

NÉGOCIER DE BONNE FOI : LES ACCORDS COMMERCIAUX, LES SOCIÉTÉS D'ÉTAT ET LE PRINCIPE DE L'HONNEUR DE LA COURONNE

Geneviève Motard & Benjamin Chartrand*

Résumé

En novembre 2018, à la suite d'un changement de gouvernement, la société d'État Hydro-Québec a obtenu le mandat de « trouver des solutions » afin de se retirer d'un projet de développement éolien qui devait être mené en partenariat avec la Nation innue, en vertu d'un contrat d'attribution d'un bloc énergétique qui avait été conclu de gré à gré. Comme le contrat d'achat d'énergie n'avait pas encore été formellement entériné, les principaux acteurs politiques ont largement véhiculé le message qu'aucune obligation légale ne les liait aux Innus. À partir de ce cas d'espèce, les auteurs proposent une réflexion sur la portée des obligations qui découlent du principe constitutionnel de l'honneur de la Couronne dans le cours des négociations qui doivent mener à la conclusion d'ententes de nature socio-économique ou commerciale avec des peuples autochtones.

Introduction

Hydro-Québec et les Premières Nations innues entretiennent une relation pour le moins cahoteuse depuis les développements hydroélectriques qui ont eu lieu dans les années 1960 sur la rivière Manicouagan. La colonisation du Nitassinan, le pays innu, s'est réalisée en plusieurs étapes et par différents procédés sociaux, économiques, politiques et juridiques qui font écho à ceux utilisés ailleurs au Québec et au Canada (ex. : *Loi sur les Indiens*, pensionnats, missionnaires, sédentarisation forcée)¹. Plus particulièrement, eu égard au respect des droits territoriaux des peuples autochtones, le développement hydroélectrique de la Côte-Nord peut être qualifié de « vrai scandale » comme l'exprimait le constitutionnaliste André Binette dans une opinion publiée récemment :

* Geneviève Motard, LL.B. (Montréal, 2000), LL.M. (Laval, 2008), LL.D. (Laval, 2013) est professeure agrégée à la Faculté de droit de l'Université Laval. Benjamin Chartrand est étudiant au baccalauréat en droit à l'Université Laval où il entamera sa maîtrise à l'automne 2019. Les auteurs souhaitent exprimer leur gratitude au Fonds de recherche du Québec Société et Culture (FRQSC) pour le financement qui a permis de réaliser la recherche menant à cet article ainsi qu'aux évaluateurs anonymes pour leurs commentaires constructifs.

¹ Concernant les pensionnats sur la Côte-Nord, voir notamment Truth and Reconciliation Commission, « Canada's Residential Schools: History, Part 2 1939 to 2000 » dans Truth and Reconciliation Commission, *Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, vol 1 (Montréal: McGill-Queen's University Press, 2015) aux p 40 et s. Pour un historique de la colonisation de Nitassinan, voir notamment Truth and Reconciliation Commission, « Canada's Residential Schools: The History, Part 1 Origins to 1939 » dans *ibid* aux p 40 et s.

En 1965, les Innus de la communauté de Pessamit ont obtenu 50 000 \$ pour le développement hydroélectrique de la rivière Manicouagan, qui allait conduire à la construction de quatorze barrages sur son territoire ancestral. Parmi ces barrages, on trouve Manic 5, la fierté des Québécois de l'époque, qui a beaucoup rapporté à Hydro-Québec depuis 60 ans. La puissance totale de ces barrages est équivalente à celle du réseau de barrages de la Baie-James. Aucun emploi, aucun contrat n'a été offert aux Innus lors de la construction de Manic 5. Des cimetières ont été inondés sans déplacer les sépultures. Aucune étude environnementale digne de ce nom n'a alors été effectuée².

Conclue une dizaine d'années plus tard, la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* (ci-après « *CBJNQ* »)³, à laquelle est partie la Commission hydroélectrique de Québec (maintenant Hydro-Québec), mais à laquelle ne sont pas associés les Innus, couvre une partie importante du Nitassinan septentrional. Deux dispositions de la *CBJNQ* concernent plus particulièrement les Innus. La première, la clause 2.6, se lit :

2.6 La législation fédérale approuvant la Convention, la mettant en vigueur et la déclarant valide doit éteindre tous les revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient, de tous les Indiens et de tous les Inuit aux terres et dans les terres du Territoire.

La seconde, la clause 2.14, prévoit ce qui suit :

2.14 Le Québec s'engage à négocier avec les autres Indiens ou Inuit non admissibles aux indemnités et avantages de la présente Convention toute revendication qu'ils peuvent avoir relativement au Territoire.

Nonobstant les engagements prévus à la phrase précédente, aucune disposition du présent article n'est réputée constituer une reconnaissance, de quelque façon que ce soit, par le Canada ou le Québec, de quelque droit de ces Indiens ou Inuit.

Aucune disposition du présent article n'influe sur les obligations, s'il y en a, que le Canada peut avoir quant aux revendications de ces autochtones relativement au Territoire. Le présent article ne sera pas intégré dans la loi.

En 1979, les Innus ont entamé des négociations avec les autorités québécoises en vue, pour les Innus, d'obtenir reconnaissance de leurs droits et, pour l'État, d'obtenir une certitude quant aux territoires du Nitassinan non visés par la *CBJNQ*. Toute chose étant égale par ailleurs, aucune indemnité ni avantage n'a été versé aux Innus concernant la partie du Nitassinan couverte par la *CBJNQ*⁴. En ce qui concerne une autre partie du

² André Binette, « Le vrai scandale de la Côte-Nord », Page Idée, *Le Devoir de Montréal* (23 août 2018), en ligne : *Le Devoir* <ledevoir.com>.

³ *Convention de la Baie-James et du Nord québécois et conventions complémentaires*, 11 novembre 1975, en ligne : Publications du Québec <www3.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/produits/conventions/lois/loi.fr.html> [*CBJNQ*].

⁴ Binette, *supra* note 2.

Nitassinan, une entente de principe d'ordre général a été conclue en 2004⁵. À ce jour, soit quarante ans après le début des négociations et près de quarante-cinq ans après l'engagement qu'a pris le Québec de négocier « les revendications des autres Indiens relativement au Territoire »⁶, une entente se fait toutefois toujours attendre. Bien entendu, l'achoppement des négociations et l'absence de reconnaissance des droits par le Québec par d'autres moyens a des conséquences majeures en ce qui concerne les modalités d'exploitation des terres et des ressources du territoire dans son ensemble⁷. C'est à la lumière de ce manque de respect flagrant des droits territoriaux des Innus qu'il faut analyser les enjeux de nature juridique que pose le report du projet Apuiat⁸.

Le projet Apuiat est un projet initié par les Innus, en partenariat avec Boralex et RES, entreprises se décrivant comme spécialisées dans les projets d'énergie éolienne et de technologies écoresponsables⁹. Il s'agit du « développement d'un projet éolien de 200 MW sur le territoire traditionnel (Nitassinan) de la Première Nation de Uashat mak Mani-utenam et sur des terres publiques de la municipalité de Port-Cartier, sur la Côte-Nord au Québec. Une partie du projet se retrouverait également sur le territoire non organisé Lac-Walker, situé dans la MRC de Sept-Rivières »¹⁰. Au-delà des retombées économiques envisagées (investissements de 600 à 700 millions de dollars et création de 300 à 400 emplois dans la phase de construction et de 10 à 15 emplois pour la phase d'opération, de formation et de retombées indirectes¹¹), les porteurs du projet mettent de l'avant deux arguments. D'une part, écrivent-ils dans un communiqué de presse, le projet est « structurant pour notre Nation, en plus d'être synonyme de réconciliation et d'unité non seulement avec le gouvernement du Québec, mais aussi entre les neuf communautés innues [, et il devrait favoriser le rehaussement du] bien-être socio-économique des membres des Premières Nations vivant dans les réserves [qui] a tendance à être considérablement inférieur à celui des autres Canadiens »¹². D'autre part, ils ajoutent que « depuis plus de deux ans maintenant, nous avons réussi à bâtir avec les communautés nord-côtières non-

⁵ Voir Maxime Saint-Hilaire, « La proposition d'entente de principe avec les Innus : vers une nouvelle génération de traités? » (2003) 44 C de D 395.

⁶ *CBJNQ*, *supra* note 3, cl 2.14.

⁷ Voir par exemple les poursuites judiciaires entamées par les Innus contre l'entreprise Kruger en vue d'assurer la protection de l'île René-Levasseur (*Betsiamites (Première Nation de) c Canada (Procureur général)*, [2005] RJQ 1745 (CS)).

⁸ « Déclaration de la Nation innue suite à la rencontre avec le premier ministre du Québec » (29 novembre 2018), en ligne (pdf) : *Apuiat* <apuiat.com/media/cms/doccenters_mod/1/projet_colien_apuiat_vf.pdf>.

⁹ « À propos », en ligne : *Apuiat* <apuiat.com/fr/a-propos>.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ « Retombées économiques » (dernière consultation 11 février 2018), en ligne : *Apuiat* <apuiat.com/fr/retombees-economiques>.

¹² Bureau du vérificateur général du Canada, *Rapport 5 - Les écarts socio-économiques dans les réserves des Premières Nations - Services aux Autochtones Canada* (Ottawa: BVG, 2018) tel que cité dans « Déclaration de la Nation Innue en réponse à la CAQ Projet éolien Apuiat : un projet porteur pour les communautés innues et nord-côtières » (24 juillet 2018), en ligne (pdf) : *Apuiat* <apuiat.com/media/cms/doccenters_mod/1/declaration_de_la_nation_innue_juillet_2018_vf.pdf> [« Déclaration de la Nation Innue en réponse à la CAQ »].

autochtones une adhésion au projet telle qu'aujourd'hui, nous sommes fiers de dire qu'il s'agit du PREMIER projet de développement énergétique à rassembler nos deux peuples »¹³. Mis en relations avec le passé de dépossession territoriale, on ne doit pas sous-estimer la valeur de ces deux arguments.

Alors qu'il avait fait, au cours de l'été 2018, mention de ses doutes quant à la viabilité économique du projet pour Hydro-Québec, le parti de la Coalition Avenir Québec (CAQ) a, le 18 octobre 2018, été appelé par le lieutenant-gouverneur à former le gouvernement du Québec. Ce faisant, la CAQ remplace le Parti libéral du Québec (PLQ), au pouvoir à Québec pratiquement sans interruption depuis 2003. C'est dans le cours du mandat électif du PLQ, que se sont déroulées les négociations entre Hydro-Québec et les Innus. Avant de voir à reporter le projet et de promettre aux Innus qu'Apuiat serait le prochain projet d'Hydro-Québec, les négociations pour le contrat d'achat d'énergie avaient été menées à leurs termes et devaient être validées par le conseil d'administration d'Hydro-Québec, mesure qui avait été reportée en raison des élections en cours à l'automne 2018.

L'attribution du bloc d'énergie éolienne aux Innus s'inscrivait dans le cadre de la politique énergétique du Québec 2006-2015 qui s'est déployée comme suit.

En 2003, la puissance installée en énergie éolienne au Québec est d'environ 100 MW. Entre 2003 et 2005, Hydro-Québec lance de multiples appels d'offres pour développer la filière de l'énergie éolienne et ainsi diversifier l'apport énergétique du Québec. Dès lors, en 2003, un appel d'offres est lancé pour l'achat d'un bloc de 1000 MW d'énergie éolienne. En 2005, un appel d'offres pour l'achat d'un bloc de 2000 MW d'énergie éolienne est aussi lancé.

En 2006, le gouvernement du Québec adopte sa nouvelle politique énergétique 2006-2015, laquelle prévoit notamment de mener à bien les deux appels d'offres déjà lancés par Hydro-Québec (tous ces projets sont aujourd'hui attribués et en service) et d'augmenter à 4000 MW le potentiel d'énergie éolienne du réseau d'Hydro-Québec. Cette politique énergétique prévoit également spécifiquement que deux blocs de 250 MW d'énergie éolienne seront respectivement attribués aux régions (MRC) et aux communautés autochtones¹⁴. Un seul projet est retenu pour le bloc réservé aux communautés autochtones, lequel totalise 24 MW (en 2018, ce projet n'était toujours pas en service), alors que 11 projets le sont pour le bloc réservé aux régions (MRC), lesquels totalisent 267,4 MW. En 2009, un nouvel appel d'offres de 500 MW supplémentaires, réservé au milieu communautaire et aux nations autochtones est lancé. Aucun projet mené par une nation autochtone n'est retenu. Au printemps 2013, le gouvernement du Québec annonce qu'un quatrième appel d'offres de 450 MW serait lancé et qu'un projet de gré à gré avec participation autochtone se

¹³ « Déclaration de la Nation Innue en réponse à la CAQ », *supra* note 12.

¹⁴ Québec, Ministère des Ressources naturelles et de la faune, *L'énergie pour construire le Québec de demain : stratégie énergétique du Québec 2006-2015* (Québec: Publications du Québec, 2006) aux pp 5, 106, en ligne (pdf) : [MERN <mern.gouv.qc.ca/publications/energie/strategie/strategie-energetique-2006-2015.pdf>](http://mern.gouv.qc.ca/publications/energie/strategie/strategie-energetique-2006-2015.pdf).

réaliserait également, mais indépendamment de l'appel d'offres¹⁵. Le 21 mars 2014, une entente de gré à gré est ainsi conclue afin de permettre la réalisation du projet autochtone Mesgi'g Ugju's'n. Il s'agit d'un projet de 149,25 MW dont cinquante pour cent du contrôle revient à l'organisme autochtone Mi'gmawei Mawiomi. Ce projet a été mis en service en décembre 2016¹⁶.

Ainsi, comme en fait mention le gouvernement du Québec : « Au 12 mars 2018, le Québec comptait 3878,9 MW de puissance [éolienne] installée sur son territoire et intégrée au réseau d'Hydro-Québec »¹⁷. Le seul bloc énergétique non attribué par appel d'offres, mais de gré à gré, l'est à un organisme autochtone. Par appel d'offres, un seul projet porté par un organisme autochtone a été retenu, pour un bloc énergétique de 24MW, alors que 250 MW devaient ainsi être attribués selon la politique énergétique du Québec.

En ce qui a trait à la chronologie propre au partenariat entre Hydro-Québec et la Nation innue dans le cadre du projet Apuiat, sous l'égide de cette dernière politique énergétique, elle va comme suit.

Un premier contrat, attribuant un bloc énergétique et jetant les bases d'un partenariat pour concrétiser la réalisation d'un projet éolien, est conclu de gré à gré en 2012. Le 21 décembre 2015, le gouvernement du Québec « annonçait la mise en place d'un partenariat avec la Nation innue afin de développer un projet éolien de 200 MW » dont la réalisation est prévue en deux phases, soit en 2022 et 2023, en vue de « compléter l'objectif de 4 000 MW de la précédente stratégie énergétique »¹⁸. Après avoir tenu des consultations publiques et conclu des partenariats, les négociations avec Hydro-Québec se sont néanmoins éternisées puisque plus de trois ans après l'entente initiale, le contrat d'achat d'énergie n'avait toujours pas été conclu, bien que le contenu de celui-ci fut entièrement négocié et qu'il ne manquait que l'approbation du conseil d'administration d'Hydro-Québec. Or, au courant de l'été 2018, les positions du président-directeur général d'Hydro-Québec mettaient en doute la rentabilité du projet pour son organisme qui, estimait-il, profitait déjà d'un surplus énergétique important. L'achat d'énergie supplémentaire, mais inutile et à un prix élevé, causerait alors, selon ses estimations, une perte de 1,5 à 2 milliards de dollars pour l'organisme

¹⁵ *Règlement sur un bloc de 450 mégawatts d'énergie éolienne*, D 1149-2013, (2013) GOQ II, 4933A; *Concernant les préoccupations économiques, sociales et environnementales indiquées à la Régie de l'énergie à l'égard d'un bloc de 450 mégawatts d'énergie éolienne*, D 1150-2013, (2013) GOQ II, 4935A; *Concernant la dispense accordée au distributeur d'électricité de recourir à l'appel d'offres pour la conclusion d'un contrat d'approvisionnement auprès d'un fournisseur lié à une communauté autochtone à l'égard d'un bloc d'énergie éolienne de 149,65 mégawatts*, D 191-2014, (2014) GOQ II, 1191.

¹⁶ Cette chronologie de l'attribution des contrats et de l'évolution des projets se trouve sur le site internet du gouvernement du Québec (Québec, Énergie et Ressources naturelles, « Projets éoliens au Québec », en ligne : [MERN <mern.gouv.qc.ca/energie/energie-eolienne/projets-eoliens-au-quebec/>](http://mern.gouv.qc.ca/energie/energie-eolienne/projets-eoliens-au-quebec/) [« Projets éoliens au Québec »]). Voir également Marie-Claude Prémont, « L'étonnante construction juridique de l'énergie éolienne au Québec » (2014) 10:1 RDDDM 26.

