



COUR SUPRÊME DU CANADA

RÉFÉRENCE : Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc., 2017 CSC 41
APPEL ENTENDU : 30 novembre 2016
JUGEMENT RENDU : 26 juillet 2017
DOSSIER : 36776

ENTRE :

Chippewas of the Thames First Nation
Appelante

et

**Pipelines Enbridge inc., Office national de l'énergie et procureure générale du
Canada**
Intimés

- et -

**Procureur général de l'Ontario, procureur général de la Saskatchewan, Conseil
de gestion des ressources fauniques du Nunavut, Suncor Energy Marketing Inc.,
Mohawk Council of Kahnawà:ke, Mississaugas of the New Credit First Nation et
Chiefs of Ontario**
Intervenants

TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE

CORAM : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis,
Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe

MOTIFS DE JUGEMENT : Les juges Karakatsanis et Brown (avec l'accord de la juge
(par. 1 à 66) en chef McLachlin et des juges Abella, Moldaver, Wagner,
Gascon, Côté et Rowe)

NOTE : Ce document fera l'objet de retouches de forme avant la parution de sa
version définitive dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*.

CHIPPEWAS OF THE THAMES F.N. c. PIPELINES ENBRIDGE

Chippewas of the Thames First Nation

Appelante

c.

**Pipelines Enbridge inc.,
Office national de l'énergie et
procureure générale du Canada**

Intimés

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureur général de la Saskatchewan,
Conseil de gestion des ressources fauniques du Nunavut,
Suncor Energy Marketing Inc.,
Mohawk Council of Kahnawà:ke,
Mississaugas of the New Credit First Nation et
Chiefs of Ontario**

Intervenants

Répertorié : Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.

2017 CSC 41

N° du greffe : 36776.

2016 : 30 novembre; 2017 : 26 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Droits issus de traités — Couronne — Obligation de consultation — Décision d'un organisme de réglementation fédéral indépendant qui pourrait avoir une incidence sur des droits ancestraux et issus de traités — Pipeline traversant le territoire traditionnel d'une première nation — Approbation par l'Office national de l'énergie d'une modification du pipeline — La décision envisagée par l'Office relativement à l'approbation du projet peut-elle être considérée comme une mesure de la Couronne ayant donné naissance à l'obligation de consulter? — La consultation incombant à la Couronne peut-elle être menée dans le cadre d'un processus réglementaire? — Rôle d'un tribunal administratif lorsque la Couronne n'est pas partie au processus réglementaire — Étendue de l'obligation de consulter — La première nation a-t-elle été avisée adéquatement du fait que la Couronne s'en remettait au processus de l'Office pour satisfaire à son obligation de consulter? — La Couronne s'est-elle acquittée de son obligation de consulter? — Les motifs écrits de l'Office étaient-ils suffisants pour satisfaire à l'obligation de la Couronne? — Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. 1985, c. N-7, art. 58.

L'Office national de l'énergie (ONÉ), tribunal administratif fédéral et organisme de réglementation, était le décideur ultime concernant une demande présentée par Pipelines Enbridge inc. en vue que soit apportée à une canalisation une modification qui aurait pour effet d'inverser le sens de l'écoulement dans une partie

du pipeline, d'accroître sa capacité et de permettre le transport de pétrole brut lourd. L'ONÉ a envoyé un avis à des groupes autochtones, y compris aux Chippewas of the Thames First Nation (Chippewas), afin de les informer du projet, du rôle de l'ONÉ et du processus d'audience à venir. Les Chippewas ont obtenu les fonds nécessaires pour participer au processus, et ils ont déposé des éléments de preuve et présenté des observations orales à l'audience faisant état de leur crainte que le projet n'augmente le risque de ruptures du pipeline et de déversements, ce qui pourrait avoir des effets préjudiciables sur leur utilisation du territoire. L'ONÉ a approuvé le projet, estimant que les groupes autochtones susceptibles d'être touchés avaient été suffisamment renseignés à son sujet et avaient eu l'occasion de faire connaître leurs points de vue. L'ONÉ a également conclu que les effets éventuels du projet sur les droits et les intérêts des groupes autochtones seraient vraisemblablement négligeables et atténués de façon convenable. Les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont rejeté l'appel des Chippewas.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Lorsqu'un organisme de réglementation indépendant tel l'ONÉ doit rendre une décision susceptible de porter atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités, la décision de l'ONÉ constituerait en soi une mesure de la Couronne emportant pour celle-ci une obligation de consulter. En tant qu'organisme d'origine législative investi du pouvoir délégué de rendre une décision susceptible de porter atteinte à des droits ancestraux et issus de traités, l'ONÉ agissait au nom de la

Couonne lorsqu'il a approuvé la demande d'Enbridge. Comme les travaux autorisés étaient susceptibles de porter atteinte aux droits ancestraux et issus de traités invoqués par les Chippewas, la Couonne avait une obligation de consulter.

La Couonne peut se fonder sur les mesures prises par un organisme administratif pour satisfaire à son obligation de consulter, dans la mesure où ce dernier dispose du pouvoir légal de faire ce que l'obligation de consulter impose dans les circonstances, et dans la mesure où il est clairement indiqué au groupe autochtone touché que la Couonne s'en remet à ce processus. Toutefois, si les pouvoirs que la loi confère à l'organisme sont insuffisants dans les circonstances, ou si l'organisme ne prévoit pas des consultations et des accommodements adéquats, la Couonne doit prévoir d'autres avenues de consultation et d'accommodement véritables avant que le projet ne soit approuvé. Autrement, la décision que l'organisme de réglementation aura prise sans consultation adéquate ne respectera pas les normes constitutionnelles et devrait être annulée.

Le pouvoir d'un tribunal administratif d'apprécier l'obligation de consulter de la Couonne n'est pas tributaire de la participation du gouvernement au processus d'audience. L'obligation constitutionnelle de la Couonne ne disparaît pas lorsqu'elle s'engage dans le processus d'approbation d'un projet par l'intermédiaire d'un organisme de réglementation tel l'ONÉ. Il doit être satisfait à cette obligation avant que le gouvernement n'approuve un projet susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des droits ancestraux ou issus de traités. En tant que décideur ultime

en ce qui concerne certains projets, l'ONÉ doit, lorsque la question est soulevée devant lui, se demander si les consultations par la Couronne relativement à un projet donné ont été adéquates. La responsabilité de veiller à ce que l'honneur de la Couronne soit préservé continue de reposer sur cette dernière. Toutefois, les décideurs administratifs ont l'obligation de trancher les questions de droit pertinentes soulevées devant eux, ainsi que l'obligation de rendre leurs décisions dans le respect des obligations constitutionnelles de l'État.

L'obligation de consulter n'est pas un moyen approprié de régler des griefs historiques. La consultation s'intéresse à l'effet sur les droits revendiqués de la décision actuellement considérée. Même en considérant de la façon la plus favorable aux Chippewas la solidité de leur revendication et la gravité de l'impact potentiel sur les droits qu'ils invoquent, la consultation menée en l'espèce a manifestement été adéquate. Les groupes autochtones susceptibles d'être touchés ont été avisés à l'avance de la tenue des audiences de l'ONÉ et ont été invités à participer au processus. Les Chippewas ont accepté l'invitation et ils ont comparu devant l'ONÉ. Ils savaient que l'ONÉ était le décideur ultime. De plus, ils comprenaient qu'aucun autre organisme de l'État ne participait au processus pour effectuer des consultations. Les circonstances indiquaient de façon suffisamment claire aux Chippewas que le processus de l'ONÉ constituait le processus de consultation et d'accommodement de la Couronne. Malgré son omission de donner avis en temps utile de son intention de s'en remettre au processus de l'ONÉ pour s'acquitter de son obligation de consulter, la Couronne a respecté son obligation de mener des consultations.

