommodate. The issues were clearly separate in the proceedings, at the Province's instigation.

The chambers judge ascertained that the Province knew that the potential Aboriginal right and title applied to Block 6, and could be affected by the decision to replace T.F.L. 39. On this basis, the honour of the Crown mandated consultation prior to making a decision that might adversely affect the claimed Aboriginal title and rights.

(2) Scope of the Duty

As discussed above, the scope of the consultation required will be proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed.

(i) *Strength of the Case*

On the basis of evidence described as "voluminous", the chambers judge found, at para. 25, a number of conclusions to be "inescapable" regarding the Haida's claims. He found that the Haida had inhabited Haida Gwaii continuously since at least 1774, that they had never been conquered, never surrendered their rights by treaty, and that their

La province se dit inquiète de l'ampleur des revendications des Haïda, faisant observer que, [TRADUCTION] « [d]ans une action distincte, les Haïda revendiquent un titre ancestral sur l'ensemble des îles de la Reine-Charlotte, sur les eaux les entourant et sur l'espace aérien. [. . .] La revendication des Haïda vise le droit à l'utilisation, à l'occupation et au bénéfice exclusifs des terres, des eaux intérieures, du fond marin, des eaux pélagiques et de l'espace aérien » (mémoire de la Couronne, par. 35). Cependant, se demander si l'obligation de consulter et d'accommoder s'applique avant que la preuve de l'existence d'un droit n'ait été apportée n'équivaut pas à préjuger de l'affaire sur le fond. D'ailleurs, il convient de souligner que, avant que le juge en son cabinet ait rendu sa décision en l'espèce, la province avait obtenu que la question de l'existence du titre et des droits des Haïda et de l'atteinte portée à ceux-ci soit examinée séparément des questions se rapportant à l'obligation de consulter et d'accommoder. Les questions ont été clairement séparées dans l'instance, à l'instigation de la province.

Le juge en son cabinet a estimé que la province savait que les droits et titre ancestraux potentiels en question visaient le Bloc 6 et qu'ils pouvaient être touchés par la décision de remplacer la CFF 39. Pour ce motif, l'honneur de la Couronne commandait que celle-ci procède à une consultation avant de prendre une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur les droits et titre ancestraux revendiqués.

(2) L'étendue de l'obligation

Comme il a été expliqué plus tôt, l'ampleur de la consultation requise dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre, ainsi que de la gravité de l'effet préjudiciable potentiel sur le droit ou titre revendiqué.

(i) *Solidité de la preuve*

Après avoir examiné une preuve qu'il a qualifiée d'[TRADUCTION] « abondante », le juge en son cabinet a, au par. 25 de sa décision, tiré un certain nombre de conclusions [TRADUCTION] « incontournables » relativement aux revendications des Haïda. Il a conclu que les Haïda habitaient les îles Haïda Gwaii depuis au moins 1774, qu'ils n'avaient jamais

rights had not been extinguished by federal legislation. Their culture has utilized red cedar from old-growth forests on both coastal and inland areas of what is now Block 6 of T.F.L. 39 since at least 1846.

70

The chambers judge's thorough assessment of the evidence distinguishes between the various Haida claims relevant to Block 6. On the basis of a thorough survey of the evidence, he found, at para. 47:

(1) a “reasonable probability” that the Haida may establish title to “at least some parts” of the coastal and inland areas of Haida Gwaii, including coastal areas of Block 6. There appears to be a “reasonable possibility” that these areas will include inland areas of Block 6;

(2) a “substantial probability” that the Haida will be able to establish an aboriginal right to harvest old-growth red cedar trees from both coastal and inland areas of Block 6.

The chambers judge acknowledged that a final resolution would require a great deal of further evidence, but said he thought it “fair to say that the Haida claim goes far beyond the mere ‘assertion’ of Aboriginal title” (para. 50).