¹⁷ « Projets éoliens au Québec », *supra* note 16.

¹⁸ *Ibid.*

dans le cours des vingt prochaines années¹⁹. Contestées par les Innus, cette position a cependant été retenue par le premier ministre Legault, nouvellement en place, qui a préféré reporter la conclusion du contrat.

C'est dans ce contexte bien singulier que nous nous sommes interrogés sur la portée des obligations qui découlent du principe constitutionnel de l'honneur de la Couronne dans le cours des négociations qui doivent mener à la conclusion d'ententes de nature socio-économique ou commerciale avec des peuples autochtones. Ces derniers ont toujours conclu des accords de nature diverse et ce avec autant d'intervenants, allant par exemple des alliances politiques et économiques, aux traités de paix et de cession aux accords de revendications territoriales, aux accords sectoriels ou aux ententes sur les répercussions et les avantages. Or, les législateurs et les tribunaux ont élaboré des normes de bonne conduite dans le cours des négociations, et ce, dans divers aspects des relations humaines, et plus particulièrement dans le cours des rapports qu'entretient la Couronne avec les peuples autochtones. Dans une première partie, nous rappellerons le statut juridique d'Hydro-Québec et sa mission, ainsi que les principes d'identification des titulaires des obligations découlant du principe de l'honneur de la Couronne. Dans une seconde partie, nous traiterons de la portée des obligations qui découlent de ce principe constitutionnel dans le contexte de négociations de nature commerciale ou socio-économique avec des peuples autochtones.

Partie 1 – Hydro-Québec et le principe de l'honneur de la Couronne

Pour comprendre les enjeux constitutionnels derrière l'échec des négociations d'Apuiat, il nous semble important de présenter, dans une première section, l'évolution, le statut et la mission d'Hydro-Québec et, dans une seconde section, de nous interroger sur les titulaires des obligations qui découlent du principe constitutionnel de l'honneur de la Couronne.

A) La mission et le statut juridique d'Hydro-Québec

La création d'Hydro-Québec « s'insère d'abord dans un mouvement nord-américain de remise en question du grand capital, accusé d'ébranler les principes du libéralisme, et du rôle de l'État dans les sphères économiques et sociales, surtout à la suite de la Grande Crise économique [en 1929] »²⁰. En 1934, la Commission Lapointe se penche sur les grandes questions se rapportant au marché de l'électricité (ex. : nationalisation et municipalisation de l'électricité, instauration de tarifs adéquats et électrification du Québec rural)²¹. Même si les commissaires ne vont pas jusqu'à recommander la nationalisation de l'électricité²², le gouvernement d'Adélard Godbout annonce, en

¹⁹ Pour quelques explications de nature politique, voir le texte suivant Denis Lessard, « Projet éolien d'Apuiat: le président d'Hydro soulève l'ire du gouvernement », *La Presse* [de Montréal] (9 août 2018), en ligne : *La Presse* <lapresse.ca>.

²⁰ Stéphane Savard, *Hydro-Québec et l'État québécois. 1944-2005* (Québec: Septentrion, 2013) à la p 36.

²¹ *Ibid* à la p 38.

²² *Ibid* à la p 38.

1943, l'étatisation de la *Montreal Light, Heat and Power Consolidated*, laquelle détient le monopole de la production, du transport et de la distribution d'énergie (de gaz et d'électricité) dans la région de Montréal²³. Le 14 avril 1944, le législateur crée alors, par loi, la Commission hydroélectrique de Québec, laquelle a le mandat « de fournir l'énergie aux municipalités, aux entreprises industrielles ou commerciales et aux citoyens de cette province aux taux les plus bas compatibles avec une saine administration financière »²⁴. L'intervention de l'État s'explique, d'abord et surtout, par des principes de solidarité sociale. En outre, cela s'exprime par la redistribution des richesses issues du bien commun qu'est l'hydroélectricité et par le développement subséquent des différentes régions du Québec où l'offre d'électricité est déficiente²⁵. Cette intervention s'appuie aussi sur l'hypothèse que « l'industrialisation engendrée par les interventions [de la Commission hydroélectrique] permettrait de rattraper les voisins sur le plan économique et, ainsi, de propulser le Québec vers la modernité »²⁶. Vingt ans plus tard, le gouvernement Lesage nationalise l'électricité en accordant le quasi-monopole de la production, du transport et de la distribution d'électricité à la Commission hydroélectrique, en lui réservant les ressources hydrauliques non concédées aux intérêts privés et en achetant la grande majorité des compagnies d'énergie privées restantes²⁷. La Commission hydroélectrique devient ainsi « l'entreprise publique la plus importante de cet État québécois en pleine croissance »²⁸. Les objectifs de cette nationalisation comprennent fondamentalement celui d'uniformiser les tarifs d'électricité dans l'ensemble du Québec²⁹. À partir de ce moment, les grands projets permettant à la Commission hydroélectrique d'augmenter de manière imposante sa capacité de production fusent³⁰. Un des exemples parmi les plus connus reste le lancement du « projet du siècle » du gouvernement Bourassa, en 1971³¹. Du reste, la mission de croissance économique s'impose de plus en plus.

²³ Roger Lanoue et Taïeb Hafsi, *Société d'État? Pourquoi pas ? Concilier politique et performance. Les secrets de la réussite d'Hydro-Québec* (Québec: Presses de l'Université du Québec, 2010) à la p 54; Claude Bellavance, *Shawinigan Water and Power, 1898-1963. Formation et déclin d'un groupe industriel au Québec* (Montréal, Éditions du Boréal, 1994) à la p 96.

²⁴ *Loi établissant la Commission hydroélectrique de Québec*, LQ 1944, c 22, art 22; Savard, *supra* note 20 aux pp 39–40.

²⁵ Savard, *supra* note 21 aux pp 42, 301.

²⁶ *Ibid* à la p 184.

²⁷ Ce projet de nationalisation de l'électricité fut accepté par la population dans le cadre d'une élection référendaire au début des années 1960, ce qui en fait une sorte de « pacte social de l'électricité » (*ibid* à la p 46). Voir aussi Gaétan Breton et Jean-François Blain, *Les mauvais coûts d'Hydro-Québec*, Québec, Nota bene, 1999 à la p 7.

²⁸ Savard, *supra* note 20 à la p 47.

²⁹ Lanoue et Hafsi, *supra* note 23 aux pp 55–56.

³⁰ Savard, *supra* note 20 à la p 49.

³¹ *Ibid* à la p 54. L'opposition des Cris et des Inuits (*ibid* à la p 57) a mené à une poursuite judiciaire qui s'est conclue par la décision du juge Malouf dans l'affaire *Gros Louis c Société de développement de la Baie James*, [1973] QJ 8, 8 CNLC 188 (CS) inf par *Kanatewat c James Bay Development Corp*, [1974] QJ No 14, [1975] CA 166 (CA) ainsi que par *CBJNQ*, *supra* note 3.

En effet, « la récession économique de 1981 et 1982 ouvre le bal à un profond changement »³², ce qui se conjugue à « une cassure dans la croissance sereine de la demande d'électricité »³³. En pleine effervescence, la pensée néolibérale amène les autorités à proposer « une redéfinition du rôle de l'État et une réorganisation du secteur économique, en prenant notamment appui sur les principes de performance, d'efficacité, de compétitivité, de commercialisation, de dérèglementation et de privatisation »³⁴. La Commission hydroélectrique met dorénavant l'accent sur la rentabilité financière, soit la « capacité de dégager des profits substantiels »³⁵.

En 1978, la Commission hydroélectrique, renommée Hydro-Québec, devient une entreprise publique composée d'un conseil d'administration et d'un président-directeur général³⁶. La *Loi sur Hydro-Québec* est parallèlement modifiée et prévoit dorénavant que le gouvernement peut établir des politiques énergétiques auxquelles est lié Hydro-Québec³⁷. Le ministre responsable a désormais le pouvoir de fournir des orientations et des instructions³⁸. Cette situation caractérise toujours la relation entre Hydro-Québec et le gouvernement³⁹. En 1981, une modification à la *Loi sur Hydro-Québec* vient réformer le statut juridique d'Hydro-Québec qui devient une compagnie à fonds social, dont le gouvernement du Québec est l'unique actionnaire⁴⁰. Sous forme de dividende, l'État récupère une partie des profits d'Hydro-Québec, ce qui exige de cette dernière qu'elle offre un bon rendement à son seul actionnaire⁴¹. Selon un auteur, cela amène Hydro-Québec « à prendre des décisions qui sont mauvaises pour la

³² Savard, *supra* note 20 aux pp 215–16.

³³ Lanoue et Hafsi, *supra* note 23 à la p 67.

³⁴ Savard, *supra* note 20 aux pp 215–16.

³⁵ *Ibid* à la p 216.

³⁶ *Loi sur Hydro-Québec*, RLRQ, c H-5, art 3; *Loi modifiant la Loi d'Hydro-Québec et la Loi du développement de la région de la Baie-James*, LQ 1978, c 41.

³⁷ *Loi sur Hydro-Québec*, *supra* note 36, art 22.1; *Loi modifiant la Loi d'Hydro-Québec et la Loi du développement de la région de la Baie-James*, *supra* note 36, art 8.

³⁸ Lanoue et Hafsi, *supra* note 23 à la p 64.

³⁹ *Loi sur Hydro-Québec*, *supra* note 36, art 22.1; *Loi sur la Régie de l'énergie*, RLRQ, c R-6.01, arts 5, 49, 72–73. Voir, par exemple, les interprétations récentes de ces dispositions par la Régie de l'énergie *Hydro-Québec et Association québécoise des consommateurs industriels d'électricité*, 2014 CanLII 60777 (RDE QC) aux para 236 et s (« L'article 22.1 de la LHQ indique qu'Hydro-Québec doit prévoir les moyens de satisfaire les besoins du Québec en énergie dans le cadre des politiques énergétiques que le gouvernement peut établir. Cela est reflété dans la Loi, notamment, par des dispositions qui permettent au gouvernement d'adopter un règlement afin d'imposer au Distributeur l'acquisition de blocs d'énergie éolienne dont le Plan doit tenir compte, ainsi que des dispositions permettant au gouvernement d'indiquer à la Régie, par décret, ses préoccupations économiques, sociales et environnementales dont la Régie doit tenir compte » au para 239); *Hydro-Québec et Association coopérative d'économie familiale de l'Outaouais (ACEFO)*, 2014 CanLII 61794 (RDE QC) aux para 190 et s.

⁴⁰ *Loi modifiant la Loi sur Hydro-Québec*, LQ 1981, c 18, art 1.

⁴¹ *Loi sur Hydro-Québec*, *supra* note 36, art 15.1. Voir la discussion plus approfondie du régime juridique applicable à ce jour aux notes 52 et s.

collectivité, mais rentables d'un point de vue strictement commercial »⁴². En outre, cette approche de la mission d'Hydro-Québec remet en question les objectifs sociaux de la nationalisation opérée en 1963, puisque cette réforme avait pour finalité d'uniformiser les tarifs pour l'ensemble de la population québécoise, indépendamment du lieu de résidence (un tarif « timbre-poste »). La fixation de ces tarifs permettait seulement de couvrir les coûts réels de la production, du transport et de la distribution de l'électricité, et non de répondre à des impératifs commerciaux, comme celui d'avoir un rendement optimal pour son seul actionnaire⁴³.

À la fin des années 1980, le virage commercial qu'entreprend Hydro-Québec se confirme à la suite de son ouverture à l'exportation d'électricité. Cet accès à l'exportation se concrétise pour deux raisons contextuelles. D'une part, l'État met en place, avec la création de la Régie de l'Énergie en 1996, un encadrement plus serré du marché de l'énergie québécois⁴⁴. D'autre part, la déréglementation américaine des marchés de l'électricité y permet dorénavant l'importation⁴⁵. Dans son étude, Stéphane Savard affirme que l'exportation d'énergie a constitué le principal bouleversement de la vocation d'Hydro-Québec⁴⁶, puisque le secteur québécois devient alors ouvert à la concurrence⁴⁷. Ce chambardement s'explique par les contreparties auxquelles le gouvernement québécois a dû consentir afin d'obtenir l'accréditation d'Hydro-Québec comme grossiste sur le marché américain de la *Federal Energy Regulatory Commission*. En effet, pour obtenir cette accréditation, le gouvernement a dû donner un accès équivalent et non-discriminatoire au marché québécois aux grossistes américains⁴⁸. C'est principalement pour répondre à cette exigence de non-

⁴² Martin Poirier, « Troisième cas : l'électricité » dans Martin Poirier et al, dir, *À qui profite le démantèlement de l'État ?* (Montréal: Chaire d'étude socio-économiques de l'UQAM, 1998) 257 à la p 263 (l'auteur estime que l'abandon du programme d'efficacité énergétique d'Hydro-Québec en 1997-1998 en est un exemple). On peut également penser à l'imposition, en 1996, de coûts de raccordement dissuasifs aux habitants des Îles-de-la-Madeleine par Hydro-Québec (Breton et Blain, *supra* note 28 aux pp 9, 40).

⁴³ Breton et Blain, *supra* note 27 à la p 8. C'est dorénavant la Régie de l'énergie qui s'assure que les tarifs de distribution soient bas et que les conditions de cette distribution respectent les impératifs de développement durable et ceux prévus dans les politiques du gouvernement. En somme, la Régie veille sur l'intérêt public et celui des consommateurs (*Loi sur Hydro-Québec*, *supra* note 36, art 20.0.1; *Loi sur la Régie de l'énergie*, *supra* note 39, plusieurs arts, notamment art 5). En quelque sorte, on peut affirmer que l'obligation de respecter les impératifs sociaux ont été transférés d'Hydro-Québec à la Régie de l'énergie; Hydro-Québec devant se concentrer sur des impératifs commerciaux. La situation est ainsi paradoxale puisque Hydro-Québec doit agir en fonction du meilleur intérêt de son seul actionnaire, qui, lui, doit prioriser l'intérêt public, le tout dans les limites imposées par la Régie. En outre, il semble que la Régie ait été créée pour encadrer le marché de l'énergie à une époque où Hydro-Québec avait des missions contradictoires, soit de faire des profits tout en assurant le maintien de tarifs bas et uniformes, ainsi que des services adéquats.

⁴⁴ *Loi sur la Régie de l'énergie*, LQ 1996, c 61. Voir aussi *Loi sur l'exportation de l'électricité*, RLRQ, c E-23.

⁴⁵ Breton et Blain, *supra* note 27 aux pp 7, 18; Savard, *supra* note 20 à la p 224.

⁴⁶ Savard, *supra* note 20 à la p 224.

⁴⁷ *Ibid* à la p 68. Voir aussi Breton et Blain, *supra* note 27 à la p 23; Lanoue et Hafsi, *supra* note 23 à la p 87.

⁴⁸ Breton et Blain, *supra* note 27 aux pp 27 et s. Voir *Conditions et tarifs du service de transport en gros de l'électricité*, D 1559-96, (1996) GOQ II, 7387 (« Des ventes potentielles d'Hydro-Québec aux États-Unis seront vulnérables à des plaintes de concurrents si la Société ne se conforme pas au nouveau cadre réglementaire en déposant devant la « Federal Energy Regulatory Commission » une demande

discrimination que les activités d'Hydro-Québec furent séparées et partagées entre différentes entités administratives (ex. : Hydro-Québec Production et Hydro-Québec Distribution)⁴⁹. En somme, cette transformation dans l'encadrement du marché « consolide de façon évidente le caractère commercial de la société d'État »⁵⁰.

À ce jour, Hydro-Québec demeure une compagnie à fonds social⁵¹ dont les actions font partie du domaine de l'État⁵² et qui a le statut de mandataire de la Couronne ou société d'État⁵³. La *Loi sur la Régie de l'énergie* reconnaît à Hydro-Québec l'exclusivité en ce qui concerne le transport et la distribution d'électricité sur le territoire québécois⁵⁴ et l'article 22 de la *Loi sur Hydro-Québec* prévoit qu'Hydro-Québec a pour mission « de fournir de l'énergie et d'œuvrer dans le domaine de la recherche et de la promotion relatives à l'énergie, de la transformation et de l'économie de l'énergie, de même que dans tout domaine connexe ou relié à l'énergie »⁵⁵. Dans l'atteinte de ces finalités, le ministre responsable a le pouvoir de donner des directives sur l'orientation et les objectifs qu'Hydro-Québec doit poursuivre; cette dernière est alors tenue de s'y conformer⁵⁶.

d'autorisation de vendre de l'électricité aux prix du marché et un règlement sur les conditions et les tarifs de transport en gros de l'électricité approuvé par le gouvernement. Hydro-Québec pourra profiter de nouvelles occasions de vente aux États-Unis dès qu'elle pourra se prévaloir des conditions du nouveau cadre réglementaire américain »).

⁴⁹ Breton et Blain, *supra* note 27 à la p 30.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Loi sur Hydro-Québec*, *supra* note 36, arts 3.1–3.2.