Du fait des pouvoirs que l'art. 58 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* confère à l'ONÉ, ce dernier était en mesure de satisfaire aux obligations constitutionnelles de la Couronne dans le présent cas. En outre, le processus mené par l'ONÉ en l'espèce était suffisant pour satisfaire à l'obligation de consulter qui incombait à la Couronne. Premièrement, l'ONÉ a fourni aux Chippewas une possibilité adéquate de participer au processus décisionnel. Deuxièmement, l'ONÉ a suffisamment apprécié les effets potentiels du projet sur les droits des groupes autochtones, ce qui l'a amené à conclure que le risque d'effets préjudiciables était minime et pouvait être atténué. Troisièmement, l'ONÉ a pris des mesures d'accommodement appropriées pour atténuer les risques potentiels du projet sur les droits des groupes autochtones en imposant des conditions à Enbridge.

Enfin, lorsque des groupes autochtones touchés soulèvent directement des préoccupations concernant les consultations incombant à la Couronne, l'ONÉ doit habituellement motiver sa décision par écrit. Ce qu'il faut, c'est que l'ONÉ indique qu'il a pris en considération les droits ancestraux et issus de traités invoqués et qu'il a pris des accommodements à leur égard lorsqu'il convenait de le faire. En l'espèce, les motifs écrits exposés par l'ONÉ sont suffisants et permettent de satisfaire à l'obligation de la Couronne. Contrairement aux motifs de l'ONÉ dans l'affaire connexe *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, l'analyse de la consultation menée auprès des Autochtones n'était pas intégrée dans une évaluation environnementale. L'ONÉ a examiné les éléments de preuve présentés par écrit et de vive voix par de nombreux groupes autochtones et il a identifié, par

écrit, les droits et intérêts en jeu. Il a apprécié les risques que le projet posait à l'égard de ces droits et intérêts et conclu qu'ils étaient minimes. Néanmoins, il a imposé par écrit, sous forme de conditions contraignantes, des mesures d'accommodement en vue de remédier adéquatement à tout effet préjudiciable sur les droits invoqués par suite de l'approbation et de la réalisation du projet.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; **arrêts mentionnés :** *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 512; *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781; *Première nation dakota de Standing Buffalo c. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 CAF 308, [2010] 4 R.C.F. 500; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *West Moberly First Nations c. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247, 18 B.C.L.R. (5th) 234; *Kainaiwa/Blood Tribe c. Alberta (Energy)*, 2017 ABQB 107; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. 1985, c. N-7, art. 3, 22(1), 30(1), 52, 54(1), 58.

Règlement de normalisation de la comptabilité des oléoducs, C.R.C., c. 1058.

Doctrine et autres documents cités

Woodward, Jack. *Native Law*, vol. 1, Toronto, Thomson Reuters, 1994 (loose-leaf updated 2017, release 2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Ryer, Webb et Rennie), 2015 CAF 222, [2016] 3 R.C.F. 96, 390 D.L.R. (4th) 735, [2016] 1 C.N.L.R. 18, 479 N.R. 220, [2015] A.C.F. n° 1294 (QL), 2015 CarswellNat 10332 (WL Can.), qui a confirmé une décision de l'Office national de l'énergie, n° OH-002-2013, datée du 6 mars 2014, 2014 LNCONE 4 (QL). Pourvoi rejeté.

David C. Nahwegahbow et Scott Robertson, pour l'appelante.

Douglas E. Crowther, c.r., Joshua A. Jantzi et Aaron Stephenson, pour l'intimée Pipelines Enbridge inc.

Jody Saunders et Kristen Lozynsky, pour l'intimé l'Office national de l'énergie.

Peter Southey et Mark R. Kindrachuk, c.r., pour l'intimée la procureure générale du Canada.

Manizeh Fancy et Richard Ogden, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Richard James Fyfe, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Marie-France Major et Thomas Slade, pour l'intervenant le Conseil de gestion des ressources fauniques du Nunavut.

Martin Ignasiak, W. David Rankin et Thomas Kehler, pour l'intervenante Suncor Energy Marketing Inc.

Francis Walsh et Suzanne Jackson, pour l'intervenant Mohawk Council of Kahnawà:ke.

Nuri G. Frame, Jason T. Madden et Jessica Labranche, pour l'intervenante Mississaugas of the New Credit First Nation.

Maxime Faille, Jaimie Lickers et Guy Régimbald, pour l'intervenant Chiefs of Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES KARAKATSANIS ET BROWN —

I. Introduction

[1] Dans le présent pourvoi et le pourvoi connexe, *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, la Cour est appelée à examiner l'obligation qui incombe à la Couronne de consulter les peuples autochtones avant qu'un organisme de réglementation indépendant n'approuve un projet susceptible de porter atteinte à leurs droits. Comme nous l'expliquons dans le pourvoi connexe, la Couronne peut s'en remettre à des processus réglementaires pour satisfaire, en tout ou en partie, à son obligation de consulter.

[2] Il ressort de ces décisions que l'obligation de consulter a un contenu significatif, mais que sa portée est limitée. L'obligation de consulter tire son origine du besoin d'éviter qu'il soit porté atteinte à des droits revendiqués ou reconnus découlant de la mise en œuvre d'un projet donné; elle n'a pas pour objet de résoudre des revendications plus larges dépassant le cadre du projet en question. Cela dit, l'obligation de consulter exige une véritable possibilité de dialogue avec les groupes autochtones dont les droits peuvent être touchés.

[3] L'appelante, Chippewas of the Thames First Nation (Chippewas de la Thames), vit depuis longtemps près de la rivière Thames dans le Sud-Ouest de

l'Ontario, où ses membres poursuivent des activités traditionnelles qui sont au cœur de leur identité et de leur mode de vie. La canalisation 9 de Pipelines Enbridge inc. traverse son territoire traditionnel.

[4] En novembre 2012, Enbridge a demandé à l'Office national de l'énergie (ONÉ) d'approuver, à l'égard de la canalisation 9, une modification qui aurait pour effet d'inverser le sens de l'écoulement dans une partie du pipeline, d'accroître sa capacité et de permettre le transport de pétrole brut lourd. Ces changements aggraveraient les risques de déversements le long du pipeline qui ont été évalués. Les Chippewas de la Thames ont demandé à la Couronne de les consulter avant que l'ONÉ n'approuve le projet, mais la Couronne a répondu qu'elle s'en remettait au processus d'audience publique de l'ONÉ pour satisfaire à son obligation de consulter.

[5] L'ONÉ a approuvé la modification proposée par Enbridge. Les Chippewas de la Thames ont alors interjeté appel de cette décision à la Cour d'appel fédérale, soutenant que l'ONÉ n'avait pas compétence pour approuver le changement proposé à la canalisation 9 en l'absence de consultations menées par la Couronne. Les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont rejeté l'appel et les Chippewas de la Thames ont porté cette décision en appel devant la Cour. Pour les motifs exposés ci-après, nous sommes d'avis de rejeter l'appel. La Couronne est autorisée à s'en remettre au processus de l'ONÉ pour satisfaire à son obligation de consulter. En l'espèce, compte tenu de la portée du projet et du processus de consultation de l'ONÉ

dont ont bénéficié les Chippewas de la Thames, la Couronne a satisfait à son obligation de consultation et d'accommodement.

II. Contexte

A. *Les Chippewas de la Thames*

[6] Les Chippewas de la Thames sont les descendants d'une partie de la Nation Anishinaabe qui vivait au bord de la rivière Thames, dans le Sud-Ouest de l'Ontario, avant que les colons européens ne s'établissent dans cette région au début du 18^e siècle. Leurs ancêtres avaient un mode de vie axé sur la chasse, la pêche, le piégeage, la cueillette et la culture du maïs et de la courge; ils célébraient des cérémonies sur des sites sacrés et pouvaient trouver sur leur territoire traditionnel des animaux, des plantes, des minéraux, du sucre d'érable et de l'huile.