71

The chambers judge's findings grounded the Court of Appeal's conclusion that the Haida claims to title and Aboriginal rights were “supported by a good *prima facie* case” (para. 49). The strength of the case goes to the extent of the duty that the Province was required to fulfill. In this case the evidence clearly supports a conclusion that, pending a final resolution, there was a *prima facie* case in support of Aboriginal title, and a strong *prima facie* case for the Aboriginal right to harvest red cedar.

Haida had a strong claim for title and rights

été conquis, qu'ils n'avaient jamais cédé leurs droits dans un traité et qu'aucune loi fédérale n'avait éteint leurs droits. Depuis au moins 1846, l'utilisation du cèdre rouge provenant des vieilles forêts des régions côtières et intérieures de la zone maintenant connue comme étant le Bloc 6 de la CFF 39 fait partie de leur culture.

Le juge en son cabinet a rigoureusement évalué la preuve et établi une distinction entre les différentes revendications des Haïda visant le Bloc 6. Au terme d'un examen approfondi de la preuve, il a tiré les conclusions suivantes au par. 47 :

(1) il existe une [TRADUCTION] « probabilité raisonnable » que les Haïda réussissent à établir l'existence d'un titre sur [TRADUCTION] « au moins quelques parties » des régions côtières et intérieures des îles Haïda Gwaii, notamment les régions côtières du Bloc 6; il semble exister une [TRADUCTION] « possibilité raisonnable » que ces régions comprennent les régions intérieures du Bloc 6;

(2) il existe une [TRADUCTION] « forte probabilité » que les Haïda réussissent à établir l'existence d'un droit ancestral de récolter le cèdre rouge provenant des vieilles forêts des régions côtières et intérieures du Bloc 6.

Le juge en son cabinet a reconnu qu'un règlement définitif nécessiterait beaucoup plus d'éléments de preuve, mais, selon lui, [TRADUCTION] « il est juste de dire que la revendication des Haïda est beaucoup plus qu'une simple “affirmation” de titre ancestral » (par. 50).

La Cour d'appel s'est fondée sur les constatations du juge en son cabinet pour conclure que les revendications par les Haïda du titre et de droits ancestraux étaient [TRADUCTION] « étayées par une preuve à première vue valable » (par. 49). La solidité de la preuve influe sur l'étendue de l'obligation que doit satisfaire la province. En l'espèce, le dossier permet clairement de conclure, en attendant le règlement définitif, qu'il existe une preuve *prima facie* de l'existence d'un titre ancestral et une solide preuve *prima facie* de l'existence d'un droit ancestral de récolter le cèdre rouge.

(ii) *Seriousness of the Potential Impact*

The evidence before the chambers judge indicated that red cedar has long been integral to Haida culture. The chambers judge considered that there was a “reasonable probability” that the Haida would be able to establish infringement of an Aboriginal right to harvest red cedar “by proof that old-growth cedar has been and will continue to be logged on Block 6, and that it is of limited supply” (para. 48). The prospect of continued logging of a resource in limited supply points to the potential impact on an Aboriginal right of the decision to replace T.F.L. 39.

Tree Farm Licences are exclusive, long-term licences. T.F.L. 39 grants exclusive rights to Weyerhaeuser to harvest timber within an area constituting almost one quarter of the total land of Haida Gwaii. The chambers judge observed that “it [is] apparent that large areas of Block 6 have been logged off” (para. 59). **This points to the potential impact on Aboriginal rights of the decision to replace T.F.L. 39.**

To the Province’s credit, the terms of T.F.L. 39 impose requirements on Weyerhaeuser with respect to Aboriginal peoples. However, more was required. Where the government has knowledge of an asserted Aboriginal right or title, it must consult the Aboriginal peoples on how exploitation of the land should proceed.