⁵² *Ibid.*, art 3.3.

⁵³ *Ibid.*, art 3.1.1. Cette compagnie est donc, sauf exception, régie par la Partie II de la *Loi sur les compagnies* (*Loi sur les compagnies*, RLRQ, c C-38. Voir *Loi sur Hydro-Québec*, *supra* note 36, art 3.6). Par exemple, l'article 138 de la *Loi sur les compagnies* prévoit que « [l]es contrats, conventions, engagements ou marchés faits, les lettres de change tirées, acceptées ou endossées et les billets et chèques faits, tirés ou endossés au nom de la compagnie par ses agents, dirigeants ou employés, dans l'exercice ordinaire des pouvoirs qu'ils ont reçus comme tels, en vertu de ses règlements, lient la compagnie, et, dans aucun cas, il n'est nécessaire d'apposer le sceau de la compagnie sur ces contrats, conventions, engagements, marchés, lettres de change, billets ou chèques, ni de prouver qu'ils ont été faits, tirés, acceptés ou endossés, selon le cas, conformément à un règlement, ou à une résolution ou à un ordre spécial; et la personne qui agit de la sorte comme agent, dirigeant ou employé de la compagnie, ne contracte par là aucune responsabilité personnelle envers les tiers; mais rien, dans la présente partie, n'autorise la compagnie à émettre un billet payable au porteur ou un billet à ordre destiné à circuler comme papier-monnaie ou comme billet de banque » (*Loi sur les compagnies*, art 138).

⁵⁴ *Loi sur la Régie de l'énergie*, *supra* note 39, arts 1, 62.

⁵⁵ *Loi sur Hydro-Québec*, *supra* note 36, art 22.

⁵⁶ *Ibid.*, art 61.1. Les politiques énergétiques du gouvernement ont une portée contraignante et font partie, selon les articles 22.1 de la *Loi sur Hydro-Québec* et 5 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*, du cadre réglementaire qui limite la liberté tant d'Hydro-Québec que de la Régie de l'énergie. C'est le cas de la politique de 4000 MW. C'est, en d'autres mots, une façon pour le gouvernement d'imposer ses choix et ses directives dans l'établissement des besoins énergétiques et des moyens pour les satisfaire pour son mandataire, Hydro-Québec, et d'imposer des objectifs dont la Régie doit tenir compte dans ses décisions, voir *Énergir, sec et Association coopérative d'économie familiale de Québec (ACEF de Québec)*, 2018 CanLII 41122 (RDE QC) au para 16; *Hydro-Québec et Association coopérative d'économie familiale de*

Depuis le virage commercial entrepris à partir des années 1980, Hydro-Québec doit maximiser son rendement tout en respectant le cadre établi par la *Loi sur la Régie de l'énergie*⁵⁷ quant aux services et aux tarifs⁵⁸. En outre, un volume annuel maximal de référence de 165 TWh produit par Hydro-Québec Production est réservé pour Hydro-Québec Distribution pour le marché québécois à un prix préétabli. Cette mesure permet d'assurer la sécurité énergétique des Québécois⁵⁹. Pour le reste, « toute énergie supplémentaire requise par Hydro-Québec Distribution peut être vendue beaucoup plus cher par Hydro-Québec Production, par les entreprises privées ou encore par les grossistes américains »⁶⁰. Cette situation permet à Hydro-Québec Production de vendre l'excédent de sa production d'énergie sur le marché canadien et américain. Les activités de la branche administrative Hydro-Québec Distribution, contrairement à celles Hydro-Québec Production qui vend seulement en gros l'énergie électrique, sont encadrées par la *Loi sur la Régie de l'énergie*⁶¹. Cette branche administrative a le quasi-monopole (outre les réseaux municipaux et coopératifs, comme Hydro-Sherbrooke) de la distribution d'énergie électrique au Québec⁶², ce qui l'oblige à garantir un approvisionnement suffisant en électricité à la population québécoise⁶³. Outre le 165 TWh que produit Hydro-Québec Production et qui est réservé pour Hydro-Québec Distribution, l'approvisionnement en électricité de cette dernière se fait généralement par des appels d'offres⁶⁴, dont la procédure doit être approuvée et surveillée par la Régie de l'énergie⁶⁵. Dans l'exercice de ses compétences, comme lors de la fixation des tarifs de transport ou de distribution d'électricité⁶⁶, la Régie de l'énergie, dont les membres sont tous désignés par le gouvernement⁶⁷, « assure la conciliation entre l'intérêt public, la protection des

l'Outaouais (ACEFO), 2014 CanLII 61794 (RDE QC) aux para 190 et s; *Hydro-Québec et Association québécoise des consommateurs industriels d'électricité*, 2014 CanLII 60777 (RDE QC).

⁵⁷ Lanoue et Hafsi, *supra* note 23 à la p 88.

⁵⁸ En ce sens, entre 1997 et 2000, Hydro-Québec est administrativement séparée en trois divisions (maintenant quatre) : (1) Hydro-Québec TransÉnergie qui gère le réseau de transport d'électricité, (2) Hydro-Québec Production qui exploite la production énergétique d'Hydro-Québec et la commercialise en gros, au Québec et ailleurs, et (3) Hydro-Québec Distribution qui assure l'approvisionnement électrique au détail des québécois (Hydro-Québec, « Direction générale » (29 janvier 2018), en ligne (pdf) : *Hydro-Québec* <hydroquebec.com/data/loi-sur-acces/pdf/direction-generale-hydro-quebec.pdf>; Savard, *supra* note 21 aux pp 68–69).

⁵⁹ *Loi sur la Régie de l'énergie*, *supra* note 39, art 52.2.

⁶⁰ Savard, *supra* note 20 à la p 69.

⁶¹ *Loi sur la Régie de l'énergie*, *supra* note 39, art 1.

⁶² *Ibid*, arts 2, 60–62.

⁶³ *Ibid*, art 71.1.

⁶⁴ *Ibid*, art 74.1.

⁶⁵ *Ibid*, arts 74.1–74.2. Voir notamment *Hydro-Québec*, 2016 CanLII 28780 (RDE QC) (« Afin de satisfaire les besoins des marchés québécois qui excèdent le volume d'électricité patrimoniale, le Distributeur doit procéder à un appel d'offres, ou obtenir une dispense de recourir à un appel d'offres pour des contrats de court terme, soit ceux d'une durée de moins de trois mois » au para 6).

⁶⁶ *Loi sur la Régie de l'énergie*, *supra* note 39, arts 49 et s.

⁶⁷ *Ibid*, art 7.

consommateurs et un traitement équitable du transporteur d'électricité et des distributeurs. Elle favorise la satisfaction des besoins énergétiques dans le respect des objectifs des politiques énergétiques du gouvernement et dans une perspective de développement durable et d'équité au plan individuel comme au plan collectif »⁶⁸.

Du côté administratif, Hydro-Québec est dirigé par un conseil d'administration composé de dix-sept membres, incluant le président du conseil et le président-directeur général⁶⁹. Outre le président du conseil et le président-directeur général, qui sont soumis à des processus de nomination particuliers⁷⁰, les quinze autres administrateurs sont choisis par le gouvernement selon leurs compétences et leurs expériences⁷¹. Le gouvernement doit s'assurer que les deux tiers des membres du conseil d'administration, dont le président du conseil, soient des administrateurs indépendants, c'est-à-dire qu'ils ne doivent pas avoir, directement ou indirectement, « de relations ou d'intérêts, par exemple de nature financière, commerciale, professionnelle ou philanthropique, susceptibles de nuire à la qualité de leurs décisions eu égard aux intérêts [d'Hydro-Québec] »⁷². Le conseil d'administration établit notamment les orientations stratégiques de la société⁷³, adopte le plan stratégique et approuve la nomination des dirigeants autre que le président-directeur général⁷⁴. Ce plan stratégique, qui guide les actions d'Hydro-Québec⁷⁵, est soumis à l'approbation du gouvernement⁷⁶.

⁶⁸ *Ibid*, art 5.

⁶⁹ *Loi sur Hydro-Québec*, *supra* note 36, art 4.

⁷⁰ *Ibid*, arts 4.0.2, 11.6.

⁷¹ *Ibid*, art 4.0.1.

⁷² *Ibid*, art 4.0.6. Le président-directeur général est nommé par le gouvernement, sur la recommandation du conseil d'administration (*Ibid*, art 11.6).

⁷³ *Ibid*, art 7.1.

⁷⁴ *Ibid*, art 7.2.

⁷⁵ Voir, pour son contenu *ibid*, art 11.12. Les obligations de produire des plans stratégiques sont présents pour la plupart des organismes publics québécois. Ces plans servent à établir des objectifs, des priorités et des résultats pour lesdits organismes; des standards qui seront par la suite utiliser pour rendre compte de la gestion de ces organismes au gouvernement, par exemple, via des rapports annuels. Ainsi, il ne semble pas que ce document ait une réelle valeur normative, il sert plutôt d'outil général de direction et d'évaluation de l'organisme et de ses gestionnaires. C'est un outil également présent pour les conseils d'administration des sociétés par actions qui permet aux actionnaires d'avoir une idée d'où s'en va leurs investissements, de diriger les objectifs de la société et d'avoir un outil pour évaluer et contrôler le travail des administrateurs, qu'ils nomment et révoquent. Voir notamment *Loi sur l'administration publique*, RLRQ, c A-6.01, arts 8-11.

⁷⁶ *Loi sur Hydro-Québec*, *supra* note 36, art 11.13.

B) L'assujettissement des sociétés d'État au principe constitutionnel de l'honneur de la Couronne

D'entrée de jeu, rappelons qu'en droit public, la Couronne est l'institution centrale et permanente du système politique et gouvernemental canadien⁷⁷. Elle personnifie l'État et incarne le « Gouvernement »⁷⁸, une entité de nature juridique, personne morale de droit public, responsable d'exercer le pouvoir exécutif⁷⁹. S'il fût un temps où elle était une et indivisible⁸⁰, il est reconnu depuis 1932 que la Couronne est divisible et divisée non seulement au sein du Commonwealth, mais aussi à l'intérieur de la structure constitutionnelle canadienne⁸¹. En plus de la Couronne du chef du Canada, chaque province est dirigée par la Couronne du chef de sa province. Elles sont toutes des entités juridiques et gouvernementales distinctes, égales en droit, et disposant des attributs de la personnalité juridique⁸². Bien que la compétence sur les terres réservées et les Indiens ait été formellement attribuée au législateur fédéral dans la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸³, faisant ainsi fi des structures gouvernementales proprement autochtones, les tribunaux ont reconnu que les principes gouvernant les relations entre l'État et les peuples autochtones s'imposaient à la fois à la couronne fédérale et aux couronnes provinciales⁸⁴.

Mais encore, le contexte colonial propre aux relations entre les peuples autochtones et l'État a amené la Cour suprême à retenir une interprétation large de l'expression « Couronne » et des mesures de nature gouvernementale qui entraînent l'application du principe constitutionnel de l'honneur de la Couronne. Dans l'arrêt *Clyde River*, la Cour suprême affirme ainsi que, dans l'exercice de ses fonctions, l'Office national de l'Énergie, un organisme pourtant indépendant du gouvernement,

⁷⁷ Patrice Garant, *Droit administratif*, 7e éd (Montréal: Yvon Blais, 2017) aux pp 28–29 (« L'institution centrale et permanente de notre système politique et gouvernemental est donc la Couronne; alors que les souverains passent, la Couronne demeure. On peut définir la Couronne comme l'institution qui est investie de l'ensemble des droits et pouvoirs que possède le souverain et qu'il exerce par le canal de l'action collective ou individuelle de ses ministres ou de ses fonctionnaires. Cette institution est considérée comme une entité juridique personnalisée, une personne morale, une corporation. Cette corporation est cependant un type assez particulier; il s'agit d'une *corporation sole*, dont le titulaire unique est le souverain et dont le patrimoine est constitué par le domaine et le trésor public » aux pp 28–29).

⁷⁸ *Ibid* à la p 30. Voir *Formea Chemicals Ltd v Polymer Corp Ltd*, [1968] SCR 754.

⁷⁹ Garant, *supra* note 77 à la p 31.

⁸⁰ Julien Fournier et al, « L'abdication du roi Édouard VIII en 1936 : « autopsie » d'une modification de la Constitution canadienne » dans Michel Bédard et Philippe Lagassé, dir, *La Couronne et le Parlement* (Montréal: Yvon Blais, 2015) 353 aux pp 366 et s (La divisibilité de la Couronne britannique remonte au *Statut de Westminster* de 1931).

⁸¹ *In re Silver Brothers Limited*, [1932] AC 514, [1932] 2 DLR 673 (PC).

⁸² Garant, *supra* note 77 à la p 36.

⁸³ *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, art 91 (24), reproduit dans LRC 1985, annexe II, n 5.

⁸⁴ Voir par ex *Nation Haida c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73 aux para 57–59 [*Nation Haida*]; *Mitchell c Bande Indienne Peguis*, [1990] 2 RCS 85, [1990] SCJ No 63 [*Peguis*].

prend des décisions de nature exécutive que l'on peut associer à des « mesures gouvernementales » :

En un sens, la « Couronne » s'entend de la personnification de Sa Majesté de l'État canadien dans l'exercice des prérogatives et des privilèges qui lui sont réservés. Cependant, la Couronne désigne aussi la souveraine dans l'exercice de son rôle législatif officiel (lorsqu'elle sanctionne les projets de loi, qu'elle refuse de les sanctionner ou qu'elle réserve sa décision), et en tant que chef du pouvoir exécutif [...]. Pour cette raison, le mot « Couronne » est couramment employé comme symbole du pouvoir exécutif et pour désigner ce pouvoir. C'est ce que lord Simon of Glaisdale a décrit [...]: [traduction] La couronne, en tant qu'objet, est une coiffure ornée de bijoux conservée sous garde à la tour de Londres. Mais elle symbolise les pouvoirs du gouvernement qui étaient auparavant exercés par la personne portant la couronne; c'est ainsi qu'au 13^e siècle, les crimes étaient commis non seulement contre la paix du roi, mais aussi contre « sa couronne et sa dignité » [...]. Par conséquent, on utilise l'expression « la Couronne » en droit constitutionnel pour désigner l'ensemble des pouvoirs de cette nature qui subsistent (la prérogative royale), ainsi que les autres pouvoirs que la loi confère expressément à « la Couronne ».

Selon cette interprétation, l'ONÉ n'est pas, à proprement parler, « la Couronne ». Il n'est pas non plus, à proprement parler, un mandataire de la Couronne, étant donné que — comme l'ONÉ exerce ses activités de manière indépendante des ministres de la Couronne — il n'existe entre eux aucun lien de dépendance [...]. Cependant, en tant qu'organisme créé par la loi [...], l'ONÉ agit pour le compte de la Couronne lorsqu'il prend une décision définitive à l'égard d'une demande de projet. En termes simples, dès lors que l'on accepte qu'un organisme de réglementation existe pour exercer le pouvoir de nature exécutive que le législateur concerné l'autorise à exercer, toute distinction entre les mesures de cet organisme et celles de la Couronne disparaît rapidement⁸⁵.

Cette décision confirme l'interprétation large attestée par la Cour suprême quant à la nature des actions qui engagent la responsabilité de la Couronne lorsqu'elle transige avec les peuples autochtones. Dans l'arrêt *Rio Tinto*, elle avait déjà conclu que : « la décision [qui n'est pas nécessairement un pouvoir conféré par la loi] prise en haut lieu ou la modification structurelle apportée à la gestion [d'une] ressource » peut engager l'honneur de la Couronne⁸⁶. À cet égard, si les agents de l'État ne peuvent pas tous

⁸⁵ *Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Service Inc*, 2017 CSC 40 aux para 28–29 [renvois omis] [*Clyde River*]. Voir aussi Peter Hogg, Patrick Monahan et Wade Wright, *Liability of the Crown*, 4^e éd (Toronto: Carswell, 2011) à la p 465.

⁸⁶ *Rio Tinto Alcan Inc c Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43 aux para 44, 47 [*Carrier Sekani*]. Voir également *Mikisew Cree First Nation c Canada (gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40 au para 74, juge Abella [*Mikisew Cree First Nation*] (« La Cour a réitéré que les mesures pertinentes prises par la Couronne devaient être définies non pas selon leur forme, mais selon les effets préjudiciables qu'elles peuvent causer : Les mesures de la Couronne susceptibles de donner naissance à l'obligation de consulter ne se limitent pas à l'exercice, par la Couronne ou en son nom, de la prérogative royale ou de pouvoir conférés par la loi, et ne se limitent pas non plus aux décisions qui ont une incidence immédiate sur les terres et les ressources. Il faut se demander si la mesure a des effets préjudiciables, quelle qu'en soit la cause, sur

conclure des traités, entendus au sens constitutionnel⁸⁷, leurs actions engagent néanmoins la Couronne dans le cadre des décisions qu'elle prend en vertu de son pouvoir exécutif ou même en présence d'un organisme indépendant du gouvernement, mais qui prend des décisions ou met en place des mesures de nature gouvernementale, par exemple dans la gestion des terres et des ressources⁸⁸.