[7] Les Chippewas de la Thames soutiennent qu'ils possèdent un droit issu de traités qui leur garantit l'utilisation et la jouissance exclusives de leurs terres de réserve. Ils affirment par ailleurs posséder des droits ancestraux de récolte ainsi que le droit d'accéder à des sites sacrés sur leur territoire traditionnel et de les protéger. Enfin, ils revendiquent le titre ancestral sur le lit de la rivière Thames et sur son espace aérien, ainsi que sur d'autres terres de leur territoire traditionnel.

B. *Régime législatif*

[8] L'ONÉ est un tribunal administratif fédéral et un organisme de réglementation constitué sous le régime de l'art. 3 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. 1985, c. N-7 (*Loi sur l'ONÉ*). Il a notamment pour fonction d'approuver et d'encadrer les projets de pipeline. La *Loi sur l'ONÉ* interdit l'exploitation d'un pipeline sans qu'un certificat d'utilité publique ait été délivré à l'égard du projet et que le promoteur ait été autorisé aux termes de la partie III à mettre le pipeline en service (par. 30(1)).

[9] L'ONÉ exerce un rôle consultatif pour ce qui est de la délivrance des certificats d'utilité publique. Les par. 52(1) et 52(2) prévoient qu'il peut présenter au ministre des Ressources naturelles un rapport où figurent : (i) sa recommandation motivée à savoir si un certificat devrait être délivré eu égard à certains critères; (ii) les conditions qu'il estime utiles, dans l'intérêt public, de rattacher au projet dans le cas où le certificat serait délivré. Le gouverneur en conseil peut ensuite donner instruction à l'ONÉ de délivrer le certificat ou de rejeter la demande (par. 54(1)).

[10] En vertu de l'art. 58 de la *Loi sur l'ONÉ*, cependant, l'ONÉ peut, par ordonnance et aux conditions qu'il estime indiquées, soustraire les projets de pipeline de petite envergure ou les modifications apportées à un projet à l'application de diverses exigences autrement applicables sous le régime de la partie III, notamment à l'obligation d'obtenir un certificat d'utilité publique. Par conséquent, comme c'est le cas en l'espèce, les demandes concernant les projets de moindre envergure et les modifications à des installations existantes sont habituellement fondées sur l'art. 58.

C'est donc l'ONÉ qui est le décideur ultime en ce qui concerne les exemptions prévues à l'art. 58.

C. *La canalisation 9 et le projet*

[11] La canalisation 9, qui relie Sarnia à Montréal, a été mise en service en 1976 afin de transporter du pétrole brut de l'Ouest du Canada jusqu'aux raffineries de l'Est. La canalisation 9 traverse le territoire traditionnel des Chippewas de la Thames ainsi que la rivière Thames. Elle a été approuvée et construite sans que les Chippewas de la Thames aient été consultés.

[12] En 1999, après approbation de l'ONÉ, le débit de la canalisation 9 a été inversé vers l'ouest. En juillet 2012, l'ONÉ a approuvé une demande d'Enbridge, l'exploitante actuelle de la canalisation 9, visant à ce qu'il soit inversé de nouveau (et s'écoule vers l'est) dans le tronçon le plus à l'ouest, entre Sarnia et North Westover, appelé « canalisation 9A ».

[13] En novembre 2012, Enbridge a présenté une demande de modification à la canalisation 9 fondée sur la partie III de la *Loi sur l'ONÉ*. Le projet consistait à inverser (vers l'est) le sens de l'écoulement pour le tronçon restant de la canalisation 9, appelé « canalisation 9B », d'une longueur de 639 kilomètres entre North Westover et Montréal, à accroître la capacité annuelle de la canalisation 9, qui passerait de 240 000 à 300 000 barils par jour, et à permettre le transport de pétrole brut. Si le projet impliquait une augmentation importante du débit de la

canalisation 9, la presque totalité des travaux nécessaires devaient toutefois avoir lieu sur des terres déjà perturbées appartenant à Enbridge et dans les limites de l'emprise d'Enbridge.

[14] Se fondant sur l'art. 58, Enbridge a également demandé d'être soustraite à certaines exigences en matière de dépôt prévues par la partie III de la *Loi sur l'ONÉ*, par le *Règlement de normalisation de la comptabilité des oléoducs*, C.R.C., c. 1058, et par le Guide de dépôt de l'ONÉ. Elle demandait surtout à être exemptée de l'obligation d'obtenir un certificat d'utilité publique qui, comme nous l'avons expliqué, est assujéti à l'approbation finale du gouverneur en conseil en vertu de l'art. 52 de la *Loi sur l'ONÉ*. Sans cette obligation concernant l'obtention d'un certificat approuvé par le gouverneur en conseil, l'ONÉ aurait le dernier mot sur l'approbation du projet.

[15] En décembre 2012, après avoir déterminé que la demande d'Enbridge était assez complète pour qu'il puisse procéder à son évaluation, l'ONÉ a rendu une ordonnance d'audience qui fixait la marche à suivre pour l'examen du projet. Le processus a abouti à une audience publique qui devait permettre à l'ONÉ de recueillir et d'examiner des renseignements pertinents pour l'examen du projet. Les personnes ou organisations intéressées par l'issue du projet, ou possédant des informations ou des compétences pertinentes, pouvaient présenter une demande de participation à l'audience. L'ONÉ a accédé à la demande de 60 intervenants et de 111 auteurs d'une lettre de commentaires.

D. *Consultation des peuples autochtones au sujet du projet*

[16] En février 2013, après le dépôt de la demande d'Enbridge et plusieurs mois avant les audiences, l'ONÉ a envoyé un avis à 19 groupes autochtones susceptibles d'être touchés par le projet, y compris aux Chippewas de la Thames, afin de les informer du projet, du rôle de l'ONÉ et du processus d'audience à venir. D'avril à juillet 2013, l'ONÉ a également tenu des séances d'information dans trois communautés, à la demande de celles-ci.

[17] En septembre 2013, avant l'audience de l'ONÉ, les chefs des Chippewas de la Thames et de la Aamjiwnaang First Nation ont écrit conjointement au Premier ministre, au ministre des Ressources naturelles et au ministre des Affaires autochtones et du Nord. Dans leur lettre, ils décrivaient les droits ancestraux et issus de traités invoqués par les deux groupes et les répercussions potentielles du projet sur ces droits. Les chefs soulignaient le fait que la Couronne n'avait consulté aucun des groupes touchés au sujet de l'approbation du projet et ils ont demandé aux ministres d'amorcer un processus de consultation menée par la Couronne. Ils n'ont reçu une réponse qu'une fois l'audience de l'ONÉ terminée.

[18] Entre-temps, le processus de l'ONÉ a suivi son cours. Les Chippewas de la Thames ont obtenu les fonds nécessaires pour y participer en qualité d'intervenants. Ils ont déposé des éléments de preuve et présenté des observations orales à l'audience. Ils ont dit craindre que le projet n'augmente le risque de ruptures

du pipeline et de déversements le long de la canalisation 9, ce qui pourrait avoir des effets préjudiciables sur leur utilisation traditionnelle du territoire et de la rivière.

[19] En janvier 2014, une fois le processus d'audience de l'ONÉ terminé, le ministre des Ressources naturelles a répondu à la lettre qu'il avait reçue en septembre 2013. La réponse faisait état de l'engagement du gouvernement du Canada à s'acquitter de l'obligation de consulter lorsqu'elle existe et précisait que [TRADUCTION] « le processus d'examen réglementaire [de l'ONÉ] est le cadre dans lequel la question de la compétence du gouvernement à l'égard d'un projet de pipeline est examinée. Le gouvernement s'en remet au processus de l'ONÉ pour l'examen des effets potentiels sur les droits ancestraux et issus de traités que peuvent avoir les projets qui relèvent de son mandat » (d.a., vol. VI, p. 47). En somme, le ministre indiquait qu'il s'en remettait exclusivement au processus de l'ONÉ pour satisfaire à l'obligation qui incombe à la Couronne de consulter les peuples autochtones au sujet du projet.

