

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20150814

Dossier : A-34-13

Référence : 2015 CAF 177

**CORAM : LE JUGE PELLETIER
LA JUGE DAWSON
LE JUGE STRATAS**

ENTRE :

SA MAJESTÉ LA REINE, représentée par le procureur général du gouvernement canadien, l'honorable Chuck Strahl, en sa qualité de ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, l'honorable Vic Toews, en sa qualité de président du Conseil du Trésor, l'honorable Peter MacKay, en sa qualité de ministre de la Défense nationale, l'honorable Lawrence Cannon, en sa qualité de ministre responsable de la Société immobilière du gouvernement canadien

appelants

et

**PREMIÈRE NATION DE LONG PLAIN,
PREMIÈRE NATION DE PEGUIS, PREMIÈRE NATION ANISHINABE DE ROSEAU
RIVER, PREMIÈRE NATION DE SAGKEENG, PREMIÈRE NATION OJIWAY DE
SANDY BAY, PREMIÈRE NATION DE SWAN LAKE,
connues sous le nom de « Premières Nations signataires du Traité n° 1 »**

intimées

Audience tenue à Winnipeg (Manitoba), le 13 janvier 2014.

Jugement prononcé à Ottawa (Ontario), le 14 août 2015.

MOTIFS DU JUGEMENT :

LE JUGE STRATAS

Y ONT SOUSCRIT :

LE JUGE PELLETIER

LA JUGE DAWSON

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20150814

Dossier : A-34-13

Référence : 2015 CAF 177

**CORAM : LE JUGE PELLETIER
LA JUGE DAWSON
LE JUGE STRATAS**

ENTRE :

SA MAJESTÉ LA REINE, représentée par le procureur général du gouvernement canadien, l'honorable Chuck Strahl, en sa qualité de ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, l'honorable Vic Toews, en sa qualité de président du Conseil du Trésor, l'honorable Peter MacKay, en sa qualité de ministre de la Défense nationale, l'honorable Lawrence Cannon, en sa qualité de ministre responsable de la Société immobilière du gouvernement canadien

appelants

et

PREMIÈRE NATION DE LONG PLAIN, PREMIÈRE NATION DE PEGUIS, PREMIÈRE NATION ANISHINABE DE ROSEAU RIVER, PREMIÈRE NATION DE SAGKEENG, PREMIÈRE NATION OJIBWAY DE SANDY BAY, PREMIÈRE NATION DE SWAN LAKE, connues sous le nom de « Premières Nations signataires du Traité n° 1 »

intimées

MOTIFS DU JUGEMENT

LE JUGE STRATAS

A. Introduction

[1] Notre Cour est saisie d'un appel du jugement de la Cour fédérale daté du 20 décembre 2012 (le juge Hughes) dans le dossier 2012 CF 1474.

[2] La Cour fédérale devait statuer sur une demande de contrôle judiciaire déposée par les intimées. Celles-ci voulaient obtenir l'annulation de la décision des appelants (le gouvernement canadien) de transférer une propriété du nom de casernement Kapyong à une société d'État non-mandataire. Le casernement se trouve sur des terres que les intimées estiment avoir le droit d'acheter en priorité sur d'autres acheteurs éventuels.

[3] Alléguant que le gouvernement canadien avait l'obligation de les consulter avant la vente et qu'il ne s'était pas acquitté de cette obligation, les six intimées ont demandé à la Cour fédérale, par voie de recours en contrôle judiciaire, de rendre un jugement déclaratoire en ce sens et une ordonnance interdisant l'aliénation de la propriété.

[4] La Cour fédérale a conclu que le gouvernement canadien avait l'obligation de consulter quatre des intimées et qu'il n'avait pas respecté cette obligation. Elle a interdit la vente jusqu'à ce que le gouvernement canadien soit en mesure de lui démontrer qu'il s'est acquitté de cette

obligation et a imposé une forme de surveillance judiciaire. Le gouvernement canadien fait appel de la décision de la Cour fédérale.

[5] Selon la Cour fédérale, le gouvernement canadien n'avait pas l'obligation de consulter deux des intimées, soit la Première Nation de Sagkeeng et la Première Nation Ojibway de Sandy Bay. Ces deux dernières interjettent incidemment appel de cet aspect de la décision de la Cour fédérale.

[6] Par les motifs qui suivent, j'accueillerais l'appel uniquement en ce qui a trait à la question de la sanction et je rejetterais le pourvoi incident avec dépens.

B. Les faits

[7] Comme nous le verrons, un certain nombre de questions tranchées par la Cour fédérale doivent être examinées en fonction de la norme de la décision correcte. Il convient donc de bien comprendre les faits ayant donné lieu au jugement rendu par la Cour fédérale.

[8] Très généralement parlant, il s'agit de savoir si le gouvernement canadien aurait dû consulter les bandes autochtones intimées et s'il aurait dû tenir compte de leurs intérêts avant de décider du sort du casernement Kapyong.

[9] Cette question ne se pose pas isolément. Elle s'inscrit dans un contexte plus vaste. Pendant plus d'un siècle, le gouvernement canadien n'a pas tenu la promesse faite par traité de

fournir des terres à certaines bandes autochtones. Pour corriger la situation, il a conclu des ententes avec certaines bandes, dont quatre des intimées, pour leur permettre d'acquérir plus facilement des terres.

[10] Ces ententes et leur objet – remédier au manquement à la promesse faite par traité - constituent une bonne partie de la trame au regard de laquelle les mesures prises par le gouvernement canadien doivent être jugées.

(1) La promesse du Traité n° 1

[11] En 1871, certaines Premières Nations du Manitoba signent le Traité n° 1 avec le gouvernement canadien. Aux termes du traité, ces Premières Nations acceptent de renoncer à leur titre sur les terres qui constituent aujourd'hui une grande partie du sud du Manitoba, dont l'actuelle municipalité de Winnipeg. Pour reprendre les termes du traité, elles « cèdent, abandonnent et transfèrent [leurs terres] à Sa Majesté la Reine et à ses successeurs pour toujours ». L'objectif était de faciliter l'immigration et l'acquisition et la mise en valeur des terres par les immigrants.

[12] En contrepartie, le gouvernement canadien est censé réserver une certaine superficie de terres dans certains secteurs pour l'usage exclusif de ces Premières Nations. Aucun territoire n'est réservé dans la municipalité de Winnipeg. La superficie à réserver est de 160 acres pour chaque famille de cinq personnes. Cette exigence a progressivement pris le nom de « dispositions d'attribution par habitant ».

(2) La promesse trahie du gouvernement canadien

[13] Les bandes autochtones ont respecté leur part de l'entente en vertu du Traité n° 1. Pas le gouvernement canadien. Il n'a jamais respecté la disposition d'attribution par habitant. Il a trahi la promesse solennelle qu'il avait faite.

(3) Premières mesures visant à corriger la situation

[14] Environ six ans plus tard, la *Loi constitutionnelle de 1930* entre en vigueur. L'article 11 prévoit la mise de côté de terres destinées à constituer des réserves de sorte que les engagements pris dans le cadre de traités puissent être respectés.

[15] Ce n'est que dans les années 1990, c'est-à-dire environ 120 ans plus tard, que le gouvernement canadien prend des mesures concrètes pour corriger la situation et s'acquitter des obligations que lui impose le Traité n° 1.

(4) La reconnaissance des revendications territoriales de cinq Premières Nations

[16] Ces mesures concrètes commencent par la reconnaissance des revendications territoriales de cinq bandes autochtones. Quatre d'entre elles font partie des intimées au présent appel : la Première Nation de Long Plain, la Première Nation de Swan Lake, la Première Nation Anishinabe de Roseau Rivier et la Première Nation de Peguis.

(5) L'élaboration d'ententes sur les droits fonciers issus de traités

[17] Dans les années 1990, un comité formé de représentants des Premières Nations, du gouvernement canadien et du Manitoba rédige une entente-cadre sur les droits fonciers issus de traités. Cette entente est signée en 1997 et devient le modèle des ententes particulières sur les droits fonciers issus de traités.

[18] Certaines Premières Nations préfèrent ne pas participer au processus de l'entente-cadre et négocient leurs propres ententes. C'est ainsi que la Première Nation de Long Plain conclut sa propre entente en 1994, que la Première Nation de Swan Lake et la Première Nation Anishinabe de Roseau River concluent les leurs respectivement en 1995 et 1996. Seule la Première Nation de Peguis participe au processus de l'entente-cadre et signe une entente particulière qui en est inspirée. Il y a des différences importantes entre les premières ententes et l'entente signée par la Première Nation de Peguis.

[19] Une cinquième bande, dont les revendications territoriales sont reconnues, la Première Nation Ojibway de Brokenhead, décide finalement d'abandonner ses revendications. Bien que cette Première Nation ait participé à beaucoup des événements qui ont donné lieu à la présente affaire, sa participation n'a en fin de compte pas d'effet sur celle-ci, et il n'en sera plus question dans les présents motifs.

[20] Dans le reste de l'exposé des présents motifs, les quatre autres intimées ayant signé des ententes sur les droits fonciers issus de traités avec le gouvernement canadien seront désignées collectivement comme « les quatre intimées ».

(6) La Première Nation de Sagkeeng et la Première Nation Ojibway de Sandy Bay

[21] Le gouvernement canadien n'a pas reconnu les revendications territoriales de deux bandes autochtones faisant partie des intimées dans le présent appel, à savoir la Première Nation de Sagkeeng et la Première Nation Ojibway de Sandy Bay.

[22] Les revendications de la Première Nation de Sagkeeng sont toujours pendantes, et le gouvernement canadien attend d'autres observations et éléments de preuve à ce sujet. En l'espèce, la Première Nation de Sagkeeng n'a pas produit d'éléments de preuve tendant à établir qu'un droit à l'attribution de terres de réserve par habitant issu du Traité n° 1 n'a pas été respecté.

[23] Quant à la Première Nation de Sandy Bay, le gouvernement canadien et la Commission des revendications des Indiens ont rejeté ses revendications au motif que les obligations relatives aux droits fonciers issus de traités ont déjà été respectées. En conséquence de quoi, le gouvernement canadien n'a pas conclu d'ententes avec ces deux Premières Nations.

(7) Les quatre ententes sur les droits fonciers issus de traités

[24] Les ententes conclues avec la Première Nation de Long Plain et la Première Nation de Swan Lake prévoient que le gouvernement canadien leur versera une somme d'argent (qui a été payée) pour leur permettre d'acquérir des terres sur le marché ouvert (dans certaines limites). Le gouvernement canadien s'y engage également à prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre de côté les terres ainsi acquises et en faire des réserves au profit des Premières Nations si certaines conditions sont remplies, notamment si les terres achetées se trouvent sur le territoire traditionnel de la Première Nation en question.

[25] Pour ce qui est de la Première Nation Anishinabe de Roseau River, le gouvernement canadien a conclu avec elle une entente plus détaillée. Comme les Premières Nations de Long Plain et de Swan Lake, la Première Nation de Roseau River obtient des fonds pour acheter des terres que le gouvernement canadien s'engage à mettre de côté à titre de terres de réserve si certaines conditions sont remplies, notamment si les terres acquises se trouvent sur le territoire traditionnel de Roseau River ou sur le territoire faisant l'objet du Traité n° 1. Mais l'entente va plus loin. Aux termes de l'article 4.10, le gouvernement canadien promet que, dans le cadre de l'exécution de ses obligations en vertu de l'entente, il exercera raisonnablement, avant d'agir, les pouvoirs discrétionnaires dont il dispose, il remplira ses obligations dans le respect des échéances prévues et il [TRADUCTION] « fera de son mieux » pour concrétiser les objectifs de l'entente. À l'article 4.12, le gouvernement canadien promet en outre à la Première Nation de Roseau River qu'elle peut acquérir à leur juste valeur marchande des terres se trouvant sous l'administration et le contrôle du gouvernement canadien, que celui-ci est disposé à lui proposer.