The next question is when does the duty to consult arise? Does it arise at the stage of granting a Tree Farm Licence, or only at the stage of granting cutting permits? The T.F.L. replacement does not itself authorize timber harvesting, which occurs only pursuant to cutting permits. T.F.L. replacements occur periodically, and a particular T.F.L. replacement decision may not result in the substance of the asserted right being destroyed. The Province argues that, although it did not consult the Haida prior to replacing the T.F.L., it “has consulted, and continues to consult with the Haida

(ii) *Gravité des conséquences potentielles*

La preuve présentée au juge en son cabinet indiquait que l’utilisation du cèdre rouge fait depuis longtemps partie intégrante de la culture haïda. Le juge a considéré qu’il existait une [TRADUCTION] « probabilité raisonnable » que les Haïda réussissent à démontrer une atteinte à un droit ancestral de récolter le cèdre rouge [TRADUCTION] « en prouvant que le cèdre des vieilles forêts a été et continuera d’être exploité dans le Bloc 6, et que cette ressource est limitée » (par. 48). La perspective de l’exploitation continue d’une ressource par ailleurs limitée laisse entrevoir les répercussions que la décision de remplacer la CFF 39 pourrait avoir sur un droit ancestral.

Les CFF ont un caractère exclusif et sont accordées pour de longues périodes. La CFF 39 confère à Weyerhaeuser le droit exclusif de récolter le bois dans une région qui représente près du quart de la superficie totale des îles Haïda Gwaii. Le juge en son cabinet a fait observer qu’[TRADUCTION] « il [est] manifeste que de vastes étendues du Bloc 6 ont été coupées à blanc » (par. 59). Ce fait illustre les conséquences potentielles que la décision de remplacer la CFF 39 a sur les droits ancestraux.

Il faut reconnaître à la province d’avoir imposé à Weyerhaeuser, dans la CFF 39, des conditions à l’égard des peuples autochtones. Mais la province devait faire davantage. Lorsque le gouvernement sait qu’un droit ou un titre ancestral est revendiqué, il doit consulter les Autochtones sur la façon dont les terres visées devraient être exploitées.

Il faut maintenant se demander à quel moment prend naissance l’obligation de consulter. Est-ce à l’étape de l’octroi d’une CFF, ou seulement à l’étape de la délivrance des permis de coupe? Le remplacement d’une CFF n’autorise pas en soi la récolte de bois, qui ne peut se faire qu’en vertu des permis de coupe. Les CFF sont périodiquement remplacées, et la décision de remplacer une CFF en particulier n’a pas nécessairement pour effet de détruire l’essence même du droit revendiqué. La province fait valoir que, bien qu’elle ne les ait pas consultés avant de remplacer la CFF, elle [TRADUCTION]

Potential
impacts
were significant

72

73

74

75

prior to authorizing any cutting permits or other operational plans” (Crown’s factum, at para. 64).

« a consulté et continue de consulter les Haïda avant d’autoriser les permis de coupe ou autres plans d’aménagement » (mémoire de la Couronne, par. 64).

76 I conclude that the Province has a duty to consult and perhaps accommodate on T.F.L. decisions. The T.F.L. decision reflects the strategic planning for utilization of the resource. **Decisions made during strategic planning may have potentially serious impacts on Aboriginal right and title.** The holder of T.F.L. 39 must submit a management plan to the Chief Forester every five years, to include inventories of the licence area’s resources, a timber supply analysis, and a “20-Year Plan” setting out a hypothetical sequence of cutblocks. The inventories and the timber supply analysis form the basis of the determination of the allowable annual cut (“A.A.C.”) for the licence. The licensee thus develops the technical information based upon which the A.A.C. is calculated. Consultation at the operational level thus has little effect on the quantity of the annual allowable cut, which in turn determines cutting permit terms. If consultation is to be meaningful, it must take place at the stage of granting or renewing Tree Farm Licences.