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *La décision de l'ONÉ, 2014 LNCNEB 4 (QL)*

[20] L'ONÉ a approuvé le projet, estimant qu'il était dans l'intérêt public et qu'il répondait aux exigences de la *Loi sur l'ONÉ*. Il a expliqué que sa décision « donne à Enbridge la possibilité de réagir aux forces du marché et procure des avantages à la population canadienne. Elle permet également la mise en œuvre du

projet d'une manière sécuritaire et écologique » (par. 20). L'ONÉ a assorti le projet de conditions relatives à l'intégrité et à la sécurité du pipeline, à la protection de l'environnement et à ses effets sur les communautés autochtones.

[21] Dans son analyse des questions autochtones (chapitre 7 de ses motifs), l'ONÉ explique qu'il « conçoit ses attributions, dont celles prévues à l'article 58 de la Loi, en conformité avec la *Loi constitutionnelle de 1982*, notamment l'article 35 » (par. 293). Il indique que les promoteurs doivent faire des efforts raisonnables pour consulter les groupes autochtones, et que le processus d'audience de l'ONÉ fait partie du processus de consultation global. Pour décider si un projet est d'intérêt public, l'ONÉ « en examine l'ensemble des retombées et des inconvénients et met en balance les intérêts et préoccupations des Autochtones, d'une part, et tous les autres facteurs et intérêts, d'autre part » (p. 301).

[22] L'ONÉ a noté qu'en l'espèce le projet était d'envergure limitée. Ce faisant, il ne se prononçait pas sur la canalisation 9 alors en exploitation, mais sur les modifications requises pour accroître sa capacité, permettre le transport de pétrole brut lourd et inverser le sens d'écoulement de la canalisation 9B. Il ne serait pas nécessaire pour Enbridge d'acquérir de nouveaux droits fonciers permanents pour réaliser le projet. La plupart des travaux se dérouleraient dans les limites de l'emprise et des installations existantes d'Enbridge. Compte tenu de l'envergure limitée du projet, l'ONÉ a estimé que les groupes autochtones susceptibles d'être touchés avaient été suffisamment renseignés à son sujet. Il a ajouté que ceux-ci avaient eu

l'occasion de faire connaître leurs points de vue sur le projet à la faveur du processus d'audience de l'ONÉ et de leurs discussions avec Enbridge. L'ONÉ s'attendait à ce qu'Enbridge poursuive les consultations une fois le projet approuvé.

[23] Bien qu'Enbridge ait reconnu que le projet ferait augmenter le risque évalué à l'égard de certains tronçons de la canalisation 9, l'ONÉ a conclu que « les effets éventuels du projet sur les droits et les intérêts des groupes autochtones seront vraisemblablement négligeables et atténués de façon convenable » (par. 343), compte tenu de la portée limitée du projet, des engagements pris par Enbridge et des conditions imposées par l'ONÉ. Quoique le projet doive être réalisé sur des terres utilisées par les groupes autochtones à des fins traditionnelles, ces terres sont situées dans les limites de l'emprise actuelle d'Enbridge. Le projet n'aurait donc vraisemblablement pas d'effets sur les utilisations traditionnelles des terres. L'ONÉ a reconnu qu'un déversement sur la canalisation 9 pourrait avoir des effets sur les utilisations traditionnelles des terres, mais il était convaincu qu'« Enbridge continuera[it] d'exploiter la canalisation 9 de façon sécuritaire, de veiller à la protection de l'environnement et de s'appuyer sur des plans exhaustifs d'intervention en cas d'urgence » (*ibid.*).

[24] L'ONÉ a imposé à l'égard du projet trois conditions relatives aux communautés autochtones. La condition 6 obligeait Enbridge à présenter un plan de protection de l'environnement incluant un plan d'urgence relatif aux ressources archéologiques. La condition 24 exigeait d'Enbridge qu'elle prépare un rapport

d'engagement permanent contenant des détails sur les discussions à venir avec les groupes autochtones. Enfin, la condition 26 « demand[ait] qu'Enbridge inclue les groupes autochtones dans son programme d'éducation permanente (y compris les exercices de sécurité civile), son programme de liaison et ses consultations en matière de protection civile et d'intervention » (*ibid.*).

B. *Appel à la Cour d'appel fédérale, 2015 CAF 222, [2016] 3 R.C.F. 96*

[25] Les Chippewas de la Thames ont interjeté appel de la décision de l'ONÉ à la Cour d'appel fédérale, conformément au par. 22(1) de la *Loi sur l'ONÉ*. Ils ont fait valoir que la décision devait être annulée, car « il n'entrait pas dans les pouvoirs de l'Office d'exempter et d'autoriser [Enbridge] avant que la Couronne ne se soit acquittée de son obligation de consulter l'appelante et de trouver des accommodements » (par. 2).

[26] Les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale (les juges Ryer et Webb) ont rejeté l'appel. Ils ont conclu que l'ONÉ n'avait pas à décider, pour remplir son mandat en ce qui concerne la demande d'Enbridge, si la Couronne était tenue à une obligation de consulter au sens de l'arrêt *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 512, et, le cas échéant, si la Couronne avait satisfait à cette obligation.

[27] Les juges majoritaires ont également conclu que l'ONÉ n'était pas tenu de consulter les Chippewas de la Thames. Ils ont indiqué que, bien qu'il doive

s'acquitter de son mandat conformément aux dispositions du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'ONÉ avait satisfait à cette obligation en exigeant d'Enbridge qu'elle participe à des consultations approfondies avec les Chippewas de la Thames et d'autres Premières Nations.

[28] Le juge Rennie, dissident, aurait accueilli l'appel. À son avis, l'ONÉ était tenu de déterminer si l'obligation de consulter avait pris naissance et si on y avait satisfait. Puisque l'ONÉ décide en dernier ressort des demandes fondées sur l'art. 58, il doit avoir le pouvoir et l'obligation de décider si une consultation est adéquate et de refuser une demande présentée au titre de l'art. 58 si la consultation est inadéquate.

IV. Analyse

A. *Mesures de la Couronne donnant naissance à l'obligation de consulter*

[29] Dans le pourvoi connexe *Clyde River*, nous exposons les principes applicables lorsqu'un organisme de réglementation indépendant tel que l'ONÉ doit rendre une décision susceptible de porter atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités. Dans un tel cas, la décision de l'ONÉ constituerait en soi une mesure de la Couronne emportant pour celle-ci une obligation de consulter (*Clyde River*, par. 29). Une décision d'un tribunal administratif donnerait naissance à l'obligation de la Couronne de consulter lorsque celle-ci a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence d'un droit ancestral ou issu d'un traité, potentiel ou reconnu, sur lequel la décision pourrait avoir un effet préjudiciable (*Rio Tinto Alcan*

Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 31; *Clyde River*, par. 25).

[30] Nous ne partageons pas l'opinion voulant que, parce que la Couronne n'a pas pris part à l'instance devant l'ONÉ par l'entremise d'un représentant du ministère fédéral compétent, il est possible qu'il n'y ait eu aucune mesure de la Couronne ayant donné naissance à l'obligation de consulter (voir les motifs de la C.A., par. 57 et 69-70).

[31] Comme l'ont concédé les intimés devant la Cour, la décision relative à l'approbation du projet envisagée par l'ONÉ pouvait être considérée comme une mesure de la Couronne. Lorsque l'ONÉ accorde, sous le régime de l'art. 58 de la *Loi sur l'ONÉ*, une exemption quant à l'obligation relative au certificat d'utilité publique dont la délivrance est par ailleurs assujettie à l'approbation du gouverneur en conseil, c'est effectivement à l'ONÉ que revient la décision définitive sur l'ensemble de la demande. En tant qu'organisme d'origine législative investi du pouvoir délégué de rendre une décision susceptible de porter atteinte à des droits ancestraux et issus de traités, l'ONÉ agissait au nom de la Couronne lorsqu'il a approuvé la demande d'Enbridge. Comme les travaux autorisés — une augmentation de la capacité d'écoulement et une modification permettant le transport de pétrole brut lourd — étaient susceptibles de porter atteinte aux droits ancestraux et issus de traités invoqués par les Chippewas de la Thames, la Couronne avait une obligation de consulter relativement à la demande d'Enbridge.