En ce sens, il nous semble évident que les sociétés d'État (ou mandataires de la Couronne) sont liées par les obligations qui découlent du principe de l'honneur de la Couronne. En effet, en raison de leurs liens de dépendance, de la relation directe qui les unit, du contrôle exercé à leur égard par les autorités gouvernementales et de leur mandat de représentation, il s'ensuit que les sociétés d'État constituent un prolongement du pouvoir de l'État dans sa capacité exécutive⁸⁹.

des droits ancestraux ou issus de traités » [soulignement ajouté] au para 74); *Clyde River*, *supra* note 85 au para 25; Jack Woodward, *Native Law*, vol 1 (Toronto: Thomson Reuters, 1989) aux pp 5–41.

⁸⁷ Voir *Clyde River*, *supra* note 85; *R c Sioui*, [1990] 1 RCS 1025, [1990] SCJ No 48 [*Sioui*] (un agent doit « [avoir] représenté la Couronne [...] dans des fonctions très importantes d'autorité » ou en avoir eu l'apparence, pour qu'il engage la Couronne de cette manière); *Conseil de la bande d'écoulement de Ross River c Canada*, 2002 CSC 54 au para 66.

⁸⁸ *Mikisew Cree First Nation*, *supra* note 86 aux para 25, 73 (« Indiquant que l'Office est le moyen par lequel la Couronne agit, la Cour suprême a conclu que ses décisions constitueraient une mesure de la Couronne emportant l'obligation de consulter. Ainsi, la Couronne ne peut se soustraire ni à son obligation de consulter ni à l'honneur de la Couronne, en déléguant ses pouvoirs décisionnels à un tribunal établi par le Parlement » au para 73, juge Abella). Il est également reconnu que l'obligation de consulter est applicable aux mesures législatives subordonnées (comme les règlements) puisque ceux-ci relèvent du pouvoir exécutif (*ibid* au para 51 (« Enfin, mes conclusions au sujet de l'obligation de consulter ne s'appliquent pas au processus dans le cadre duquel des mesures législatives subordonnées (comme des règlements ou des règles) sont prises, puisque ce processus relève clairement du pouvoir exécutif et non du pouvoir législatif ») au para 51). La Cour suprême a cependant tranché récemment que le processus législatif n'était pas visé par l'obligation de consulter, bien que les consultations préalables puissent permettre de justifier une atteinte à un droit ancestral par une loi qui serait autrement inconstitutionnelle, selon le test de l'arrêt *Nation Tsilhqot'in* (*ibid* au para 2 (« Compte tenu de l'existence de deux principes constitutionnels — la séparation des pouvoirs et la souveraineté parlementaire —, il est rarement approprié que les tribunaux examinent de près le processus législatif. Celui-ci ne se déroule pas uniquement au Parlement. Il commence plutôt par l'élaboration des projets de loi. À ce stade, les ministres s'acquittent de fonctions parlementaires. Cela étant, les tribunaux doivent faire preuve de retenue lorsqu'ils se penchent sur ce processus. Étendre la doctrine de l'obligation de consulter au processus législatif obligerait l'organe judiciaire à outrepasser les aspects essentiels de son rôle institutionnel et menacerait l'équilibre respectueux qui règne entre les trois piliers de notre démocratie. Cela transposerait aussi un cadre de consultation et les recours judiciaires élaborés en relation avec des actes de l'exécutif dans la sphère distincte du législateur. Par conséquent, la doctrine de l'obligation de consulter ne convient pas au processus législatif; un processus qui ne constitue pas une « conduite de la Couronne », élément déclencheur de l'obligation de consulter.)) au para 2). Cette obligation s'applique aussi aux mesures d'un décideur administratif habilité par la loi qui agit au nom de la Couronne, sans faire partie de l'exécutif; il appartient toutefois toujours à la Couronne de veiller au caractère adéquat de la consultation (*Carrier Sekani*, *supra* note 86 aux para 31, 43, 60. Voir également *Chippewas of the Thames First Nation c Pipelines Enbridge Inc*, 2017 CSC 41 aux para 29, 32, 33, 34 (« 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. [...] la Couronne peut se fonder sur les mesures prises par un organisme administratif pour satisfaire à son obligation de consulter » au para 29); *Clyde River*, *supra* note 85 aux para 22, 25, 29, 40–41. Voir toutefois *Québec (Procureur général) c Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 RCS 159, [1994] SCJ No 13).

⁸⁹ Garant, *supra* note 78 à la p 134.

Il est déjà connu qu'en vue de confier un pouvoir décisionnel ou normatif à des organismes distincts des ministères, le législateur peut décentraliser certains pouvoirs⁹⁰. Ces organismes sont des personnes morales régies par le droit public dans leurs rapports avec la collectivité⁹¹. Le législateur québécois prévoit toutefois que le droit commun s'applique, sauf dérogation, à ces personnes morales⁹². Les personnes morales de droit public peuvent être des entreprises publiques si elles « [sont] essentiellement affectée[s] à une tâche économique d'exploitation, de production de biens et/ou de services, et par extension de gestion commerciale, industrielle et financière »⁹³. Ces entreprises publiques peuvent avoir un caractère gouvernemental lorsqu'elles ne relèvent que du gouvernement et ne sont assujetties qu'à son contrôle; ce sont dans ce cas des sociétés d'État (ou mandataires de la Couronne)⁹⁴. Les sociétés d'État représentent la Couronne en contribuant à exercer son pouvoir exécutif, ce qui a comme principale conséquence « de rendre applicables au mandataire les privilèges et immunités de la Couronne, qu'il s'agisse des prérogatives existant en vertu de la common law ou celles conférées par les lois ordinaires »⁹⁵. La société d'État ou

⁹⁰ *Ibid* aux pp 95, 110 (Historiquement les « trois raisons principales qui ont favorisé l'expansion du système des commissions ou regulatory boards ou agences [, comme l'était Hydro-Québec à l'origine,] sont d'une part, de confier à des experts dans un domaine précis et souvent hautement technique la tâche d'élaborer des réglementations et de les appliquer, et d'autre part, d'éviter au ministre d'être continuellement obligé de se mêler aux innombrables conflits entre l'intérêt public et les intérêts privés qu'occasionne l'intervention étatique dans ces domaines; et enfin de joindre les avantages du processus quasi judiciaire, ou judicial process » à la p 110).

⁹¹ *Ibid* aux pp 98, 101 (« Selon le droit canadien et québécois, une personne morale de droit public est une personne morale créée dans un but d'intérêt public et assujettie à un ensemble de règles exorbitantes du droit commun » à la p 98).

⁹² Voir par ex CcQ, dispositions préliminaires, arts 298, 1376. Voir aussi Garant, *supra* note 76 à la p 99 (« Une seule ambiguïté persiste concernant les personnes morales de droit public qui sont susceptibles d'être qualifiées d'organisme de l'État en qualité d'agent de la Couronne ou mandataire du gouvernement. Nous croyons qu'elles doivent être considérées avant tout comme personne morale de droit public au sens du Code » à la p 99). Par exemple, pour ce qui est d'Hydro-Québec, « [m]oreover, article 1376 C.C.Q. specifically provides that all of the rules set out in Book Five of the Code, which deals with obligations, apply to the State and its bodies, and to all other legal persons established in the public interest, subject to any rules of law which may be applicable to them. And I see nothing in article 300 C.C.Q. or in the Hydro-Quebec Act itself that places Hydro-Quebec beyond the reach of the principles set out in articles 1457 and 1458 C.C.Q. » (*Allendale Mutual Insurance Co c Hydro-Québec*, [2002] RJQ 84, 2001 CanLII 14721 (CA) au para 33 [*Allendale Mutual Insurance*]).

⁹³ Garant, *supra* note 77 à la p 118; Pierre Issalys et Denis Lemieux, *L'action gouvernementale - Précis de droit des institutions administratives*, 2e éd (Cowansville: Yvon Blais, 2002) à la p 413 (l'entreprise publique est un « [o]rganisme décentralisé dans l'appareil du Pouvoir exécutif, constitué en personne morale, disposant d'un patrimoine public et affecté à une tâche industrielle, commerciale ou financière » à la p 413). Voir également Marie-Louise Pelletier, *Déclin et mutation : L'évolution juridique de l'entreprise publique de service public*, thèse de doctorat en droit (Université Laval, 2008) [non publiée] à la p 2 (« Depuis longtemps, du point de vue juridique la principale justification de l'intervention de l'État dans l'économie par le biais de l'entreprise publique demeure généralement l'accomplissement d'activités de service public essentielles aux citoyens » à la p 2). Il faut toutefois distinguer « entreprise publique » et « service public » puisque parfois les entreprises publiques sont gestionnaires de services privés, comme Loto-Québec et la Société des alcools du Québec (Garant, à la p 119).

⁹⁴ Garant, *supra* note 77 à la p 121.

⁹⁵ *Ibid* aux pp 135, 153. Il semble y avoir une distinction doctrinale au Québec entre être mandataire du gouvernement et jouir des droits et privilèges d'un mandataire. Par exemple, « en sa qualité de personne

l'entreprise publique gouvernementale, « agissant en vertu de sa loi constitutive, agit nécessairement pour le compte de l'État »⁹⁶ et il y a donc un mandat comparable à celui de droit privé : le mandataire (l'organisme public) agit pour le compte du mandant (la Couronne)⁹⁷. Malgré cela, « [t]he company does not become the state »⁹⁸. Du reste, quand « le législateur prend la peine de spécifier qu'une société ou personne morale est un agent ou mandataire de la Couronne, cette mention devrait être suffisante en elle-même »⁹⁹ pour que cet organisme puisse bénéficier des privilèges et immunités de la Couronne qui sont « nécessaires ou utiles à l'exécution de son mandat, ou du moins qui ont quelque lien avec la réalisation de sa mission »¹⁰⁰.

Dans le cas d'Hydro-Québec, celle-ci est, en vertu de sa loi constitutive, une société d'État (ou un mandataire de la Couronne)¹⁰¹ « qui bénéficie des privilèges et immunités de la Couronne dans l'exercice de son mandat »¹⁰². En ce sens, il serait pour le moins incongru d'exonérer les sociétés d'État des obligations qui incombent à la Couronne d'agir honorablement lorsqu'elles transigent avec les peuples autochtones.

En clair, considérant le statut juridique particulier d'Hydro-Québec, cet organisme est lié par les obligations qui découlent du principe constitutionnel de l'honneur de la Couronne. Ce principe prend des formes variées et a un contenu hétéroclite selon les contextes dans lesquels il est invoqué par les parties et par les tribunaux au soutien de leurs conclusions. La prochaine partie sera consacrée à l'analyse des obligations découlant de ce principe constitutionnel dans le contexte particulier de négociations qui doivent mener à la conclusion d'ententes de nature socio-économique ou commerciale avec des peuples autochtones.

morale de droit public [CcQ, art 300] et de mandataire de l'État, la société Hydro-Québec échappe en partie au régime général de responsabilité civile » (*Bouchard c Hydro-Québec*, 2017 QCCQ 2574, au para 12).

⁹⁶ Garant, *supra* note 77 à la p 155.

⁹⁷ *Ibid* à la p 154. Voir CcQ, art 2136; *Conseil des Ports Nationaux v Langelier et al*, [1969] SCR 60.

⁹⁸ *North and Wartime Housing Ltd v Madden et al*, [1944] 4 DLR 161, [1944] BR 366 (CA QC); *British Columbia Power Corp Ltd v British Columbia Electric Co Ltd and Attorney-General For British Columbia et al*, 34 DLR (2d) 25, [1962] BCLJ No 132 (CA BC).

⁹⁹ Garant, *supra* note 77 à la p 137.

¹⁰⁰ *Ibid* à la p 156; *R c Eldorado Nucléaire Ltée; R c Uranium Canada Ltée*, [1983] 2 RCS 551, [1983] SCJ No 87; *Hydro-Québec c Hampstead (Ville de)*, [2000] RJQ 683, 2000 CanLII 5768 (CA) au para 14 [*Hampstead*]. Dans ce cas de figure, il n'est pas nécessaire que l'organisme respecte les différents critères de *common law* qui permettent de le qualifier judiciairement de mandataire de la Couronne bénéficiant des privilèges et immunités (*Nova Scotia Power Inc c Canada*, 2004 CSC 51; Hogg, Monahan et Wright, *supra* note 85).

¹⁰¹ *Loi sur Hydro-Québec*, *supra* note 36, art 3.1.1; *Hampstead*, *supra* note 100 au para 13; *Allendale Mutual Insurance*, *supra* note 92 au para 32; *Montréal (Ville de) c Hydro-Québec*, 2016 QCCA 1942 au para 17. Compte tenu de la nature du contrôle exercé par le gouvernement sur Hydro-Québec, cet organisme public nous semble répondre aux critères établis par les tribunaux pour qu'il puisse se qualifier de mandataire de la Couronne indépendamment d'une disposition expresse dans sa loi constitutive (*Loi sur Hydro-Québec*, arts 4.0.1, 11.6, 22.1; Garant, *supra* note 77 aux pp 145 et s).

¹⁰² *Transport Dubé Quevillon inc c Hydro-Québec*, [1991] RJQ 663, 37 QAC 316 (CA). Voir aussi *Hydro-Québec c Surma*, [2001] RJQ 1126 (CA) au para 71.

Partie 2 – Les accords commerciaux ou socio-économiques et l’obligation de l’État de négocier de bonne foi

Les obligations constitutionnelles qui découlent du principe de l’honneur de la Couronne, dont celle de négocier de bonne foi, sont mobilisées différemment en fonction des contextes dans lesquelles elles naissent. Dans une première section, nous aborderons la question de la négociation de bonne foi, tel que cela est entendu dans divers domaines du droit. Dans la deuxième section, nous traiterons plus particulièrement de la signification de la bonne foi dans le cadre des négociations entre l’État et les peuples autochtones. Dans une dernière section, nous proposerons une réflexion sur la portée des obligations qui peuvent être applicables dans le cas du projet Apuiat.

A) L’obligation de négocier de bonne foi : une obligation transversale en droit interne et international

La notion de négociation de bonne foi imprègne de nombreux domaines du droit étatique et du droit international public où les parties peuvent avoir des intérêts initiaux diamétralement opposés. Dans le domaine du droit constitutionnel, par exemple, une obligation de négocier de bonne foi lie les différents gouvernements dans des situations précises, comme dans le cas du rejet de l’ordre constitutionnel par une entité fédérée et la volonté manifeste de réformer cet ordre¹⁰³. Cette obligation découle principalement des principes constitutionnels que sont le fédéralisme¹⁰⁴ et la

¹⁰³ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, [1998] SCJ No 61 aux para 88–89 [*Renvoi relatif à la sécession du Québec*]. Il pourrait aussi y avoir une obligation constitutionnelle de négocier de bonne foi (ou, du moins, une certaine forme de coopération) lorsque les deux paliers de gouvernement bâtissent un régime réglementaire en collaboration (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66; Guy Régimbald et Dwight Newman, *The Law of the Canadian Constitution*, 2e éd (Toronto: LexisNexis, 2017) aux pp 102–05; Paul Daly, « L’abolition du registre des armes d’épaule : le rôle potentiel des principes non écrits » (2014) 23:4 *Const Forum Const* 1 à la p 2).