[26] L'entente conclue avec la Première Nation de Peguis est sensiblement différente. La Première Nation de Peguis peut choisir une certaine superficie de terres provinciales non occupées et, à certaines conditions, des terres situées n'importe où au Manitoba, y compris les terres fédérales excédentaires. Aux termes du paragraphe 3.09(6) de l'entente sur les droits fonciers issus de traités, le gouvernement canadien s'engage à transférer à la Première Nation de Peguis le titre des terres fédérales excédentaires [TRADUCTION] « lorsque ce sera possible », sous réserve des revendications d'autres bandes. Le paragraphe 3.09(7) confirme que l'expression de l'intérêt de la Première Nation de Peguis à l'égard de terres [TRADUCTION] « ne donne pas lieu à un droit ni ne crée de garantie que ces terres seront disponibles » ou qu'on puisse les mettre de côté comme réserve. Aux articles 28.01 et 28.02 de l'entente, le gouvernement canadien s'engage également à [TRADUCTION] « faire de son mieux, en toute bonne foi, pour respecter les conditions » de l'entente et agir dans les meilleurs délais. Le gouvernement canadien est tenu de fournir les ressources financières à la Première Nation pour qu'elle puisse acheter des terres. L'entente prévoit également que le gouvernement canadien doit aviser la Première Nation lorsqu'il a l'intention de se défaire de certaines terres fédérales excédentaires (paragraphe 1.01(82)). Comme les autres ententes, celle-ci n'oblige pas le gouvernement canadien à vendre des terres fédérales excédentaires à la Première Nation de Peguis. Celle-ci peut cependant en acquérir en procédant de gré à gré.

[27] Le gouvernement canadien n'a ratifié l'entente avec la Première Nation de Peguis qu'en avril 2008. L'entente n'est entrée en vigueur qu'après que le gouvernement canadien eut pris la décision visée par la procédure en contrôle (en 2007), mais celui-ci est toujours en possession du casernement Kapyong, invendu. La Première Nation de Peguis soutient, et j'abonde dans le

même sens, que le gouvernement canadien est désormais dans l'obligation de régler le sort du casernement conformément à l'entente.

[28] Toutes les ententes comportent une clause générale d'exonération en faveur du gouvernement canadien. Si le libellé de la clause varie d'une entente à l'autre, la terminologie employée est semblable à celle de la clause d'exonération figurant dans l'entente avec la Première Nation de Long Plain. Selon cette disposition, la Première Nation de Long Plain [TRADUCTION] « renonce en faveur du gouvernement canadien à l'ensemble des revendications, droits, titres et intérêts qu'elle ait jamais pu avoir, ait ou pourrait avoir ultérieurement en raison de la disposition d'attribution par habitant ou découlant de cette disposition ». Par ailleurs, elle « dégage et libère à jamais le gouvernement canadien [...] de [...] toutes ses obligations, promesses et engagements liés aux droits fonciers en vertu de la disposition d'attribution par habitant ».

(8) Le casernement Kapyong

[29] Le casernement Kapyong, situé dans la municipalité de Winnipeg, est formé de deux parties. Sur l'une, d'une superficie d'environ 160 acres, se trouve une ancienne base des Forces canadiennes. Cette partie, que j'appellerai « la propriété » dans le reste des présents motifs, a fait l'objet de la demande de contrôle judiciaire adressée à la Cour fédérale. L'autre partie, d'une superficie d'environ 62 acres et qui comprend les logements familiaux, n'était pas visée par cette demande. La propriété se trouve sur les terres visées par le Traité n° 1.

[30] D'après les quatre intimées, la propriété est exceptionnelle et importante. Il s'agit d'une vaste parcelle de terre en zone urbaine qui est à vendre et qui pourrait être remise en valeur par les intimées. Certaines des terres traditionnelles auparavant occupées par certaines des quatre intimées forment aujourd'hui la municipalité de Winnipeg. De nos jours, il est rare de trouver de vastes terrains libres en zone urbaine.

(9) L'annonce de la fermeture du casernement

[31] En avril 2001, le ministère de la Défense nationale annonce qu'il ferme la base militaire située sur le terrain du casernement Kapyong. Les quatre intimées apprennent la nouvelle par les médias : le gouvernement canadien ne les a pas avisées de sa décision.

(10) Premières expressions d'intérêt pour la propriété

[32] Plus tard en avril 2001, la Première Nation Ojibway de Brokenhead et la Première Nation de Long Plain expriment leur intérêt pour la propriété. Plus d'un an plus tard, en août 2002, la Première Nation de Long Plain exprime de nouveau par écrit son intérêt pour la propriété en rappelant qu'elle n'a pas obtenu de réponse à sa première déclaration.

[33] À ce stade, la Première Nation de Long Plain ne peut rien faire de plus qu'exprimer son intérêt à titre général. Le gouvernement canadien n'a informé aucune des quatre intimées du prix auquel il vendrait la propriété ni ne leur a communiqué de renseignements sur ses caractéristiques ou ce qui constitue sa valeur.

(11) Les intentions initiales du gouvernement canadien

[34] C'est à peu près à ce moment-là que le gouvernement canadien donne suite à certaines décisions concernant la propriété.

[35] En novembre 2001, le gouvernement canadien décide que la propriété sera aliénée conformément à une politique du Conseil du Trésor intitulée « Politique du Conseil du Trésor sur l'aliénation des biens immobiliers excédentaires » et selon le « processus d'aliénation stratégique » prévu par ladite politique. Nous allons immédiatement analyser l'importance de cette décision.

[36] En septembre 2002, le gouvernement canadien répond enfin à la première expression d'intérêt de la Première Nation de Long Plain, qui remonte à avril 2001. Il signifie qu'il a classé la propriété parmi celles qui doivent faire l'objet d'un processus « stratégique » en vertu de la politique du Conseil du Trésor.

(12) La politique du Conseil du Trésor

[37] La politique du Conseil du Trésor régit l'aliénation des biens fédéraux excédentaires. Selon l'article 7.5 de cette politique, les terres fédérales excédentaires peuvent faire l'objet d'un processus « courant » ou d'un processus « stratégique ».

[38] Les biens de moindre valeur susceptibles d'être vendus facilement et sans investissement important relèvent du processus « courant ». Dans ce cas, on tient compte de l'intérêt exprimé par le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien.

[39] Les biens susceptibles d'avoir une plus grande valeur ou de nature très délicate ou les deux relève du processus « stratégique ». Dans ce cas, les « organismes gouvernementaux » peuvent manifester leur intérêt. Au final, ces biens sont généralement transférés à la Société immobilière du gouvernement canadien. La Société, qui est une société d'État non-mandataire, est chargée, pour le compte du gouvernement fédéral, de la vente de biens à des tiers.

[40] Le gouvernement canadien a estimé que la propriété constituait un bien d'intérêt « stratégique ». Cela signifiait que la propriété ne serait pas mise prioritairement à la disposition des quatre intimées. Le gouvernement canadien pourrait donc établir la valeur de la propriété à titre de bien d'intérêt « stratégique » et la transférer à la Société immobilière du gouvernement canadien.

[41] En l'espèce, les parties ont agi en fonction du principe que, compte tenu de l'état actuel du droit, la Société immobilière du gouvernement canadien n'est pas assujettie à l'obligation de consulter les peuples autochtones. C'est à voir, car c'est le gouvernement du gouvernement canadien qui contrôle la Société immobilière du gouvernement canadien et, dans certains cas, il pourrait recevoir l'ordre d'enjoindre à la Société d'agir ou de ne pas agir d'une certaine façon. Quoiqu'il en soit, les parties ont agi selon la prémisse que le traitement de la propriété selon un « processus d'aliénation stratégique » pourrait avoir une conséquence pratique importante : la

propriété pourrait être transférée d'une entité assujettie à l'obligation de consulter les peuples autochtones (le gouvernement canadien) à une entité privée n'étant pas tenue à cette obligation (la Société immobilière du gouvernement canadien). De ce point de vue, la Société immobilière du gouvernement canadien pourrait ensuite transférer la propriété à un tiers sans avoir à consulter les peuples autochtones.

(13) La conduite du gouvernement canadien immédiatement après la classification de la propriété comme bien d'intérêt « stratégique »

[42] Quelques mois après le classement de la propriété à titre bien d'intérêt « stratégique », la Première Nation de Long Plain a réitéré son intérêt auprès du gouvernement canadien.

[43] Le gouvernement canadien a répondu que l'aliénation de la propriété suivrait le processus « stratégique » par le biais de la Société immobilière du gouvernement canadien.

[44] Le gouvernement canadien savait pourtant bel et bien que les quatre intimées pourraient s'intéresser à la propriété. Les quatre intimées ont obtenu l'accès à des documents d'information sur les communications entre le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien et le ministère de la Défense nationale. Il ressort de ces documents que le gouvernement canadien savait que des bandes autochtones ayant conclu des ententes sur les droits fonciers issus de traités pourraient s'intéresser à la propriété.

[45] Malgré cela, en décembre 2002, le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien a envoyé une lettre à chacune des quatre intimées pour leur faire savoir que la propriété avait été

classée bien d'intérêt « stratégique » et qu'il ne tiendrait donc pas compte en priorité de leurs intérêts. Le ministère les a cependant informées que, si elles s'intéressaient à la propriété, elles pouvaient s'adresser à une certaine personne au ministère de la Défense nationale. Aucune information sur les terres en question n'a été produite.

(14) Les réponses à l'invitation du gouvernement canadien à l'expression d'intérêts

[46] La Première Nation de Long Plain a été la seule des quatre intimées à répondre à la lettre du gouvernement canadien datée de décembre 2002. Elle se disait toujours intéressée. N'ayant aucune information sur les terres en question, elle ne donnait pas de précisions quant à son intérêt.

(15) Le gouvernement canadien invite la Première Nation de Long Plain à dévoiler ses intentions

[47] En mars 2003, le gouvernement canadien invite la Première Nation de Long Plain à lui faire savoir quelle superficie de la propriété elle souhaite acheter, ce qu'elle est disposée à payer et ce qu'elle fera des terres. C'est une invitation sans contenu : la Première Nation n'a reçu aucune information sur la propriété, aucune estimation de sa valeur, aucune évaluation environnementale, aucune photo. À ce stade, la Première Nation de Long Plain n'est même pas invitée à venir voir la propriété.

[48] En juin 2003, un représentant du gouvernement canadien rencontre la Première Nation de Long Plain. Le gouvernement canadien fournit des photographies aériennes de la propriété et des

renseignements sur les bâtiments qui s'y trouvent. C'est à peu près à ce moment-là que le gouvernement canadien confirme que la propriété sera aliénée selon le processus stratégique. Au cours de l'été 2003, la Première Nation de Long Plain demande plus de temps pour communiquer au gouvernement canadien des précisions sur son désir d'acquérir la propriété.

[49] En septembre 2003, le ministère de la Défense nationale a en main une estimation de la valeur de la propriété. Cette estimation n'est pas communiquée aux Premières Nations.

[50] Une réunion importante a lieu au même moment entre des représentants du gouvernement canadien et des représentants de la Première Nation de Long Plain et de la Première Nation de Roseau River. Le gouvernement canadien leur demande de préparer leurs propositions de mise en valeur de la propriété afin que le ministère de la Défense nationale puisse tenir compte de leur intérêt sur ces terres lorsqu'il déposera sa présentation au Conseil du Trésor concernant l'aliénation de la propriété. Mais, là encore, le gouvernement canadien a déjà informé les quatre intimées que la propriété ferait l'objet du processus d'aliénation stratégique par l'intervention de la Société immobilière du gouvernement canadien.