B. *La consultation incombant à la Couronne peut être menée dans le cadre d'un processus réglementaire*

[32] Les Chippewas de la Thames soutiennent qu'une véritable consultation par la Couronne ne peut être menée entièrement dans le cadre d'un processus réglementaire. Nous ne sommes pas d'accord. Comme nous le concluons dans l'arrêt *Clyde River*, la Couronne peut se fonder sur les mesures prises par un organisme administratif pour satisfaire à son obligation de consulter (par. 30). La Couronne peut ainsi s'en remettre à un organisme de réglementation dans la mesure où ce dernier dispose du pouvoir légal de faire ce que l'obligation de consulter impose dans les circonstances (*Carrier Sekani*, par. 60; *Clyde River*, par. 30). Toutefois, si les pouvoirs que la loi confère à l'organisme sont insuffisants dans les circonstances, ou si l'organisme ne prévoit pas des consultations et des accommodements adéquats, la Couronne doit prévoir d'autres avenues de consultation et d'accommodement véritables qui lui permettront de satisfaire à son obligation avant que le projet ne soit approuvé. Autrement, la décision que l'organisme de réglementation aura prise sans consultation adéquate ne respectera pas les normes constitutionnelles et devrait être annulée à l'issue d'un contrôle judiciaire ou d'un appel.

[33] En l'espèce, les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont dit craindre qu'un tribunal tel l'ONÉ soit tenu à la fois de mener des consultations au nom de la Couronne puis de se prononcer sur le caractère adéquat de ces consultations (par. 66). Notre Cour a exprimé une préoccupation semblable dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1

R.C.S. 159, lorsqu'elle a conclu, dans une décision antérieure à l'arrêt *Haida*, que les tribunaux quasi judiciaires tel l'ONÉ n'ont pas à faire preuve d'un degré plus élevé d'équité procédurale à l'égard des peuples autochtones. La Cour a expliqué que le fait d'imposer une telle obligation pourrait porter atteinte à l'indépendance des tribunaux quasi judiciaires comme l'ONÉ (p. 183 et 184).

[34] À notre avis, il est possible de répondre à ces préoccupations en rappelant que, bien que ce soit à la *Couronne* qu'incombe l'obligation constitutionnelle de consulter les peuples autochtones potentiellement touchés, l'ONÉ est tenu de rendre des décisions juridiques qui sont conformes à la Constitution. Lorsqu'il est appelé à se prononcer sur le caractère adéquat de la consultation incombant à la Couronne, l'ONÉ peut tenir compte des mesures de consultation offertes, mais son obligation de neutralité demeure la même. Un tribunal respecte sa compétence lorsqu'il exerce les fonctions que le législateur lui a attribuées dans une loi, et que ses décisions sont conformes à la loi et à la Constitution. Les organismes de réglementation cumulent bien souvent des fonctions différentes qui se chevauchent sans susciter une crainte raisonnable de partialité. En fait, ce cumul peut être nécessaire en ce qu'il permet aux organismes de remplir efficacement leur rôle (*Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781, par. 41). D'ailleurs, notre Cour a envisagé cette possibilité dans l'arrêt *Carrier Sekani*, lorsqu'elle a expliqué que les tribunaux administratifs peuvent être investis autant du pouvoir de satisfaire à l'obligation de

consulter qui incombe à la Couronne que de celui de se prononcer sur le caractère suffisant des consultations (par. 58).

C. *Le rôle d'un tribunal administratif lorsque la Couronne n'est pas une partie*

[35] À la Cour d'appel fédérale, les juges majoritaires et le juge dissident étaient en désaccord sur la question de savoir si l'ONÉ pouvait, même si la Couronne n'était pas partie à la procédure devant lui, décider si les consultations menées par cette dernière étaient adéquates. Le désaccord découle d'interprétations divergentes de l'arrêt *Carrier Sekani* et de la question de savoir si cet arrêt a pour effet d'écarter la décision *Première nation dakota de Standing Buffalo c. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 CAF 308, [2010] 4 R.C.F. 500. Dans *Standing Buffalo*, la Cour d'appel fédérale a conclu que l'ONÉ n'était pas tenu de se demander si la Couronne avait satisfait à son obligation de consulter avant d'approuver une demande fondée sur l'art. 52 sollicitant la délivrance d'un certificat relatif à un pipeline, dans les cas où la Couronne n'a pas officiellement participé au processus d'audience de l'ONÉ. Dans l'affaire qui nous occupe, les juges majoritaires ont conclu que le principe énoncé dans l'arrêt *Standing Buffalo* s'appliquait à l'espèce. Étant donné que la Couronne (c'est-à-dire, présumément, un ministère ou un organisme fédéral compétent) n'avait pas participé au processus d'audience de l'ONÉ, les juges majoritaires se sont dits d'avis que l'ONÉ n'avait pas l'obligation d'examiner si la Couronne avait respecté son obligation de consulter avant d'approuver la demande d'Enbridge fondée sur l'art. 58 (par. 59). Dans sa dissidence, le juge Rennie a estimé que l'arrêt *Standing*

Buffalo avait été écarté par la décision de notre Cour dans *Carrier Sekani*. Il a conclu que, bien que la Couronne n'ait pas participé à la procédure devant l'ONÉ en tant que partie, l'ONÉ était *tenu* de prendre en compte l'obligation de consulter de la Couronne avant d'approuver la demande d'Enbridge (par. 112).

[36] Nous sommes d'accord avec le juge Rennie pour dire que le pouvoir d'un tribunal administratif d'apprécier l'obligation de consulter de la Couronne n'est pas tributaire de la participation du gouvernement aux audiences de l'ONÉ. Si l'obligation de la Couronne de procéder à une consultation a pris naissance, un décideur ne peut approuver un projet que si cette consultation est adéquate. L'obligation constitutionnelle de la Couronne ne disparaît pas lorsqu'elle s'engage dans le processus d'approbation d'un projet par l'intermédiaire d'un organisme de réglementation tel l'ONÉ. Il doit être satisfait à cette obligation avant que le gouvernement n'approuve un projet susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des droits ancestraux ou issus de traités (*Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 78).

[37] En tant que décideur ultime en ce qui concerne certains projets, l'ONÉ doit, lorsque la question est soulevée devant lui, se demander si les consultations par la Couronne relativement à un projet donné ont été adéquates (*Clyde River*, par. 36). La responsabilité de veiller à ce que l'honneur de la Couronne soit préservé continue de reposer sur cette dernière (*Clyde River*, par. 22). Toutefois, les décideurs administratifs ont l'obligation de trancher les questions de droit pertinentes soulevées

devant eux, ainsi que l'obligation de rendre leurs décisions dans le respect des obligations constitutionnelles de l'État (*R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765, par. 77).

D. *Étendue de l'obligation de consulter*

[38] L'étendue de la consultation requise dépend de la solidité de la revendication autochtone et de la gravité de l'impact potentiel sur le droit concerné (*Haïda*, par. 39, 43-45).

[39] S'appuyant sur l'arrêt *Carrier Sekani*, la procureure générale du Canada fait valoir qu'en l'espèce l'obligation de consulter [TRADUCTION] « se limite au [p]rojet » et « ne s'applique pas relativement à des demandes relatives à des manquements passés tels que la construction d'un pipeline sous la rivière Thames en 1976 » (m.i., vol. I, par. 80).