Duty to consult can arise at the strategic planning stage

J’estime que, lorsqu’elle prend des décisions concernant les CFF, la province est tenue à une obligation de consultation, et peut-être à une obligation d’accommodement. La décision rendue à l’égard d’une CFF reflète la planification stratégique touchant l’utilisation de la ressource en cause. Les décisions prises durant la planification stratégique risquent d’avoir des conséquences graves sur un droit ou titre ancestral. Tous les cinq ans, le titulaire de la CFF 39 doit présenter au chef des services forestiers un plan d’aménagement comprenant l’inventaire des ressources du secteur visé par la concession, une analyse des approvisionnements en bois d’œuvre et un « plan de 20 ans » présentant une séquence hypothétique de blocs de coupe. C’est à partir de l’inventaire et de l’analyse des approvisionnements en bois d’œuvre qu’est fixée la possibilité annuelle de coupe (« PAC ») pour la concession. Ainsi, le titulaire de la concession établit les renseignements techniques servant à calculer la PAC. La tenue de consultations au niveau de l’exploitation a donc peu d’incidence sur le volume fixé dans la PAC, qui, à son tour, détermine les modalités du permis de coupe. Pour que les consultations soient utiles, elles doivent avoir lieu à l’étape de l’octroi ou du renouvellement de la CFF.

77 The last issue is whether the Crown’s duty went beyond consultation on T.F.L. decisions, to accommodation. We cannot know, on the facts here, whether consultation would have led to a need for accommodation. However, the strength of the case for both the Haida title and the Haida right to harvest red cedar, coupled with the serious impact of incremental strategic decisions on those interests, suggest that the honour of the Crown may well require significant accommodation to preserve the Haida interest pending resolution of their claims.

Il s’agit enfin de décider si la Couronne avait l’obligation non seulement de consulter les Haïda au sujet des décisions relatives aux CFF mais aussi de trouver des accommodements à leurs préoccupations. Les faits de l’espèce ne permettent pas de dire si la consultation aurait entraîné la nécessité de telles mesures. Cependant, la solidité de la preuve étayant l’existence et d’un titre haïda et d’un droit haïda autorisant la récolte du cèdre rouge, conjuguée aux répercussions sérieuses sur ces intérêts des décisions stratégiques successives, indique que l’honneur de la Couronne pourrait bien commander des mesures d’accommodement substantielles pour protéger les intérêts des Haïda en attendant que leurs revendications soient réglées.

(3) Did the Crown Fulfill its Duty?

The Province did not consult with the Haida on the replacement of T.F.L. 39. The chambers judge found, at para. 42:

[O]n the evidence presented, it is apparent that the Minister refused to consult with the Haida about replacing T.F.L. 39 in 1995 and 2000, on the grounds that he was not required by law to consult, and that such consultation could not affect his statutory duty to replace T.F.L. 39.

In both this Court and the courts below, the Province points to various measures and policies taken to address Aboriginal interests. At this Court, the Province argued that “[t]he Haida were and are consulted with respect to forest development plans and cutting permits. . . . Through past consultations with the Haida, the Province has taken various steps to mitigate the effects of harvesting . . .” (Crown’s factum, at para. 75). However, these measures and policies do not amount to and cannot substitute for consultation with respect to the decision to replace T.F.L. 39 and the setting of the licence’s terms and conditions.

Province failed to consult

It follows, therefore, that the Province failed to meet its duty to engage in something significantly deeper than mere consultation. It failed to engage in any meaningful consultation at all.

III. Conclusion

The Crown’s appeal is dismissed and Weyerhaeuser’s appeal is allowed. The British Columbia Court of Appeal’s order is varied so that the Crown’s obligation to consult does not extend to Weyerhaeuser. The Crown has agreed to pay the costs of the respondents regarding the application for leave to appeal and the appeal. Weyerhaeuser shall be relieved of any obligation to pay the costs of the Haida in the courts below. It is not necessary to answer the constitutional question stated in this appeal.

(3) La Couronne s’est-elle acquittée de son obligation?

La province n’a pas consulté les Haïda au sujet du remplacement de la CFF 39. Le juge en son cabinet a tiré la conclusion suivante (par. 42) :

[TRADUCTION] [S]elon la preuve présentée, il est manifeste que le ministre a refusé de consulter les Haïda au sujet du remplacement de la CFF 39 en 1995 et en l’an 2000, au motif que la loi ne l’obligeait pas à le faire et qu’une telle consultation ne pouvait avoir d’incidence sur son obligation, prévue par la loi, de remplacer la CFF 39.