[51] Il ressort des notes prises au cours de la réunion par le représentant du gouvernement canadien que la Première Nation de Long Plain et la Première Nation de Roseau River réagissent vivement :

[TRADUCTION]

[Les Premières Nations] n'entendent pas mettre la Couronne dans la balance des intérêts relatifs à l'aliénation de la propriété, estimant que leurs intérêts sont premiers et qu'il doit en être tenu compte avant tous les autres. Elles n'entendent pas non plus que la propriété soit réintégrée dans la collectivité (c'est-à-dire la

municipalité de Winnipeg) par les procédures de planification locale. L'idée de tenir compte de différents intérêts a été rejetée d'emblée.

À ce stade, le gouvernement canadien n'a encore jamais consulté aucune des quatre intimées au sujet de ses intentions concernant l'usage futur de la propriété, pas plus que de son désir de voir appliquer les procédures de planification locale et de réintégrer la propriété dans la collectivité.

[52] Dans ses notes, le représentant du gouvernement canadien a également signalé que la Première Nation de Long Plain et la Première Nation de Roseau River ont estimé que les considérations stratégiques du gouvernement canadien n'avaient pas leur place, alors qu'il était question d'obligations issues de traités. Elles n'ont pas [TRADUCTION] « une seule fois discuté de leur point de vue sur la propriété », préférant formuler des opinions « polémiques ». Le représentant a noté que les deux Premières Nations voulaient que le gouvernement canadien achète la propriété pour elles ou qu'elles soient autorisées à l'acheter à un prix inférieur à sa valeur marchande et qu'elles devraient pouvoir [TRADUCTION] « l'exploiter comme bon leur semblait ».

[53] Il ressort également des notes du représentant du gouvernement canadien que les deux Premières Nations trouvaient difficile de faire une offre à partir des renseignements produits et estimaient qu'il faudrait pouvoir faire une visite sur place : [TRADUCTION] « [une] visite sur place serait un préalable à toute proposition. »

[54] Plusieurs réunions ont ensuite eu lieu entre la Première Nation de Long Plain et les représentants du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien.

[55] En janvier et février 2004, des représentants de la Première Nation de Long Plain ont fait une visite de la propriété. On ne leur a, à aucun moment, remis un exemplaire de l'estimation de sa valeur. En fait, au cours des événements qui ont donné lieu à la présente instance, nulle des quatre intimées n'a jamais reçu d'exemplaire de cette estimation. Rien au dossier n'indique pourquoi il n'était pas possible de la leur communiquer.

[56] En janvier 2004, l'avocat du gouvernement canadien a écrit à l'avocat de la Première Nation de Long Plain pour l'informer de ce qui suit :

[TRADUCTION]

La Première Nation de Long Plain a été invitée, si tel est son désir, à présenter une proposition d'achat à l'égard de tout ou partie des terres. Cette proposition, si elle est faite, pourrait être prise en considération avant qu'une décision définitive ne soit prise à l'égard de l'aliénation de la propriété. Je crois savoir qu'aucune proposition n'a encore été faite par votre client. [Si] la Première Nation de Long Plain souhaite acquérir tout ou partie de la propriété, la proposition doit être soumise dans les plus brefs délais. Toute proposition doit être adressée au [ministère de la Défense nationale].

[57] L'affaire en est restée là pendant quelque temps après janvier 2004. Le gouvernement canadien n'a plus communiqué avec l'une ou l'autre des quatre intimées pendant trois ans, mais il a continué de prendre des mesures dans le but de se défaire de la propriété.

(16) Le Conseil du Trésor approuve la vente de la propriété à la Société immobilière du gouvernement canadien

[58] Le 10 mai 2005, suite à la décision prise longtemps auparavant d'organiser la vente de la propriété par le processus d'aliénation stratégique de la propriété, le Conseil du Trésor en

approuve la vente à la Société immobilière du gouvernement canadien. Le gouvernement canadien n'en informe aucune des quatre intimées.

(17) La politique du Conseil du Trésor est remplacée

[59] En novembre 2006, le Conseil du Trésor publie une directive intitulée « Directive sur la vente ou le transfert des biens immobiliers excédentaires », qui remplace la politique de 2001 dont il est question au paragraphe 35 ci-dessus. La classification entre biens « courants » et biens « stratégiques » est maintenue. Mais il s'y ajoute une nouvelle exigence : l'aliénation des biens d'intérêt « stratégique » est assujettie à l'« évaluation [...] des intérêts du gouvernement fédéral et des autres intervenants ». Le gouvernement canadien n'informe pas les quatre intimées de cette exigence.

[60] À ce stade, la propriété n'est pas encore transférée à la Société immobilière du gouvernement canadien bien que le transfert ait déjà été approuvé. La Cour fédérale n'a été saisie d'aucun élément de preuve dont il ressort que la propriété ne peut pas être reclassifiée en vertu de la nouvelle politique bien qu'elle ait été inscrite dans la catégorie des biens d'intérêt « stratégique ». Devant notre Cour, le gouvernement canadien, à qui on a posé la question, n'a pu invoquer un quelconque empêchement à la reclassification de la propriété pour en faciliter l'acquisition par les quatre intimées en vertu de leurs ententes sur les droits fonciers issus de traités.

(18) Les bandes font valoir leurs intérêts

[61] En novembre 2006, un certain nombre d'intimées, ignorant que la vente de la propriété a déjà été approuvée, écrivent au Conseil du Trésor pour lui demander la garantie que leurs droits seront respectés. Ils demandent la tenue d'une réunion. En janvier 2007, le Conseil du Trésor leur répond que [TRADUCTION] « rien n'a changé dans la méthode selon laquelle les intérêts prioritaires peuvent s'exprimer à l'égard des terres excédentaires ».

[62] En août 2007, les intimées écrivent au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien afin de revendiquer la propriété en vertu des ententes sur les droits fonciers issus de traités. Au départ, les intimées revendiquent un titre ancestral sur l'ensemble de la municipalité de Winnipeg. Ultérieurement, dans le cadre de procédures judiciaires, elles font valoir qu'elles ont un droit d'être consultées découlant de la disposition – non respectée – d'attribution par habitant du Traité n° 1. Les intimées veulent obtenir l'assurance que leurs revendications seront respectées et demandent une réunion pour en discuter. Faute de réponse, elles écrivent à nouveau en septembre et en novembre 2007.

(19) Le gouvernement canadien confirme l'approbation du transfert de la propriété à la Société immobilière du gouvernement canadien

[63] Comme nous l'avons dit, en mai 2005, le Conseil du Trésor a déjà approuvé le transfert de la propriété à la Société immobilière du gouvernement canadien. Le 23 novembre 2007, il confirme cette approbation.

[64] Il semble que cette confirmation ait été nécessaire parce que le ministère de la Défense nationale avait présenté des plans révisés. Ces plans ne changeaient rien à l'essentiel. Pour ce qui concernait le gouvernement canadien, la propriété devait, comme il en avait été décidé au départ, être transférée à la Société immobilière du gouvernement canadien, qui se chargerait de l'aliénation.

[65] Le gouvernement canadien a agi sans rencontrer les représentants des intimées ni jamais répondre à leurs lettres d'août, septembre et novembre.

[66] La confirmation du 23 novembre 2007 fait l'objet de la demande de contrôle judiciaire déposée par les intimées, du jugement de la Cour fédérale en l'espèce et du présent appel.

(20) Le gouvernement canadien répond aux lettres des intimées

[67] En décembre 2007, le gouvernement canadien répond enfin aux lettres d'août, de septembre et de novembre 2007. Il déclare à cette occasion que le titre ancestral de la propriété a été cédé aux termes du Traité n° 1.

[68] Par sa lettre de décembre 2007, le gouvernement canadien ajoute que, lorsque la propriété aura été transférée à la Société immobilière du gouvernement canadien, les intimées devront s'adresser à celle-ci. Du point de vue des quatre intimées, c'est là une offre vide de sens : elles s'inquiètent du fait que, si la Société immobilière du gouvernement canadien est libre de toute obligation de consulter, elles seront traitées comme n'importe quel groupe de soumissionnaires parmi tant d'autres.

(21) Les procédures judiciaires sont engagées

[69] Les intimées attaquent la décision du Conseil du Trésor par voie de recours en contrôle judiciaire. Elles sollicitent, entre autres, un jugement déclarant que le gouvernement canadien a l'obligation légale de les consulter et de les accommoder avant de transférer la propriété. Elles sollicitent également une ordonnance interdisant le transfert de la propriété à la Société immobilière du gouvernement canadien.

[70] Étant peu informées des plans du gouvernement canadien à l'égard de la propriété, les intimées ont dû, au cours de l'instance, présenter des demandes d'accès à l'information pour savoir ce qui s'était passé dans les coulisses. Généralement parlant, ces renseignements ont révélé un certain état de confusion entre les divers services et ministères du gouvernement canadien concernant la procédure applicable à la vente de la propriété.

(22) Premiers jugements de la Cour fédérale et de notre Cour

[71] La Cour fédérale (sous la plume du juge Campbell) a conclu que le gouvernement canadien avait l'obligation légale de consulter avant d'aliéner la propriété et qu'il ne s'était pas acquitté de cette obligation : 2009 CF 982.

[72] Notre Cour a infirmé le jugement de la Cour fédérale : 2011 CAF 148, 419 N.R. 289. Elle a conclu que les motifs de la Cour fédérale étaient insuffisants. Plutôt que de tirer ses propres conclusions de fait, la Cour a renvoyé l'affaire à la Cour fédérale pour nouvelle décision. C'est cette nouvelle décision de la Cour fédérale dont il est fait appel devant nous.

(23) La nouvelle décision de la Cour fédérale : l'affaire dont nous sommes saisis aujourd'hui

[73] Au cours de la deuxième audience devant la Cour fédérale, le gouvernement canadien a pour la première fois admis qu'il avait l'obligation de consulter les quatre intimées, mais il a soutenu qu'il s'était acquitté de cette obligation.

[74] La Cour fédérale a rejeté cette thèse et a accueilli la demande de contrôle judiciaire des quatre intimées.

[75] La Cour fédérale a conclu que l'obligation en question était, vu sa portée, assez exigeante, la situant environ au milieu de l'éventail de consultation consacré par la Cour suprême par l'arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73,

[2004] 3 R.C.S. 511. Autrement dit, le gouvernement canadien avait l'obligation d'aviser les Premières Nations, de leur communiquer des renseignements et de les rencontrer pour prendre

connaissance et discuter de leurs préoccupations, d'en tenir sérieusement compte et de les informer des mesures qu'il prendrait et des raisons de ces mesures.

[76] Selon la Cour fédérale, le gouvernement canadien est loin de s'être acquitté de ces obligations (paragraphe 78 à 80). Elle a qualifié l'attitude du gouvernement canadien de « flagrante » (paragraphe 79). Selon elle, le gouvernement canadien n'a pas répondu véritablement aux préoccupations soulevées par les intimées de 2001 à 2004 (paragraphe 76 à 78). Entre 2006 et 2007, il a tout simplement ignoré les intimées pour leur dire, plus tard, de faire connaître leurs préoccupations à la Société immobilière du gouvernement canadien.

[77] Par son jugement, la Cour fédérale a annulé la décision prise par le Conseil du Trésor, le 23 novembre 2007, de confirmer l'approbation de la vente de la propriété à la Société immobilière du gouvernement canadien. Elle a interdit au gouvernement canadien de vendre la propriété à la Société immobilière du gouvernement canadien ou à quiconque « jusqu'à ce qu'[il] soit en mesure de démontrer à la Cour qu'il s'est acquitté véritablement de son obligation [de consulter les Premières Nations] ». En effet, il ne s'agissait pas seulement d'une ordonnance d'interdiction, mais aussi d'une ordonnance de surveillance.