¹⁰⁴ Pour des définitions et des applications concrètes du principe du fédéralisme, voir notamment *Edwards v Canada (AG)*, [1930] AC 124, [1930] 1 DLR 98 aux pp 135–36; *In re The Regulation of Aeronautics in Canada*, [1932] AC 54, [1932] 1 DLR 58; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 104 aux para 55–60 (« Le principe du fédéralisme est une reconnaissance de la diversité des composantes de la Confédération et de l’autonomie dont les gouvernements provinciaux disposent pour assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence. La structure fédérale de notre pays facilite aussi la participation à la démocratie en conférant des pouvoirs au gouvernement que l’on croit le mieux placé pour atteindre un objectif sociétal donné dans le contexte de cette diversité » au para 58); *Banque canadienne de l’Ouest c Alberta*, 2007 CSC 22; *Colombie-Britannique (Procureur général) c Lafarge Canada Inc*, 2007 CSC 23; *Québec (Procureur général) c Lacombe*, 2010 CSC 38; *Québec (Procureur général) c Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61; *Canada (Procureur général) c PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44 aux para 50–73; *Québec (Procureur général) c Canada (Ressources humaines et Développement social)*, 2011 CSC 60 aux para 10–34; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, *supra* note 104; *Marine Services International Ltd c Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44 aux para 47–84; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art 5 et 6, 2014 CSC 21 au para 83; *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 21; *Nation Tsilhqot’in c Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44 aux para 128–52 [*Tsilhqot’in*]; *Banque de Montréal c Marcotte*, 2014 CSC 55 aux para 62–84; *Carter c Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5 aux para 49–53; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48; Régimbald et Newman, *supra* note 104 aux pp 102–05.

démocratie¹⁰⁵. Il s'agit d'une obligation de moyen et non de résultat; ce qui signifie qu'elle n'oblige pas les parties à s'entendre sur la nature de la réforme à entreprendre¹⁰⁶. Selon les auteurs Patrick Taillon et Alexis Deschênes, les obligations procédurales qui en découlent sont difficiles à identifier en l'absence de litige concret du fait qu'elles sont tributaires des faits et du contexte¹⁰⁷ :

Une obligation de négocier suppose donc de prendre les moyens et l'attitude nécessaires pour que des négociations aient lieu. [...] [L]'obligation de négocier des modifications constitutionnelles commande un devoir de bonne foi et d'ouverture d'esprit dans la conduite des pourparlers, deux conditions essentielles à la tenue d'un véritable dialogue. Cela suppose, par conséquent, un effort de compréhension et de réceptivité à l'endroit des positions adverses. Le devoir de bonne foi requiert également d'accorder le temps nécessaire aux échanges et à la formulation de solutions de compromis. Cela implique du reste le devoir de motiver rationnellement ses positions, notamment au regard des différents principes sous-jacents, et celui de formuler, selon le contexte, des contre-propositions. Or, ce sont des obligations qui, même si elles sont de nature à ne régir que le processus et non le fond des négociations, n'en demeurent pas moins très significatives et substantielles¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Renvoi relatif à la sécession du Québec, *supra* note 104 au para 89. Pour ce qui est du principe de la démocratie, voir notamment Renvoi relatif à la sécession du Québec, aux para 42, 46, 64, 66; *Corbiere c Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 RCS 203 aux para 116–17; *Gosselin c Québec (Procureur général)*, [2002] 4 RCS 429 au para 214; *Colombie-Britannique c Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49 au para 66; *Kazemi (Succession) c République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62 aux para 150–51; *Trial Lawyers Association of British Columbia c Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59 aux para 83–87; Régimbald et Newman, *supra* note 104 aux pp 83–86 (« Democracy must allow for the participation of the people through public institutions created under the Constitution, as Democracy requires continuous discussion leading to compromises, negotiation and deliberation, and the consideration of dissenting voices » à la p 83). Voir également Olivier Courtemanche, *Les principes constitutionnels implicites. Étude jurisprudentielle de leur nature, de leur rôle et de leur autorité*, mémoire de maîtrise en droit (Université Laval, 2008) [non publiée].

¹⁰⁶ Patrick Taillon et Alexis Deschênes, « Une voie inexplorée de renouvellement du fédéralisme canadien : L'obligation constitutionnelle de négocier des changements constitutionnels » (2012) 53:3 C de D 461 à la p 494.

¹⁰⁷ *Ibid* à la p 494. Pour de plus amples discussions sur l'obligation de négocier de bonne foi dans le contexte des réformes constitutionnelles, voir notamment Patrick Monahan, « The Legal Framework Governing Secession in Light of the Quebec Secession Reference » dans Law Society of Upper Canada, *Special Lectures 2001: Constitutional and Administrative Law* (Toronto: Irwin Law, 2002) 205; Pierre Bienvu, « The Aftermath of the Quebec Secession Reference : The First Two Years » dans *ibid* 237; Jean-Francois Gaudreault-DesBiens, « The Quebec Secession Reference and the Judicial Arbitration of Conflicting Narratives about Law, Democracy, and Identity » (1999) 23 Vt L Rev 793 à la p 824; Alan Cairns, « The Quebec Secession Reference: The Constitutional Obligation to Negotiate » (1998) 10 Const Forum Const 26. Au sujet du caractère circonstanciel de ces obligations, voir Nicolas Auclair, *La démocratie et la Loi sur la clarté: réflexions sur la règle de la majorité dans le cadre d'un référendum*, mémoire de maîtrise en droit (Université de Montréal, 2002) [non publiée]; Alexandre Cloutier, *Pour une constitutionnalisation du droit à la sécession au Canada*, mémoire de maîtrise en droit (Université de Montréal, 2003) [non publiée].

¹⁰⁸ Taillon et Deschênes, *supra* note 106 aux pp 503–04.

Toujours selon ces auteurs :

L'obligation de négocier permet d'exclure deux attitudes susceptibles de nuire à une nouvelle série de négociations constitutionnelles. La première attitude est celle qui se résume à formuler ses demandes ou ses revendications comme s'il s'agissait d'une prétention à un droit absolu ne pouvant d'aucune manière être négocié. À l'inverse, la seconde attitude, qui doit être écartée, consiste à tout simplement opposer une fin de non-recevoir aux demandes de changement ayant été approuvées par référendum. Il est, par conséquent, nécessaire de prendre les moyens qui s'imposent pour créer les conditions d'un véritable dialogue¹⁰⁹.

L'obligation de bonne foi dans le cadre de négociations découle aussi de l'interprétation de la liberté d'association garantie à l'alinéa 2 d) de la *Charte canadienne*¹¹⁰. Cette disposition oblige la partie patronale à négocier de bonne foi avec une association d'employés¹¹¹, puisqu'agir autrement réduirait pratiquement à néant la liberté d'association¹¹². Les actions unilatérales ne sont, dans ce contexte, pas compatibles avec l'exigence de négocier de bonne foi. Cette exigence constitutionnelle « demande l'établissement d'un processus de dialogue où l'association d'employés peut présenter des observations à l'employeur, qui doit en prendre connaissance et en discuter de bonne foi »¹¹³. En somme, « [l]e droit des employés de négocier collectivement impose donc à l'employeur des obligations correspondantes. Il implique que l'employeur et les employés se rencontrent et négocient de bonne foi en vue de réaliser leur objectif commun d'accommodement par des moyens pacifiques et productifs »¹¹⁴. Les obligations procédurales qui en découlent sont encore une fois tributaires des circonstances, mais il est sans équivoque qu'un véritable dialogue doit être engagé¹¹⁵. Si les parties n'ont pas l'obligation d'en arriver à une entente, il est nécessaire qu'elles fassent un effort raisonnable pour y arriver¹¹⁶. Soulignons que, dans le contexte propre au droit du travail, l'obligation de négociation de bonne foi conserve, selon la Cour suprême, une portée restreinte¹¹⁷. Les obligations qui

¹⁰⁹ *Ibid* aux pp 495–96.

¹¹⁰ *Charte canadienne des droits et libertés*, art 2 (d) [*Charte canadienne*], partie I de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982 c 11 [Loi constitutionnelle de 1982].

¹¹¹ Voir principalement *Dunmore c Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94 [*Dunmore*]; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn c Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27 [*Health Services*]; *Ontario (Procureur général) c Fraser*, 2011 CSC 20 [*Fraser*].

¹¹² *Fraser*, *supra* note 111 au para 2.

¹¹³ *Ibid*.

¹¹⁴ *Health Services*, *supra* note 111 au para 90.

¹¹⁵ *Ibid* aux para 98–100, 107.

¹¹⁶ *Ibid* aux para 102–03; *Fraser*, *supra* note 111.

¹¹⁷ *Health Services*, *supra* note 111 aux para 92–109 (l'alinéa 2 d) de la *Charte canadienne* ne protège dans ce contexte que l'activité associative, soit la poursuite collective d'objectifs communs. Ainsi, le droit à une négociation collective de bonne foi conserve une portée restreinte et seulement les entraves substantielles compromettant sérieusement cette activité collective justifieront l'intervention des tribunaux dans le processus de négociation); *Fraser*, *supra* note 111 au para 41.

encadrent les négociations entre syndicats et employeurs ou entre les diverses parties constituantes peuvent bien entendu inspirer l'interprétation de l'obligation de négocier de bonne foi qui incombe à la Couronne dans ses relations avec les peuples autochtones. Néanmoins, l'approche restrictive de la Cour suprême en matière de travail ou en matière de réforme constitutionnelle ne correspond pas à l'esprit qui préside les obligations découlant du principe de l'honneur de la Couronne, dont l'un des objectifs est d'en arriver à une réconciliation entre la souveraineté proclamée de la Couronne et les souverainetés préexistantes des peuples autochtones¹¹⁸. D'autant que contrairement au contexte de négociation entre la Couronne et les peuples autochtones, le contexte en matière de travail ou en matière de réforme constitutionnelle n'en est pas un sous-tendu par une relation fiduciaire entre la Couronne et ses interlocuteurs. Ainsi, les principes qui sont énoncés dans ces deux contextes doivent à notre avis constituer des standards minima à respecter.

L'obligation de négocier de bonne foi sous-tend également le droit international public à divers égards. Ce sera, par exemple, le cas en matière de négociation de traités ou en matière de règlements pacifiques des différends. Comme dans le domaine des réformes constitutionnelles et dans le domaine du droit du travail, les obligations juridiques qui découlent de l'obligation de négocier de bonne foi sont multiples et tributaires des circonstances¹¹⁹. S'agissant de cette obligation, un auteur écrit que : « [l]a bonne foi commande aussi la confiance que chaque partie peut avoir en la parole de l'autre. Il en découle qu'il est impossible de supposer qu'une partie ait proposé, dans le cours des négociations, un arrangement, des termes ou des clauses déraisonnables, absurdes, contradictoires, illusoire, exclusivement nominales ou trompeuses »¹²⁰. Dans le même ordre d'idée, il affirme que « [l]a rupture manifestement injustifiée des négociations, par exemple pour éviter d'être confronté avec des concessions ou des propositions raisonnables de l'autre partie, est incompatible avec la bonne foi »¹²¹ puisque « [s]elon la nature juridique du rapport des parties et le degré de leur rapprochement, la négociation de bonne foi peut impliquer l'obligation d'accepter un compromis raisonnable »¹²².

¹¹⁸ *Nation Haïda*, *supra* note 84 aux para 20–25 (« Tant qu'un traité n'a pas été conclu, l'honneur de la Couronne exige la tenue de négociations menant à un règlement équitable des revendications autochtones [*Sparrow*]. Les traités permettent de concilier la souveraineté autochtone préexistante et la souveraineté proclamée de la Couronne, et ils servent à définir les droits ancestraux garantis par l'art 35 de la Loi constitutionnelle de 1982. L'article 35 promet la reconnaissance de droits, et « [i]l faut toujours présumer que [la Couronne] entend respecter ses promesses » [*Badger*]. Un processus de négociation honnête permet de concrétiser cette promesse et de concilier les revendications de souveraineté respectives. L'article 35 a pour corollaire que la Couronne doit agir honorablement lorsqu'il s'agit de définir les droits garantis par celui-ci et de les concilier avec d'autres droits et intérêts. Cette obligation emporte à son tour celle de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder » au para 20).

¹¹⁹ Robert Kolb, « La bonne foi dans ses aspects généraux » dans Robert Kolb, *La bonne foi en droit international public: Contribution à l'étude des principes généraux de droit* (Paris: Presses universitaires de France, 2000) 81 au para 68.

¹²⁰ Robert Kolb, « Les traités » dans *ibid* 179 au para 78.

¹²¹ Robert Kolb, « La bonne foi dans le droit du règlement pacifique des différends internationaux » dans *ibid* 579 au para 41.

¹²² *Ibid* au para 42. Voir également Robert Kolb, *Good Faith in International Law* (Oxford: Hart, 2017) chapitre 5; Andreas Ziegler et Jorun Baumgartner, « Good Faith as a General Principle of (International)

Le droit commun québécois, généralement applicable à la Couronne¹²³, prévoit également certaines exigences de bonne foi, notamment lors de la négociation et de l'exécution d'obligations contractuelles¹²⁴. Ce cadre juridique peut, de surcroît, s'avérer utile si l'engagement d'une partie participante à des pourparlers constitue une « promesse de conclure le contrat envisagé »¹²⁵. En présence d'une intention claire d'adhérer à un contrat dont tous les éléments essentiels ont été convenus, une promesse irrévocable de contracter correspond à un avant-contrat par lequel une partie s'oblige en quelque sorte à s'obliger. Une telle promesse bilatérale se présente, par exemple, lorsque des parties s'entendent sur l'essentiel d'un accord en laissant au contrat définitif le soin de finaliser certains détails ou lorsque l'accord doit être formalisé d'une quelconque manière, comme c'est le cas régulièrement pour la vente immobilière¹²⁶. Cette promesse sera valide et exécutoire, ce qui fait en sorte que le débiteur ne pourra s'y soustraire¹²⁷. Le défaut d'honorer cette promesse sera sujet à sanctions, lesquelles varient suivant le cadre législatif applicable. Le créancier peut, par exemple, avoir droit à une exécution en nature ou par équivalent¹²⁸. Depuis la réforme du *Code de procédure civile*¹²⁹, le recours, avant la judiciarisation d'un conflit, aux modes privés de prévention et de règlement des différends impose aussi aux parties de le faire « de bonne foi, de faire preuve de transparence l'une envers l'autre, à l'égard notamment de l'information qu'elles détiennent, et de coopérer activement dans la recherche d'une solution »¹³⁰. Au-delà de ce cas de figure, le droit civil n'oblige pas les individus ou les personnes morales à accepter un compromis dans le cadre de relations contractuelles¹³¹. Ces principes, qui découlent du droit commun doivent, à

Law » dans Andrew Mitchell, *Good Faith and International Economic Law* (Oxford: Oxford University Press, 2015) 9 (« As for the legal notion of good faith, scholars agree that in the absence of further particularization the principle remains an abstract and value-oriented notion that combines moral elements such as trust, honesty, fairness, loyalty or reasonableness with 'more precise legal contents, eg the principle of reciprocity [or] the objective and purpose-oriented method of interpretation' » à la p 11); Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7e éd (Oxford: Oxford University Press, 2008) aux pp 19 et s; Marion Panizzon, *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO: The Protection of Legitimate Expectations, Good Faith Interpretation and Fair Dispute Settlement* (Oxford: Hart, 2006) aux pp 11 et s.

¹²³ CcQ, art 1376.

¹²⁴ *Ibid*, arts 6, 7, 1375. Vincent Karim, *Les obligations*, vol 1 (Montréal: Wilson & Lafleur, 2015) aux pp 65–190. Voir également Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 7e éd (Cowansville: Yvon Blais, 2013) aux pp 225–29, 861–71.

¹²⁵ CcQ, art 1396.

¹²⁶ Baudouin et Jobin, *supra* note 124 aux pp 306–07; Karim, *supra* note 124 aux pp 376–78.

¹²⁷ Voir notamment *Théberge c Durette*, 2007 QCCA 42; *Europe Cosmétiques inc c Locations Le Carrefour Laval inc*, 2013 QCCA 1633; *Perez c Dollard-des-Ormeaux (Ville de)*, 2014 QCCA 76; *Premier Tech ltée c Dollo*, 2015 QCCA 1159.

¹²⁸ Voir CcQ, arts 1458, 1397, 1590, 1712, 2316. Voir aussi Pierre-Gabriel Jobin, *La vente*, 3e éd (Cowansville: Yvon Blais, 2007) à la p 54.

¹²⁹ Cpc (2014).

¹³⁰ *Ibid*, arts 1, 2, 20; Denis Ferland et Benoît Emery, *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 5e éd (Cowansville: Yvon Blais, 2015) aux pp 18–19 (Il s'agit d'« un devoir légal de coopération et de transparence, à l'étape préjudiciaire et à l'étape judiciaire, dans un continuum juridique » à la p 19).

¹³¹ CcQ, arts 6, 7, 1375; Baudouin et Jobin, *supra* note 124 aux pp 225–29, 306–07, 861–71; Karim, *supra* note 124 aux pp 65–190 (« Il appert donc que toute partie qui entre dans des pourparlers a l'obligation de

notre avis, constituer un cadre minimum auquel se greffe un corpus d'obligations additionnelles qui découlent du principe de l'honneur de la Couronne¹³². Cependant, le non-respect de l'obligation de négocier de bonne foi, entendue au sens du droit commun et sous ses différentes manifestations tributaires des circonstances, entrainera, la très grande majorité du temps (autre principalement l'action en passation de titre dans le cas des promesses de contrat de vente), des exécutions par équivalent (ex. : l'octroi de dommages-intérêts pour compenser le préjudice subi) et non en nature (ex. : une injonction pour obliger à trouver un compromis ou à dialoguer), et ce, au nom de la réticence du droit civil d'aller à l'encontre de la liberté individuelle. En revanche, selon l'obligation de négocier de bonne foi en droit constitutionnel, en droit du travail et dans le droit se rapportant aux peuples autochtones, un certain nombre d'obligations procédurales sont exécutoires en nature, au nom de principes qui dépassent la seule question de la liberté des employeurs ou des instances gouvernementales.

