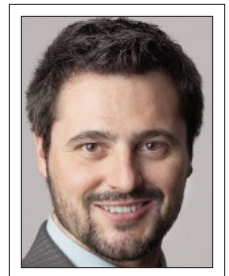


# THE DUTY TO CONSULT AND ACCOMMODATE ABORIGINAL PEOPLES<sup>1</sup>: A PRIMER FOR ONTARIO SURVEYORS WORKING IN RESOURCES DEVELOPMENT

H.W. Roger Townshend, [rtownshend@oktlaw.com](mailto:rtownshend@oktlaw.com), and Michael McClurg  
Olthius, Kleer, Townshend LLP, Toronto, Ontario

*Aboriginal law has developed to require Aboriginal peoples to be “consulted and accommodated” if their rights may be impacted by a government decision, including a government permit or approval of a project of a private proponent. For example, hunting rights often exist throughout a First Nation’s treaty or traditional territory (i.e. far beyond the limits of reserves), and the duty to consult and accommodate can be triggered by mining and other resource development. Contrary to the common understanding of some of those unfamiliar with this area of law, this duty applies not only to activities undertaken under federal authorization, but also to those under provincial authorization. The Crown’s “duty to consult and accommodate” Aboriginal peoples has become a central theme in the discussion of natural resource development in Canada. In response to various decisions of Canadian courts, the Government of Ontario significantly overhauled its Mining Act in 2009 to provide for some consultation with Aboriginal communities. Those changes came in to effect in the spring of 2013. This paper will describe the constitutional duty to consult as it has been described and elaborated on by courts in Canada and some of the implications it has for resource extraction in Ontario. It will then undertake a case study discussing Ontario’s attempt to respond to its duty to consult by amending the Mining Act regime. Finally, the paper will consider the flaws in the Mining Act and the reasons that exploration companies and surveyors working for them should be prudent and pro-active when undertaking intrusive activities in the traditional territories of Aboriginal peoples.*



**Michael McClurg**  
[mmcclurg@](mailto:mmcclurg@oktlaw.com)  
[oktlaw.com](http://oktlaw.com)

*Le droit autochtone s’est développé afin d’imposer une obligation de « consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements » si une décision gouvernementale risque d’avoir des répercussions sur leurs droits, y compris un permis gouvernemental ou l’approbation d’un projet d’un promoteur privé. Par exemple, les droits de chasse existent souvent dans l’ensemble du traité ou du territoire traditionnel d’une Première Nation (c’est-à-dire bien au-delà des limites des réserves) et le devoir de consulter et de trouver des accommodements peut être déclenché par l’exploitation minière ou le développement d’autres ressources. Contrairement à ce que pensent généralement les personnes qui connaissent mal ce domaine du droit, cette obligation s’applique non seulement aux activités entreprises en vertu d’une autorisation fédérale, mais également aux activités entreprises en vertu d’une autorisation provinciale. L’obligation de la Couronne « de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements » est devenue un thème central des discussions sur le développement des ressources naturelles au Canada. En réponse à diverses décisions des tribunaux canadiens, le gouvernement de l’Ontario a effectué une importante révision de sa Loi sur les mines en 2009 afin de prévoir certaines consultations avec les communautés autochtones. Ces changements sont entrés en vigueur au printemps 2013. Le présent article décrira l’obligation constitutionnelle de consulter de la manière dont elle a été décrite et élaborée par les tribunaux au Canada et quelques-unes de ses conséquences pour l’extraction des ressources en Ontario. On y entreprendra ensuite une étude de cas discutant de la tentative de l’Ontario de respecter son obligation de consulter en modifiant le régime de la Loi sur les mines. Finalement, cet article examinera les failles de la Loi sur les mines et les raisons pour lesquelles les sociétés d’exploration et les arpenteurs qui sont à leur emploi devraient être prudents et proactifs lorsqu’ils entreprennent des activités intrusives sur les territoires traditionnels des peuples autochtones.*

<sup>1</sup> A word about terminology. We speak of the duty owed to “Aboriginal peoples” (plural), or to an Aboriginal people, when speaking generally about the duty. This is both consistent with how the Supreme Court of Canada has articulated the duty, and with the social and political reality that there are many different Aboriginal nations in Canada. More precisely, however, the duty is owed to the appropriate rights-bearing bodies, which are often local Aboriginal political entities with some form of government. Such an entity may be only a part of a larger Aboriginal nation. A First Nation typically is such a rights-bearing body, and sometimes we use First Nations as examples. Of course, not all rights-bearing bodies are First Nations—Métis and Inuit peoples also have Aboriginal rights. The Ontario *Mining Act* and regulations refer to such local rights-bearing entities as “Aboriginal communities”, and in speaking in the context of this legislation, we use that terminology.