[78] Concernant la Première Nation de Sagkeeng et la Première Nation Ojibway de Sandy Bay, la Cour fédérale a conclu que le gouvernement canadien n'avait pas l'obligation de les consulter. Elle a jugé que, vu les éléments en preuve au dossier (voir les paragraphes 21 à 23 ci-dessus), les Premières Nations de Sagkeeng et de Sandy Bay n'avaient pas démontré qu'elles jouissaient des droits ou intérêts nécessaires pour donner naissance à une telle obligation.

Notamment, aucune d'elles n'avait démontré qu'un droit à l'attribution de terres de réserve par habitant issu du Traité n° 1 n'a pas été respecté, et aucune d'elles n'avait signé d'entente sur les droits fonciers issus de traités.

[79] D'autres aspects particuliers des motifs de la Cour fédérale seront discutés au cours de l'exposé des présents motifs.

C. Les questions en litige

[80] En l'espèce, la Cour fédérale a examiné la décision du Conseil du Trésor, le 23 novembre 2007, d'approuver le transfert de la propriété à la Société immobilière du gouvernement canadien. La question que la Cour fédérale devait trancher était celle de savoir si cette décision pouvait être maintenue eu égard aux consultations effectuées par le gouvernement canadien.

[81] Dans les circonstances de l'espèce, cette question générale se ramenait à un certain nombre de questions particulières :

- (1) Le gouvernement canadien avait-il l'obligation de consulter la Première Nation de Sagkeeng et la Première Nation Ojibway de Sandy Bay?

- (2) Si cette obligation lui était imposée (et le gouvernement canadien avait admis l'existence de cette obligation à l'égard des quatre intimées), quels en étaient le contenu et la portée?
- (3) Compte tenu des faits de l'espèce, le gouvernement canadien s'est-il acquitté de cette obligation?
- (4) Dans la négative, quelle mesure faut-il ordonner?

[82] Dans les présents motifs, je discuterai les réponses de la Cour fédérale à ces questions dans cet ordre. Mais auparavant, quelques observations sur la norme de contrôle applicable sont de mise.

D. La norme de contrôle

[83] Saisie de l'appel d'un jugement sur une demande de contrôle judiciaire, la Cour doit d'abord rechercher si le juge de la Cour fédérale a appliqué la bonne norme de contrôle :

Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 46 et 47.

[84] En ce qui concerne les trois premières questions ci-dessus, la Cour fédérale a conclu que la norme de contrôle de la décision correcte était celle qui jouait quant aux deux premières, et que la norme de la décision raisonnable jouait quant à la troisième (paragraphe 20).

[85] Devant nous, il n'est pas controversé entre les parties que la Cour fédérale a retenu la bonne norme de contrôle.

[86] La Cour d'appel n'est pas liée par l'entente des parties concernant la norme de contrôle (voir *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152), mais j'abonde dans leur sens. La norme de contrôle retenue par la Cour fédérale est conforme à la doctrine que professe à ce sujet la Cour suprême : *Nation haïda*, précité, au paragraphe 61; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, aux paragraphes 63 à 65; *Beckman c. Première Nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, au paragraphe 48. J'ajouterai simplement une nuance. Dans la mesure où les questions relatives à l'existence, au contenu et à la portée de l'obligation de consulter reposent sur l'appréciation des faits, « il se peut donc qu'il convienne de faire preuve de déférence » à l'égard de ces « conclusions de fait » : *Nation haïda*, au paragraphe 61.

[87] Il reste une question à régler concernant la norme de contrôle. Ayant annulé la décision, datée du 23 novembre 2007, d'approuver la vente de la propriété à la Société immobilière du gouvernement canadien, la Cour fédérale a dû se pencher sur la question de la mesure. Comme nous l'avons mentionné, elle a entre autres décidé d'interdire au gouvernement canadien de vendre la propriété jusqu'à ce que celui-ci ait démontré qu'il s'était acquitté de son obligation de consulter. Le choix de cette mesure découlait de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire fondé sur les faits. Quelle est la norme de contrôle en matière de mesures?

[88] Les mesures prononcées par la Cour fédérale dans le cadre d'une procédure en contrôle judiciaire appartiennent à une catégorie particulière. Elles ne portent pas sur ce que le décideur administratif a décidé – qui est assujéti aux normes de contrôle du droit administratif consacrées par la jurisprudence *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, mais plutôt sur ce que le juge judiciaire doit faire, un peu comme lorsqu'il rend des décisions sur des objections préliminaires à l'audience d'une demande de contrôle judiciaire, concernant par exemple l'existence d'un autre recours adéquat, le caractère théorique de la demande ou encore sa prématurité. Notre Cour a pour doctrine que c'est la norme propre aux appels énoncée dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 qui doit jouer quant à ces décisions : *Budlakoti c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CAF 139, aux paragraphes 37 à 39; *Wilson c. Énergie atomique Canada Limitée*, 2015 CAF 17, 467 N.R. 201, aux paragraphes 25 à 26.

[89] Il me semble que les mesures prononcées par la Cour fédérale dans le cadre d'une procédure en contrôle judiciaire entrent dans la même catégorie. Ainsi, conformément à la jurisprudence *Housen*, si la mesure la dépend de l'appréciation des faits et du pouvoir discrétionnaire du juge — une question mélangée de faits et de droit où les faits et le pouvoir discrétionnaire dominant —, la juridiction d'appel doit faire preuve de retenue à l'égard de la mesure prononcée. Ce point de vue est conforme à la jurisprudence de notre Cour : voir, par exemple, *Canada (Procureur général) c. Jodhan*, 2012 CAF 161, 350 D.L.R. (4th) 400, au paragraphe 75.

[90] La Cour suprême n'a pas réglé de façon définitive et manifeste la question de la norme de contrôle applicable aux mesures relevant du droit administratif. Elle semble cependant faire preuve de retenue à l'égard des décisions fondées sur les faits rendues par les juridictions réformatrices qui sont fondées sur l'idée de pouvoir discrétionnaire en matière de mesures, pourvu qu'il n'y ait pas d'erreur de principe : voir, par exemple, *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, au paragraphe 39 (« retenue » à l'égard de la décision de notre Cour de rejeter une demande de contrôle judiciaire en raison de l'existence d'un autre recours adéquat); voir aussi *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, au paragraphe 87 (à moins d'une erreur dans l'application d'un principe juridique isolable, il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accorder une mesure nécessitant une certaine surveillance).

[91] En conséquence, pour ce qui est de la mesure prononcée par la Cour fédérale en l'espèce, à moins d'une erreur de droit, la Cour appliquera en l'espèce une norme déferente

E. La décision de la Cour fédérale doit-elle être confirmée?

[92] Après avoir conclu que la Cour fédérale a retenu la bonne norme de contrôle quant aux diverses questions qu'elle avait à trancher, nous devons rechercher si elle a correctement appliqué cette norme : voir *Agraira*, précité, aux paragraphes 46 et 47. Si tel est le cas, sous réserve de la mesure qu'elle a choisie, sa décision doit être confirmée.

[93] Pour ce qui est des questions assujetties à la norme de la décision correcte, nous devons simplement rechercher si la Cour fédérale a commis une erreur. Quant aux questions assujetties à la norme de la décision raisonnable, nous devons reprendre l'analyse de ce point de vue pour voir si nous parvenons à la même conclusion que la Cour fédérale. Dans l'arrêt *Agraira*, au paragraphe 46, la Cour suprême explique qu'il s'agit de « 'se [mettre] à la place' du tribunal d'instance inférieure ».

(1) Le gouvernement canadien avait-il l'obligation de consulter la Première Nation de Sagkeeng et la Première Nation Ojibway de Sandy Bay?

[94] Comme nous l'avons vu, nous devons examiner la réponse de la Cour fédérale à cette question selon la norme de la décision correcte.

[95] La Cour fédérale a conclu que le gouvernement canadien n'avait pas l'obligation de consulter la Première Nation de Sagkeeng et la Première Nation de Sandy Bay. Elle s'est appuyée sur les faits résumés aux paragraphes 21 à 23 ci-dessus. Pour dire les choses simplement, aucun des éléments de preuve versés au dossier ne permettait de conclure que l'une ou l'autre avait une revendication territoriale à faire valoir ou avait un droit – non respecté – à l'attribution de terres de réserve par habitant issu du Traité n° 1. En fait, dans le cas de la Première Nation de Sandy Bay, le gouvernement canadien et la Commission des revendications des Indiens ont jugé que ses droits fonciers issus de traités avaient été déjà respectés. La Cour fédérale a donc conclu que les conditions préalables à l'obligation de consulter n'étaient pas remplies.

[96] Je ne constate nulle erreur de la part de la Cour fédérale à cet égard. Je serais donc d'avis de rejeter les appels incidents de la Première Nation de Sagkeeng et de la Première Nation de Sandy Bay.

[97] Au début de l'audience devant la Cour fédérale, le gouvernement canadien a admis qu'il avait l'obligation de consulter les quatre autres intimées et il l'a également reconnu devant nous. Puisque les intimées tirent leur moyen de droit de l'obligation de consulter et que c'est sur ce moyen que la Cour fédérale a rendu sa décision, cette admission ne semblait pas appeler une justification. Or, il n'est pas évident qu'est pertinente la jurisprudence ayant conclu à l'existence d'une obligation de consulter parce que l'action gouvernementale menaçait de porter atteinte de façon permanente à des terres sur lesquelles les Premières Nations revendiquaient un droit ou un titre ancestral. Compte tenu de l'admission du gouvernement canadien, de la manière dont la présente affaire a évolué jusqu'ici et du fait qu'il n'est pas souhaitable de demander d'autres observations à ce stade, je partirai du principe que les questions dont nous sommes saisis – qu'il convient d'examiner selon la norme de contrôle susmentionnée – se rapportent au contenu et à la portée de l'obligation du gouvernement canadien de consulter les quatre autres intimées, à la question de savoir si le gouvernement canadien s'est acquitté de cette obligation, et, dans la négative, à la sanction à accorder.

[98] Quant à savoir si les faits de la présente espèce relèvent de l'obligation de consulter consacrée par la jurisprudence, *Haïda*, précitée, *Première Nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388, et *Beckman*, précitée, la question devra être tranchée à l'occasion d'une instance ultérieure. J'ajouterais qu'il me semble

que la solution est généralement la même lorsque la question est analysée du point de vue de l'obligation de préserver l'honneur de la Couronne.

(2) Quel est le contenu de l'obligation du gouvernement canadien de consulter les quatre intimées, et quelle est la portée de cette obligation?

[99] Comme nous l'avons vu aux paragraphes 84 à 86, nous devons examiner la réponse de la Cour fédérale à cette question selon la norme de la décision correcte, tout en faisant preuve d'une certaine retenue à l'égard des conclusions de fait s'y rattachant.

[100] À cet égard, ayant examiné les faits de l'espèce, la Cour fédérale a conclu que l'obligation de consulter ne comportait pas seulement l'obligation minimale d'informer, de fournir des renseignements et de répondre aux préoccupations des intéressées, mais aussi celle de rencontrer les Premières Nations, d'écouter et de discuter leurs préoccupations, d'en tenir compte sérieusement et de les informer des mesures prises et de leurs raisons.

[101] Généralement parlant, je retiens la conclusion de la Cour fédérale sous réserve de certaines modifications expliquées plus loin. Je conclus cependant ainsi par des motifs différents de ceux de la Cour fédérale.