En somme, l'obligation de négocier de bonne foi en droit étatique et en droit international public exige des parties qu'elles agissent de manière raisonnable et ses manifestations sont largement tributaires des circonstances. Des exigences procédurales ou substantives peuvent découler de l'obligation de négocier de bonne foi. Quant à la forme des négociations, le droit peut exiger d'adopter une attitude d'ouverture au dialogue ou au compromis, de prévoir des échéanciers respectueux des partenaires de la négociation, de motiver adéquatement les décisions prises dans le cours des négociations au regard des principes constitutionnels en jeu, c'est-à-dire en l'occurrence en ayant recours à des motifs conforme à l'esprit qui anime le principe de l'honneur de la Couronne. Les obligations de transparence, notamment eu égard à l'information détenue par les parties, et de coopération dans la recherche d'une solution ou dans la poursuite des négociations, font aussi partie des exigences de bonne foi dans certains cas. À cela s'ajoute l'obligation de respecter les promesses de

négocier de bonne foi, de se comporter loyalement, de coopérer avec l'autre partie et de lui fournir les renseignements, et parfois même les conseils nécessaires pour qu'elle décide, en toute connaissance de cause, de donner son consentement au contrat proposé. Cette obligation de bonne foi n'empêche pas toutefois l'une des parties de mettre un terme aux négociations précontractuelles, en autant que ce soit pour une raison valable. En effet, la partie qui souhaite y mettre fin, ne pourra le faire sans justification lorsque, par sa conduite a contribué à créer un climat de confiance chez l'autre partie quant à la possibilité de conclure le contrat envisagé par les négociations » [soulignement ajouté] aux pp 88–89. « Par ailleurs, la personne qui s'engage dans un processus de négociation doit avoir la ferme intention de conclure le contrat projeté. Il est contraire aux exigences de bonne foi d'entamer des négociations sous l'apparence de conclure un contrat, alors qu'en réalité, la personne n'a pas cette intention. Il s'agit d'une conduite trompeuse et adoptée dans le seul but de nuire à l'autre partie ou d'obtenir des renseignements privilégiés. Une telle conduite constitue une violation de la règle de bonne foi et doit être sanctionnée. Les deux parties doivent agir dans un esprit de coopération et se retirer des négociations dès qu'elles perdent l'intérêt de conclure ledit contrat » à la p 114. « Dès qu'une partie accepte d'entamer des pourparlers avec l'autre dans le but de conclure le contrat envisagé, elle donne un consentement clair à une convention qui peut être qualifiée d'« avant-contrat » ayant pour objet de négocier et de collaborer de bonne foi avec son interlocuteur afin de rendre fructueuses leurs démarches préliminaires à la conclusion du contrat. C'est la violation de l'obligation de négocier de bonne foi découlant de cet avant-contrat qui constitue le fondement juridique de la responsabilité de la partie qui a causé la rupture des négociations » à la p 122). En somme, il existe, dans le cadre du droit commun québécois, une obligation de négocier de bonne foi (CcQ, arts 6, 7, 1375).

¹³² Voir Sébastien Grammond, « Les effets juridiques de la Convention de la Baie James au regard du droit interne canadien et québécois » (1991-1992) 37 RD McGill 761 à la p 767.

conclure un accord dès lors que les éléments essentiels en ont été convenus. Autrement dit, cela signifie qu'une partie doit être en mesure de se fier à la parole de l'autre. Comme nous allons le constater dans la prochaine partie, en raison de l'objectif de réconciliation qui sous-tend le principe constitutionnel de l'honneur de la Couronne, ce dernier prévoit des obligations encore plus contraignantes pour l'État.

B) La portée de l'obligation de négocié de bonne foi dans le cadre des relations entre la Couronne et les peuples autochtones

La noble finalité de l'inclusion du paragraphe 35 (1) à la *Loi constitutionnelle de 1982*¹³³, soit une des sources du principe constitutionnel de l'honneur de la Couronne¹³⁴, est la « réconciliation des Canadiens autochtones et non autochtones dans le cadre d'une relation à long terme empreinte de respect mutuel »¹³⁵ ainsi que la « conciliation des intérêts autochtones avec ceux du public en général »¹³⁶. Il a déjà été dit que les obligations qui prennent leur source dans le principe constitutionnel de l'honneur de la Couronne se modulent en fonction des circonstances. En outre, l'honneur de la Couronne sous-tend la question du respect des promesses solennelles, de l'interprétation et de la mise en œuvre des dispositions de nature constitutionnelle et des traités. Ce principe fait aussi naître des obligations d'agir au meilleur intérêt des peuples autochtones dès lors que l'État exerce un pouvoir discrétionnaire à l'égard d'un intérêt autochtone particulier. Il est également à la source de l'obligation de consulter et d'accommoder ou encore de justifier et d'indemniser un groupe autochtone en cas de mesure potentiellement ou effectivement attentatoire à un droit revendiqué ou démontré.

La Cour suprême a clairement établi que l'honneur de la Couronne est engagé lors de la négociation, de la conclusion et de la mise en œuvre des promesses solennelles faites par la Couronne aux peuples autochtones. C'est, par exemple, le cas lors de la conclusion de traités ou d'ententes ou dans l'application de dispositions législatives ou constitutionnelles en leur faveur¹³⁷. Lorsqu'il est mobilisé par une telle

¹³³ *Supra*, note 110.

¹³⁴ Christina Caron, *Le principe constitutionnel de l'honneur de la couronne en droit autochtone canadien*, mémoire de maîtrise en droit (Université Laval, 2012) [non publiée]; Thomas Isaac, *Aboriginal Law. Commentary and Analysis* (Saskatoon: Purish, 2012) aux pp 312 et s; John Borrow et Leonard Rotman, *Aboriginal Legal Issues. Cases, Materials & Commentary*, 4e éd (Markham: LexisNexis, 2012) à la p 441. Voir également *Province of Ontario v Dominion of Canada*, [1908] 42 SCR 1; *Esquimalt & Nanaimo Railway Co v Wilson*, [1920] 50 DLR 37.

¹³⁵ *Beckman c Première nation Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53 au para 10 [*Little Salmon*].

¹³⁶ *Tsilhqot'in*, *supra* note 105 au para 118. Voir *Nation Haïda*, *supra* note 85 au para 42; *Première nation crie Mikisew c Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69 au para 1 [*Mikisew 2005*].

¹³⁷ *Manitoba Metis Fondation c Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14 aux para 68–72 [*Manitoba Metis Fondation*]; *Québec (Procureur général) c Moses*, 2010 CSC 17 au para 116, juges LeBel et Deschamps, dissidents [*Moses*]; *Mikisew 2005*, *supra* note 136 au para 51; *Nation Haïda*, *supra* note 84 au para 19; *R c Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507, [1996] SCJ No 77 aux para 22–24 [*Van der Peet*]; *R c Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075, [1990] SCJ No 49 [*Sparrow*]; *Sioui*, *supra* note 86; *R c Horseman*, [1990] 1 RCS 901, [1990] SCJ No 39 [*Horseman*]; *Simon c La Reine*, [1985] 2 RCS 387, [1985] SCJ No 67 [*Simon*]; *Nowegijick c La Reine*, [1983] 1 RCS 29, [1983] SCJ No 5 [*Nowegijick*]. Il reste que ce caractère solennel demeure vague, comme le fait remarquer la dissidence dans l'arrêt *Manitoba Metis Federation*, au para 208.

promesse, l'honneur de la Couronne garantit l'exécution des obligations qui en découlent sur la foi, la parole et l'honneur de la Couronne¹³⁸ et oblige conséquemment celle-ci à agir avec diligence¹³⁹. En d'autres mots, « si l'honneur de la Couronne garantit l'exécution de ses obligations, il s'ensuit que l'honneur de la Couronne exige qu'elle prenne des mesures pour faire en sorte que ses obligations soient exécutées »¹⁴⁰, indépendamment de leur incidence politique¹⁴¹. En effet, rappelons que « le droit tient pour acquis que la Couronne entend toujours respecter ses promesses solennelles, notamment ses obligations constitutionnelles »¹⁴². Quoique dissidents, les juges Deschamps et Lebel de la Cour suprême ont, par exemple, affirmé que le principe qui sous-tend l'exigence de la bonne foi lors de l'exécution de l'obligation de consultation relative aux droits protégés par le paragraphe 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁴³ s'applique aussi lors de la négociation d'une entente solennelle avec les peuples autochtones¹⁴⁴.

La Couronne a également l'obligation d'adopter, en vertu du principe de l'honneur de la Couronne, une approche généreuse, souple et libérale dans l'interprétation de ses engagements¹⁴⁵, et ce, dans le respect des conditions historiques et en vue de les honorer¹⁴⁶. Dans l'arrêt *Beckman c Première nation Little Salmon/Carmacks*, la Cour suprême s'est dite d'avis que :

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 derrière¹⁴⁷.

¹³⁸ *Mikisew 2005*, *supra* note 136 au para 51; *R c Marshall*, [1999] 3 RCS 456, [1999] SCJ No 55 au para 50 [*Marshall*]; *Province of Ontario v The Dominion of Canada and Province of Quebec*, [1895] 25 SCR 434.

¹³⁹ *Manitoba Metis Fondation*, *supra* note 137 aux para 72, 78; *Little Salmon*, *supra* note 135 aux para 12, 108; *Moses*, *supra* note 137 au para 97, juges LeBel et Deschamps, dissidents; *Mikisew 2005*, *supra* note 136 au para 51; *Nation Haida*, *supra* note 85 au para 19; *Sioui*, *supra* note 87; *Simon*, *supra* note 137; *Grammond*, *supra* note 132 à la p 779.

¹⁴⁰ *Manitoba Metis Fondation*, *supra* note 137 au para 79.

¹⁴¹ Voir notamment *Mikisew Cree First Nation*, *supra* note 86 au para 87, juge Abella.

¹⁴² *Manitoba Metis Fondation*, *supra* note 137 au para 79. Voir également *R c Badger*, [1996] 1 RCS 771, [1996] SCJ No 39 au para 41 [*Badger*].

¹⁴³ *Supra*, note 110.

¹⁴⁴ *Moses*, *supra* note 137 au para 117, juges LeBel et Deschamps, dissidents.

¹⁴⁵ *Manitoba Metis Fondation*, *supra* note 137 au para 72.

¹⁴⁶ *Ibid* au para 77; *Moses*, *supra* note 137 au para 107, juges LeBel et Deschamps, dissidents; *R c Morris*, 2006 CSC 59 au para 29; *Mikisew 2005*, *supra* note 136 au para 28; *Marshall*, *supra* note 138 aux para 51, 78; *R c Sundown*, [1999] 1 RCS 393, [1999] SCJ No 13 au para 24; *Van der Peet*, *supra* note 137 aux para 22–24; *Badger*, *supra* note 142 au para 41; *Peguis*, *supra* note 84; *Sparrow*, *supra* note 137; *Sioui*, *supra* note 87; *Horseman*, *supra* note 137; *Simon*, *supra* note 136; *Nowegijick*, *supra* note 137; *Grammond*, *supra* note 132 à la p 779.

¹⁴⁷ *Little Salmon*, *supra* note 135 au para 8. Comme le mentionne récemment la Cour suprême, bien que les tribunaux doivent faire preuve de retenue vis-à-vis les interprétations légales que font les parties des termes

Parmi les comportements jugés contraires à la bonne foi, on peut penser aux changements de position de la Couronne pour retarder ou mettre fin aux négociations¹⁴⁸, ou au retard, caractérisé par un manque d'attention et de diligence, dans l'exécution de sa promesse solennelle¹⁴⁹. Dans le cas bien précis des négociations portant sur la reconnaissance ou l'extinction des droits territoriaux des peuples autochtones, la Couronne doit s'acquitter de ses tâches avec une diligence toute particulière¹⁵⁰. Dans ce cas de figure¹⁵¹, le principe de l'honneur de la Couronne imprègne le processus à toutes les étapes de la négociation « dans le respect de ses relations passées et futures avec le peuple autochtone concerné »¹⁵². À notre avis, ce principe devrait par conséquent s'appliquer même avant qu'une promesse solennelle ait été faite par la Couronne à l'égard d'un intérêt spécifique autochtone, puisque le déroulement des négociations qui y mène forge, en lui-même, les assises d'une relation réconciliatrice entre l'État et une communauté autochtone; comme le mentionne la juge Deschamps de la Cour suprême dans des motifs concordants : « [a]ssocier l'honneur de la Couronne au respect des traités dûment négociés suppose une certaine valorisation du processus de négociation de ces traités »¹⁵³. Cela devrait également signifier, selon nous, que la relation particulière entretenue dans le passé avec la nation avec laquelle elle transige importe dans l'interprétation qu'il conviendra de donner à la portée des obligations qui découlent de l'honneur de la Couronne. On peut ainsi en déduire qu'une nation qui cumule les griefs historiques sera plus sensible aux manœuvres mises de l'avant par la Couronne dans le cours de négociations. Dans une telle situation, il appartiendra à la Couronne de négocier dans un esprit de justice réparatrice en vue de rétablir la relation de confiance.

d'un accord moderne, « [l]a réconciliation se réalise, en grande partie, par l'application respectueuse des termes [de celui-ci] » (*First Nation of Nacho Nyak Dun c Yukon*, 2017 CSC 58 aux para 37–38 [*Nacho Nyak Dun*]).

¹⁴⁸ *Kaska Dena Council c Canada*, 2018 CF 218 au para 43.

¹⁴⁹ *Manitoba Metis Fondation*, *supra* note 137 aux para 9, 110. Dans cette affaire, le manque de diligence dans l'attribution des terres aux enfants des Métis avait pour objectif immédiat de donner une longueur d'avance aux les colons de l'Est que l'on attendait en grand nombre et a été jugé contraire à l'obligation de négocier de bonne foi.

¹⁵⁰ *Manitoba Metis Fondation*, *supra* note 137 au para 79; *Little Salmon*, *supra* note 135 au para 12; *Moses*, *supra* note 137 aux para 23, 98–99, juges LeBel et Deschamps, dissidents.

¹⁵¹ *Manitoba Metis Fondation*, *supra* note 137 au para 72; *Little Salmon*, *supra* note 135 au para 62.

¹⁵² *Première nation Tlingit de Taku River c Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74 au para 24 [*Taku River*].

¹⁵³ *Little Salmon*, *supra* note 135 au para 106, juge Deschamps (Il introduit par cette phrase des nuances importantes, notamment quant au respect réciproque des peuples autochtones de leurs obligations : « Or, la valeur juridique même du traité dépend de la capacité de celui-ci d'être respecté par les deux parties. Le principe de l'honneur de la Couronne ne dispense pas la partie autochtone de l'obligation d'honorer ses propres engagements. Il en va du respect de la capacité des peuples autochtones de prendre une part active à la définition de leurs droits constitutionnels spéciaux, du respect de leur autonomie de jugement » au para 106).

Il convient cependant de rappeler que ce ne sont pas toutes les erreurs et les actes de négligence qui porteront atteinte à l'honneur de la Couronne puisque :

La mise en œuvre étant une entreprise humaine, elle peut être imparfaite. Toutefois, une tendance persistante aux erreurs et à l'indifférence nuisant substantiellement à l'atteinte des objectifs d'une promesse solennelle pourrait constituer un manquement à l'obligation de la Couronne d'agir honorablement dans la mise en œuvre de sa promesse. L'honneur de la Couronne ne garantit pas non plus que les objectifs de la promesse se concrétiseront, des circonstances et des événements pouvant en empêcher la réalisation en dépit des efforts diligents de la Couronne¹⁵⁴.

En ce sens, il est clair que l'obligation de négocier de bonne foi comprend des dimensions procédurales et substantives. Au minimum, la Couronne est tenue de ne pas agir de manière abusive ou frauduleuse. Elle est aussi tenue de respecter la loi et les règles qu'elle s'impose, par exemple en ce qui concerne les définitions de la bonne foi issues du droit commun et les obligations qui en découlent dans le cadre des transactions ordinaires. Nous sommes aussi d'avis que la négociation de bonne foi doit prendre appui sur une attitude d'ouverture au dialogue et au compromis exigeante. Dans cet ordre d'idées, l'obligation d'adopter une position de négociation raisonnable, ouverte au compromis, nous paraît faire partie de l'obligation de négocier de bonne foi imputable à la Couronne dans le cadre de ses relations avec les peuples autochtones. Cela signifie, à notre avis, que les positions de négociations qui, à la connaissance de la Couronne, n'ont manifestement aucune chance d'être jugées acceptables par la partie autochtone doivent être jugées contraires au principe de l'honneur de la Couronne. Nous pensons, par exemple, aux exigences historiquement posées par la Couronne en matière d'extinction des droits territoriaux et de certitude retenues dans les politiques de négociation des traités de cession et dans la politique de règlement des revendications territoriales globales.