La province a attiré l’attention de la Cour et des tribunaux d’instance inférieure sur les nombreuses mesures et politiques qu’elle a adoptées pour tenir compte des intérêts autochtones. Devant la Cour, elle a affirmé que [TRADUCTION] « [I]es Haïda ont été et sont consultés au sujet des plans d’aménagement forestier et des permis de coupe. [. . .] À la suite de consultations antérieures auprès des Haïda, la province a pris plusieurs mesures pour atténuer les effets de l’exploitation forestière [. . .] » (mémoire de la Couronne, par. 75). Cependant, ces mesures et politiques n’équivalent pas à une consultation au sujet de la décision de remplacer la CFF 39 et de l’établissement de ses modalités, et ne peuvent la remplacer.

Par conséquent, la province ne s’est pas acquittée de son obligation de procéder à davantage qu’une simple consultation. Elle n’a procédé à absolument aucune consultation utile.

III. Conclusion

Le pourvoi de la Couronne est rejeté et celui de Weyerhaeuser est accueilli. L’ordonnance de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique est modifiée de manière que l’obligation de consultation de la Couronne ne s’étende pas à Weyerhaeuser. La Couronne a accepté de payer les dépens des intimés pour la demande d’autorisation de pourvoi et pour le pourvoi. Weyerhaeuser est dispensée de toute obligation de payer les dépens des Haïda devant les instances inférieures. Il n’est pas nécessaire de répondre à la question constitutionnelle dans le présent pourvoi.

78

2004 SCC 73 (CanLII)

79

80

Appeal by the Crown dismissed. Appeal by Weyerhaeuser Co. allowed.

Solicitors for the appellant the Minister of Forests: Fuller Pearlman & McNeil, Victoria.

Solicitor for the appellant the Attorney General of British Columbia on behalf of Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the appellant Weyerhaeuser Company Limited: Hunter Voith, Vancouver.

Solicitors for the respondents: EAGLE, Surrey.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Department of Justice, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Department of Justice, Halifax.

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

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

Solicitors for the interveners the Squamish Indian Band and the Lax-kw'alaams Indian Band: Ratcliff & Company, North Vancouver.

Solicitors for the intervener the Haisla Nation: Donovan & Company, Vancouver.

Solicitors for the intervener the First Nations Summit: Braker & Company, West Vancouver.

Pourvoi de la Couronne rejeté. Pourvoi de Weyerhaeuser Co. accueilli.

Procureurs de l'appellant le ministre des Forêts : Fuller Pearlman & McNeil, Victoria.

Procureur de l'appellant le procureur général de la Colombie-Britannique au nom de Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'appelante Weyerhaeuser Company Limited : Hunter Voith, Vancouver.

Procureurs des intimés : EAGLE, Surrey.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Ministère de la Justice, Halifax.

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

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

Procureurs des intervenantes la Bande indienne de Squamish et la Bande indienne des Lax-kw'alaams : Ratcliff & Company, North Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Nation haisla : Donovan & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Sommet des Premières nations : Braker & Company, West Vancouver.

Solicitors for the intervener the Dene Tha' First Nation: Cook Roberts, Victoria.

Solicitors for the intervener Tenimgyet, aka Art Matthews, Gitxsan Hereditary Chief: Cook Roberts, Victoria.

Solicitors for the interveners the Business Council of British Columbia, the Aggregate Producers Association of British Columbia, the British Columbia and Yukon Chamber of Mines, the British Columbia Chamber of Commerce, the Council of Forest Industries and the Mining Association of British Columbia: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener the British Columbia Cattlemen's Association: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Village of Port Clements: Rush Crane Guenther & Adams, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Première nation Dene Tha' : Cook Roberts, Victoria.

Procureurs de l'intervenant Tenimgyet, aussi connu sous le nom d'Art Matthews, chef héréditaire Gitxsan : Cook Roberts, Victoria.

Procureurs des intervenants Business Council of British Columbia, Aggregate Producers Association of British Columbia, British Columbia and Yukon Chamber of Mines, British Columbia Chamber of Commerce, Council of Forest Industries et Mining Association of British Columbia : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Cattlemen's Association : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le village de Port Clements : Rush Crane Guenther & Adams, Vancouver.