[102] Pour tirer sa conclusion, la Cour fédérale a correctement rappelé le droit applicable (paragraphe 71). Ainsi, le contenu et la portée de l'obligation de consulter varient selon les circonstances. Il convient de l'envisager comme une gamme d'obligations, d'ordre minimal à une extrémité et d'ordre maximal à l'autre. Cette 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 » : *Nation haïda*, au paragraphe 39; *Carrier Sekani*, précité, aux paragraphes 48 et 51; *Bande dénée Samba K'e c. Duncan*, 2012 CF 204, 405 F.T.R. 182, aux paragraphes 113 et 114; *Adams Lake Indian Band v. Lieutenant Governor in Council*, 2012 BCCA 333, 35 B.C.L.R. (5th) 253, aux paragraphes 59 et 74 à 79.

[103] Même à l'extrémité inférieure de la gamme, l'obligation peut exiger des mesures importantes de la part de la Couronne : aviser la Première Nation, nouer un dialogue directement avec elle, communiquer des renseignements en temps et lieu sur ce qui concerne les intérêts connus de la Première Nation, fournir des renseignements sur les effets préjudiciables potentiels sur ces intérêts pour que la Première Nation puisse formuler ses préoccupations, être à l'écoute des préoccupations exprimées, en tenir compte, et tenter de réduire au minimum les effets préjudiciables : *Mikisew*, précité, au paragraphe 64.

[104] La portée et la nature de l'obligation de consulter sont également fonction de l'ensemble des faits, en l'occurrence des ententes sur les droits fonciers issus de traités et de la jurisprudence relative à l'obligation de consulter, mais aussi des notions d'honneur, de réconciliation et de négociation honorable sur lesquelles sur lesquelles reposent ces ententes et cette obligation. Si on les garde à l'esprit, ces notions facilitent la compréhension de la nature et de l'étendue de cette obligation : *Nation haïda*, précité, aux paragraphes 27 et 36. La Cour suprême explique ainsi cette idée :

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 » [sic] (souligné dans l'original).

(*Nation haïda*, précité, au paragraphe 32.)

[105] L'honneur de la Couronne dans ses rapports avec les peuples autochtones est de première importance dans ce genre d'affaires. Dans la *Proclamation royale* de 1763 (reproduite dans L.R.C. (1985), appendice II, n° 1), la Couronne britannique s'engage, sur l'honneur, à protéger les peuples autochtones de toute exploitation de la part des peuples non autochtones. Ce principe est le fil conducteur de ce domaine du droit : voir, par exemple, *R. c. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360, 62 C.C.C. (2d) 227 (Cour d'appel de l'Ontario), autorisation d'interjeter appel refusée, [1981] 2 R.C.S. xi; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 70 D.L.R. (4th) 385; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, 133 D.L.R. (4th) 658; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, 153 D.L.R. (4th) 193; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, 133 D.L.R. (4th) 324; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, 177 D.L.R. (4th) 513; *Première Nation crie Mikisew*, précité. En fait, de nos jours, il est confirmé que l'honneur de la Couronne constitue un principe constitutionnel : voir *Beckman*, précité, au paragraphe 42. L'honneur de la Couronne « est toujours en jeu lorsque cette dernière transige avec les peuples autochtones » et « [i]l ne s'agit

pas simplement d'une belle formule, mais d'un précepte fondamental qui peut s'appliquer dans des situations concrètes » : *Nation haïda*, précité, aux paragraphes 16 à 19.

[106] Comme les notions d'honneur, de réconciliation et de négociation honorable sont pertinentes, « [l]'historique des relations entre la Couronne et une première nation » est aussi un facteur pertinent : *Première Nation crie Mikisew*, précité, au paragraphe 63.

[107] Jusqu'ici, la Cour suprême a construit le droit relatif à l'étendue et à la nature de l'obligation de consulter comme un ensemble spécial de règles de droit distinct des principes du droit administratif ordinaire. Je suis, cependant, d'avis que le droit administratif reste pertinent et qu'il y a cohérence entre celui-ci et l'ensemble spécial de règles de droit construit par la Cour suprême. Il peut être utile dans ce genre d'affaires d'analyser l'obligation de consulter sous l'angle du droit administratif. Après tout, la question dont nous sommes saisis relève du droit administratif : il s'agit de l'appel d'une demande de contrôle judiciaire visant à contester la décision discrétionnaire rendue par le Conseil du Trésor le 23 novembre 2007 de vendre le casernement à la Société immobilière du gouvernement canadien.

[108] En règle générale, lorsque les intérêts juridiques et pratiques d'une partie risquent d'être compromis par une décision discrétionnaire, le décideur doit respecter l'équité procédurale : voir, par exemple, *Cardinal c. Directeur de l'Établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, 24 D.L.R. (4th) 44. Un niveau plus élevé de protection procédurale est souvent retenu lorsque les intérêts juridiques et pratiques en jeu sont importants : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, 174 D.L.R. (4th) 193, au paragraphe 25.

Lorsque le décideur s'est engagé à suivre certaines procédures, par exemple dans le cadre d'une entente, il est lié par cet engagement : *Baker*, au paragraphe 26. Lorsqu'il s'agit de peuples autochtones, les notions d'honneur, de réconciliation et de négociation honorable – qui ont une portée constitutionnelle – peuvent avoir une incidence, parfois considérable, sur la question en litige et déterminer le niveau de protection procédurale qu'il convient de retenir.

[109] En l'espèce, le gouvernement canadien, propriétaire du casernement, cherche à se départir de ce bien. Ce faisant, il a le pouvoir discrétionnaire de décider comment procéder. Pour les quatre intimées, ce bien est une terre exceptionnelle et importante : voir le paragraphe 30 plus haut. Et les notions d'honneur, de réconciliation et de négociation honorable sont nettement en jeu en l'espèce.

[110] À cet égard, je constate que, au lieu du respect intégral de leur droit – non respecté – à recevoir des terres en vertu de la disposition d'attribution par habitant du Traité n° 1 – désormais impossible, les intimées ont maintenant, sur des terres susceptibles de devenir disponibles, des droits aux termes d'ententes sur les droits fonciers issus de traités. Lorsque des terres, pour l'instant indéterminées, seront à vendre, les quatre intimées pourront les acquérir en remplacement des terres promises en vertu de la disposition – non respectée – d'attribution par habitant du Traité n° 1. Les ententes sur les droits fonciers issus de traités visent à faciliter la concrétisation de ces possibilités.

[111] Il est vrai que, hormis les moyens susceptibles d'être invoqués ultérieurement en fonction du libellé même de certaines ententes, les quatre intimées n'ont pas le droit d'exiger

expressément le transfert de certaines terres susceptibles d'être disponibles au Manitoba.

Cependant, l'objet des ententes est clair : les quatre intimées pourront acquérir, au fil du temps, des terres encore indéterminées du Manitoba compte tenu du manquement à la promesse du Traité n° 1. En signant les ententes sur les droits fonciers issus de traités, le gouvernement canadien s'y est engagé.

[112] En l'espèce, le bien appartenant au gouvernement canadien est à vendre. Dans la mesure où chacune des ententes sur les droits fonciers issus de traités des Premières Nations vise le bien, le gouvernement canadien n'est pas un vendeur ordinaire. Son pouvoir discrétionnaire quant au processus de vente de ladite propriété doit être guidé par les ententes sur les droits fonciers issus de traités qu'il a signées, son engagement à respecter l'objet de ces ententes, ainsi que les notions d'honneur, de réconciliation et de négociation honorable. En l'espèce, ces notions – souvent qualifiées d'obligation de ne pas se livrer à des manœuvres malhonnêtes – sont particulièrement importantes en raison du manquement à la promesse du Traité n° 1. Les ententes, destinées à remédier à ce manquement, ne sont pas de simples accords commerciaux dont le sens se révèle par une analyse syntaxique de la signification technique de certains termes.

[113] Voilà pourquoi je ne suis pas convaincu par les observations principales du gouvernement canadien à cet égard. Selon le gouvernement canadien, la portée de son obligation doit être dégagée du texte des ententes sur les droits fonciers issus de traités. Plus particulièrement, [TRADUCTION] « l'obligation de consulter existe à l'égard des Premières Nations qui ont conclu une entente sur les droits fonciers issus de traités *dans la mesure prévue dans ces ententes* » [non souligné dans l'original] : mémoire des faits et du droit du

gouvernement canadien, paragraphe 3. Les ententes prévoient exclusivement [TRADUCTION] « la nature et la portée précises des droits et obligations des parties concernant le droit à des terres de réserve en vertu de la disposition d'attribution par habitant », et « la manière dont ces droits et obligations doivent être mis en œuvre » : mémoire des faits et du droit du gouvernement canadien, paragraphe 43. Pour ce qui est des trois ententes sur les droits fonciers issus de traités, autres que celle conclue par la Première Nation de Peguis, [TRADUCTION] « la seule obligation qui en découlait pour le gouvernement canadien serait de tenir dûment et équitablement compte de toute offre d'achat faite par l'une de ces Premières Nations au sujet de la propriété » : mémoire des faits et du droit du gouvernement canadien, paragraphe 45. Dans le cas de l'entente conclue avec la Première Nation de Peguis, [TRADUCTION] « les droits et obligations prévus sont un peu plus larges », mais ils ne donnent naissance à l'obligation de consulter qu'à « l'extrémité inférieure de la gamme » : mémoire des faits et du droit du gouvernement canadien, paragraphe 46. Le gouvernement canadien ajoute (au paragraphe 47 de son mémoire) que la question pertinente est celle de savoir si [TRADUCTION] « le transfert de la propriété [à la Société immobilière du gouvernement canadien] rendrait le droit à des terres de réserve inaccessible pour les Premières Nations ou compromettrait la capacité d'une Première Nation de faire valoir ce droit ».

[114] Compte tenu de cette analyse, le gouvernement canadien estime que, dans le cas de la Première Nation de Long Plain et des Premières Nations de Swan Lake et de Roseau River, il avait pour seule obligation de [TRADUCTION] « tenir dûment et équitablement compte de toute offre d'achat faite par l'une d'elles au sujet de la propriété » : mémoire des faits et du droit du gouvernement canadien, paragraphe 45. Dans le cas de la Première Nation de Peguis, le

gouvernement canadien reconnaît que l'entente sur les droits fonciers issus de traités prévoit [TRADUCTION] « des droits et obligations un peu plus larges » lorsqu'il est question de vendre des terres fédérales excédentaires : mémoire des faits et du droit du gouvernement canadien, paragraphe 46. Aux termes de cette entente, le gouvernement canadien doit informer l'intéressée qu'il a l'intention d'aliéner la terre, lui fournir une évaluation de sa juste valeur marchande et lui donner la possibilité d'acheter la terre. En définitive, cependant, le gouvernement canadien n'est pas obligé de vendre la terre à la Première Nation de Peguis.

[115] Le gouvernement canadien nous assure qu'il ne veut pas dire par là que les ententes sur les droits fonciers issus de traités [TRADUCTION] « avaient pour but de le libérer de son obligation de négociation honorable » ni de « servir à éteindre les droits conférés par la disposition d'attribution par habitant » : mémoire des faits et du droit du gouvernement canadien, paragraphe 43. Selon le gouvernement canadien, s'il est vrai que la simple exécution des ententes sur les droits fonciers issus de traités éteint effectivement les droits conférés par la disposition d'attribution par habitant, il demeure que l'exécution des obligations que le gouvernement canadien a envers une des Premières Nations en vertu de l'entente conclue avec elle, et le respect de ses droits, libèrent le gouvernement canadien des obligations qu'il a à l'égard de cette Première Nation en vertu de la disposition d'attribution par habitant du Traité n° 1.