En somme, l'obligation de négocier de bonne foi signifie que la Couronne doit négocier honnêtement et avec intégrité¹⁵⁵. Elle doit aussi éviter l'apparence de manœuvres malhonnêtes et s'assurer que ses promesses aboutissent à leur finalité¹⁵⁶. En effet, le respect de la parole donnée constitue un moyen manifeste de préserver l'honneur de la Couronne. Cela permet notamment de maintenir un lien de confiance nécessaire aux objectifs de réconciliation sous-jacents à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁵⁷. Les obligations qui découlent du principe de l'honneur

¹⁵⁴ *Manitoba Metis Foundation*, *supra* note 137 au para 82.

¹⁵⁵ *Mikisew Cree First Nation*, *supra* note 86 au para 60, juge Abella; *Manitoba Metis Foundation*, *supra* note 137 aux para 73, 79. Voir aussi *Badger*, *supra* note 142 aux para 41 et 73; *Marshall*, *supra* note 138 aux para 50–51; *Nation Haida*, *supra* note 84 au para 19.

¹⁵⁶ *Mikisew Cree First Nation*, *supra* note 86 au para 60, juge Abella (« Le principe de l'honneur de la Couronne ne constitue toutefois pas en soi une cause d'action. Il s'agit plutôt d'un principe qui concerne la façon dont la Couronne doit s'acquitter d'obligations spécifiques » au para 60); *Manitoba Metis Foundation*, *supra* note 137 aux para 73, 78–80.

¹⁵⁷ *Supra* note 110.

de la Couronne s'attachent à un processus permanent et dynamique qui vise le maintien de relations de confiance entre l'État et les peuples autochtones¹⁵⁸. Comme l'a récemment expliqué la Commission de vérité et réconciliation du Canada, la réconciliation est un processus continu dont l'un des éléments essentiels consiste à réparer le lien de confiance entre l'État et les peuples autochtones, notamment par de véritables changements socio-économiques¹⁵⁹. La récente *Loi sur la réconciliation*¹⁶⁰ du législateur manitobain abonde dans le même sens en définissant le terme « réconciliation » comme un « processus continu d'établissement et de maintien de relations mutuellement respectueuses entre les peuples autochtones et non autochtones qui permet d'instaurer un climat de confiance, de confirmer les ententes historiques, de favoriser la guérison et de créer une société plus équitable et inclusive »¹⁶¹. Car, en vérité, l'objectif de réconciliation sous-jacent à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁶² peut difficilement se concrétiser sans un certain degré de confiance, laquelle prend appui sur des valeurs de respect et de compréhension mutuelle¹⁶³. En ce sens, lorsque la promesse ne peut être respectée, la Couronne doit prendre tous les moyens nécessaires pour maintenir ce lien de confiance. Au minimum, il appartient à la Couronne de justifier sa décision en se basant sur un motif qui est lui-même conforme au principe constitutionnel de l'honneur de la Couronne et d'offrir une solution de remplacement permettant à la nation lésée par le bris de l'engagement d'y trouver satisfaction. Dans cet ordre d'idées, une relation à long terme harmonieuse entre les collectivités autochtones et non autochtones « consiste d'abord et avant tout à s'assurer que les parties ne puissent revenir unilatéralement sur leurs engagements »¹⁶⁴, comme « [l]a mesure prise unilatéralement est l'antithèse même des principes d'honneur et de réconciliation »¹⁶⁵. Il est aussi important de rappeler qu'« [u]ne bonne gouvernance suppose que les décisions soient prises en temps opportun »¹⁶⁶ et des motifs valables d'atteinte aux droits et aux obligations constituent « une marque de respect [qui]

¹⁵⁸ *Nation Haïda*, *supra* note 84 au para 38; *Carrier Sekani*, *supra* note 86 au para 38; Brian Slattery, « Aboriginal Rights and the Honour of the Crown » (2005) 29 SCLR 433 à la p 440; DG Newman, *The Duty to Consult : New Relationships with Aboriginal Peoples* (Vancouver: UBC Press, 2009) à la p 21. Il est, par exemple, pertinent de mentionner que les obligations de fiduciaire de la Couronne découlent de la notion d'abus de confiance (*Guerin c La Reine*, [1984] 2 RCS 335, [1984] SCJ No 45).

¹⁵⁹ Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol 1, Ottawa, 1996 aux pp 194, 195, 640; Jean-François Roussel, « La Commission de vérité et réconciliation du Canada sur les pensionnats autochtones : Bilan et prospective » (2015) 23:2 *Théologiques* 31. Voir également Jaime Battiste, « Rétablir la confiance pour trouver le pardon » (20 avril 2018), en ligne : *Histoire Canada* <histoirecanada.ca/consulter/enseignement/retablir-la-confiance-pour-trouver-le-pardon> (« le manque de confiance est l'un des principaux obstacles à la réconciliation »).

¹⁶⁰ *Loi sur la réconciliation*, CPLM c R-90.5.

¹⁶¹ *Ibid*, art 1 (1).

¹⁶² *Supra*, note 110.

¹⁶³ *Nation Haïda*, *supra* note 84 au para 38; *Carrier Sekani*, *supra* note 86 au para 38; Slattery, *supra* note 158 à la p 440; Newman, *supra* note 158 à la p 21.

¹⁶⁴ *Nacho Nyak Dun*, *supra* note 147 aux para 37–38. *Little Salmon*, *supra* note 135 au para 12.

¹⁶⁵ *Mikisew Cree First Nation*, *supra* note 86 au para 91, juge Abella; *Mitchell c MRN*, 2001 CSC 33 au para 1 [Mitchell].

¹⁶⁶ *Little Salmon*, *supra* note 135 au para 12. Voir *Manitoba Metis Fondation*, *supra* note 137 au para 79.

démontre la courtoisie dont doit faire preuve la Couronne en tant que souverain envers une nation qui occupait le territoire avant elle »¹⁶⁷ et dont la souveraineté inhérente persiste de nos jours.

Si la date de la naissance des obligations importe peu pour interpréter la portée des obligations¹⁶⁸, le contexte entourant la tenue des négociations est, quant à lui, significatif¹⁶⁹. Ainsi, l'obligation de négocier de bonne foi devrait s'imposer à la Couronne tant dans le contexte de promesses faites lors de négociations qui portent sur les droits territoriaux ou d'autres accords *sui generis* que dans une relation commerciale ou socio-économique contemporaine dès lors que cette relation contribue à établir, maintenir ou consolider la confiance nécessaire au processus de réconciliation ou à atteindre les objectifs visés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁷⁰.

Il faut insister ici sur le fait que les tribunaux n'ont pas eu l'occasion de se prononcer clairement sur l'application des principes de l'honneur de la Couronne dans le cadre de relations commerciales contemporaines. Dans un texte paru en 1992, Sébastien Grammond, maintenant juge à la Cour fédérale, estimait déjà que l'objet du contrat permettait de distinguer les ententes qui engagent l'honneur de la Couronne de celles qui ne sont assujetties qu'au droit commun¹⁷¹. L'objet du contrat, rappelons-le, correspond à « l'opération juridique envisagée par les parties au moment de sa conclusion, telle qu'elle ressort de l'ensemble des droits et obligations que le contrat fait naître »¹⁷². Pour que le contrat acquière la solennité nécessaire à l'engagement de l'honneur de la Couronne, son objet doit, selon cette approche, inclure l'attribution ou la reconnaissance de droits aux peuples autochtones¹⁷³. Dans cet ordre d'idées, les ententes purement commerciales n'engagent pas l'honneur de la Couronne¹⁷⁴. Il est

¹⁶⁷ *Kainaiwa/Blood Tribe c Alberta (Energy)*, 2017 ABQB 107 au para 117 (repris dans *Clyde River*, *supra* note 85 au para 41).

¹⁶⁸ *Manitoba Metis Fondation*, *supra* note 137 au para 73; *Taku River*, *supra* note 152 au para 24; *Badger*, *supra* note 142 au para 73.

¹⁶⁹ *Mikisew Cree First Nation*, *supra* note 86 au para 24; *Carrier Sekani*, *supra* note 86 aux para 36–37; *Manitoba Metis Fondation*, *supra* note 137 au para 74; *Little Salmon*, *supra* note 135 au para 115, juge Deschamps; *Moses*, *supra* note 137 au para 114, juges LeBel et Deschamps, dissidents; *Taku River*, *supra* note 152 au para 25; *Nation Haïda*, *supra* note 84 aux para 18, 38

¹⁷⁰ *Supra*, note 110. *Little Salmon*, *supra* note 135 aux para 1, 103; *Nation Haïda*, *supra* note 84 au para 17 (« Dans tous ses rapports avec les peuples autochtones, qu'il s'agisse de l'affirmation de sa souveraineté, du règlement de revendications ou de la mise en œuvre de traités la Couronne doit agir honorablement. Il s'agit là du minimum requis pour parvenir à « concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté » au para 17); *Marshall*, *supra* note 138 au para 52 (« L'arrangement commercial doit être interprété de manière à donner sens aux promesses faites par la Couronne » au para 52).

¹⁷¹ Grammond, *supra* note 132 aux pp 767 et s.

¹⁷² CcQ, art 1412.

¹⁷³ Grammond, *supra* note 132 aux pp 767 et s.

¹⁷⁴ *Ibid*. Voir également *Peguis*, *supra* note 84 (« Lorsque les bandes indiennes s'engagent dans le marché commercial, il faut s'attendre à ce qu'elles puissent parfois conclure des accords purement commerciaux avec les Couronnes provinciales de la même façon qu'avec des parties privées. Après tout, les Couronnes

néanmoins possible d'avancer qu'en plus de l'objet du contrat, sa cause – explicite ou implicite – importe tout autant. C'est en effet la cause qui permet de comprendre la raison déterminante à l'origine de l'engagement d'un contractant ou le « motif psychologique personnel, concret et subjectif »¹⁷⁵. À notre avis, la cause s'avère pertinente pour départager les ententes purement commerciales assujetties au droit commun des ententes commerciales et socio-économiques assujetties aux obligations additionnelles qui découlent du principe constitutionnel de l'honneur de la Couronne. La cause réfère directement au contexte entourant la tenue des négociations. Par exemple, lorsque cette cause poursuit un objectif compatible avec l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁷⁶, qu'elle met en jeu les intérêts des peuples autochtones et qu'elle contribue ainsi à faire en sorte de respecter cette promesse constitutionnelle, l'accord ne sera pas alors strictement et purement commercial. De même, lorsque l'objectif est de contribuer à la « réconciliation des Canadiens autochtones et non autochtones dans le cadre d'une relation à long terme empreinte de respect mutuel »¹⁷⁷ et que l'accord ne constitue pas simplement un contrat fondé sur l'opportunité commerciale, les conduites dans les négociations doivent répondre à de hauts standards de probité.

Enfin, en vue de maintenir ou de rétablir cette relation de confiance, il est primordial que les peuples autochtones puissent disposer de garanties d'exécution justes, équitables et adéquates en cas de manquements au principe de l'honneur de la Couronne. Des procédures, des recours et des remèdes efficaces sont ainsi nécessaires pour assurer le respect de cette obligation. À ce jour, outre les recours de droit commun et ceux visés par la politique de revendications territoriales particulières, il n'existe aucun recours ni remède propre aux impératifs qui découlent du principe de l'honneur de la Couronne dans son ensemble.

provinciales sont des acteurs importants sur le marché. Donc, si une bande indienne conclut une opération commerciale ordinaire, que ce soit avec une Couronne provinciale ou une société privée, et acquiert des biens personnels, que ce soit sous forme de chatels ou de titres de créances, comment doit-on qualifier les biens en question? À mon avis, il est illogique de les comparer aux biens qui échoient aux Indiens conformément aux traités et à leurs accords accessoires. Les Indiens ont un droit absolu à ces biens; ils leur sont dus en tant qu'Indiens. La situation des biens personnels acquis par des Indiens au cours d'opérations commerciales ordinaires est nettement différente; il s'agit simplement de biens que toute autre personne aurait pu acquérir et je ne vois aucune raison pour laquelle dans ces circonstances les Indiens ne devraient pas être traités de la même façon que toute autre personne » [soulignement ajouté]; *Bande d'Eastmain c Canada*, [1993] 1 CF 501 (CAF).

¹⁷⁵ Karim, *supra* note 124 à la p 305. Voir CcQ, art 1410; Baudouin et Jobin, *supra* note 124 à la p 396. Dans Grammond, note 132 à la p 767, l'auteur se penche plutôt sur la cause des obligations et non du contrat.

¹⁷⁶ *Supra*, note 110.

¹⁷⁷ *Little Salmon*, *supra* note 135 au para 10. Voir également *Nacho Nyak Dun*, *supra* note 147 au para 10. On peut prendre exemple sur des traités de paix et d'amitié qui n'ont pas pour objet principal de reconnaître des droits aux peuples autochtones, mais qui ont tout de même un caractère solennel en raison de leur cause particulière (*Little Salmon* *supra* note 135 aux para 113–15, juge Deschamps (« Cela dit, les tribunaux prendront certes acte du contexte des négociations de chaque traité, mais ils éviteront, par exemple, de dégager des règles particulières pour chaque catégorie de traités reconnue par la doctrine ou l'administration publique (p. ex. traités « de paix et d'amitié », traités « préconfédératifs », traités « numérotés », traités « modernes » » au para 114). Voir aussi *Marshall*, *supra* note 138.

Les négociations entre la Couronne et les peuples autochtones n'ont jamais tout à fait la même nature que celles qui surviennent dans le cours de relations commerciales ordinaires entre particuliers. En 1763, la Couronne s'est engagée envers les peuples autochtones à ne pas utiliser de procédés abusifs ni frauduleux à leur égard. Dans le domaine des relations commerciales avec les peuples autochtones, particulièrement lorsqu'une société d'État exerce un contrôle sur un marché lié à l'accès au territoire et à la gestion des ressources, le pouvoir discrétionnaire de cette dernière doit, à notre avis, être exercé avec pour objectif principal de maintenir le lien de confiance avec l'État, lequel est une condition *sine qua non* à tout processus sérieux de réconciliation.

C) L'honneur de la Couronne et la négociation d'accords commerciaux ou socio-économiques : les questions que soulèvent le cas du projet Apuiat

Bien que cela n'ait pas été tranché par les tribunaux, nous pensons que, dans le cas particulier des ententes conclues entre les Innus au sujet du projet Apuiat, Hydro-Québec est lié par une obligation constitutionnelle d'agir honorablement de laquelle découle, comme nous l'avons vu, une obligation de négocier de bonne foi. En effet, Hydro-Québec est une société d'État qui représente et constitue le prolongement du gouvernement du Québec. Dans ce cas précis, elle transige avec une nation autochtone pour un projet de nature économique important et très significatif eu égard à sa portée réconciliatrice. Enfin, la suspension du projet Apuiat constitue une « décision stratégique prise en haut lieu » au sens où l'entend la jurisprudence¹⁷⁸. Dans cette section, nous nous intéresseront à la conduite de la société d'État eu égard au contenu obligationnel de la négociation de bonne foi; concept entendu autant au sens du principe de l'honneur de la Couronne qu'au sens du droit commun québécois.

En premier lieu, le respect des normes minimales qui s'appliquent à Hydro-Québec en vertu du droit commun en matière de négociations de bonne foi de même que les obligations qui lui sont imposées par les politiques énergétiques du gouvernement doit être examiné pour comprendre les problèmes qui se présentent dans le cas du report du projet Apuiat. Une première question nous semble devoir se poser quant à la nature de la promesse de conclure le contrat d'achat d'énergie. D'une part, un premier contrat, attribuant un bloc énergétique et jetant les bases d'un partenariat pour concrétiser la réalisation du projet éolien, a été conclu de gré à gré en 2012. D'autre part, le contenu du contrat d'achat d'énergie a été complètement négocié¹⁷⁹. En effet, seule manquait l'approbation du conseil d'administration d'Hydro-Québec, retardé en raison des élections à venir au Québec. Comme la formation d'une promesse bilatérale de contracter (l'avant-contrat) n'est pas tributaire du respect des formalités requises pour assurer la validité du contrat final envisagé, comme l'est par exemple l'approbation d'un conseil d'administration¹⁸⁰, il ne nous semble pas singulier d'y voir

¹⁷⁸ *Little Salmon*, *supra* note 135 au para 44.

¹⁷⁹ Hydro-Québec, « Finalisation des négociations entourant le projet éolien Apuiat » (22 août 2018), *News Wire* en ligne : <newswire.ca> (Les négociations se sont conclues par un contrat d'achat d'électricité qui sera soumis aux conseils d'administration d'Hydro-Québec).

