

lavery

DROIT ► AFFAIRES

Droit autochtone

LA COUR SUPRÊME CONFIRME QUE LES PRATIQUES AUTOCHTONES NE SONT PAS TOUTES PROTÉGÉES PAR L'ARTICLE 35 DE LA *LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1982*

CAROLINA MANGANELLI

LA COUR SUPRÊME DU CANADA CONFIRME QUE SEULES LES PRATIQUES CONTEMPORAINES QUI ONT MAINTENU UN LIEN DE CONTINUITÉ RAISONNABLE AVEC UNE COUTUME, PRATIQUE OU TRADITION QUI FAISAIT PARTIE INTÉGRANTE DE LA CULTURE DISTINCTIVE PRÉCONTACT D'UN PEUPLE AUTOCHTONE SERONT PROTÉGÉES À TITRE DE DROIT ANCESTRAL EN VERTU DE L'ARTICLE 35 DE LA *LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1982*.

Le 10 novembre 2011, dans l'affaire *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*¹, la Cour Suprême a rendu une importante décision portant sur les droits ancestraux des peuples autochtones protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. M. le juge Binnie, rédigeant le jugement unanime de la Cour, nous rappelle que pour établir un droit ancestral contemporain il faut démontrer un lien de continuité raisonnable entre la pratique contemporaine et une coutume, pratique ou tradition qui faisait partie intégrante de la culture distinctive précontact du peuple autochtone qui le revendique.

FAITS

La première nation des Lax Kw'alaams et d'autres premières nations (appelées collectivement « les Lax Kw'alaams ») de la Colombie-Britannique revendiquaient un droit ancestral de pêche commerciale de toutes les espèces de poisson qui vivent dans leurs eaux traditionnelles. Au procès, la preuve a démontré que la première nation des Lax Kw'alaams est descendante d'un ancien « peuple de pêcheurs » regroupant les diverses tribus ou maisons des Tsimshians de la côte nord-ouest de la Colombie-Britannique. Les Tsimshians de la côte étaient organisés en société évoluée qui se caractérisait par des rapports complexes fondés sur le rang et les liens du sang. Ils pratiquaient surtout une économie de subsistance. La récolte et la consommation, y compris l'accumulation de provisions pour l'hiver, des ressources halieutiques et des produits de la pêche, tels le saumon et d'autres poissons, faisaient partie intégrante de leur culture distinctive avant le contact avec les Européens. Ils exerçaient aussi à cette époque ce que le juge du procès a défini comme étant une « forme de commerce au sens large ». Cependant, à part la graisse d'une espèce de poisson (l'eulakane), le commerce des ressources halieutiques et des produits de la pêche ne se faisait que de façon limitée et sporadique.

JUGEMENTS DES TRIBUNAUX INFÉRIEURS

La juge du procès a rejeté les revendications des Lax Kw'alaams. La Cour d'appel a rejeté l'appel et a confirmé le jugement de la juge du procès.

¹ 2011 CSC 56.

JUGEMENT DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

La Cour Suprême a fait siens les faits et conclusions de la juge du procès et a rejeté le pourvoi des Lax Kw'alaams. Elle s'en est remise essentiellement à sa décision fondamentale prononcée dans l'affaire *Van der Peet*² et a établi l'analyse à suivre et les éléments à prouver afin d'établir un droit ancestral en vertu de l'article 35, à savoir :

- 1° il faut déterminer la nature exacte du droit ancestral revendiqué par la première nation;
- 2° il faut déterminer si la première nation a établi chacun des éléments suivants :
 - a) l'existence de la pratique, tradition ou coutume précontact invoquée pour étayer le droit revendiqué;
 - b) le fait que cette pratique faisait partie intégrante de la société autochtone distinctive avant son contact avec les Européens;
- 3° il faut déterminer s'il y a une continuité raisonnable entre le droit contemporain revendiqué et la pratique précontact qui « faisait partie intégrante » de la société;
- 4° si l'on constate l'existence d'un droit ancestral de pêcher commercialement, le tribunal devra déterminer la teneur de ce droit en tenant compte des objectifs importants tels l'équité sur les plans économique et régional³.