[116] Le problème est que le gouvernement canadien accorde trop d'importance à l'interprétation technique et non fondée sur l'objet des termes des ententes sur les droits fonciers issus de traités et, en particulier, au libellé précis des dispositions d'exonération. Il estime que l'intégralité de son obligation de consulter les quatre intimées est énoncée dans les ententes sur

les droits fonciers issus de traités et que le texte de ces ententes appelle une lecture stricte, sans qu'interviennent les considérations générales exposées plus haut.

[117] Je suis d'avis que les ententes sur les droits fonciers issus de traités, considérées dans le contexte historique qui convient, révèlent de la part du gouvernement canadien un désir, une intention et un engagement véritables et de bonne foi — et conformes à ses obligations de conduite honorable, de réconciliation et de négociation honorable avec les peuples autochtones — de s'engager dans un processus visant à remédier progressivement au manquement à la promesse du Traité no 1. Pour concrétiser ce désir, cette intention et cet engagement, le gouvernement canadien doit se conduire comme le vendeur sérieux envisagé dans les ententes sur les droits fonciers issus de traités. Il doit faire connaître ses intentions concernant son bien aux parties qui, à sa connaissance, pourraient souhaiter l'acquérir, leur fournir les renseignements pertinents, leur donner la possibilité de faire connaître leurs intentions et tenir sérieusement compte de leurs propositions. Bien qu'il faille respecter les termes précis qui, dans les ententes sur les droits fonciers issus de traités, écartent ce degré d'interaction entre le gouvernement canadien et les quatre intimées (voir *Québec (Procureur général) c. Moses*, [2010] 1 R.C.S. 557, 2010 CSC 17, au paragraphe 7), je constate qu'il n'y a rien de tel ici. Au final, comme nous le rappelle souvent le gouvernement canadien dans son mémoire, le gouvernement canadien n'est pas tenu de transférer les terres. Cependant, le processus qu'il doit suivre est plus complexe qu'il veut nous en convaincre.

[118] Les ententes de ce genre ne doivent pas être interprétées comme des accords commerciaux. Il s'agit plutôt de les interpréter à la lumière des objectifs de comportement honorable, de réconciliation et de négociation honorable avec les peuples autochtones :

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

(*Beckman*, précité, au paragraphe 10; voir aussi les paragraphes 12, 67 et 71.)

[119] Par ailleurs, le gouvernement canadien ne peut pas se soustraire à ses obligations d'agir honorablement avec les Premières Nations, de négocier honorablement avec elles et de les consulter. Autrement dit, les ententes qu'il conclut avec les peuples autochtones doivent être interprétées autant que possible en cohérence avec ces obligations. Voici ce qu'en dit la Cour suprême :

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

(*Beckman*, précité, au paragraphe 61.)

[120] Je rappelle que, à l'exception de l'entente conclue avec la Première Nation de Peguis – qui appelle des formes particulières de consultation – les autres ententes sont muettes à cet égard. Compte tenu du contexte général des ententes, leur objectif de remédier au manquement à la promesse du Traité n° 1, et vu l'obligation globale d'agir honorablement à l'égard des Premières Nations, de négocier honorablement avec elles et de les consulter, je ne saurais me fonder sur le mutisme de ces ententes pour affirmer que l'obligation de consulter les quatre intimées est aussi limitée que le dit le gouvernement canadien.

[121] Dans les circonstances, l'obligation du gouvernement canadien ne se limitait pas à informer les quatre intimées de la vente de la propriété et à leur fournir un peu d'information au sujet de ladite propriété. En l'espèce, compte tenu du contexte du Traité no 1, de l'objet des ententes sur les droits fonciers issus de traités et des notions d'honneur, de réconciliation et de négociation honorable, il fallait en faire beaucoup plus. Comme l'a observé la Cour d'appel de la Colombie-Britannique :

[TRADUCTION]

Le fait qu'il ait été donné avis de la décision envisagée ne signifie pas qu'on ait également satisfait à l'exigence d'une consultation adéquate.

L'obligation imposée à la Couronne de consulter lui impose l'obligation positive de veiller suffisamment à ce qu'on communique en temps et lieu tous les renseignements nécessaires aux peuples autochtones pour qu'ils aient la possibilité d'exprimer leurs intérêts et leurs préoccupations, et à ce que leurs observations soient prises au sérieux et soient, autant que possible, manifestement intégrées au plan d'action proposé.

(*Halfway River First Nation c. British Columbia (Ministry of Forests)*, 1999 BCCA 470, 178 D.L.R. (4th) 470, aux paragraphes 159 et 160, cités avec approbation par la Cour suprême dans *Première Nation crie Mikisew*, précité, au paragraphe 64.)

[122] En fin de compte, définir le niveau de l'obligation de consulter ou les exigences imposées par l'obligation d'agir honorablement est, compte tenu des principes susmentionnés, ouverte à une part de subjectivité et d'impression. La jurisprudence est utile, mais seulement jusqu'à un certain point.

[123] La jurisprudence enseigne que, à l'extrémité inférieure du continuum de consultation, le gouvernement canadien doit « [...] aviser les intéressés, [...] leur communiquer des renseignements et [...] discuter avec eux des questions soulevées par suite de l'avis » : *Nation haïda*, au paragraphe 43. Autrement dit, le gouvernement canadien doit favoriser la participation, c'est-à-dire qu'il doit « demander [aux intéressés] d'exprimer leurs préoccupations et les écouter attentivement » : *Première Nation crie Mikisew*, précité, au paragraphe 64.

[124] Après mûre réflexion inspirée par la jurisprudence, et par les motifs que j'ai exposés plus haut, j'abonde dans le sens de la Cour fédérale : l'obligation du gouvernement canadien dépassait le niveau minimal de consultation. Le gouvernement canadien doit communiquer en liaison étroite et de manière significative avec les quatre intimées, leur communiquer les renseignements utiles en temps et lieu, répondre aux questions pertinentes, tenir sérieusement

compte de leurs préoccupations, observations et propositions bien étoffées et, en fin de compte, leur faire connaître son plan d'action et les raisons de son adoption.

[125] Si l'on examine la question sous l'angle de l'obligation découlant du principe que la Couronne doit agir honorablement, la solution est la même.

[126] Dans les deux cas, le comportement du gouvernement canadien à l'égard des quatre intimées doit être guidé par les dispositions spécifiques de l'entente sur les droits fonciers issus de traités conclue avec chacune d'elles.

[127] La question peut être posée autrement. Il convient de se rappeler que la Cour est ici saisie de l'appel d'une demande de contrôle judiciaire attaquant la décision du Conseil du Trésor, en date du 23 novembre 2007, de vendre la propriété à la Société immobilière du gouvernement canadien. Cette décision est de nature discrétionnaire.

[128] Dans l'examen de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, il faut d'abord tenir compte des facteurs dont le Conseil du Trésor (ou, plus généralement, le gouvernement canadien) a dû tenir compte. En l'espèce, il y en a plusieurs. Le gouvernement canadien ne peut transférer la propriété à la Société immobilière du gouvernement canadien avant de s'être acquitté de son obligation de consulter. Il doit aussi tenir compte des termes spécifiques des ententes sur les droits fonciers issus de traités. C'est au regard de ces éléments qu'il peut aussi faire entrer d'autres considérations stratégiques en ligne de compte. Par exemple, il se peut que le gouvernement canadien ait un intérêt légitime sur l'usage ultérieur de ce terrain et de la

compatibilité de cet usage avec la réglementation et les exigences municipales. Peut-être a-t-il d'autres préoccupations légitimes. Autrement dit, « les préoccupations des Autochtones [doivent être] raisonnablement mises en balance avec l'incidence potentielle de la décision sur ces préoccupations et avec les intérêts sociétaux opposés » : *Première Nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, au paragraphe 2.

[129] Il n'est pas nécessaire, en l'espèce, de recenser intégralement ni de préciser les facteurs qui ont pu influencer sur la décision ni de déterminer dans quelle mesure ils ont influé. Cela dit, et je le répète, l'analyse qui précède indique que, pour décider s'il y a lieu de vendre la propriété et à qui, le gouvernement canadien doit communiquer en liaison étroite et de manière significative avec les quatre intimées, leur fournir des renseignements utiles en temps et lieu, répondre aux questions pertinentes, tenir sérieusement compte de leurs préoccupations, observations et propositions bien étoffées, et, au bout du compte, les informer de son plan d'action et des raisons de son adoption. Dans de telles circonstances, du moment que la consultation est véritable, le gouvernement canadien n'est pas tenu de conclure une entente avec les quatre intimées : *Taku River*, précité, au paragraphe 2. Toutefois, la décision qu'il prend, comme toutes les décisions administratives, doit au moins être acceptable et pouvoir se justifier au regard des faits et du droit : *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47.

[130] Enfin, avant de conclure cette partie de mon exposé des motifs, je souhaite analyser une dernière observation avancée par le gouvernement canadien. Celui-ci fait grief à la Cour fédérale de n'avoir pas apprécié correctement la nature des revendications de chacune des quatre

intimées. Il fait remarquer que, dans une décision comptant vingt-trois pages, elle n'y a consacré qu'une seule page. Il reproche à la Cour fédérale d'avoir simplement retenu ce qu'en disaient les quatre intimées, sans procéder à l'analyse indépendante de la nature ou du sérieux de ces revendications ou des effets du comportement du gouvernement canadien sur les intérêts des quatre intimées.

[131] Pour répondre brièvement, l'analyse de la nature et du sérieux des revendications de chaque Première Nation est devenue inutile par suite de l'admission de la part du gouvernement canadien, dès le début de l'audience devant la Cour fédérale, qu'il avait l'obligation de consulter les intéressées. Cette admission étant faite, le contenu de l'obligation de consulter, définit plus haut, dépendait des termes des ententes sur les droits fonciers issus de traités, de l'objet de ces ententes (à savoir faciliter la possibilité pour les intimées d'acheter la propriété afin de réparer le manquement à la promesse du Traité n° 1), et de la nature exceptionnelle et de l'importance du bien.

(3) Le gouvernement canadien s'est-il acquitté de son obligation de consulter?

[132] Comme nous l'avons vu aux paragraphes 84 à 86 ci-dessus, nous procédons nous-mêmes à l'examen du caractère raisonnable de la décision pour rechercher si nous retenons la conclusion de la Cour fédérale portant l'approbation de la vente de la propriété à la Société immobilière du gouvernement canadien le 23 novembre 2007 n'était pas raisonnable, c'est-à-dire ni acceptable ni justifiable parce que l'obligation de consulter n'a pas été respectée.

[133] Pour ce faire, nous devons veiller à ne pas appliquer une norme trop rigoureuse. Les situations comme celle de l'espèce sont complexes et évolutives, engagent de nombreuses parties et renvoient à des enjeux difficiles du point de vue des faits et du droit. Même dans le cadre de relations saines, où règne la confiance mutuelle et où les communications sont très ouvertes sur des enjeux simples, il peut y avoir des omissions involontaires isolées, des malentendus, des accidents et des erreurs. Comme la Cour l'a expliqué à l'occasion de l'affaire *Ahousaht c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2008 CAF 212, 297 D.L.R. (4th) 722, au paragraphe 54, pour rechercher si l'obligation de consulter a été respectée, « la perfection n'est pas requise » : voir aussi *Nation haïda*, au paragraphe 62.

[134] Dans la partie précédente des présents motifs, j'ai défini la portée de l'obligation de consulter du gouvernement canadien. En l'espèce, le gouvernement canadien ne s'est pas acquitté de l'obligation ainsi définie :

- Lorsque le gouvernement canadien a fermé le casernement et constaté qu'il avait une terre excédentaire, il n'en a pas informé les quatre intimées ni ouvert des discussions : voir le paragraphe 31 ci-dessus.
- La Première Nation de Long Plain a exprimé son intérêt à l'égard de la propriété et a demandé à ouvrir les discussions en avril 2001, mais le gouvernement canadien n'a pas réagi pendant près de dix-huit mois : voir les paragraphes 32, 33 et 36 ci-dessus.