[40] Bien qu'ils fassent état de nouveaux effets liés à la demande fondée sur l'art. 58 qui font naître l'obligation de consulter et en délimitent la portée, les Chippewas de la Thames soulignent aussi que [TRADUCTION] « [I]es éventuels effets préjudiciables aux droits ancestraux et au titre ancestral [invoqués] découlant de l'approbation de la demande d'Enbridge de modifier la canalisation⁹ sont graves et cumulatifs, et pourraient même être catastrophiques advenant un déversement » (m.a., par. 57). De même, l'intervenante Mississaugas of the New Credit First Nation a soutenu à l'audience que, parce que l'art. 58 s'applique fréquemment à des projets

distincts d'agrandissement et de réaménagement de pipelines, il n'y a pas de discussions ou consultations stratégiques de haut niveau au sujet des effets plus larges du pipeline sur les Premières Nations dans le Sud de l'Ontario.

[41] Des conséquences d'ordre historique ne font pas naître l'obligation de consulter. Il ne s'agit pas d'un moyen approprié de régler des griefs historiques. Dans *Carrier Sekani*, notre Cour a expliqué que la Couronne est tenue de mener des consultations sur les « effets préjudiciables de la mesure précise projetée par la Couronne, à l'exclusion des effets préjudiciables globaux du projet dont elle fait partie. La consultation s'intéresse à l'effet de la décision *actuellement* considérée sur les droits revendiqués » (*Carrier Sekani*, par. 53 (en italique dans l'original)). La Cour a également précisé dans cet arrêt que « [l']ordonnance de consulter n'est indiquée que lorsque la mesure projetée par la Couronne, qu'elle soit immédiate ou prospective, est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des droits établis ou revendiqués » (par. 54).

[42] Cela dit, il peut se révéler impossible de bien saisir la gravité des effets d'un projet sur des droits visés à l'art. 35 si on ne tient pas compte du contexte plus large (J. Woodward, *Native Law* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 5-107 à 5-108). Les effets cumulatifs d'un projet continu ainsi que le contexte historique peuvent donc être pertinents pour déterminer l'étendue de l'obligation de consulter (*West Moberly First Nations c. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247, 18 B.C.L.R. (5th) 234, par. 117). Il n'est pas question de [TRADUCTION] « tenter de

remédier à des manquements passés. Il s'agit plutôt simplement de reconnaître une situation existante et de remédier aux conséquences de ce qui peut résulter » du projet (*West Moberly*, par. 119).

[43] Ni la Cour d'appel fédérale ni l'ONÉ n'ont traité de l'étendue de la consultation requise. Cela étant, et comme nous l'expliquerons ci-après, même en considérant de la façon la plus favorable aux Chippewas de la Thames la solidité de leur revendication et la gravité de l'impact potentiel sur les droits qu'ils invoquent, la consultation menée en l'espèce a manifestement été adéquate.

E. *Le fait que la Couronne s'en remettait au processus de l'ONÉ a-t-il fait l'objet d'un avis suffisant?*

[44] Comme nous l'avons précisé dans l'arrêt connexe *Clyde River*, la Couronne peut s'en remettre à un organisme de réglementation tel l'ONÉ pour satisfaire à son obligation de consulter. Toutefois, lorsque la Couronne entend procéder de cette façon, il doit être clairement indiqué au groupe autochtone touché que la Couronne s'en remet au processus de l'organisme de réglementation pour satisfaire à son obligation (*Clyde River*, par. 23). L'obligation constitutionnelle de la Couronne exige le recours à un processus véritable de consultation, mené de bonne foi. De toute évidence, l'avis contribue à garantir une participation appropriée de la part des groupes autochtones, car il leur indique clairement que la consultation s'effectue dans le cadre du processus mené par l'organisme de réglementation (voir *ibid.*).

[45] En l'espèce, les Chippewas de la Thames disent ne pas avoir reçu de la Couronne un avis explicite indiquant qu'elle entendait satisfaire à son obligation dans le cadre du processus de l'ONÉ. Au mois de septembre 2013, les Chippewas de la Thames ont écrit au premier ministre, au ministre des Ressources naturelles et au ministre des Affaires autochtones et du Développement du Nord pour leur demander la mise sur pied d'un processus formel de consultation mené par la Couronne relativement au projet. Ce n'est qu'au mois de janvier 2014, après la fin des audiences de l'ONÉ, que le ministre des Ressources naturelles a répondu aux Chippewas de la Thames au nom de la Couronne et les a informés que celle-ci s'en remettait au processus de l'ONÉ. À l'audience devant notre Cour, les Chippewas de la Thames ont concédé que la Couronne aurait pu s'en remettre au processus de l'ONÉ pour satisfaire à son obligation s'ils avaient reçu avant la tenue des audiences la lettre du ministre les informant que la Couronne entendait agir ainsi (transcription, p. 34-35). Toutefois, comme ils n'ont pas été avisés à l'avance de l'intention de la Couronne de procéder ainsi, les Chippewas de la Thames soutiennent que la consultation ne pouvait être menée de manière adéquate par l'ONÉ.

[46] En février 2013, l'ONÉ a communiqué avec les Chippewas de la Thames et 18 autres groupes autochtones pour les informer de l'existence du projet et du rôle de l'ONÉ concernant son approbation. Les groupes autochtones ont été avisés à l'avance de la tenue des audiences et ont été invités à participer au processus de l'ONÉ. Les Chippewas de la Thames ont accepté l'invitation et ils ont comparu devant l'ONÉ en tant qu'intervenants. À ce titre, ils savaient que l'ONÉ était le

décideur ultime aux termes de l'art. 58 de la *Loi sur l'ONÉ*. De plus, comme il ressort de leur lettre du mois de septembre 2013, ils comprenaient qu'aucun autre organisme de l'État ne participait au processus pour effectuer des consultations. Selon nous, les circonstances indiquaient de façon suffisamment claire aux Chippewas de la Thames que le processus de l'ONÉ constituait le processus de consultation et d'accommodement de la Couronne. Malgré son défaut de donner un avis en temps utile, la Couronne a respecté son obligation de mener des consultations.

F. *La Couronne a-t-elle satisfait à son obligation de consulter?*

[47] Lorsqu'une consultation approfondie est nécessaire, il peut être satisfait à l'obligation de consulter si la consultation comporte « la possibilité de présenter des observations, la participation officielle à la prise de décisions et la présentation de motifs montrant que les préoccupations des Autochtones ont été prises en compte et précisant quelle a été l'incidence de ces préoccupations sur la décision » (*Haïda*, par. 44). De même, la Cour a reconnu que la Couronne « peut décider de recourir à un mécanisme de règlement des différends comme la médiation ou un régime administratif mettant en scène des décideurs impartiaux » (*ibid.*). Cette liste n'est pas exhaustive et ne doit pas nécessairement être suivie dans chaque cas. Comme nous l'avons déjà mentionné, ni l'ONÉ ni la Cour d'appel fédérale n'ont évalué l'ampleur des consultations qui étaient requises en l'espèce. Toutefois, la procureure générale du Canada a fait valoir devant notre Cour que, du fait des pouvoirs que la loi confère à l'ONÉ, ce dernier était en mesure de satisfaire aux obligations constitutionnelles de

la Couronne dans le présent cas, en tenant pour avérés les droits invoqués par les Chippewas de la Thames et les possibles effets préjudiciables d'un déversement. Nous sommes de cet avis.

[48] Comme il l'a reconnu dans ses motifs, l'ONÉ doit, en tant que décideur quasi judiciaire, s'acquitter des responsabilités qui lui incombent en vertu de l'art. 58 de la *Loi sur l'ONÉ* en conformité avec l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon nous, il doit en conséquence prendre en compte les droits et les intérêts des groupes autochtones avant de rendre une décision définitive qui pourrait avoir une incidence sur ces droits et intérêts. Vu l'expertise qu'il possède en ce qui concerne la surveillance et l'approbation de projets de pipeline réglementés par le fédéral, l'ONÉ est particulièrement bien placé pour évaluer les risques que posent des projets de cette nature pour les groupes autochtones. De plus, l'ONÉ dispose de vastes pouvoirs l'habilitant à imposer aux promoteurs des conditions en vue d'atténuer de tels risques. En outre, le rôle permanent qu'il joue en tant qu'organisme de réglementation en ce qui concerne l'application de mesures de sécurité lui permet de veiller au respect à long terme de ces conditions. Nous concluons donc que les pouvoirs que la loi confère à l'ONÉ à l'art. 58 lui permettent de satisfaire à l'obligation de consulter de la Couronne en l'espèce.