Dans le cas d'espèce, les Lax Kw'alaams ont établi que le commerce de différentes espèces de poisson et de produits de la pêche faisait partie de leur mode de vie durant l'époque précontact. Par contre, sauf pour le commerce de la graisse d'eulakane, ce commerce était une pratique « de faible envergure », « irrégulier » et « accessoire » à la culture distinctive des appelants. La Cour a rappelé qu'il ne suffit pas qu'une coutume, pratique ou tradition ait fait partie d'un mode de vie précontact pour étayer un droit ancestral; celle-ci doit avoir fait « partie intégrante » de la culture distinctive précontact et constitué « un élément fondamental et important » de cette culture.

La Cour a également conclu à l'absence de continuité entre la pratique de l'époque précontact et le droit contemporain revendiqué. Les appelants ont soutenu que le commerce limité qui se pratiquait avant le contact avec les Européens avait évolué pour s'étendre à toutes les autres espèces de poisson et de produits de la pêche. Sur cette question, la Cour nous rappelle que les droits ancestraux ne sont pas figés dans le temps et que leur objet ainsi que leur mode d'exercice peuvent évoluer dans le temps, mais précise que cette évolution a des limites tant d'ordre quantitatif que qualitatif⁴. La Cour conclut que seul le commerce propre à une espèce, la graisse d'eulakane, faisait partie intégrante de la culture précontact des appelants et que celui-ci est qualitativement différent d'une pêche commerciale générale. La Cour a aussi conclu que ce commerce était très faible par rapport à l'ensemble de la pêche précontact et donc également sans commune mesure sur le plan quantitatif avec une pêche commerciale contemporaine.

COMMENTAIRES

Cette décision de la Cour Suprême est très importante car elle circonscrit les pratiques ancestrales et contemporaines qui sont protégées en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La décision dissipe tout doute qui aurait pu subsister quant à l'importance de la coutume, pratique ou tradition précontact requise pour étayer un droit ancestral. Il est désormais clair que ces dernières doivent avoir fait partie intégrante de la culture distinctive précontact. Autrement dit, ce n'est pas tout ce qui se pratiquait au moment précontact qui sera reconnu et protégé à titre de droit ancestral.

² [1996] 2 R.C.S. 507.

³ *Supra*, note 1 au paragraphe 46.

⁴ *Ibid.* paragraphes 49 et 51.

La Cour pose aussi le principe des « limites logiques » de l'évolution qu'une pratique précontact peut suivre par rapport au droit contemporain revendiqué. Il faut faire appel à la logique et se poser la question de savoir si la pratique ancestrale et le droit contemporain revendiqué se ressemblent raisonnablement, tant au niveau qualitatif que quantitatif. En pratique, chaque cas sera un cas d'espèce et il faudra appliquer la décision de la Cour à la lumière des faits particuliers. Cependant, la Cour donne des exemples concrets, mais non déterminants, qui peuvent guider cette analyse:

- si un groupe faisait la pêche de toutes les espèces de poissons et faisait le commerce de tous les poissons capturés et si cette pratique était un élément déterminant de sa culture distinctive, cela est susceptible d'établir un droit de pêche commerciale qui, sauf exception pour des raisons impérieuses, tiendra compte de l'évolution des ressources halieutiques et ne serait pas restreint aux espèces qui vivaient dans les eaux à l'époque précontact;
- le droit de cueillir des baies fondé sur l'époque précontact ne peut évoluer jusqu'au droit de recueillir du gaz naturel sur le territoire traditionnel;
- l'extraction en surface du cuivre de la rivière Coppermine dans les Territoires du Nord-Ouest à l'époque précontact ne peut pas servir d'assise à un droit ancestral d'exploiter une mine de diamants souterraine sur le même territoire.