¹⁸⁰ CcQ, art 1396; Karim, *supra* note 124 à la p 373; Garant, *supra* note 77 aux pp 440, 450.

là une promesse de contracter au sens du *Code civil du Québec*¹⁸¹. La société est ainsi liée par les promesses de ses représentants¹⁸². Du coup, le bris de la promesse de contracter entraîne, en vertu du droit civil applicable à Hydro-Québec, une obligation de compenser la perte subie par son cocontractant. Il restera à voir si le report du projet à une date indéterminée constitue un bris de l'avant-contrat en fonction des termes de celui-ci. Mais encore, en évaluant la bonne foi d'Hydro-Québec à la lumière du droit civil, il nous semble opportun de nous référer aux obligations qui découlent de la politique énergétique du Québec 2006-2015, laquelle, rappelons-le, prévoyait d'augmenter à 4000 MW le potentiel d'énergie éolienne du réseau d'Hydro-Québec. Deux blocs de 250 MW étaient réservés aux régions et aux communautés autochtones et devaient être intégrés au réseau d'Hydro-Québec en vertu de cette politique¹⁸³. Or, la suspension du projet d'Apuiat fait en sorte que la politique énergétique de 2006-2015 n'est, à ce jour, pas respectée. Dans la mesure où la société d'État ne respecte pas les normes qui lui sont imposées par le gouvernement, il est difficile de conclure au respect de l'obligation de négocier de bonne foi qui requiert notamment que l'État adhère à de hauts standards de probité¹⁸⁴.

En deuxième lieu, les difficultés manifestes des communautés autochtones à remporter les appels d'offre lancés au fil des années par les autorités d'Hydro-Québec ont, avec raison, amené cette dernière à privilégier la voie dérogatoire de l'adjudication de gré à gré, ce qui permettait de respecter la politique énergétique du gouvernement¹⁸⁵. Or, il est connu que ce processus d'attribution de contrat entraîne des coûts supplémentaires par rapport à un processus d'appel d'offres¹⁸⁶. Dans le cadre

¹⁸¹ Karim, *supra* note 124 à la p 373.

¹⁸² *Loi sur les compagnies*, *supra* note 53, art 138 ; *Loi sur Hydro-Québec*, *supra* note 36, art 3.6.

¹⁸³ Québec, Ministère des Ressources naturelles et de la faune, *supra* note 14 aux pp 5, 106.

¹⁸⁴ Les politiques énergétiques engrangent une indéniable expectative des intentions du gouvernement. Dans le cadre de relations commerciales ou socio-économiques avec des peuples autochtones, dans un optique de réconciliation, il ne devrait donc pas y déroger sauf si c'est fait de bonne foi, donc pour des raisons valables et non à son bon vouloir.

¹⁸⁵ À cet égard, il est pertinent de se référer à l'ancien article 74.1.1 de la *Loi sur la régie de l'énergie* adopté en 2013 et abrogé en 2015 qui prévoyait une dispense pour Hydro-Québec Distribution de procéder par appel d'offres avec les communautés autochtones (*Loi concernant principalement la mise en œuvre de certaines dispositions du discours sur le budget du 20 novembre 2012*, LQ 2013, c 16, art 5; *Loi concernant principalement la mise en œuvre de certaines dispositions du discours sur le budget du 4 juin 2014 et visant le retour à l'équilibre budgétaire en 2015-2016*, LQ 2015, c 8, art 18). C'est notamment grâce à cette dispense que fut conclu le contrat de gré à gré avec le regroupement autochtone Mi'gma'wei Mawiomí (*Concernant la dispense accordée au distributeur d'électricité de recourir à l'appel d'offres pour la conclusion d'un contrat d'approvisionnement auprès d'un fournisseur lié à une communauté autochtone à l'égard d'un bloc d'énergie éolienne de 149,65 mégawatts*, D 191-2014, (2014) GOQ II, 3309). Voir *Hydro-Québec et Association coopérative d'économie familiale de l'Outaouais*, 2015 CanLII 9547 (RDE QC) au para 357; *Hydro-Québec et Association coopérative d'économie familiale de l'Outaouais (ACEFO)*, 2014 CanLII 73933 (RDE QC) au para 205.

¹⁸⁶ Voir notamment *Axor Construction Canada inc c Bibliothèque et archives nationales du Québec*, 2012 QCCA 1228 aux para 28–30 (« Le but de l'appel d'offres public est effectivement de protéger les contribuables en permettant à l'organisme public de choisir l'offre la plus avantageuse. Plus spécifiquement, l'obligation de procéder par appel d'offres a pour but d'obtenir le meilleur produit au meilleur prix, d'éliminer le patronage et le favoritisme et de reconnaître le droit à l'égalité devant le service public. Ce dernier élément est essentiel au bon déroulement d'un appel d'offres. Tous les soumissionnaires doivent

de ses transactions purement commerciales et dans la mesure où cela respecte les règles de droit commun, une société d'État peut rejeter un projet pour le motif d'absence de rentabilité. Dans le cadre des rapports commerciaux ou socio-économiques avec les peuples autochtones qui poursuivent aussi un objectif de réconciliation, les motifs invoqués pour rejeter des projets pour lesquelles des négociations ont été menées doivent être rationnels, appuyés sur les faits et ceux-ci doivent, à notre sens, respecter l'objectif de réconciliation inhérent au principe constitutionnel de la Couronne. Dans le contexte du projet Apuiat, les faits sous-jacents au motif invoqué sont contestés et il appartient à la Couronne de faire preuve de transparence. Ainsi, à cet égard, il nous semble qu'une évaluation des projections d'Hydro-Québec par une expertise indépendante des autorités de la société d'État et du gouvernement aurait permis de voir clair quant à la validité du motif invoqué. Compte tenu des obligations procédurales et substantives qui découlent du principe constitutionnel de l'honneur de la Couronne dans le cours des négociations qui doivent mener à la conclusion d'ententes de nature socio-économique ou commerciale avec des peuples autochtones, cela nous semble être un minimum. En ce sens, dès que la question de la rentabilité s'est posée, les Innus auraient dû être les premiers avisés. L'évaluation de la rentabilité du projet doit aussi, par exemple et en accord avec les Innus, être soumise à un expert indépendant, par exemple le vérificateur général qui reçoit parfois des mandats pour mener des audits particuliers de la part du gouvernement ou du Conseil du trésor. La solution ici proposée, à laquelle adhère le premier ministre¹⁸⁷, nous semble respecter l'obligation des autorités gouvernementales de faire preuve de transparence dans le processus décisionnel. Il nous semble toutefois que cette solution aurait dû être mise en œuvre en amont, dès que des doutes sur le projet ont été soulevés, de manière à éclairer les Innus, mais également les autorités de la société d'État et du gouvernement sur la meilleure décision à prendre dans les circonstances, et non seulement pour justifier *a posteriori* une mesure prise unilatéralement, qui est, faut-il le rappeler, « l'antithèse même des principes d'honneur et de réconciliation »¹⁸⁸. En ce sens, alors que la politique énergétique remonte déjà à 2006, que le premier contrat de partenariat a été conclu en 2012 et que le contrat d'achat d'énergie promis est prêt pour signatures, il nous semble difficile de comprendre pourquoi l'absence de rentabilité du projet n'a été invoquée qu'en 2018. En d'autres termes, peut-on ici conclure que la décision de reporter le projet s'est prise de manière diligente, en toute transparence et en temps opportun par les autorités étatiques dans le respect de l'honneur de la Couronne ?

Enfin, dans le cadre de l'évaluation de son obligation de négocier de bonne foi, la relation passée de la Couronne avec la nation autochtone concernée devrait, suivant les enseignements de la Cour suprême dans l'arrêt *Première nation Tlingit de Taku River*, être prise en compte – de même que l'avenir de cette relation¹⁸⁹. Or, en ce

être traités sur le même pied afin d'avoir les mêmes chances de succès dans un climat de concurrence loyale » au para 28).

¹⁸⁷ « Déclaration de la Nation innue suite à la rencontre avec le premier ministre du Québec », *supra* note 8.

¹⁸⁸ *Mikisew Cree First Nation*, *supra* note 86 au para 91, juge Abella; *Mitchell*, *supra* note 165 au para 1.

¹⁸⁹ *Taku River*, *supra* note 152 au para 24.

qui concerne les Innus et Hydro-Québec, société qui représente le gouvernement du Québec et dès lors l'ensemble des Québécois, il est connu que le lien de confiance a été maintes fois brisé et que l'obligation de négocier de bonne foi de la société d'État envers cette nation en particulier doit répondre aux plus hauts standards de probité et d'intégrité et s'évaluer en vue de rétablir le lien de confiance. Pour reprendre à notre compte les propos du constitutionnaliste André Binette, déjà cité dans l'introduction de ce texte :

La réalité est que Manic 5 et les autres barrages de l'époque ont été construits au mépris des Innus. Cette dépossession est un vol historique, commis par Hydro-Québec et le gouvernement canadien, qui devrait révolter toute personne de bonne foi. Des tentatives ont été faites pour corriger cette profonde injustice au cours des années. Des rencontres ont eu lieu avec Hydro-Québec et le gouvernement du Québec, mais aucune offre sérieuse n'a été déposée, par crainte de l'incompréhension de l'opinion publique.

Lorsque le gouvernement actuel fait la promotion de projets à la rentabilité incertaine et qu'il insiste sur la nécessité de maintenir de bonnes relations avec les Innus pour le Plan Nord, il a aussi à l'esprit les erreurs inavouables du passé¹⁹⁰.

Ce constat est aussi, et notamment, mis en lumière par Stéphane Savard lorsqu'il affirme que malgré le changement d'approche d'Hydro-Québec dans ses relations avec les peuples autochtones qui s'est opéré dans les années 1990, « les responsables politiques se montrent plutôt inflexibles envers plusieurs communautés innues de la Côte-Nord, utilisant même les stratégies de l'ignorance et de la division pour mieux parvenir à leur fin »¹⁹¹. En d'autres termes, même si les faits au fondement de la décision de suspendre le projet sont avérés par une évaluation indépendante, la rupture unilatérale des négociations ne peut s'appuyer sur le seul motif de la rentabilité financière. Indépendamment de sa mission commerciale très clairement mise de l'avant depuis les années 1990, la société d'État est liée par des obligations de nature constitutionnelle découlant du principe de l'honneur de la Couronne et celles-ci lui imposent de voir à rétablir le lien de confiance avec les Innus. Cela nécessite de prendre des décisions économiques qui ne tiennent pas uniquement compte de la rentabilité financière des projets, mais qui permettent aussi de réparer des injustices passées et de préparer un avenir fondé sur le dépassement des relations coloniales. Lorsque l'on se rapporte au communiqué de presse diffusé par les Innus à la suite de leur rencontre avec le premier ministre, il nous semble évident que les hautes autorités d'Hydro-Québec ont fait fi de leurs obligations constitutionnelles de rétablir le lien de confiance dans leurs actions dans ce dossier¹⁹². Il restera à voir si les engagements du premier ministre à conclure une nouvelle entente, à faire évaluer le projet par un audit

¹⁹⁰ Binette, *supra* note 2.

¹⁹¹ Savard, *supra* note 20 aux pp 383–84.

¹⁹² « Déclaration de la Nation innue suite à la rencontre avec le premier ministre du Québec », *supra* note 8.

indépendant et à faire d'Apuiat le prochain projet de la société d'État¹⁹³ sont des promesses qui seront suffisantes afin de mettre un baume sur le bris de confiance qui est intervenu entre les Innus et la société d'État.

Conclusion

La décision de suspendre le projet Apuiat, pour le moins troublante eu égard au discours de réconciliation mis de l'avant par les acteurs politiques, nous a donné l'occasion de réfléchir à la portée des obligations des sociétés d'État qui négocient des accords commerciaux ou des accords socio-économiques avec les peuples autochtones. Comme on l'a vu, l'obligation de négocier de bonne foi qui s'impose à l'État ne répond pas tout à fait à la même logique que l'obligation de consulter ou d'accommoder où seule la décision stratégique qui porte atteinte à un droit, revendiqué ou démontré, engage la responsabilité de l'État. L'objectif de l'obligation de négocier de bonne foi, selon le principe de l'honneur de la Couronne, vise plutôt et principalement à maintenir la relation de confiance entre les peuples autochtones et l'État dans un contexte historique où ce lien a été brisé par différents mécanismes politiques et juridiques qui se sont déployés et qui continuent de se déployer dans un contexte de colonisation interne. L'obligation de négocier de bonne foi est enclenchée lorsque l'État, entendu au sens large, et ses mandataires transigent avec les peuples autochtones. Si l'obligation de négocier de bonne foi s'applique sans aucun doute dans le cas où des promesses solennelles sont faites par l'État, notamment dans le cadre de la négociation de traités territoriaux ou de la mise en œuvre de mesures constitutionnelles, la question de son application dans le contexte des contrats commerciaux ou socio-économiques n'a pas été tranchée jusqu'ici par les tribunaux. C'est dès lors par analogie avec les décisions judiciaires rendues à ce jour sur cette question que nous pouvons en arriver à la conclusion que l'obligation constitutionnelle de négocier de bonne foi s'applique là où l'intérêt spécifique autochtone découle d'une transaction commerciale ou socio-économique contemporaine entre l'État et les peuples autochtones, dans la mesure où le lien de confiance avec l'État peut se reconstruire – ou au contraire se déliter – dans le cadre de ces transactions. En d'autres termes, une telle entente a une dimension constituante, en ce sens qu'elle module le rapport de nation à nation. S'il fallait avoir recours au vocabulaire utilisé à une certaine époque de la colonisation, ces ententes, contrats ou transactions représentent une forme contemporaine d'alliance économique. Or, ces alliances économiques étaient, au moins pendant un temps, fondées sur des rapports d'égalité¹⁹⁴ dont les peuples autochtones d'aujourd'hui ne sont pas moins dignes que ceux d'hier.

¹⁹³ *Ibid.* À cet égard, il peut avoir lieu de s'interroger sur la constitutionnalité d'une loi qui déclarerait sans équivoque que les promesses précontractuelles faites aux Innus ne seront pas honorées par le gouvernement. Selon nous, bien que la souveraineté parlementaire autorise le pouvoir législatif à modifier unilatéralement le contenu d'un contrat (Voir notamment *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C-B)*, [1991] 2 RCS 525, [1991] SCJ No 60), celle-ci ne peut permettre de justifier *a posteriori* la violation d'obligations procédurales de nature constitutionnelle et une telle loi serait donc inconstitutionnelle.

¹⁹⁴ Voir notamment Commission royale sur les peuples autochtones, « Un passé, un avenir » dans Affaires indiennes et du Nord Canada, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol 1 (Ottawa, 1996) à la p 175.

Dans le cas de figure du projet Apuiat, trois standards minima nous semblent devoir être mobilisés dans l'analyse qu'il convient de faire du respect de l'obligation de négociier de bonne foi : 1) l'obligation qu'a l'État de respecter les normes qu'il s'impose, 2) l'obligation de prendre des décisions sur la base de motifs respectueux du principe constitutionnel de l'honneur de la Couronne, et d'agir avec diligence, plus particulièrement lorsque des décisions peuvent léser la partie autochtone dans le cadre de négociations, et 3) l'obligation de veiller à maintenir le lien de confiance avec la nation concernée, en tenant compte des relations particulières passées et à venir. S'agissant des deux premiers éléments, les autorités gouvernementales et Hydro-Québec ont tenté ou tenteront de les respecter en proposant certaines mesures réparatrices ou pourraient avoir à verser aux Innus des dommages-intérêts si un tribunal en venait à la conclusion qu'une promesse de contracter, au sens du droit civil, a bel et bien été faite et n'a pas été respectée. Mais encore, la société d'État et le gouvernement nous semblent avoir tous les deux négligés de tenir compte de leurs obligations constitutionnelles à l'égard de leur relation avec les Innus. En effet, le rejet du seul et premier projet unanimement accepté par l'ensemble des Premières Nations innues et des acteurs régionaux dans un contexte historique où les erreurs, les négligences, les stratégies de dépossession et les promesses rompues s'additionnent ne peuvent qu'alimenter la méfiance mutuelle.

PRIVATIZING UNCERTAINTY AND SOCIALIZING RISK: INDIGENOUS LEGAL AND ECONOMIC LEVERAGE IN THE FEDERAL TRANS MOUNTAIN BUY-OUT

Shiri Pasternak & Nicole Schabus*

Introduction

In an interview in early-September 2018 shortly after the federal buy-out of the Trans Mountain Pipeline Expansion Project (TMPEP), Prime Minister Justin Trudeau proclaimed that this project would be dead if it were not for the higher risk tolerance of the federal government compared to that of previous owner, Kinder Morgan, Inc. (KM).¹ In other words, the federal government could guarantee completion where a private corporation had failed to make the project viable – perhaps even *because* the project no longer needed to be economically viable to succeed. This statement of the sitting Prime Minister is troubling for many reasons, central among which because he implies that governments have a higher risk tolerance vis-à-vis abrogating Aboriginal title and rights, when indeed they have a constitutional obligation to maintain them

* Shiri Pasternak is an Assistant Professor in Criminology at Ryerson University in Toronto. Nicole Schabus is a lecturer at the Thompson Rivers University Faculty of Law.

¹ Zi-Anne Lum, "Trans Mountain Expansion Would Be 'Dead' if Feds Didn't Buy Pipeline: Trudeau. He Said the Government has 'A Greater Tolerance for Risk'" *Huffington Post* (5 May 2018), online: <huffingtonpost.ca>.