[49] Toutefois, la conclusion suivant laquelle les pouvoirs conférés par la loi à l'ONÉ lui permettent de satisfaire à l'obligation de consulter n'est pas déterminante pour ce qui est de décider si la Couronne s'est acquittée de ses obligations

constitutionnelles dans la présente affaire. Les Chippewas de la Thames soutiennent que le processus mené par l'ONÉ n'a pas constitué un substitut adéquat à des consultations menées par la Couronne. Plus particulièrement, ils plaident que le processus réglementaire de l'ONÉ n'a pas permis aux groupes autochtones de participer [TRADUCTION] « de manière utile pour que les effets préjudiciables soient bien compris et réduits au minimum » (m.a., par. 110). Ils allèguent que le processus de l'ONÉ n'a pas permis de « saisir ou considérer la gravité » des atteintes potentielles à leur titre et à leurs droits issus de traités, ni « constitué une véritable occasion en vue de la prise de mesures d'accommodement par la Couronne » (m.a., par. 113). En n'accordant pas suffisamment d'importance aux droits des groupes autochtones touchés et en s'en remettant au promoteur pour atténuer les effets potentiels du projet, ils affirment que l'ONÉ, dans le cadre de son processus, a tout au plus permis aux intéressés « de se défouler » (*ibid.*).

[50] Enbridge plaide pour sa part que non seulement l'ONÉ était en mesure de satisfaire à l'obligation de consulter de la Couronne, mais qu'il l'a effectivement fait en l'espèce. À l'appui de sa thèse, Enbridge signale que les Chippewas de la Thames ont été rapidement avisés du processus d'audience formel de l'ONÉ, qu'ils y ont participé et que l'ONÉ a exposé des motifs écrits. De plus, Enbridge soutient que loin d'avoir fait défaut de constituer une véritable occasion en vue de la prise de mesures d'accommodement par la Couronne, le processus de l'ONÉ s'est traduit par des [TRADUCTION] « mesures d'accommodement effectives » du fait qu'Enbridge s'est

vue imposer des conditions destinées à atténuer les risques et les effets d'éventuels déversements découlant du projet (m.i., par. 107).

[51] À notre avis, le processus mené par l'ONÉ en l'espèce était suffisant pour satisfaire à l'obligation de consulter qui incombait à la Couronne. Premièrement, nous concluons que l'ONÉ a fourni aux Chippewas de la Thames une possibilité adéquate de participer au processus décisionnel. Deuxièmement, nous estimons que l'ONÉ a suffisamment apprécié les effets potentiels du projet sur les droits des groupes autochtones, ce qui l'a amené à conclure que le risque d'effets préjudiciables était minime et pouvait être atténué. Troisièmement, nous sommes d'accord avec Enbridge pour dire que l'ONÉ a pris des mesures d'accommodement appropriées pour atténuer les risques potentiels du projet sur les droits des groupes autochtones en imposant des conditions à Enbridge.

[52] Premièrement, contrairement aux Inuits dans l'affaire connexe *Clyde River*, les Chippewas de la Thames se sont vu offrir une possibilité suffisante de présenter des observations à l'ONÉ dans le cadre de son processus décisionnel indépendant (conformément aux prescriptions de l'arrêt *Haida*, par. 44). En l'espèce, l'ONÉ a tenu une audience. Il a informé au préalable les groupes autochtones du processus et il les a invités à y participer formellement. Comme il a été indiqué précédemment, les Chippewas de la Thames ont participé au processus en tant qu'intervenants. L'ONÉ leur a fourni de l'aide financière qui leur a permis de préparer et de présenter des éléments de preuve, notamment une étude

« préliminaire » sur l'utilisation traditionnelle des terres réalisée par des spécialistes (motifs de la C.A., par. 14). De plus, en qualité d'intervenants, les Chippewas de la Thames ont été en mesure de présenter de manière formelle à Enbridge des demandes de renseignements auxquelles cette dernière a répondu par écrit, et de présenter de vive voix à l'ONÉ des observations finales.

[53] Contrairement à ce qu'ont affirmé les Chippewas de la Thames, nous n'estimons pas que l'ONÉ a accordé trop peu d'importance aux droits ancestraux et issus de traités qu'ils invoquent, ou qu'il n'en a pas saisi l'importance. Devant l'ONÉ, les Chippewas de la Thames ont fait valoir des droits auxquels le projet était susceptible de porter atteinte : a) des droits ancestraux de récolte et de chasse; b) le droit d'accéder à des sites sacrés et de préserver ces sites; c) le titre ancestral sur le lit et l'espace aérien de la rivière Thames ou, subsidiairement, le droit ancestral d'utiliser l'eau, les ressources et l'espace aérien de la rivière Thames; et d) le droit issu de traités d'utiliser de manière exclusive leurs terres de réserve. Dans ses motifs écrits, l'ONÉ a expressément reconnu ces droits. De plus, l'ONÉ s'est demandé si, compte tenu des droits invoqués, les groupes autochtones touchés avaient reçu des renseignements suffisants concernant le projet et s'ils s'étaient vu offrir une possibilité appropriée de faire part de leurs préoccupations à Enbridge. Il a souligné que le projet serait réalisé sur l'emprise existante d'Enbridge dans des secteurs déjà perturbés et qu'aucune terre publique additionnelle n'était requise. Étant donné l'envergure du projet et son emplacement, l'ONÉ s'est dit convaincu que tous les groupes autochtones avaient été consultés adéquatement.

[54] Deuxièmement, l'ONÉ a examiné la possibilité que le projet ait des effets préjudiciables sur les droits et les intérêts des Chippewas de la Thames. Il a fait état de possibles conséquences susceptibles de résulter des travaux de construction nécessaires pour mener à bien le projet ou du risque accru de déversements créé par l'exploitation continue de la canalisation 9.

[55] L'ONÉ a conclu que tout effet préjudiciable que pourrait avoir le projet sur les droits et les intérêts des Chippewas de la Thames en raison de la modification de la canalisation 9 était minime et pouvait raisonnablement être atténué. L'ONÉ a estimé qu'il était peu probable que la réalisation du projet ait quelque effet sur les droits des groupes autochtones relatifs à l'utilisation traditionnelle des terres. Vu l'emplacement du projet et son envergure limitée, ainsi que les conditions qu'il a imposées à Enbridge, l'ONÉ s'est dit convaincu que le risque d'effets préjudiciables attribuable à l'achèvement du projet était négligeable.

[56] De même, l'ONÉ a évalué le risque accru de déversements ou de fuites de la canalisation 9 en raison du projet. Il a reconnu les effets néfastes qu'une fuite pourrait avoir sur l'utilisation traditionnelle des terres, mais il a conclu que ce risque était faible et qu'il pouvait être adéquatement atténué. Compte tenu de l'engagement d'Enbridge quant à la sécurité ainsi que des conditions imposées à cette dernière, l'ONÉ s'est dit confiant que la canalisation 9 serait exploitée de manière sécuritaire pendant toute la durée du projet. Le risque de préjudice aux droits invoqués par les

Chippewas de la Thames en raison d'une fuite ou d'un déversement était en conséquence minime.