- En novembre 2001, le gouvernement canadien a décidé d'appliquer un processus d'aliénation « stratégique » audit bien, ce qui le placerait entre les mains de la Société immobilière du gouvernement canadien : voir les paragraphes 35, 40 et 41 ci-dessus. Il faut consulter avant de prendre des décisions de cette importance : voir *Première Nation dénée Samba K'e*, précitée, au paragraphe 165.
- Il ressort des documents d'accès à l'information que le gouvernement canadien était au courant de l'intérêt des Premières Nations à l'égard de la propriété. Il n'a cependant pas entamé de procédures de consultation : voir le paragraphe 44 ci-dessus.
- La Première Nation de Long Plain a réitéré son intérêt pour le bien après la décision du gouvernement canadien d'appliquer un processus d'aliénation « stratégique ». Le gouvernement canadien s'est contenté de confirmer ladite décision : voir les paragraphes 42, 43 et 46 ci-dessus.
- Le gouvernement canadien a écrit aux intimées en décembre 2002 pour les informer de sa décision d'appliquer un processus d'aliénation « stratégique » et du fait que leurs intérêts ne seraient pas pris en considération à titre prioritaire : voir le paragraphe 45 ci-dessus. Voilà qui n'est que l'affirmation d'une position et non pas une forme de discussion dans le cadre d'une consultation.

- Parallèlement, le gouvernement canadien a invité les intimées à s'adresser à une certaine personne au ministère de la Défense nationale pour le cas où elles s'intéresseraient au bien : voir les paragraphes 50 et 53 ci-dessus. Or, à ce stade, il n'avait donné aux intimées aucune information sur le bien qui leur aurait permis de déterminer la mesure dans laquelle elles s'y intéressaient et de décider si elles souhaitaient aller plus loin.
- La Première Nation de Long Plain a de nouveau fait connaître son intérêt à l'égard du bien, mais, en mars 2003, le gouvernement canadien lui a demandé de préciser la superficie du bien qu'elle voulait, le prix qu'elle était disposée à payer et l'usage qu'elle en ferait : voir le paragraphe 47 ci-dessus. Comme on ne lui avait pas communiqué de renseignements sur le bien, la Première Nation de Long Plain ne pouvait répondre à l'invitation du gouvernement canadien.
- Le gouvernement canadien a fait évaluer le bien en septembre 2003, mais n'a pas communiqué cette évaluation à la Première Nation de Long Plain, qui avait pourtant déjà fait connaître son intérêt : voir le paragraphe 49 ci-dessus. Nul élément du dossier ne permet de penser que cette évaluation ne pouvait pas être communiquée à la Première Nation de Long Plain ou à l'une ou l'autre des trois autres intimées.
- Plus tard en 2003, il y a eu des réunions et des visites sur place. Toutefois, des décisions importantes avaient déjà été prises au sujet du bien. Le gouvernement

canadien n'a pas communiqué l'évaluation afin d'aider la Première Nation dans sa réflexion : voir le paragraphe 55 ci-dessus.

- Trois années se sont écoulées, pendant lesquelles le gouvernement canadien est resté complètement silencieux et n'a entamé aucune forme de consultation : voir le paragraphe 57 ci-dessus.
- En mai 2005, le Conseil du Trésor a approuvé la vente de la propriété à la Société immobilière du gouvernement canadien. Cela s'est fait avant toute consultation véritable des quatre intimées. Cette approbation n'avait cependant pas de caractère définitif : l'approbation finale a été donnée le 23 novembre 2007. Le gouvernement canadien aurait eu le temps de consulter les quatre intimées : voir le paragraphe 58 ci-dessus.
- En novembre 2006, un certain nombre des intimées ont réitéré leur intérêt. Au lieu de les rencontrer et de leur fournir des renseignements, le gouvernement canadien a maintenu la classification « stratégique » du bien et du processus de vente à la Société immobilière du gouvernement canadien : voir le paragraphe 61 ci-dessus. Après tout, le Conseil du Trésor avait déjà accordé son approbation.
- D'août à novembre 2007, les quatre intimées ont écrit pour obtenir l'assurance que leurs intérêts seraient pris en considération et ont demandé la tenue d'une réunion pour en discuter. Le gouvernement canadien n'a pas réagi de façon

sérieuse à ces préoccupations. Il ne leur a répondu qu'après la décision finale, prise le 23 novembre 2007, de vendre le bien à la Société immobilière du gouvernement canadien : voir les paragraphes 62 et 63 ci-dessus.

- Dans sa réponse, le gouvernement canadien a dit aux intimées de s'adresser à la Société immobilière du gouvernement canadien, dont il pensait peut-être qu'elle n'avait aucune obligation officielle de consulter les peuples autochtones : voir le paragraphe 68 ci-dessus. Cette question reste ouverte.
- Par ailleurs, dans le cas de la Première Nation de Peguis, le gouvernement canadien n'a pas respecté certaines obligations découlant de l'entente sur les droits fonciers issus de traités conclue avec elle : voir les paragraphes 26 à 28 ci-dessus.

[135] Résumant la période 2006-2007, la Cour fédérale a ainsi conclu, au paragraphe 79 de sa décision:

Son attitude est encore plus flagrante au cours de la période de 2006 et 2007. Le gouvernement canadien a tout simplement ignoré les lettres écrites par les [quatre intimées] et pour leur compte. Il a ignoré toute demande de rencontre. Il n'a fourni aucun renseignement, tel que des évaluations ou des promesses de vente négociées avec la Société immobilière du gouvernement canadien. Les [quatre intimées] ont tout simplement été ignorées. Après coup, on a dit aux [quatre intimées] de faire connaître leurs préoccupations à la Société immobilière du gouvernement canadien. J'estime que la façon dont le gouvernement canadien a répondu aux préoccupations soulevées par les [quatre intimées] et les autres bandes autochtones est loin de respecter ne serait-ce que le seuil minimal de consultation obligatoire.

[136] J'abonde dans le sens de la Cour fédérale, bien que je ne voie pas sur quels éléments de preuve elle s'appuie pour qualifier cette attitude de « flagrante ». Cela a des conséquences sur mon analyse ultérieure de la mesure accordée par la Cour fédérale.

[137] Vu mon propre examen du dossier, je ne vois pas d'hostilité particulière de la part du gouvernement canadien. En fait, il ressort de la lecture objective du dossier que, de la part du gouvernement canadien, un manque de compréhension systématique de la nature et de l'étendue de l'obligation de consulter dans les circonstances particulièrement inusitées de l'espèce. À l'époque des événements en question, la jurisprudence relative à la nature et à l'étendue de l'obligation de consulter était embryonnaire. Le gouvernement canadien a commencé par approuver le transfert du bien à la Société immobilière du gouvernement canadien en 2005, juste après que la Cour suprême eut rendu l'arrêt de principe, mais très général, *Nation haïda*. Après avoir approuvé le transfert, il a agi en conséquence de cette approbation, peu enclin à changer de cap. Comme les présents motifs l'expliquent, il aurait dû changer de cap. Or, ce genre d'inertie ne suffit pas à justifier l'emploi du mot « flagrant ». Je rappelle également que le gouvernement canadien a admis devant la Cour fédérale, bien qu'un peu tard, qu'il avait l'obligation de consulter les Premières Nations. J'ajoute qu'il aurait pu transférer le bien n'importe quand avant 2005, mais qu'il ne l'a pas fait. Nous n'avons pas affaire à une partie intransigeante et provocatrice.

[138] Le grief du gouvernement canadien est que, à l'exception possible de la Première Nation de Long Plain, certaines des quatre intimées n'ont pas suffisamment fait connaître leurs intérêts.

C'est un fait. Il y a eu des occasions où certaines d'entre elles auraient dû prendre les devants et participer activement au processus de consultation. J'y reviendrai au terme des présents motifs.

[139] Toutefois, aux fins du présent appel, à défaut d'avis les informant en temps et lieu de la disponibilité de la propriété et sans information sur ladite propriété, les quatre intimées ne pouvaient guère prendre les devants et s'engager dans un dialogue constructif. De plus, au bout d'un certain temps, le comportement du gouvernement canadien décrit ci-dessus peut bien avoir incité certaines des quatre intimées à se retirer entièrement et à faire valoir des arguments extrêmes concernant leurs droits, comme elles l'ont fait au cours de la réunion de septembre 2003 et par la suite. Comme c'est souvent le cas des relations dysfonctionnelles, les responsabilités sont partagées.

(4) La mesure choisie par la Cour fédérale

[140] Au paragraphe 4 de sa décision, la Cour fédérale interdit au gouvernement canadien de vendre le bien à la Société immobilière du gouvernement canadien ou à quiconque jusqu'à ce qu'il puisse faire la preuve qu'il s'est acquitté de son obligation de consulter. Il s'agit donc d'une ordonnance d'interdiction et d'une ordonnance de surveillance. Comme nous l'avons mentionné au paragraphe 91 ci-dessus, ce choix, à la fois fondé sur les faits et discrétionnaire, commande la retenue.

[141] D'emblée, le gouvernement canadien nous a demandé d'annuler l'ordonnance d'interdiction et l'ordonnance de surveillance parce que la Cour fédérale n'a pas suffisamment

motivé sa décision. Le gouvernement canadien affirme que, à défaut de motifs suffisants, la Cour ne peut pas être sûre que la Cour fédérale a exposé correctement le droit applicable et n'a pas commis d'erreur de fait manifeste et dominante.

[142] Je suis d'avis que les motifs de la Cour fédérale étaient suffisants.

[143] Nous ne pouvons pas exiger des juges qu'ils discutent explicitement toutes les questions sans exception dont ils sont saisis et qu'ils fassent état des éléments évidents; il ne s'agit pas pour eux d'indiquer comment ils sont parvenus à leur conclusion, ni d'une invitation à suivre leur raisonnement : *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, aux paragraphes 17, 43 et 44; *R. c. Dinardo*, 2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788, au paragraphe 25; *R. c. Walker*, 2008 CSC 34, [2008] 2 R.C.S. 245, au paragraphe 27. Nous préférons plutôt retenir une approche très pratique et fonctionnelle à l'égard de la suffisance des motifs : voir, par exemple, *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, au paragraphe 55; *R.E.M.*, précité, au paragraphe 35; *Hill c Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129, au paragraphe 101. Les motifs doivent être considérés dans leur ensemble et dans leur contexte global, y compris les éléments de preuve versés au dossier, les observations des parties, les questions en litige devant la juridiction et le fait que les juges sont censés connaître les principes fondamentaux du droit : *R.E.M.*, précité, aux paragraphes 35 et 45. Ce qui importe, c'est que ces motifs, aussi brefs qu'ils puissent être, soient intelligibles ou aptes à être compris et se prêtent à un examen valable en appel : *Sheppard*, précité, au paragraphe 25; *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621; *R.E.M.*, précité, au paragraphe 35. En l'occurrence, la Cour fédérale a respecté la norme.

[144] La raison pour laquelle la Cour fédérale a interdit la vente du bien ressort à l'évidence de son raisonnement et du dossier dont elle disposait. Si elle ne l'avait pas fait, le gouvernement canadien aurait, quelque temps plus tard, vendu le bien à la Société immobilière du gouvernement canadien ou à un tiers en croyant qu'il s'était acquitté de son obligation de consulter. Or, sa conviction aurait pu être erronée. S'il avait procédé ainsi et que, en fait, il ne s'était pas acquitté de son obligation, la propriété aurait été vendue, et toute procédure ultérieure visant à remédier à l'inexécution de son obligation serait devenue théorique. L'ordonnance d'interdiction rendue par la Cour fédérale empêche tout comportement unilatéral du gouvernement canadien qui rendrait théorique toute contestation ultérieure de la part des quatre intimées.