Le sens de la quatrième étape de l'analyse du juge Binnie est plus nébuleux. Le principe selon lequel les droits autochtones devraient être conciliés avec d'autres intérêts est tiré de la jurisprudence de la Cour quant à l'analyse requise au stade de l'atteinte aux droits et de la justification, et non au stade de la preuve d'un droit autochtone, ce que le juge Binnie lui-même reconnaît. On peut débattre la question de savoir s'il avait l'intention de modifier le test de l'arrêt *Van der Peet* ou s'il n'a pas tout simplement joint les deux étapes. Dans la première hypothèse, on pourrait se demander si cela serait susceptible d'entraîner une dilution des droits autochtones ou, à tout le moins, des droits commerciaux autochtones, dans la mesure où une conciliation doit être faite aussi bien lors de l'établissement du droit qu'au stade de la justification.

Enfin, la Cour a également formulé des remarques importantes relativement à la pratique du litige dans les dossiers autochtones. Elle a noté que ce type de litige est d'une importance cruciale, tant pour les communautés autochtones que non-autochtones, et nous rappelle que l'objectif ultime du droit autochtone est la réconciliation de ces communautés. Par conséquent, la flexibilité et une interprétation large des règles de procédure s'imposent dans ce type d'affaires. Toutefois, la Cour précise que les règles générales de la procédure civile s'appliquent toujours et que les demandeurs autochtones sont tenus de s'y conformer. La Cour renforce cette position en notant que les demandeurs autochtones « disposent d'abondantes ressources et sont représentées par des avocats d'expérience »⁵. Les litiges en matière de droits autochtones devront donc à l'avenir continuer à démontrer un certain niveau de rigueur. Ce que cela peut signifier dans le contexte du devoir de consulter applicable à la Couronne est tout aussi important. La Cour a déjà indiqué dans une décision antérieure que les groupes autochtones doivent être diligents et doivent « participer à la consultation »⁶. Il est facile d'entrevoir que la décision de la Cour dans l'affaire *Lax Kw'alaams* sera citée par analogie pour souligner ce principe ou même élever la barre relativement à la norme que les groupes autochtones devront respecter dans ces situations.

CAROLINA MANGANELLI

514 877-3070

cmanganelli@lavery.ca

⁵ *Ibid.* paragraphe 12.

⁶ Voir *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388, paragraphe 65.

VOUS POUVEZ COMMUNIQUER AVEC LES MEMBRES DU GROUPE DROIT AUTOCHTONE POUR TOUTE QUESTION TOUCHANT VOS RELATIONS AVEC L'UN OU L'AUTRE DES GROUPES AUTOCHTONES AU QUÉBEC.

JULES BRIÈRE 418 266-3093 jbriere@lavery.ca

JULIE COUSINEAU 514 877-2993 jcousineau@lavery.ca

PHILIPPE FRÈRE 514 877-2978 pfrere@lavery.ca

CAROLINA MANGANELLI 514 877-3070 cmanganelli@lavery.ca

FRÉDÉRIC PAGÉ 514 877-3095 fpage@lavery.ca

ÉLISE POISSON 514 877-2906 epoisson@lavery.ca

SOPHIE PRÉGENT 514 877-2948 spregent@lavery.ca

MICHEL YERGEAU 514 877-2911 myergeau@lavery.ca

ABONNEMENT VOUS POUVEZ VOUS ABONNER, VOUS DÉSUBONNER OU MODIFIER VOTRE PROFIL EN VISITANT LA SECTION PUBLICATIONS DE NOTRE SITE INTERNET lavery.ca OU EN COMMUNIQUANT AVEC CAROLE GENEST AU 514 877- 3071.

► lavery.ca

© Tous droits réservés 2012 ► LAVERY, DE BILLY, S.E.N.C.R.L. ► AVOCATS

Ce bulletin destiné à notre clientèle fournit des commentaires généraux sur les développements récents du droit.

Les textes ne constituent pas un avis juridique. Les lecteurs ne devraient pas agir sur la seule foi des informations qui y sont contenues.

MONTRÉAL QUÉBEC OTTAWA