[57] Troisièmement, nous ne pouvons souscrire à la thèse des Chippewas de la Thames voulant qu'ils n'aient pas eu la possibilité d'obtenir des mesures d'accommodement adéquates dans le cadre du processus de l'ONÉ. Après avoir fait état des droits invoqués par les Chippewas de la Thames et d'autres groupes autochtones, du caractère adéquat des renseignements fournis aux groupes autochtones par Enbridge eu égard à ces droits, ainsi que des risques que posaient la construction et l'exploitation de la canalisation 9, l'ONÉ a imposé plusieurs mesures d'accommodement visant à réduire les risques au minimum et à répondre directement aux préoccupations des groupes autochtones touchés par le projet. Pour faciliter les communications entre Enbridge et les groupes autochtones touchés concernant le projet, l'ONÉ a imposé à Enbridge la condition 24. Cette mesure d'accommodement exigeait qu'Enbridge continue de consulter les groupes autochtones et dépose auprès de l'ONÉ des rapports d'engagement permanent. De même, la condition 29 exigeait qu'Enbridge dépose un plan de consultation continue des personnes et des groupes tout au long de l'exploitation de la canalisation 9. Par conséquent, nous concluons que l'ONÉ a mené un véritable processus de consultation, notamment en imposant au besoin des mesures d'accommodement appropriées.

[58] Quoi qu'il en soit, les Chippewas de la Thames plaignent que toute soi-disant consultation ayant eu lieu en l'espèce était inadéquate étant donné que

l'ONÉ [TRADUCTION] « s'est employé à soupeser des intérêts multiples », de sorte que « l'Office a soupesé les droits ancestraux et issus de traités [des Chippewas de la Thames] au regard de nombreux facteurs économiques et d'intérêt public » (m.a., par. 95 et 104). Cette façon de faire, de prétendre les Chippewas de la Thames, ne constitue pas une méthode adéquate pour évaluer des droits ancestraux et issus de traités garantis par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[59] Dans *Carrier Sekani*, la Cour a reconnu que « [l']aspect constitutionnel de l'obligation de consulter fait naître un intérêt public spécial » qui l'emporte sur des préoccupations d'ordre économique (par. 70). Une décision autorisant un projet ne saurait servir l'intérêt public s'il n'a pas été satisfait à l'obligation de consulter de la Couronne (*Clyde River*, par. 40; *Carrier Sekani*, par. 70). Toutefois, cela ne signifie pas que les intérêts des groupes autochtones ne peuvent être soupesés avec d'autres intérêts à l'étape des accommodements. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'obligation de consulter n'a pas pour effet de créer en faveur des groupes autochtones un droit de « veto » sur les décisions finales de la Couronne (*Haïda*, par. 48). Des accommodements convenables reposent plutôt « sur la nécessité d'établir un équilibre entre des intérêts sociétaux opposés et les droits ancestraux et issus de traités des Autochtones » (*Haïda*, par. 50).

[60] En l'espèce, l'ONÉ a reconnu que les effets du projet sur les droits et les intérêts des Chippewas de la Thames seraient vraisemblablement minimes. Il a néanmoins imposé des conditions à Enbridge pour accommoder les intérêts des

Chippewas de la Thames et pour faire en sorte que les consultations se poursuivent entre le promoteur et les groupes autochtones. Les Chippewas de la Thames n'ont pas droit à un processus unilatéral, mais plutôt à un processus coopératif visant à favoriser la réconciliation. La mise en équilibre et le compromis font partie intégrante de ce processus (*Haïda*, par. 50).

G. *Les motifs exposés par l'ONÉ sont-ils suffisants?*

[61] Enfin, à l'audience devant nous, les Chippewas de la Thames ont soulevé la question du caractère suffisant des motifs exposés par l'ONÉ sur les consultations avec les groupes autochtones, affirmant que le processus de l'ONÉ ne pouvait avoir constitué une consultation, notamment parce que l'ONÉ n'a pas procédé à une analyse de type *Haïda*. Plus particulièrement, l'ONÉ n'a pas déterminé la solidité des droits ancestraux et issus de traités invoqués ni l'ampleur des consultations nécessaires auprès de chacun des groupes autochtones. En conséquence, les Chippewas de la Thames soutiennent que l'ONÉ ne peut avoir satisfait à l'obligation de consulter incombant à la Couronne.

[62] Dans l'arrêt *Haïda*, notre Cour a conclu que, dans les cas où des consultations approfondies sont requises, des motifs écrits sont souvent nécessaires pour permettre aux groupes autochtones de constater si on a adéquatement considéré leurs préoccupations et répondu à celles-ci (*Haïda*, par. 44). Dans *Clyde River*, nous faisons remarquer que des motifs écrits favorisent la réconciliation (par. 41). Lorsque des droits ancestraux ou issus de traités sont invoqués, la rédaction de motifs écrits

dénote le respect (*Kainaiwa/Blood Tribe c. Alberta (Energy)*, 2017 ABQB 107, par. 117 (CanLII)) et favorise une meilleure prise de décision (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 39).

[63] À l'instar des Chippewas de la Thames, nous sommes d'avis que la présente affaire requérait que l'ONÉ expose des motifs écrits. De plus, comme nous le reconnaissons dans le pourvoi connexe *Clyde River*, lorsque des groupes autochtones touchés soulèvent directement devant l'ONÉ des préoccupations concernant les consultations incombant à la Couronne, l'ONÉ doit habituellement motiver sa décision par écrit (*Clyde River*, par. 41). Toutefois, cette exigence n'oblige pas dans tous les cas à procéder mécaniquement à l'« analyse requise par l'arrêt *Haida* » (par. 42). Lorsqu'une consultation approfondie est requise et que la question de la consultation menée par la Couronne est soulevée devant l'ONÉ, ce dernier devra « expliquer de quelle manière il a considéré » les préoccupations autochtones « et il en a tenu compte » (*ibid.*). Ce qu'il faut, c'est que l'ONÉ indique qu'il a pris en considération les droits ancestraux et issus de traités invoqués et qu'il a pris des accommodements à leur égard lorsqu'il convenait de le faire.

[64] À notre avis, les motifs écrits exposés par l'ONÉ sont suffisants et permettent de satisfaire à l'obligation de la Couronne. Il convient de souligner que, contrairement aux motifs de l'ONÉ dans l'affaire connexe *Clyde River*, l'analyse de la consultation menée auprès des Autochtones dans le présent cas n'était pas intégrée dans une évaluation environnementale. En l'espèce, l'ONÉ a examiné les éléments de

preuve présentés par écrit et de vive voix par de nombreux intervenants autochtones et il a identifié, par écrit, les droits et intérêts en jeu. Il a apprécié les risques que le projet posait à l'égard de ces droits et intérêts et conclu qu'ils étaient minimes. Néanmoins, il a imposé par écrit, sous forme de conditions contraignantes, des mesures d'accommodement en vue de remédier adéquatement à la possibilité d'effets préjudiciables sur les droits invoqués par suite de l'approbation et de la réalisation du projet.

[65] Pour ces raisons, nous rejetons l'argument des Chippewas de la Thames selon lequel les motifs exposés par l'ONÉ sont insuffisants pour satisfaire à l'obligation de consulter incombant à la Couronne.

V. Conclusion

[66] Nous sommes d'avis qu'il a été satisfait à l'obligation de consulter incombant à la Couronne. En conséquence, nous rejeterions le pourvoi, avec dépens en faveur d'Enbridge.

Pourvoi rejeté avec dépens en faveur de Pipelines Enbridge inc.

Procureurs de l'appelante : Nahwegahbow, Corbiere, Rama, Ontario.

Procureurs de l'intimée Pipelines Enbridge inc. : Dentons Canada, Calgary; Enbridge Law Department, Calgary.

Procureur de l'intimé l'Office national de l'énergie : Office national de l'énergie, Calgary.

Procureure de l'intimée la procureure générale du Canada : Procureure générale du Canada, Toronto.

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

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

Procureurs de l'intervenant le Conseil de gestion des ressources fauniques du Nunavut : Supreme Advocacy, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Suncor Energy Marketing Inc. : Osler, Hoskin & Harcourt, Calgary; Suncor Law Department, Calgary.

Procureur de l'intervenant Mohawk Council of Kahnawà:ke : Mohawk Council of Kahnawake Legal Services, Mohawk Territory of Kahnawà:ke, Québec.

*Procureurs de l'intervenante Mississaugas of the New Credit First
Nation : Pape Salter Teillet, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant Chiefs of Ontario : Gowling WLG (Canada),
Ottawa.*