[145] On comprend aussi facilement pourquoi la Cour fédérale a rendu une ordonnance de surveillance, puisqu'elle a jugé que le comportement du gouvernement canadien était « flagrant ».

[146] Outre les motifs soi-disant insuffisants de la Cour fédérale, le gouvernement canadien soutient également que l'ordonnance d'interdiction et l'ordonnance de surveillance ne peuvent être maintenues compte tenu du dossier. Selon lui, il s'agit là d'une mesure attentatoire qui empiète sur le fonctionnement du pouvoir exécutif du gouvernement. Il ajoute que l'ordonnance de surveillance porte atteinte au principe du dessaisissement (*functus officio*), selon lequel nulle juridiction ne peut rouvrir ou modifier une décision définitive, sauf en cas d'emploi involontaire d'un mot, pour un autre dans le texte du jugement, ou en cas d'erreur dans l'expression de

l'intention manifeste de la cour. Par ailleurs, les quatre intimées n'ont pas expressément sollicité d'ordonnance de surveillance dans leur avis de demande.

[147] Il convient de faire preuve de retenue à l'égard des mesures retenues par la Cour fédérale, mais je suis d'avis qu'à la lumière des principes applicables ou des faits de l'espèce, rien ne justifiait la reddition, par elle, d'une ordonnance d'interdiction et une ordonnance de surveillance. En conséquence, je suis d'avis d'annuler le paragraphe 4 du jugement de la Cour fédérale.

[148] Commençons par l'ordonnance d'interdiction. Selon moi, compte tenu du dossier des preuves, elle ne peut être maintenue. On ne peut pas dire que le gouvernement canadien n'obéira pas à la lettre et à l'esprit de la décision de notre Cour. Pendant de nombreuses années, et jusqu'au jugement de la Cour fédérale, le gouvernement canadien a eu tout loisir de transférer le bien à la Société immobilière du gouvernement canadien, mais il ne l'a pas fait. Il n'y a aucune raison de penser qu'il agira désormais de façon injuste et unilatérale à cet égard. De plus, compte tenu des présents motifs, le gouvernement canadien connaît maintenant bien ses obligations, et rien ne permet de penser qu'il ne se conduira pas en conséquence.

[149] Passons à l'ordonnance de surveillance. La Cour suprême nous enseigne que, lorsque les circonstances le requièrent, le juge peut rendre une ordonnance de surveillance pour s'assurer que son ordonnance soit bien exécutée : *Doucet-Boudreau*, précité. A l'occasion de cette affaire, la Cour suprême a conclu que l'ordonnance de surveillance rendue par le juge de première instance était justifiée en raison du mépris systématique que manifestait depuis longtemps le

gouvernement de la Nouvelle-Écosse à l'égard des droits à l'éducation en langue française. Dans la présente affaire, la Cour fédérale avait la même préoccupation, qualifiant l'attitude du gouvernement canadien de « flagrante » (paragraphe 79). Or, comme je l'ai expliqué plus haut, on ne peut pas affirmer, au vu du dossier, que tel est le cas.

[150] Les ordonnances de surveillance constituent « une mesure de dernier recours qui ne doit être prise que lorsque le gouvernement refuse de s'acquitter de ses obligations [...] » : *Jodhan*, précité, au paragraphe 171, citant Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5^e édition, suppl. 2007, aux pages 40 à 45. En l'espèce, le gouvernement canadien n'a pas refusé de s'acquitter de ses obligations. Il avait plutôt des incertitudes à leur sujet.

[151] Enfin, les quatre intimées n'ont pas expressément demandé une ordonnance de surveillance, pas plus que la Cour fédérale n'a informé les parties qu'elle envisageait de rendre une ordonnance dans ce sens et ne les a invitées à communiquer leurs observations à cet égard.

[152] Il est vrai que les quatre intimées ont demandé, dans leur avis de demande, que soit rendue toute autre ordonnance jugée appropriée, mais ce genre de demande générale n'habilite pas systématiquement le juge à accorder une mesure qui n'a pas été expressément demandée. C'est notamment le cas lorsque ladite mesure est inusitée et attentatoire.

[153] En l'espèce, il semble que l'ordonnance de surveillance, à caractère inusité et attentatoire, ait été une surprise pour toutes les parties. Vu les faits de l'espèce, les quatre intimées auraient

dû expressément la demander ou la Cour fédérale aurait dû soulever cette possibilité à l'avance et permettre aux parties de communiquer leurs observations à cet égard.

[154] Dans l'ensemble, les faits de l'espèce sont semblables à ceux de l'affaire *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, où la Cour suprême a conclu à la violation répétée de droits garantis par la Charte. Elle a rendu un jugement déclarant qu'il y avait eu violation, mais a décidé qu'aucune autre mesure n'était nécessaire. Dans le cas qui nous occupe, à mon avis, l'annulation de la décision du gouvernement canadien de transférer le bien à la Société immobilière du gouvernement canadien, assortie des présents motifs, est une mesure suffisante, et aucune autre n'est nécessaire.

[155] J'ajoute que, si le gouvernement canadien devait se comporter de façon incorrecte, beaucoup d'autres recours seraient possibles. Par exemple, si le gouvernement canadien devait transférer le bien à la Société immobilière du gouvernement canadien, les quatre intimées pourraient obtenir dans un court délai des mesures, si elles sont justifiées et appropriées, pour empêcher l'aliénation ultérieure du bien ou exiger du gouvernement canadien qu'il en reprenne possession. Il existe peut-être aussi des recours relevant du droit immobilier Manitobain, mais je n'ai pas besoin de discuter cet élément ici.

[156] Compte tenu de ce qui précède, je conclus que l'ordonnance d'interdiction et l'ordonnance de surveillance rendues au paragraphe 4 de la décision de la Cour fédérale doivent être annulées.

F. Post-scriptum

[157] Je souhaite ajouter une observation finale au sujet de l'exécution de l'obligation de consulter.

[158] La consultation n'est pas une voie à sens unique. Toutes les parties doivent activement participer au processus :

[TRADUCTION]

Les peuples autochtones assument réciproquement l'obligation d'exprimer leurs intérêts et leurs préoccupations après avoir eu la possibilité d'examiner l'information fournie par la Couronne et de participer de bonne foi à la consultation de toutes les façons possibles. Ils ne peuvent faire obstacle au processus consultatif en refusant de rencontrer leurs interlocuteurs, en refusant de participer ou en imposant des conditions déraisonnables : voir *Ryan et al c. Fort St. James Forest District (District Manager)* (25 janvier 1994) Smithers n° 7855, confirmée par (1994), 40 B.C.A.C. 91.

(*Halfway River*, précité, au paragraphe 161; *Ahousaht*, précité, aux paragraphes 50 à 53; voir aussi *Nation Ojibway de Brokenhead c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 484, 345 F.T.R. 119, au paragraphe 42.)

[159] Les deux parties doivent faire valoir leurs droits respectifs rapidement et de façon conciliante :

Il appartient aux parties, lorsque l'application des traités suscite des difficultés, d'agir de façon diligente pour faire valoir leurs intérêts respectifs.

(*Beckman*, précité, au paragraphe 12.)

[160] Il ressort du dossier que, à l'occasion, certaines des quatre intimées ont tardé à faire enquête sur le bien, à poser des questions au gouvernement canadien et à faire valoir leurs intérêts. À l'occasion, certaines n'ont pas répondu aux invitations du gouvernement canadien à participer à des activités consultatives.

[161] Si l'une ou l'autre des quatre intimées devait continuer à agir de la sorte dans l'avenir, elle s'exposerait à des risques. Si elle ne collabore pas ou se montre récalcitrante, elle pourrait se voir interdire la possibilité ultérieure de se plaindre qu'elle n'a pas été suffisamment consultée.

[162] Quant au gouvernement canadien, les présents motifs lui donnent une orientation.

[163] Enfin, il faut espérer que, quoi qu'il en soit de la rancœur, de l'amertume et de la méfiance des parties à l'égard les unes des autres dans le passé, elles s'engageront dans des consultations constructives et respectueuses au sujet du bien, et ce à l'avantage de tous.

G. Dispositif proposé

[164] Par les motifs qui précèdent, je serais d'avis d'accueillir l'appel en partie et d'annuler le paragraphe 4 du jugement de la Cour fédérale daté du 20 décembre 2012 dans le dossier T-139-08. Comme les quatre intimées ont eu en grande partie gain de cause sur la plupart

des questions principales soulevées en appel, je serais d'avis de leur accorder les dépens de l'appel. Je rejetterais l'appel incident avec dépens.

« David Stratas »

j.c.a.

« Je suis d'accord.

J.D. Denis Pelletier, j.c.a. »

« Je suis d'accord.

Eleanor R. Dawson, j.c.a. »

Traduction

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER :

A-34-13

**APPEL D'UN JUGEMENT RENDU PAR LE JUGE HUGHES LE 20 DÉCEMBRE 2012,
DOSSIER n° T-139-08**

INTITULÉ :

SA MAJESTÉ LA REINE,
représentée par le procureur général
du gouvernement canadien,
l'honorable Chuck Strahl, en sa
qualité de ministre des Affaires
indiennes et du Nord canadien,
l'honorable Vic Toews, en sa qualité
de président du Conseil du Trésor,
l'honorable Peter MacKay, en sa
qualité de ministre de la Défense
nationale, l'honorable
Lawrence Cannon, en sa qualité de
ministre responsable de la Société
immobilière du gouvernement
canadien c. PREMIÈRE NATION
DE LONG PLAIN et autres.

LIEU DE L'AUDIENCE :

WINNIPEG (MANITOBA)

DATE DE L'AUDIENCE :

LE 13 JANVIER 2014

MOTIFS DU JUGEMENT :

LE JUGE STRATAS

Y ONT SOUSCRIT :

LE JUGE PELLETIER
LA JUGE DAWSON

DATE DES MOTIFS :

LE 14 AOÛT 2015

COMPARUTIONS :

Jeff Dodgson
Dayna Anderson

POUR LES APPELANTS

Harley Schachter
Kaitlyn Lewis

POUR LES INTIMÉES PREMIÈRE
NATION DE LONG PLAIN ET
PREMIÈRE NATION
ANISHINABE DE ROSEAU
RIVER

Jeffrey R. W. Rath

POUR L'INTIMÉE PREMIÈRE
NATION DE PEGUIS

Uzma Saeed
Bradley Regehr

POUR LES INTIMÉES PREMIÈRE
NATION DE SWAN LAKE ET
PREMIÈRE NATION DE
SAGKEENG

J.R. Norman Boudreau
Earl Stevenson

POUR L'INTIMÉE PREMIÈRE
NATION OJIBWAY DE SANDY
BAY

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

William F. Pentney
Sous-procureur général du gouvernement canadien

POUR LES APPELANTS

Duboff Edwards Haight & Schachter
Winnipeg (Manitoba)

POUR LES INTIMÉES PREMIÈRE
NATION DE LONG PLAIN ET
PREMIÈRE NATION
ANISHINABE DE ROSEAU
RIVER

Rath & Company
Priddis (Alberta)

POUR L'INTIMÉE PREMIÈRE
NATION DE PEGUIS

D'Arcy & Deacon LLP
Winnipeg (Manitoba)

POUR LES INTIMÉES PREMIÈRE
NATION DE SWAN LAKE ET
PREMIÈRE NATION DE
SAGKEENG

Booth Dennehy LLP
Winnipeg (Manitoba)

POUR L'INTIMÉE PREMIÈRE
NATION OJIBWAY DE SANDY
BAY